

## 7. Kapitel

# Pfandrecht

<b>I. Das Pfandrecht im Allgemeinen</b> .....	<b>7/1</b>
1. Begriff und Funktion des Pfandrechtes .....	7/1
2. Prinzipien des Pfandrechtes .....	7/4
a. Akzessorietät .....	7/4
b. Publizität .....	7/7
c. Recht an fremder Sache .....	7/8
d. Spezialität .....	7/9
e. Priorität .....	7/12
f. Ungeteilte Pfandhaftung .....	7/13
g. Reine Sachhaftung .....	7/15
3. Gegenstand des Pfandrechtes (mögliche Pfandobjekte) .....	7/16
a. Allgemeines .....	7/16
b. Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen .....	7/19
c. Pfandrecht an Liegenschaften .....	7/21
d. Pfandrecht an Bauwerken .....	7/22
e. Pfandrecht an Rechten bzw Forderungen .....	7/23
4. Umfang des Pfandrechtes .....	7/25
<b>II. Der Erwerb des Pfandrechtes</b> .....	<b>7/28</b>
1. Rechtsgeschäftlicher Pfandrechtserwerb .....	7/29
a. Derivativer Pfandrechtserwerb .....	7/29
aa. Titel (Verpflichtungsgeschäft) .....	7/30
bb. Modus .....	7/33
aaa. Bewegliche Sachen – Faust- bzw Handpfand .....	7/38
bbb. Exkurs: Registerpfand .....	7/43
ccc. Unbewegliche Sachen – Grundpfand (Hypothek) .....	7/45
ddd. Rechte .....	7/49
eee. Anhang: Afterpfandrecht .....	7/54
cc. Berechtigung des Vormannes .....	7/59
b. Originärer Pfandrechtserwerb kraft guten Glaubens .....	7/61
aa. Bewegliche Sachen .....	7/61
bb. Unbewegliche Sachen .....	7/68
cc. Rechtsfolgen .....	7/71
c. Exkurs: Gutgläubiger lastenfreier Eigentumserwerb an der Pfandsache durch einen Dritten .....	7/72
d. Exkurs: Gutgläubiger Erwerb eines nicht existierenden Pfandrechtes .....	7/75
2. Richterliche Pfandrechte (Pfändungspfand) .....	7/76
a. Pfändung von beweglichen körperlichen Sachen .....	7/77
b. Pfändung von Liegenschaften, Liegenschaftsanteilen, Superädifikaten oder Baurechten des Verpflichteten .....	7/78
c. Pfändung von Geldforderungen .....	7/79
d. Pfändung von anderen Vermögensrechten .....	7/80
3. Gesetzliche Pfandrechte .....	7/81
a. Bestandgeberpfandrecht § 1101 .....	7/82
b. Privatpfändung von Vieh § 1321 .....	7/83
c. Vorzugspfandrecht der Wohnungseigentümergeinschaft § 27 WEG .....	7/84
d. Weitere gesetzliche Pfandrechte .....	7/85
<b>III. Die Übertragung des Pfandrechtes</b> .....	<b>7/86</b>
1. Rechtsgeschäftliche Zession der gesicherten Forderung .....	7/87
2. Legalzession/notwendige Zession der gesicherten Forderung .....	7/89
3. Übertragung der besicherten Forderung ohne das Pfandrecht .....	7/90
<b>IV. Der Inhalt des Pfandrechtes</b> .....	<b>7/92</b>
1. Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandbesteller vor Fälligkeit der Schuld .....	7/92
a. Pflichten des Pfandgläubigers .....	7/92
aa. Die Pflicht zur Verwahrung .....	7/92
bb. Die Pflicht zur Ausstellung eines Pfandscheines .....	7/95
cc. Pflicht zur Pfandrückstellung .....	7/96
b. Rechte des Pfandgläubigers .....	7/97
aa. Rechte bei Pfandverschlechterung .....	7/97
bb. Recht zur Afterverpfändung .....	7/102
2. Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Pfandbesteller nach Fälligkeit der Schuld .....	7/103

3. Rechtsverhältnis zwischen mehreren Pfandgläubigern untereinander (Pfandrang).....	7/107
a. Bewegliche körperliche Sachen .....	7/109
b. Unbewegliche Sachen .....	7/111
c. Forderungen .....	7/112
d. Abweichende Befriedigungsreihenfolge .....	7/113
4. Unerlaubte Abreden (§§ 1371 f).....	7/115
<b>V. Der Schutz des Pfandrechtes .....</b>	<b>7/123</b>
1. Besitzschutz .....	7/123
2. Pfandklage .....	7/124
3. Devastationsklage .....	7/128
<b>VI. Die Verwertung des Pfandes.....</b>	<b>7/131</b>
1. Pfandrang im Verwertungsverfahren .....	7/131
a. Pfand an beweglichen Sachen und an Rechten.....	7/131
b. Pfand an Liegenschaften .....	7/135
2. Befriedigung aus dem Pfand.....	7/138
a. Exekutive Verwertung.....	7/138
aa. Schuldklage.....	7/139
bb. Pfandrechtsklage bzw Hypothekarklage .....	7/140
cc. Realisierung des Afterpfandrechtes .....	7/147
b. Außergerichtliche Verwertung .....	7/148
<b>VII. Das Erlöschen des Pfandrechtes .....</b>	<b>7/158</b>
1. Die Erlöschenstatbestände des § 467 .....	7/159
a. Zerstörung der Pfandsache .....	7/159
b. Verzicht des Pfandgläubigers auf das Pfandrecht.....	7/162
c. Rückstellung des Faustpfandes.....	7/163
2. Die Erlöschenstatbestände des § 468 .....	7/166
a. Zeitliche Beschränkung des Pfandrechts .....	7/167
b. Zeitliche Beschränkung des Rechts des Pfandgebers .....	7/169
3. Tilgung der besicherten Forderung nach § 469 .....	7/170
4. Verjährung des Pfandrechts.....	7/172
<b>VIII. Die Sonderfragen des Grundpfandes .....</b>	<b>7/176</b>
1. Verfügungsrecht nach § 469 („forderungsentkleidete Eigentümerhypothek“) .....	7/176
2. Rangvorbehalt.....	7/180
3. Bedingte Pfandrechtseintragung.....	7/181
4. Beschränkung des Verfügungsrechts nach § 469a .....	7/182
5. Verfügungsrecht nach § 1446 („forderungsbeleidete Eigentümerhypothek“) .....	7/184
6. Sonderformen des Grundpfandes.....	7/187
a. Höchstbetragshypothek.....	7/187
b. Simultanhypothek .....	7/207
aa. Haftungsgrundsätze .....	7/209
bb. Exekutive Verwertung der Simultanhypothek .....	7/215
aaa. Versteigerung sämtlicher Liegenschaften.....	7/216
bbb. Versteigerung nur einer oder mehrerer Liegenschaften .....	7/219
cc. Grundbücherliche Behandlung der Simultanhypothek .....	7/220

## I. Das Pfandrecht im Allgemeinen

### 1. Begriff und Funktion des Pfandrechtes

**§ 447 ABGB lautet:** „Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen. Die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht zusteht, heißt überhaupt ein Pfand.“

7/1 Das Pfandrecht ist das dem Gläubiger eingeräumte beschränkt dingliche Recht, aus der Pfandsache die Befriedigung zu verlangen, wenn die (fällige) gesicherte Forderung nicht erfüllt wird (§ 447). Das Pfandrecht ist ein (absolutes) dingliches Recht, dh es wirkt

