

Exposé zur Dissertation

Vorläufiger Arbeitstitel

„Das Afterpfandrecht“

Verfasser

Mag. iur. Michael Moser

01426337

Angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Juli 2020

Studienkennzahl laut Studienblatt:

UA 783 101

Dissertationsgebiet laut Studienblatt:

Zivilrecht

Betreuerin:

Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud

Inhaltsverzeichnis

I.	Allgemeines zum Afterpfandrecht	3
1.	Themeneinführung	3
2.	System der Afterverpfändung nach dem ABGB.....	4
II.	Beschreibung des Dissertationsvorhabens	5
III.	Forschungsstand.....	10
IV.	Methoden und Forschungsmaterialien.....	10
V.	Vorläufige Gliederung	12
VI.	Vorläufiger Zeitplan.....	14
VII.	Vorläufiges Literaturverzeichnis	15

I. Allgemeines zum Afterpfandrecht

1. Themeneinführung

Das Afterpfandrecht ist nach heute hA¹ das Pfandrecht an einem Pfandrecht. Unbestritten ist, dass das ABGB die Begründung eines Pfandrechts nicht nur an körperlichen Sachen, sondern ebenso an unkörperlichen Sachen zulässt.² In diese Kategorie fallen neben Forderungen auch das Pfandrecht selbst. Dabei geht es, anders als bei der Übertragung eines Pfandrechts, nicht darum, ein Sicherungsmittel zu übertragen, sondern ein neues Sicherungsmittel zu begründen. Das Afterpfandrecht eignet sich insbesondere dann als Sicherungsmittel, wenn der Pfandgläubiger seinem Gläubiger eine dingliche Sicherung einräumen will, dabei allerdings seine Forderungen behalten will, und diese durch sein Hauptpfandrecht weiterhin gesichert bleiben soll. Die Zustimmung seitens des Eigentümers der Pfandsache ist nicht erforderlich.³ Neben vereinzelt Regelungen im GBG und in der EO⁴ wird das Afterpfandrecht in den §§ 454 f und 460 ABGB geregelt. Diese gehören dem Urbestand des ABGB an.⁵

Das Rechtsinstitut des Afterpfandrechts ist kein Phänomen der neueren Zeit, sondern war bereits im klassischen römischen Recht bekannt. Der heute geläufige Begriff des *subpignus* war dem klassischen römischen Recht allerdings noch fremd.⁶ Das Afterpfandrecht wurde als das *pignus pignori dare*⁷ oder als *pignori rem pigneratam accipere*⁸ bezeichnet. Dabei dürfte nach den Vorstellungen der römischen Juristen der Gegenstand der Afterverpfändung die verpfändete Sache und nicht das Pfandrecht gewesen sein.⁹ Dennoch dürfte das Verständnis der

¹ Ausführlich dazu *Apathy*, JBl 1979, 520 f; s auch *Gschnitzer*, Sachenrecht² 241; *Hinteregger* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar⁴ § 454 Rz 1; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 454 Rz 1; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1204; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 10/11.

² *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 448 Rz 1 ff; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 448 Rz 1; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 448 Rz 31 ff.

³ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 454 Rz 1; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 454 Rz 1; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1205; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 10/10; als Ausgleich dafür trifft den Afterpfandbesteller jedoch die strenge Haftung des § 460 ABGB. Zur Frage, ob ein Verbot seitens des Erstpfandbestellers eine Weiterverpfändung verhindern kann s unten II.

⁴ Vgl §§ 13 Abs 2, 51 Abs 1, 59 Abs 5 GBG; §§ 128, 213 Abs 1, 298, 320, 324 EO; s auch § 10 DepG. § 155 Abs 2 GewO enthält außerdem ein Afterverpfändungsverbot bei der gewerblichen Pfandleihe.

⁵ IdF JGS 1811/1946.

⁶ *Apathy* in FS von Lübtow 585 f.

⁷ D. 13, 7, 40, 2.

⁸ D. 20, 1, 13, 2.

⁹ Vgl *Apathy* in FS von Lübtow 587 f.