**gegen jedermann**, auch gegen den Eigentümer der verpfändeten Sache und **überdauert** einen **Eigentümerwechsel** an der Pfandsache, sodass es auch gegen den späteren Erwerber der Pfandsache Wirkung entfaltet, sofern dieser die Pfandsache nicht gutgläubig lastenfremd erworben hat (Rz 7/72 ff). Das Pfandrecht ist ein **beschränkt dingliches Recht**, da der Pfandgläubiger die Sache – anders als der Eigentümer – nicht gebrauchen, verbrauchen und vertilgen darf, sondern der Pfandgläubiger nur das „gegen jedermann wirkende Vorzugsrecht“ erwirbt, sich bei Nichterfüllung der (fälligen) gesicherten Forderung aus der Pfandsache zu befriedigen, er erwirbt eine **Sachhaftung, ein absolut wirkendes Befriedigungsrecht** und geht damit anderen persönlichen Gläubigern des Pfandschuldners vor. Im Gegensatz zu obligatorischen Sicherungsrechten wie Bürgschaft (Rz II/22/1 ff) und Garantie (Rz II/23/1 ff) trifft also den Pfandbesteller(schuldner) keine persönliche Haftung, er haftet eben nicht mit seinem ganzen Vermögen (persönlich) für die Erfüllung der gesicherten Forderung, sondern eben nur mit seinem Pfand. Das Pfandrecht führt somit zu einer (bloßen) **Sachhaftung**. Das Pfandrecht gibt dem Pfandgläubiger insb in der Insolvenz des Pfandschuldners Vorteile. Der Pfandgläubiger kann aufgrund des Pfandrechts in der Insolvenz des Pfandschuldners **Absonderung** der Pfandsache von der Masse und gesonderte Verwertung verlangen und sich (seine gesicherte Forderung) aus dem erzielten Erlös voll befriedigen, nur der (allenfalls) verbleibende Überschuss fällt in die Masse zurück (§ 48 IO). Das Pfandrecht finden wir im 2. Teil des 6. Hauptstückes des ABGB unter der Überschrift „Von dem Pfandrechte“ in den **§§ 447 - 470** geregelt. Weitere Vorschriften sind in den §§ 1368 ff, dem GBG und der EO enthalten.

**Beteiligte des Pfandrechtsverhältnisses** sind (1) der **Pfandgläubiger**, der bei Begründung <sup>7/2</sup> des Pfandrechts gleichzeitig auch Gläubiger der zu sichernden Forderung ist, sowie (2) der persönliche Schuldner des Verpflichtungsgeschäfts (sog Haupt- oder **Personalschuldner**), der (3) zugleich auch Pfandschuldner (**Realschuldner**) ist, wenn er selbst das Pfand bestellt. Bestellt also der Personalschuldner selbst das Pfand, so ist er sowohl Real- als auch Personalschuldner, bestellt hingegen ein Dritter das Pfand (für eine fremde Schuld), so ist der Schuldner aus der gesicherten Forderung Personalschuldner, der Pfandbesteller(-schuldner) hingegen Realschuldner, die Positionen von Personalschuldner einerseits und Realschuldner andererseits fallen auseinander. Dem Gläubiger haften für die Erfüllung der gesicherten Forderung einerseits der Personalschuldner persönlich mit seinem ganzen Vermögen sowie andererseits auch der Pfandbesteller – dieser aber nur mit der Pfandsache (Realschuldner). Schon daraus ergibt sich, dass also die **gesicherte Forderung** einerseits und das **Pfandrechtsverhältnis** andererseits **zwei voneinander verschiedene Rechtsverhältnisse** sind, die zwar aufeinander bezogen und (durch die Akzessorietät)

miteinander verknüpft sind, aber in der rechtlichen Analyse voneinander zu trennen sind – der Gläubiger der gesicherten Forderung ist gleichzeitig auch Gläubiger aus dem Pfandvertrag (Pfandgläubiger), der Schuldner aus der gesicherten Forderung Personalschuldner, der Schuldner aus dem Pfandvertrag aber bloßer Realschuldner. Wird eine Forderung verpfändet, so ist zudem (4) der Schuldner aus der verpfändeten Forderung (sog „**Drittschuldner**“) im Pfandrechtsverhältnis zu berücksichtigen.

**Bsp:** Die Gläubigerbank A verlangt bezüglich einer Schuld des Kreditnehmers B Sicherheiten: Verbürgt sich der Dritte C gegenüber A, so wird die Schuld des Kreditnehmers B durch eine zusätzliche persönliche Haftung des Bürgen C abgesichert, sodass der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der §§ 1355 ff auf das gesamte Vermögen des Bürgen C greifen kann. Bestellt hingegen der Dritte C zur Besicherung der Forderung des A gegen B ein Pfand, so ist C (nur) Realschuldner. C haftet dem A für die Erfüllung der gesicherten Kreditforderung des A gegen B nur mit der hingegebenen Pfandsache, nicht aber persönlich mit seinem gesamten Vermögen. Während also bei der persönlichen Haftung das gesamte Vermögen des Schuldners dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt ist, kann der Gläubiger bei der Sachhaftung nur auf die haftende Sache, nicht aber auf das sonstige Vermögen des Verpflichteten zugreifen.

7/3 Auch **Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Sicherungszession** haben Sicherungscharakter, unterscheiden sich vom Pfandrecht aber durch den Umstand, dass bei Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Sicherungszession der Gläubiger die **volle rechtliche Stellung eines Eigentümers** bzw die (volle) Gläubigerposition an der zedierten Forderung erhält, und (bloß) im Innenverhältnis treuhändisch verpflichtet ist, von dieser Rechtsmacht nur insoweit Gebrauch zu machen, als es zur Sicherung seiner gesicherten Forderung notwendig ist. Das Pfandrecht hingegen verleiht dem Pfandgläubiger kein Vollrecht an einer Sache, sondern (nur) ein **Recht auf bevorzugte Befriedigung aus der Substanz bzw auch den Erträgen**.

## 2. Prinzipien des Pfandrechtes

### a. Akzessorietät

**§ 449 ABGB lautet:** „Das Pfandrecht bezieht sich zwar auf eine gültige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes. Dieser gründet sich auf das Gesetz; auf einen richterlichen Ausspruch; auf einen Vertrag; oder den letzten Willen des Eigentümers.“

**§ 469 ABGB lautet:** „Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf. Der Pfandgeber ist aber die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde. Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuld aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Bis dahin kann der Eigentümer des Gutes auf Grund einer Quittung oder einer anderen, das Erlöschen der Pfandschuld dartuenden Urkunde das Pfandrecht auf eine neue Forderung übertragen, die den Betrag der eingetragenen Pfandforderung nicht übersteigt.“

**Pfandrechte sind akzessorisch. Akzessorietät** des Pfandrechtes bedeutet, dass **Entstehen, Bestehen und Erlöschen (§ 469) des Pfandrechtes vom Entstehen, Bestehen und Erlöschen der besicherten Forderung abhängig sind (§ 449).** Das Akzessorietätsprinzip erklärt sich aus der bloßen Sicherungsfunktion des Pfandrechtes. **Ausnahmen** vom Grundsatz der Akzessorietät finden wir insb beim Pfandrecht an einer Liegenschaft (Hypothek), wo auch nach Tilgung der gesicherten Forderung die Hypothek bis ihrer (formellen) Löschung im Grundbuch einverleibt bleibt (Rz 7/176).

Ein Pfandrecht kann nur für eine **gültige Forderung** wirksam eingeräumt werden, wobei gleichgültig ist, ob diese gegen den Pfandbesteller oder einen Dritten gerichtet ist. Klagbarkeit der gesicherten Forderung ist nicht erforderlich. Auch für auf **Naturalobligationen „abgesunkene“ gesicherte Forderungen** ist die Pfandbestellung möglich, soweit damit nicht der hinter der Unklagbarkeit stehende Gesetzeszweck umgangen wird.

**Bsp:** Selbst für die erlaubte Spiel- und Wettschuld (§ 1271) kann kein Pfand bestellt werden.

Voraussetzung für die Pfandbestellung ist, dass der Forderungsgegenstand der gesicherten **(zu sichernden) Forderung** – sei es auch nur durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung – **Geldwert** hat. Auch für **künftige oder aufschiebend bedingte Forderungen** kann ein Pfandrecht eingeräumt werden, sofern diese künftigen oder aufschiebend bedingten gesicherten Forderungen im Zeitpunkt der Pfandrechts-einräumung ausreichend **bestimmbar** sind (Rz 7/24).

## **b. Publizität**

Das Pfandrecht muss für jedermann (insb für andere Gläubiger des Pfandbestellers) **erkennlich nach außen in Erscheinung treten (Publizitätsprinzip).** Diesem Grundsatz wird bei der Begründung des Pfandrechtes an beweglichen Sachen durch Übertragung des Pfandgegenstandes in die Gewahrsame des Pfandgläubigers (**Faustpfandprinzip**), an unbeweglichen Sachen durch Grundbucheintragung bzw Urkundenhinterlegung (**Intabulationsprinzip**) und an Forderungen durch Drittschuldnerverständigung oder Buchvermerk Rechnung getragen (näher Rz 7/49 ff).

## **c. Recht an fremder Sache**

**Das Pfandrecht kann idR nur an (fremden) Sachen** begründet werden, also an Sachen, die nicht im Eigentum des Pfandgläubigers stehen. **Ausnahmen** finden wir aber etwa beim

Pfandrecht des Einkaufskommissionärs an den in seinem Eigentum stehenden Sachen (§§ 397 ff UGB) sowie insb im Liegenschaftsrecht, zB das in § 469 normierte Verfügungsrecht des Liegenschaftseigentümers über die Hypothek nach Tilgung der Schuld ohne grundbücherliche Löschung des Pfandrechts (sog **forderungsentkleidete Eigentümerhypothek**; Rz 7/176), den Rangvorbehalt (§ 58 GBG; Rz 7/180), die sog **echte** oder **forderungsbekleidete Eigentümerhypothek** (§ 470 S 2 iVm 1446; Rz 7/184) sowie die **bedingte Pfandrechtseintragung** (§ 59 GBG; Rz 7/181). Nach hA (8 Ob 184/00t) kann auch der **Eigentumsvorbehaltsverkäufer** an der Eigentumsvorbehaltssache ein exekutives Pfandrecht für die vollstreckbare Kaufpreisforderung erwerben. In diesem Fall kann der Eigentumsvorbehaltsverkäufer seine eigene Sache verwerten (lassen) und sich sodann aus dem Verwertungserlös befriedigen (zB wenn nur mehr ein geringer Teil des Kaufpreises ausständig ist und der Verkäufer nicht seine Sache zurücknehmen, sondern den ausständigen Kaufpreisteil einfordern will).

#### d. Spezialität

7/9 Das Pfandrecht kann nur an bestimmten Sachen und nur zugunsten einer bestimmten Forderung begründet werden (**Grundsatz der Spezialität**). Die Spezialität des Pfandrechtes besteht somit in zweifacher Hinsicht:

7/10 Erstens kann das Pfandrecht nur an **individuell bestimmten Einzelsachen** bestehen, ein „Generalpfandrecht“ am (gegenwärtigen oder künftigen) Vermögen bzw Sachgesamtheiten ist nicht möglich. Auch künftige Forderungen können Pfandobjekt sein, sofern Rechtsgrund sowie die daran beteiligten Personen so weit bestimmt sind, dass sich die Forderungen individualisieren lassen.

**Bsp:** Gesamtsachen (§ 302) wie ein Unternehmen (7 Ob 310/65 EvBl 1966/232), ein Warenlager (3 Ob 113/84; 3 Ob 45/94) oder eine Erbschaft sind nicht „als Einheit bzw Sachgesamtheit“ Pfandgegenstand, vielmehr sind nur die vermögenswerten Einzelstücke Gegenstand des Pfandrechts.

7/11 Zweitens muss **die gesicherte Forderung bestimmt** oder **ausreichend bestimmbar** sein und „**Geldwert** besitzen“, der genaue Forderungsbetrag muss (noch) nicht feststehen. Bei Verpfändung von Liegenschaften kann das Pfandrecht im Grundbuch allerdings nur für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme (§ 14 Abs 1 GBG) oder für einen bestimmten Höchstbetrag in Geld (§ 14 Abs 2 GBG; Höchstbetragshypothek) eingetragen werden. Auch **bedingte Forderungen** und **betagte Forderungen** können nach hA

(*Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 449 Rz 8; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 449 Rz 5; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> §§ 449, 450 Rz 7 ff) durch ein Pfand gesichert werden.

### e. Priorität

Haftet eine Sache mehreren Gläubigern, so richtet sich die Verwertung des Erlöses nach dem dem einzelnen Pfandgläubiger zukommenden Rang (**Prioritäts- oder Rangprinzip**). 7/12

Die gesetzliche Rangordnung bestimmt sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt, in dem das Pfandrecht entstanden ist. Die Rangordnung der Pfandrechte an beweglichen Sachen bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Entstehens des Pfandrechtes, somit etwa beim Vertragspfandrecht nach dem Zeitpunkt der Übergabe. Die Rangordnung der Pfandrechte an unbeweglichen Sachen bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Einlangens des Eintragungsgesuchs auf Intabulation der Hypothek beim Grundbuchsgericht (§ 29 GBG).