Juristen des klassischen römischen Rechts auch das Verständnis des Afterpfandrechts der Verfasser des ABGB geprägt haben.¹⁰

Neben zahlreichen Problemen, welche beim ohnehin äußerst umstrittenen Rechtsinstitut des Pfandrechts auftreten, stellen sich auf Grund der Mehrpersonalität des Afterpfandrechts (mindestens drei Personen) zusätzlich strittige und zahlreiche noch nicht aufgearbeitete Rechtsfragen. Die Dissertation soll dabei grundsätzlich jene Probleme aufgreifen, welche vor allem beim Afterpfandrecht auftreten. Dabei wird jedoch stets auf allgemeine Probleme des Pfandrechts Bezug genommen, da diese für die Beantwortung der relevanten Rechtsfragen von zentraler Bedeutung sind.

2. System der Afterverpfändung nach dem ABGB

Das ABGB verlangt als Modus für die Begründung des Afterpfandrechts, wie bei der Begründung eines gewöhnlichen Pfandrechts, die Übergabe einer beweglichen Sache oder die Einverleibung ins Grundbuch bei unbeweglichen Sachen (vgl § 454 ABGB). Anders als bei der Übertragung des Pfandrechts¹¹ ist also das Besitzkonstitut mangels Publizität kein tauglicher Modus der Afterverpfändung. Das Bestehen des Afterpfandrechts ist stets vom Bestehen des Hauptpfandrechts (und damit der besicherten Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis) abhängig, weshalb zur Aufrechterhaltung des Afterpfandrechts spezielle Schutzvorschriften notwendig sind. Diesen Schutz verwirklicht das ABGB in § 455. Nach § 455 ABGB kann der Eigentümer der Pfandsache nur solange mit schuldbefreiender Wirkung an seinen Gläubiger zahlen, als er nicht von der Afterverpfändung verständigt wurde. Hinter dieser Norm liegt allerdings nicht nur der Schutz des Afterpfandgläubigers, sondern auch der Schutz des Eigentümers. Zum einen kann der Eigentümer, sobald er von der Afterverpfändung verständigt wurde, nur mehr mit schuldbefreiender Wirkung an seinen Gläubiger mit Zustimmung des Afterpfandgläubigers leisten, womit das Bestehen des Afterpfandrechts abgesichert wird. Zum anderen

¹⁰ *Apathy* in FS von Lübtow 597.

¹¹ *Ehrenzweig*, System² I/2, 438; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 98; *Gschnitzer*, Sachenrecht² 206; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 449 Rz 8; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 449 Rz 22; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 450 Rz 17; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 10/32.

verwirklicht § 455 ABGB den Schutz des Eigentümers, indem dieser ähnlich wie der Drittschuldner bei der Zession nach § 1395 Satz 2 ABGB, solange schuldbefreiend leisten kann, als er nicht von der Afterverpfändung verständigt wurde.¹²

Diese Situation ist jedoch für den Eigentümer äußerst nachteilig, da er ohne Zustimmung seitens des Afterpfandgläubigers nicht mehr schuldbefreiend leisten kann. Dem beugt das ABGB durch die Möglichkeit der Hinterlegung nach § 455 ABGB vor. Sollte der Afterpfandgläubiger der Zahlung an den Afterpfandbesteller nicht zustimmen, kann der Eigentümer die geschuldete Summe gerichtlich hinterlegen. Das Pfandrecht geht in weiterer Folge auf den hinterlegten Betrag über.¹³ Der Afterpfandgläubiger kann somit auf den hinterlegten Betrag zugreifen.

II. Beschreibung des Dissertationsvorhabens

Zunächst soll die Untersuchung auf die Voraussetzungen zur Begründung eines Afterpfandrechts fokussiert werden. Dabei ist insbesondere strittig, ob die Verpfändung der Forderung des Hauptpfandgläubigers (Afterpfandbesteller) gegen den Hauptschuldner (Hauptpfandbesteller) zwingend notwendig ist, um ein Afterpfandrecht zu begründen, oder ob eine separate Verpfändung der Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis und des Pfandrechts selbst zulässig ist.¹⁴ In diesem Zusammenhang soll vor allem der Gehalt der einschlägigen Normen des ABGB und des GBG ermittelt werden. Während § 454 ABGB von der „Afterverpfändung auf das Pfandrecht“ spricht und damit wohl eine separate Verpfändung des Pfandrechts vor Augen hat,

¹² *Apathy*, JBl 1979, 519 f; *Reischauer*, JBl 2001, 546; *Holzner*, JBl 2010, 762; *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1088 f.