### f. Ungeteilte Pfandhaftung

Das Pfandrecht bleibt grundsätzlich bis zur gänzlichen Tilgung aller besicherten Forderungen samt Nebengebühren in vollem Umfang aufrecht (**Grundsatz der ungeteilten Pfandhaftung**). Der Pfandbesteller hat bei bloß teilweiser Tilgung der gesicherten Forderung keinen Anspruch auf Freigabe einzelner Pfandgegenstände oder von Teilen der Pfandsache, was zum Ergebnis führt, dass die noch offene gesicherte Restforderung des Gläubigers häufig „übersichert (überdeckt)“ ist. Dennoch gewährt die hA (1 Ob 510/84; 5 Ob 242/17z; *Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 469 Rz 3; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 447 Rz 1; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> § 447 Rz 6 f) dem Pfandschuldner grundsätzlich keinen Anspruch auf Freigabe einzelner Pfandgegenstände oder Teilen der Pfandsache, sofern nicht rechtsmissbräuchliches Verhalten des Pfandgläubigers angenommen werden kann (zur Zustimmung des Hypothekargläubigers zur lastenfreien Abschreibung eines Grundstücksteiles Rz 13/54). Eine Ausnahme besteht insb beim **Geldpfand**: Da hier keine Gefahr der Unterdeckung besteht, wird beim Geldpfand eine Teilfreigabeverpflichtung entsprechend der Verminderung der besicherten Forderung bejaht, sofern der Restbetrag die noch ausständige gesicherte (Rest)Forderung deckt. Auch für das Liegenschaftspfand gilt, dass der Hypothekarschuldner bei Tilgung eines Teiles der Forderung einen Anspruch auf Ausstellung einer sog Teillöschungsquittung hat, wodurch sich der „Hypothekenbetrag“ reduziert (Rz 7/179). Allerdings liegt darin keine Durchbrechung des Prinzips der ungeteilten Pfandhaftung, weil weiterhin die gesamte Liegenschaft für die noch offene (wenngleich reduzierte) Forderung für die „Resthypothek“ haftet. 7/13

7/14 Auch bei einer späteren **Teilung der Pfandsache**, etwa durch die Begründung von Miteigentum oder die reale Teilung der Pfandsache, haftet aufgrund des Prinzips der ungeteilten Pfandhaftung jeder Teil für die gesamte gesicherte Forderung weiter, es kommt somit zu keiner Aufsplitterung der Haftung auf die nunmehr vorhandenen Teile (zur Simultanhypothek unten Rz 7/207 ff).

### g. Reine Sachhaftung

7/15 **Reine Sachhaftung** liegt vor, wenn der Pfandgläubiger keinen persönlich haftenden Schuldner (mehr) hat, und sich daher für die Befriedigung seiner gesicherten Ansprüche nur mehr an die Pfandsache halten kann. Nach hA (*Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 449 Rz 9; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 447 Rz 2; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> §§ 449, 450 Rz 6;) kann reine Sachhaftung auch durch Parteienvereinbarung begründet werden, in seltenen Fällen ist sie gesetzlich vorgesehen (zum gutgläubigen Erwerb einer getilgten, aber im Grundbuch noch nicht gelöschten Hypothek Rz 7/75).

**Bsp:** Ist die Forderung verjährt, jedoch der Gläubiger weiterhin im Besitz des Faustpfandes, so kann er zwar den persönlich haftenden Schuldner aus der gesicherten Forderung nicht mehr in Anspruch nehmen, sich aber weiterhin (nur noch) aus der Pfandsache befriedigen (vgl § 1483).

## 3. Gegenstand des Pfandrechtes (mögliche Pfandobjekte)

### a. Allgemeines

**§ 448 ABGB lautet:** „Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Ist sie beweglich, so wird sie Handpfand, oder ein Pfand in enger Bedeutung genannt; ist sie unbeweglich, so heißt sie eine Hypothek oder ein Grundpfand.“

7/16 Pfandgegenstand können **alle im Verkehr stehenden verwertbaren Sachen** (§ 448) sein. Der Begriff der **Sache ist im weiten Sinn des § 285** zu verstehen. Pfandobjekt können daher alle körperlichen oder unkörperlichen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen sein, sofern sie auch verwertbar sind. **Verwertbarkeit** muss nicht unbedingt Veräußerbarkeit bedeuten, weil eine Verwertung der Pfandsache auch durch Zwangsverwaltung (zB Vermietung, Verpachtung) erfolgen kann. Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit schaden nicht. Werden unverwertbare Sachen verpfändet, so entsteht kein Pfandrecht, allerdings ist im Einzelfall zu prüfen, ob die „Pfandbestellung“ von unverwertbaren Sachen als Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts verstanden werden kann (§ 471, Rz II/4/78 ff). **Verpfändungsverbote** verhindern das Entstehen eines rechtsgeschäftlich begründeten



Pfandrechts, sind aber nicht mit Pfändungsverboten, die einem exekutiven Pfandrecht entgegenstehen, gleichzusetzen.

**Bsp 1:** Ein Pfandrecht kann trotz gesetzlicher **Verkehrsbeschränkung** an Waffen und Munition (Waffengesetz 1996), Suchtgift (SMG) oder Grundstücken (Grundverkehrsgesetze der Länder) bestehen.

**Bsp 2: Unverwertbare Sachen** sind zB Diplome, Zeugnisse, Pässe, Urkunden.

**Bsp 3: Nicht verpfändbar** sind zB aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung das Gebrauchsrecht (§ 504), weil es nur zur Befriedigung der Bedürfnisse des Begünstigten dient; Grunddienstbarkeiten und Reallasten wegen ihrer untrennbaren Verbindung mit der herrschenden Liegenschaft sowie das Urheberrecht (§ 23 UrhG), das Wiederverkaufs- und das Vorkaufsrecht (§§ 1070, 1074) wegen ihrer Unübertragbarkeit, was eine Verwertung ausschließt.

**Bsp 4:** Ansprüche auf Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb des anderen sind nur „**verpfändbar**, soweit sie durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden sind“ (§ 99). Die Verpfändung von Mietzinsforderungen ist unwirksam, es sei denn, die Verpfändung erfolgte zur Sicherung eines zur ordnungsgemäßen Erhaltung oder notwendigen oder nützlichen Verbesserung des Mietgegenstandes aufgenommenen Darlehens (§ 42 Abs 2 MRG).

**Bsp 5:** Nach § 290 EO ist zB die **Pfändung** von Forderungen auf Pflegegeld, Familienbeihilfen oder Stipendien verboten. Nach den §§ 290a und 291 EO kann auf andere Forderungen (zB Lohnansprüche, Arbeitslosengeld, Ruhebezüge) in beschränktem Ausmaß Exekution geführt werden. Soweit solche Pfändungsverbote existieren, können diese Sachen auch nicht rechtsgeschäftlich verpfändet werden (§ 293 Abs 2 EO). Diese Forderungen sind unpfändbar und unverpfändbar.

**Bsp 6:** Nicht pfändbar sind nach den Vorschriften der §§ 250 ff EO aber zB gewisse persönliche Gegenstände des Schuldners (zB der Ehering, Nahrungsmittel, Medikamente), diese kann er aber freiwillig rechtsgeschäftlich verpfänden.

An **unselbständigen Bestandteilen** einer Sache kann kein selbständiges Pfandrecht <sup>7/17</sup> begründet werden. **Selbständige Bestandteile** und Zubehör werden iZw vom Pfandrecht an der Hauptsache mit umfasst (zB § 1047), sie können aber auch selbständig verpfändet werden.

An **vertretbaren Sachen** (zB Geld) kann einerseits ein „**normales (regelmäßiges)**“ <sup>7/18</sup> **Pfandrecht** begründet werden, wenn der Pfandgläubiger die ursprünglich hingegebenen Stücke wieder zurückstellen muss oder wenn der Pfandgläubiger, der von dem Betrag etwas entnimmt, die gleiche Menge sofort zu ersetzen hat, wobei der Pfandschuldner das Eigentum am Geld behält (**Summenpfand**). Beim **unregelmäßigen Pfand** wird der Pfandgläubiger hingegen durch Vermischung mit eigenem Geld nach § 371 Eigentümer des verpfändeten Geldes, sodass dem Pfandbesteller somit kein dingliches Recht, sondern nur mehr ein schuldrechtlicher Rückforderungsanspruch auf Rückgabe von Sachen gleicher Gattung zusteht. In diesem Fall sind nach hA (*Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 447 Rz 9; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 447 Rz 3; aA *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> § 448 Rz 11) nicht die

„Geldstücke“, sondern ist der Rückforderungsanspruch des Pfandbestellers Gegenstand des Pfandrechts.

**Bsp:** Ein regelmäßiges Pfandrecht liegt vor, wenn dieselben Münzen und Geldscheine zurückgegeben werden müssen. Wird dagegen der Kautionsnehmer Eigentümer des Kautionsbetrages und hat er lediglich dieselbe Summe zurückzustellen, so liegt ein unregelmäßiges Pfandrecht (pignus irregulare) vor; iZw ist bei Hingabe einer Geldsumme zum Pfand pignus irregulare anzunehmen (1 Ob 65/49).

## b. Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen

7/19 Das Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen nennt man **Faustpfandrecht**. Steht eine bewegliche Sache im **Miteigentum**, so kann jeder Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil verpfänden (§ 829). Dieses Teilpfand besteht auch dann fort, wenn die Sache später in das Alleineigentum einer Person übergeht. Str ist, ob auch der Alleineigentümer einer Sache ein Pfandrecht bloß an einer Eigentumsquote begründen kann. Nach überwiegender L (Nw bei *Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 448 Rz 4; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 448 Rz 5; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> § 448 Rz 5 ff) ist die **Verpfändung bloß einer Quote** durch den Alleineigentümer zwar bei unbeweglichen Sachen unzulässig (§ 13 GBG), aber bei beweglichen Sachen möglich.

7/20 **Künftige körperliche Sachen** können nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein. Diesbezüglich kann ein (obligatorischer) Pfandbestellungsvertrag abgeschlossen werden, das dingliche Pfandrecht wird jedoch erst nach Entstehung der Sache und Setzung des Modus existent.

## c. Pfandrecht an Liegenschaften

**§ 13 GBG lautet:** „(1) Das Pfandrecht kann entweder auf einen ganzen Grundbuchkörper oder bei Miteigentum auf den Anteil eines jeden Miteigentümers, dagegen nicht auf einzelne Bestandteile eines Grundbuchkörpers oder auf einen Teil des einem Miteigentümer im Grundbuche zugeschriebenen Anteiles eingetragen werden.

(2) Die Übertragung einer Hypothekarforderung und die Erwerbung des Afterpfandrechtes ist zulässig an der ganzen Forderung sowie an einem verhältnismäßig oder ziffermäßig bestimmten Teile.“

7/21 Für Pfandrechte an Liegenschaften (**Hypotheken**) gilt das **Intabulationsprinzip** (Rz 7/7). Gem § 13 GBG kann nur der ganze Grundbuchkörper oder der (gesamte) Anteil eines Miteigentümers Gegenstand einer Hypothek sein, auf einzelne Bestandteile eines Grundbuchkörpers oder auf einen Teil des einem Miteigentümer im Grundbuch zugeschriebenen Anteiles kann ein Pfandrecht nicht eingetragen werden. Verpfänden

Miteigentümer ihre ideellen Quoten (§ 13 Abs 1 GBG) und wird auf diese Weise ein „Teilpfand“ geschaffen, so besteht dieses aber auch dann weiter, wenn sich die einzelnen ideellen Liegenschaftsanteile zum gemeinsamen Eigentum einer Person vereinigen. Steht also eine unbewegliche Sache im **Miteigentum**, so kann jeder Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil verpfänden (§ 829; § 13 Abs 1 GBG). Die **Verpfändung bloß einer Quote** durch den Alleineigentümer ist bei unbeweglichen Sachen unzulässig (§ 13 GBG).

#### d. Pfandrecht an Bauwerken

Bei Bauwerken ist danach zu differenzieren, ob sie Zubehör zur Liegenschaft darstellen, in **7/22** welchem Fall sie als von der Hypothek mitumfasst gelten, oder ob sie ein Superädifikat (§ 435) bilden, weil es für die Pfandrechtsbegründung an Superädifikaten der Urkundenhinterlegung (vgl §§ 1 ff UHG) bedarf. Basiert das Bauwerk hingegen auf dem Baurecht iSd BauRG bedarf es einer Hypothekeneinverleibung im C-Blatt der Baurechtseinlage.

#### e. Pfandrecht an Rechten bzw Forderungen

Ein Pfandrecht an Rechten bzw Forderungen kann nur begründet werden, wenn diese eine **7/23 Verwertung** durch den Pfandgläubiger zulassen und **nicht höchstpersönlich** sind.

**Bsp 1:** Als Pfandobjekt in Betracht kommen **Forderungen, Patentrechte** (§ 34 PatG), **Marken- und Musterrechte, Optionsrechte, Gesellschaftsanteile**, Lebensversicherungspolizzen, aber auch beschränkt dingliche Rechte, wie der **Fruchtgenuss**, das **Baurecht** (§§ 7 ff BauRG) und das **Pfandrecht (Afterpfand, Rz 7/54)** selbst. Auch die Verpfändung eines **Bestandrechtes** ist nur möglich, sofern es verwertbar ist. Bei einem dem MRG unterliegenden Mietrecht ist dies bei Vorliegen eines Untermietverbots (§ 11 MRG) bzw aufgrund des Kündigungstatbestandes der gänzlichen Weitergabe des Mietgegenstandes (§ 30 Abs 2 Z 4 MRG) nicht unbedingt gewährleistet, allerdings kann auch hier eine Verwertbarkeit durch zumindest teilweise Untervermietung gegeben sein.

**Bsp 2:** Als höchstpersönliches Recht nicht pfänd- oder verpfändbar ist etwa das **Wiederkaufsrecht**, sowie das **Rückverkaufsrecht** (§ 1071) und das **Vorkaufsrecht** (§ 1074). Mangels Verwertbarkeit nicht pfändbar ist das **Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364c**.

**Bsp 3:** Forderungen sind Gegenstand eines Pfandrechtes, wenn sie verwertet werden können und nicht höchstpersönlich sind. Der **Schmerzensgeldanspruch** ist nicht höchstpersönlicher Natur und deshalb verpfänd- und pfändbar, ohne dass der Schädiger ihn anerkennen und der Geschädigte ihn gerichtlich geltend machen muss (6 Ob 2068/96b).

**Künftige Forderungen** können verpfändet werden, wenn sie genügend bestimmt sind, **7/24** hierzu müssen Rechtsgrund, Gläubiger und Schuldner feststehen. Dies gilt etwa für bedingte Forderungen, noch **ungewisse Forderungen** hingegen können nicht verpfändet werden. Zu beachten ist allerdings, dass der Pfandbestellungsvertrag (Titel) und die dingliche Einigung

vorweg abgeschlossen werden können, aber das Pfandrecht erst entsteht, wenn auch die Pfandsache entstanden ist und der erforderliche Publizitätsakt gesetzt wurde.

**Bsp:** Nicht verpfändbar sind zB ungewisse Forderungen, wie etwa der mögliche künftige ungewisse Anspruch auf eine Witwenpension (noch vor Ableben des Ehepartners) oder der bloß testamentarisch zugesicherte Fruchtgenuss (noch vor Ableben des Testators).