¹³ OGH GIU 12033; 12673; *Reischauer*, JBl 2001, 550; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁴ § 455 Rz 2; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 455 Rz 3; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 6.

¹⁴ Befürwortend und den Meinungsstand wiedergebend *Apathy*, JBl 1979, 521 ff; dafür auch *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX/2² Rz 2/97; *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1078; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 454 Rz 4; *Koch* in *KBB*⁶ § 454 Rz 4; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 10/11; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I⁵ Rz 1204; unter Berücksichtigung sich andernfalls ergebender grundbuchsrechtlicher Probleme auch *Holzner*, JBl 2010, 763; dagegen *Klang* in *Klang*² II, 448; *Gschntzer*, Sachenrecht² 241; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 454 Rz 2; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 13 Rz 163; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 4 f; vermittelnd *Ehrenzweig*, System² I/2, 487 f.

so deuten die §§ 13 Abs 2 und 51 Abs 1 GBG wiederum auf eine Mitverpfändung der Forderung hin.¹⁵ Da die Zulässigkeit einer außerbücherlichen Verfügung¹⁶ bei hypothekarisch sichergestellten Forderungen von der hA abgelehnt wird,¹⁷ könnte die Lösung dieser Frage auch von der Beweglichkeit bzw Unbeweglichkeit der Pfandsache abhängen. Im Falle einer getrennten Verpfändung von Forderung und Pfandrecht stellt sich weiters das Problem, dass sowohl Afterpfandgläubiger als auch Forderungspfandgläubiger im Falle der Exekution auf dieselbe Forderung zugreifen müssten. Diese muss allerdings nicht zweimal beglichen werden um die afterverpfändete Sache zurückfordern zu können. Daher wäre in diesem Fall zu überprüfen, ob der Forderungspfandgläubiger oder der Afterpfandgläubiger vorrangig zu befriedigen sind.¹⁸

Fraglich ist, ob ein Afterpfandrecht an beweglichen Sachen gutgläubig nach § 456 ABGB (analog) erworben werden kann.¹⁹ Anders als bei unbeweglichen Sachen kann ein gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen nach hA nur vom vermeintlichen Eigentümer²⁰ stattfinden, da der Besitz nach hA nur das Eigentum indiziert.²¹ Bei einem allfälligen gutgläubigen

¹⁵ Klang in Klang² II, 448; Ehrenzweig, System² I/2, 487; Apathy, JBl 1979, 522; vgl aber auch Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 2, welche den §§ 298 und 320 EO maßgebliche Bedeutung zuschreiben.

¹⁶ Dabei ist im Übrigen fraglich, ob die außerbücherliche Zession der außerbücherlichen Verpfändung einer Forderung gleichzusetzen ist. S dazu Apathy, JBl 1979, 522 f; Iro in FS 200 Jahre ABGB 1094; Feil/Friedl in Feil/Friedl/Bayer, GBG § 13 Rz 44, die eine außerbücherliche Verpfändung der gesicherten Forderung für möglich halten.

¹⁷ RIS-Justiz RS RS0011389; RS0015164; Krainz/Pfaff, Sytem⁵ I, 833; Ehrenzweig, System² I/2, 440; Klang in Klang² II, 446; Gschnitzer, Sachenrecht² 207; Hofmann in Rummel, ABGB³ § 449 Rz 7; aA Exner, Hypothekenrecht II, 378 ff; Holzner, NZ 2000, 300 ff; Kundi, Zession 4 ff; Iro in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX/2² Rz 2/162 f.

¹⁸ Vgl dazu Apathy, JBl 1979, 524 f mwN; s auch Iro in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX/2² Rz 2/97; Wolkerstorfer in Klang, Großkommentar zum ABGB³ § 455 Rz 4, die einen besonders gelagerten Fall der Mehrfachverpfändung erkennen und auf den Entstehungszeitpunkt des jeweiligen Pfandrechtes abstellen; krit dazu Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 4, die einen Fall der Mehrfachverpfändung ablehnen, da nicht dasselbe Objekt verpfändet wird; vgl hingegen auch Exner, Hypothekenrecht II, 446, der diese Frage nach § 440 ABGB analog beurteilt; ähnlich Winiwarter, Sachenrecht² I/1, 252 f; wohl auch Klang in Klang² II, 448.