## 4. Umfang des Pfandrechtes

**§ 457 ABGB lautet:** „Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freien Eigentume des Verpfänders gehörige Teile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes, folglich auch auf die Früchte, ins solange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind. Wenn also ein Schuldner einem Gläubiger sein Gut, und einem andern später die Früchte desselben verpfändet; so ist die spätere Verpfändung nur in Rücksicht auf die schon abgesonderten und bezogenen Früchte wirksam.“

7/25 § 457 regelt den **Umfang des Pfandrechtes** in Bezug auf die Pfandsache. Grundsätzlich erstreckt sich das **Pfandrecht an der Hauptsache** auch auf alle zum freien Eigentum des Verpfänders gehörenden **selbständigen** und **unselbständigen Bestandteile** der Sache, auf ihr **Zubehör** und ihre **Früchte**. Da **unselbständige Bestandteile** sonderrechtsunfähig sind, teilen sie notwendigerweise das rechtliche Schicksal der Hauptsache. Sie werden jedenfalls vom Pfandrecht erfasst, auch wenn sie erst nach der Verpfändung von der Pfandsache aufgenommen werden. Wird der unselbständige Bestandteil abgetrennt, so erlischt mangels anderer Vereinbarung das „an ihm haftende“ Pfandrecht. Mit der Abtrennung wird der vormals unselbständige Bestandteil sonderrechtsfähig und kann selbständig verpfändet werden. Vereinbaren die Parteien, dass das Pfandrecht trotz Abtrennung aufrecht bleiben soll, so bedarf es diesbezüglich eines sachenrechtlichen Übertragungsaktes iSd §§ 451 f. Wird die Sache nicht übergeben, so entsteht nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übergabe. **Selbständige Bestandteile und das Zubehör** sind sonderrechtsfähig, gelten aber iZw als mitverpfändet, doch werden auch sie mit ihrer Abtrennung pfandfrei. Über die Erstreckung des Pfandrechtes auf hinzukommende selbständige Bestandteile und Zubehörstücke entscheidet der Parteiwille. **Natürliche Früchte** sind bis zu ihrer Abtrennung unselbständiger Bestandteil, ab der Abtrennung können sie Zubehör sein, wenn sie der Benützung der Hauptsache gewidmet sind, ansonsten werden sie zu selbständigen Sachen. **Zivilfrüchte** hingegen werden von der Verpfändung der Hauptsache grundsätzlich nicht erfasst, da bei ihnen der enge Zusammenhang mit der Muttersache fehlt.

Bei der **Ertragshypothek** (Revenuehypothek, Pfandrecht ad fructus; § 457; § 85 7/26 Abs 3 GBG) kann sich der der Gläubiger nur aus den Früchten der Pfandsache befriedigen. Das Pfandrecht besteht zwar auch hier an der Liegenschaft selbst, doch ist die Verwertung auf die stehenden und künftigen Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert werden, beschränkt.

Das Pfand haftet nicht nur für die Hauptforderung, sondern auch für bestimmte 7/27 **Nebengebühren**, also zB **gesetzliche Zinsen** oder **vertragliche Zinsen**, wenn der Zinsfuß im Grundbuch eingetragen ist (§ 14 Abs 1 GBG), wobei aber nur nicht länger als drei Jahre rückständige Zinsen – zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlages – denselben Rang wie die Hauptforderung genießen (vgl §§ 216 Abs 2, 286 Abs 4 und 307 Abs 2 EO; § 17 GBG). Zudem haftet das Pfand für gerichtlich bestimmte **Prozess- und Exekutionskosten** (§ 16 GBG; § 216 Abs 2 EO: Rang der Hauptforderung), für **Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung** und für **Vertragsstrafen**. Für **Rückabwicklungsansprüche** haftet das Pfand nur bei vertraglicher Vereinbarung oder gesetzlicher Anordnung (zB § 7 Abs 1 WucherG). Hat der Pfandgläubiger **Aufwendungen auf die Pfandsache** getätigt, so kommt ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu (§ 471; Rz II/4/78 ff).

## II. Der Erwerb des Pfandrechtes

**§ 449 ABGB lautet:** „Das Pfandrecht bezieht sich zwar auf eine gültige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes. Dieser gründet sich auf das Gesetz; auf einen richterlichen Ausspruch; auf einen Vertrag; oder den letzten Willen des Eigentümers.“

**§ 450 ABGB lautet:** „Die Fälle, in welchen das Gesetz jemandem das Pfandrecht einräumt, sind am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches und bei dem Verfahren in Insolvenzfällen angegeben. Inwiefern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichtsordnung. Soll durch die Einwilligung des Schuldners oder eines Dritten, der seine Sache für ihn verhaftet, das Pfandrecht erworben werden; so dienen die Vorschriften von Verträgen und Vermächtnissen zur Richtschnur.“

Der Titel für den Erwerb eines Pfandrechtes kann in einem Rechtsgeschäft, einem 7/28 Richterspruch oder im Gesetz selbst liegen (§§ 449, 450), demgemäß unterscheiden wir zwischen **rechtsgeschäftlichem, richterlichem** und **gesetzlichem Pfandrecht**.

# 1. Rechtsgeschäftlicher Pfandrechtserwerb

## a. Derivativer Pfandrechtserwerb

7/29 Für den rechtsgeschäftlichen Erwerb des dinglichen Pfandrechts gilt – ebenso wie für den Erwerb des dinglichen Eigentumsrechts – die **Lehre von Titel und Modus** und das **Prinzip der kausalen Tradition**, der rechtsgeschäftliche derivative Erwerb des Pfandrechts ist somit an folgende drei Voraussetzungen geknüpft:

- **Titel** (= Verpflichtungsgeschäft)
- **Modus** (= Verfügungsgeschäft, Übergabe der Sache)
- **Berechtigung des Vormannes** (vgl dazu aber auch Rz 7/59)

### aa. Titel (Verpflichtungsgeschäft)

**§ 1368 ABGB lautet:** „Pfandvertrag heißt derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner, oder ein anderer anstatt seiner auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrecht wirklich einräumt, folglich ihm das bewegliche Pfandstück übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt. Der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen, ist noch kein Pfandvertrag.“

**§ 1369 ABGB lautet:** „Was bei Verträgen überhaupt Rechtens ist, gilt auch bei dem Pfandvertrage; er ist zweiseitig verbindlich. Der Pfandnehmer muß das Handpfand wohl verwahren, und es dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, zurückgeben. Betrifft es eine Hypothek; so muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypothekenbüchern bewirken zu können. Die mit dem Pfandbesitze verknüpften Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgebers und Pfandnehmers sind in sechsten Hauptstücke des zweiten Teiles bestimmt worden.“

7/30 **Titel** für den rechtsgeschäftlichen Pfandrechtserwerb ist nicht die zu sichernde Forderung (zB Kreditforderung) oder die dieser zugrundeliegende Vereinbarung (zB Kreditvertrag), sondern eine eigene Abrede, nämlich die **Vereinbarung zwischen Pfandnehmer** (Pfandgläubiger, zB Bank) einerseits **und Pfandbesteller** (Pfandschuldner, zB Kreditnehmer, dritter Pfandbesteller) andererseits. Den Titel für die Begründung des Pfandrechts regelt das ABGB in **§ 1368** in Form des als Realkontrakt verstandenen **Pfandvertrages**. Nach heute hL (*Faber/Schw/Ko*<sup>4</sup> § 1369 Rz 1; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 1368 Rz 1; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> §§ 1368, 1369 Rz 2) reicht aber auch ein Konsensualvertrag, der sog **Pfandbestellungsvertrag** (sog Verpfändungsvertrag bzw Pfandversprechen) als Titel aus. In diesem Pfandbestellungsvertrag verpflichtet sich der Pfandbesteller, zur Absicherung einer zumindest bestimmbareren Forderung (in Zukunft) ein Pfand zu bestellen. Der Pfandbestellungsvertrag ist ein rein **schuldrechtlicher**, regelmäßig einseitig verpflichtender zweiseitiger **Vertrag**.

Der **Pfandbestellungsvertrag** ist **formfrei** und kann daher mündlich oder schriftlich, 7/31 ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen werden. § 1369 bezeichnet den Pfandbestellungsvertrag als **zweiseitig verbindlich**, womit nach der Diktion des ABGB entgeltlich gemeint ist. Der Pfandbestellungsvertrag ist daher als **entgeltlicher Vertrag** zu qualifizieren. Wird ein Pfand bestellt, ohne dass dazu eine Verpflichtung aus der Kreditsicherungsabrede besteht oder dem Schuldner daraus zB in Form einer Herabsetzung der Verzinsung der Forderung ein Vorteil entsteht, kann allerdings nicht von einer Gegenleistung gesprochen werden. Die Frage der Entgeltlichkeit ist etwa für die Auslegung des Pfandbestellungsvertrages (§ 915), den Gutgläubenserwerb nach § 456 (Rz 7/61 ff), die Gewährleistungspflicht nach § 458 (Rz 7/97) und die Anfechtbarkeit der Pfandeinräumung nach den §§ 438 ff EO und den §§ 27 ff IO von Bedeutung.

Der Abschluss des Pfandbestellungsvertrages allein gibt dem Pfandgläubiger zwar einen 7/32 obligatorischen Anspruch auf Pfandbestellung gegen den Pfandschuldner, aber noch kein dingliches Pfandrecht an der Pfandsache. Zur Begründung des dinglichen Pfandrechts ist vielmehr – im Einklang mit der Lehre von Titel und Modus – ebenso wie für die Begründung des Eigentumsrechts auch die Setzung eines ausreichenden Modus (Verfügungsgeschäft, Übergabe der Sache) erforderlich:

### **bb. Modus**

Erst der Modus (Verfügungsgeschäft) führt zum Erwerb des dinglichen Pfandrechts, dieser 7/33 Modus besteht aus zwei verschiedenen Bestandteilen:

1. **Übergabe der Sache**
2. **Willensübereinstimmung der Parteien**, durch die Sachübergabe auch das Pfandrecht begründen zu wollen (**sog dingliche Einigung, dinglicher Vertrag**)

Str ist, in welchem Zeitpunkt die dingliche Einigung der (geschäftsfähigen) Parteien vorliegen 7/34 muss, damit die Sachübergabe zur Begründung des dinglichen Pfandrechts führt. Da diese Problematik bereits im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb ausführlich besprochen wurde (Rz 3/106 ff), reichen im vorliegenden Konnex einige kurze Bemerkungen aus:

Ein Teil der L (Nw bei *Eccher/Riss/KBB*<sup>6</sup> § 425 Rz 1) vertritt die Auffassung, dass die 7/35 Übereignung der Sache ein eigenes Rechtsgeschäft sei. Demnach muss also im Zeitpunkt der Übergabe der Sache an den Erwerber zusätzlich auch noch die Willensübereinstimmung

der Parteien vorliegen, durch die nunmehrige Übergabe der Sache auch das Pfandrecht begründen zu wollen. Nach dieser Auffassung muss auch die sog dingliche Einigung der Parteien im Zeitpunkt der Übergabe der Sache existieren.

7/36 Nach der von *Spielbüchler* (*Spielbüchler/R*<sup>3</sup> § 425 Rz 2; folgend *Mader/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> § 425 Rz 2; *Holzner/R/L*<sup>4</sup> § 425 Rz 2) entwickelten Gegenauffassung, der auch der OGH in jüngerer Rsp (vgl 2 Ob 188/11b; RS0107162) folgt, liegt die dingliche Einigung dagegen schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes (in casu: des Pfandbestellungsvertrages) vor. Die nachfolgende Übergabe der Sache ist demnach eine bloß faktische Verfügung. Nach dieser Ansicht ist die Sachübergabe bloßer Realakt und die Einigung über den Rechtsübergang schon im Grundgeschäft enthalten (im Zeitpunkt des Abschlusses des Titels [zB Pfandbestellungsvertrages] gegeben).

7/37 Für die Frage, welcher Modus für die Begründung des dinglichen Pfandrechtes erforderlich ist, ist danach zu differenzieren, ob es sich um ein Faustpfand, ein Registerpfand, ein Rechts- oder Forderungspfand oder ein Grundpfand handelt. Allen Arten ist gemeinsam, dass im Rechtsverkehr der Umstand, dass ein Pfandrecht begründet wurde, besonders publik gemacht werden soll (**Publizitätsprinzip**).

### aaa. Bewegliche Sachen – Faust- bzw Handpfand

**§ 451 ABGB lautet:** „(1) Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger, die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen; und, wenn sie unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigentumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen. Der Titel allein gibt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache.

(2) Das Pfandrecht an bürgerlich nicht eingetragenen Liegenschaften (§ 434) oder an Bauwerken (§ 435) wird durch die gerichtliche Hinterlegung einer beglaubigten Pfandbestellungsurkunde erworben. Die Urkunde muß die genaue Angabe des Pfandgegenstandes und der Forderung mit einer ziffermäßig bestimmten Geldsumme, bei einer verzinslichen Forderung auch die Höhe der Zinsen; ferner die ausdrückliche Zustimmung des Verpfänders zu der gerichtlichen Hinterlegung enthalten.“

**§ 452 ABGB lautet:** „Bei Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bei der Übertragung des Eigentumes (§ 427) solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Wer diese Vorsicht unterläßt, haftet für die nachteiligen Folgen.“

7/38 **Bewegliche körperliche Sachen** müssen vom Pfandgläubiger „in Verwahrung genommen werden“ (§ 451); dies erfordert idR **körperliche Übergabe** der Sache an den Pfandgläubiger. Durch diese „Verschiebung der Pfandsache in die Gewahrsame des Pfandgläubigers“ wird dem **Faustpfandprinzip** Rechnung getragen und gleichzeitig dem **Publizitätsgedanken** entsprochen, da gegenüber allen Teilnehmern am Rechtsverkehr



klargestellt werden soll, dass der Pfandgläubiger ein Recht an der in seiner Gewahrsame stehenden Sache hat. Gleichzeitig wird durch das Entfernen der Sache aus der Gewahrsame des Pfandschuldners dessen Gläubigern signalisiert, dass sie auf diese Sache als Haftungsfonds nicht mehr vertrauen können. Das Publizitätsprinzip soll also das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf den Haftungsfonds einer bestimmten Person in besonders effektiver Weise gewährleisten. Aus diesem Grunde muss auch die Ersetzung der Verfügungsgewalt des Verpfänders grundsätzlich nach außen hin in Erscheinung treten (publik sein). Befindet sich die Sache bereits in der Gewahrsame des Pfandgläubigers, so genügt die Übergabe kurzer Hand durch Erklärung (**Besitzauflassung**). Befindet sich die Sache in der Gewahrsame eines Dritten, so kann die Sache nach hA (*Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 451 Rz 6; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 451 Rz 3; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> §§ 451, 452 Rz 11) durch **Besitzanweisung** übergeben werden. Kein gültiger Modus ist jedoch das **Besitzkonstitut**, weil hier die Sache in der Gewahrsame des Pfandschuldners bleibt und infolge mangelnder Publizität kein Pfandrecht entstehen kann (*Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko* § 451 Rz 7; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 451 Rz 3).

**Bsp:** Für die Wintermonate hat B sein Cabrio bei C eingestellt. Nun verlangt A von B zur Besicherung einer offenen Schuld die Bestellung eines Pfandes. Auch A kommt dies gelegen, da er selber keine Möglichkeit hat, das Cabrio die kalte Jahreszeit über einzustellen. In casu bietet sich die Übergabe durch Besitzanweisung an: Der Eigentümer der Pfandsache B verpfändet diese an A und weist den Dritten C (Sachinhaber) an, die Sache (das Cabrio) künftig nicht mehr in seinem Namen (im Namen des B), sondern im Namen des Pfandgläubigers A innezuhaben.

Grundsätzlich bedarf es für die Verpfändung beweglicher, körperlicher Sachen der Übergabe **7/39** von Hand zu Hand, die **Übergabe durch Zeichen (§ 427)** genügt – ebenso wie für die Übertragung des Eigentumsrechts nach § 427 – nur, wenn eine **Gewahrsamsänderung** technisch **nicht möglich oder wirtschaftlich nicht tunlich** ist (**§ 452**). Die Übergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger muss also nicht physisch unmöglich sein, es genügt, wenn die körperliche Übergabe aufgrund der Beschaffenheit der Sache unzweckmäßig ist. Zu beachten ist, dass bei der Übergabe durch Zeichen die Sache in der Gewahrsame des Pfandschuldners bleibt, allerdings wird das Pfandrecht durch das Zeichen im Rechtsverkehr gegenüber „jedermann“ (§ 452) publik gemacht.

**Bsp 1: Tunlich** ist eine Gewahrsamsänderung etwa zum Erwerb des Pfandrechts an einem Kraftfahrzeug, eine Übergabe von Hand zu Hand ist erforderlich (9 Os 81/84). Das Pfandrecht an einem KFZ kann somit mangels Untunlichkeit der körperlichen Übergabe nicht durch bloße Übergabe der Fahrzeugpapiere (1 Ob 105/75), des Typenscheins (6 Ob 104/64 RZ 1964, 140) oder der Polizze für die Haftpflichtversicherung (5 Ob 87/60 EvBl 1960/220) begründet werden.

**Bsp 2: Untunlich** aufgrund der Beschaffenheit der Sache ist die körperliche Übergabe zB bei einer 2,5 Tonnen schweren Maschine (6 Ob 246/65), einem 600 bis 800 kg schweren Spektrometer

(5 Ob 233/13w), einer 6 - 7 Meter langen und 1,25 Meter hohen mit dem Gebäude fix verbundenen Maschine (3 Ob 840/28/1 JBI 1928, 562) oder einer fix montierten sperrigen Werkstätteneinrichtung (5 Ob 111/70 HS 7257/38).

**Bsp 3:** Zulässig ist die Übergabe durch Zeichen bei einer **Gesamtsache** iSd § 302. Eine solche Gesamtsache kann sein: die Scheinwerferausstattung eines Filmunternehmens (2 Ob 188/56 JBI 1957, 156), ein Weinkeller (II Ob 631/26 Rsp 1926/166) oder ein Warenlager (3 Ob 2442/96f). Kann eine Gesamtsache aber übergeben werden, etwa Strickereimaschinen (7 Ob 12/55), eine Büroeinrichtung (3 Ob 71, 72/71 EvBl 1972/37) oder eine Briefmarken- oder Münzsammlung (1 Ob 646/79 JBI 1980, 435), kommt eine Übergabe durch Zeichen nicht in Betracht.

**7/40** Ist die Übergabe durch Zeichen zulässig, so müssen solche Zeichen verwendet werden, **„woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann“ (§ 452)**. Dies resultiert aus dem gegenüber dem Eigentumserwerb erhöhten Publizitätsanspruch des Pfandrechts. Unter „jedermann“ ist der an der bestimmten Sache Interessierte zu verstehen, für diesen muss das angebrachte Zeichen bei gewöhnlicher, auf den Pfandgegenstand gerichteten Aufmerksamkeit leicht erkennbar sein. Grundsätzlich genügt die Anbringung einer ausreichenden Anzahl an Schildern entsprechender Größe in einem für jeden Interessierten erkennbaren Zusammenhang mit der verpfändeten Sache.

**Bsp:** § 452 verlangt eine gewisse Offenkundigkeit, **nicht ausreichend** sind: die Anbringung von Zetteln an Holzstößen, wenn die Zettel für Dritte kaum erkennbar sind (1 Ob 867/32 RZ 1932, 243), ein sehr kleiner, nicht in die Augen fallender Aufkleber im Cockpit eines Kleinflugzeugs und ein etwas größerer in seinem Heckbereich (8 Ob 47/13i), versteckt angebrachte Pfandzettel (3 Ob 61/62 EvBl 1962/507: keine wirksame Übertragung des Sicherungseigentums an Möbelwagen durch Bezettelung im Inneren desselben), die überdies unklar sind (3 Ob 840/28/1 JBI 1928, 562) oder die bloße Ausstellung eines Verwahrungsscheines ([E v 28.1.1880 GZ 21] GIU 13121). Zur Ausübung der Verfügungsmacht des Pfandgläubigers muss zudem bei Gesamtsachen (wie zB Warenlagern) eine Vertrauensperson bestellt werden, die den Stand des Warenlagers unter Kontrolle haben muss, sodass es nicht im Belieben des Sicherungsgebers liegen darf, weiterhin Waren aus dem Lager entnehmen zu können (3 Ob 2442/96f; *Hofmann/R*<sup>3</sup> § 452 Rz 4).

**7/41** Das Zeichen hat mit der Pfandsache **in dauernder Verbindung** zu stehen. Nachträgliche Entfernung der Pfandzeichen mit Zustimmung des Pfandgläubigers macht die Verpfändung genauso wirkungslos wie auch die Unterlassung ihrer Anbringung nicht zum Entstehen des Pfandrechts führt. Str ist, wie sich nachträgliche eigenmächtige Entfernung durch den Pfandschuldner gegen den Willen des Gläubigers bzw zumindest ohne dessen Kenntnis auswirkt (Rz 7/165).

**7/42** Wird die Pfandsache nicht körperlich übergeben oder bei Zulässigkeit der Übergabe durch Zeichen nicht mit einer ausreichenden Kennzeichnung versehen, so entsteht nach hA (*Hinteregger/Pobatschnig/Schw/Ko*<sup>5</sup> § 451 Rz 1 ff; *Koch/KBB*<sup>6</sup> § 451 Rz 3; *Oberhammer/Domej/ABGB-ON*<sup>1.03</sup> §§ 451, 452 Rz 10 ff) mangels ausreichenden Modus kein Pfandrecht. Der Pfandgläubiger hat jedoch aufgrund des Pfandbestellungsvertrages den obligatorischen Anspruch gegen den Pfandschuldner auf Verschaffung des Pfandrechts.