¹⁹ So Hofmann in Rummel, ABGB³ § 454 Rz 1; Hinteregger in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar⁴ § 454 Rz 1; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² § 13 GBG Rz 162. AA Iro in FS 200 Jahre ABGB 1081 ff; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 456 Rz 7.

²⁰ Sofern man einen gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts vom Unternehmer, im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens für möglich hält, so wäre auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis gem § 368 Abs 1 ABGB geschützt. S dazu Ehrenzweig, System² I/2, 411; Eicher, Mobilarpfandrecht 201; Iro, RdW 2006, 739 ff; Wolkerstorfer, Pfandrecht 70; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 10/18.

²¹ Gschnitzer, Sachenrecht² 206; Iro in FS 200 Jahre ABGB 1081 f; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 456 Rz 7; Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 10/40.

Erwerb eines Afterpfandrechts weiß der Erwerber jedoch, dass er lediglich mit dem Pfandgläubiger kontrahiert. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass diese Problematik dem gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts bei Übertragung eines nicht wirksam begründeten Pfandrechts²² ähnelt, weshalb hier uU eine Parallele gezogen werden kann.

Weiters soll untersucht werden, ob die Untersagung der Afterverpfändung seitens des Eigentümers die wirksame Begründung eines Afterpfandrechts verhindern kann,²³ oder ob einer Untersagung nur relative Wirkung inter partes zukommt.²⁴ Dabei wird sich auch die Frage stellen, inwiefern die Bestimmungen des § 364c und des § 1396a ABGB auf eine Untersagung der Afterverpfändung (analog) anwendbar sind. Sollte die Untersuchung zu dem Ergebnis gelangen, dass einer Untersagung der Afterverpfändung absolute Wirkung zukommt, so stellt sich wiederum die Frage nach einem möglichen gutgläubigen Erwerb des Afterpfandrechts.

In einem nächsten Schritt soll untersucht werden, was unter der Benachrichtigung des Eigentümers iSd § 455 ABGB zu verstehen ist. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob bei Auseinanderfallen von Pfandbesteller und Personalschuldner beide Personen verständigt werden müssen, um die Rechtswirkungen des § 455 ABGB umfänglich eintreten zu lassen.²⁵ Diesbezüglich ist vor allem strittig, ob die Publizität des Grundbuchs bei Einverleibung einer Afterhypothek allein ausreicht, um die „Benachrichtigung des Eigentümers“ zu bewirken,²⁶ oder ob zumindest die Verständigung seitens des Grundbuchsgerichts gem § 119

²² In diesem Fall einen gutgläubigen Erwerb bejahend *Frotz*, *Kreditsicherungsrecht* 99; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 456 Rz 6; *Welser/Kletečka*, *Bürgerliches Recht* I¹⁵ Rz 1227.

²³ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 454 Rz 1; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Bankvertragsrecht* IX/2² Rz 1/56; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar*⁴ § 454 Rz 1; *Feil/Friedl* in *Feil/Friedl/Bayer*, *GBG* § 13 Rz 44; *Kodek* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁴ § 454 Rz 1.

²⁴ Vgl dazu *Klang* in *Klang*² II, 450, der einem Verbot nur bei unbeweglichen Sachen im Familienkreis des § 364c absolute Wirkung zugesteht, allerdings den Standpunkt vertritt, dass bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung der Weiterverpfändung das Afterpfandrecht erlischt. *Iro* in *FS* 200 Jahre ABGB 1097 ff, hingegen gesteht im Hinblick auf § 364c ABGB einem Afterverpfändungsverbot nur relative Wirkung zu und sieht eine auflösende Bedingung der Weiterverpfändung als eine unzulässige Umgehung des § 364c ABGB an; nach *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 9 f, hängt die Frage hingegen von der absoluten Wirkung des Verpfändungsverbots hinsichtlich der Forderung ab. Dazu auch *Wolkerstorfer* in *Klang*, *Großkommentar* zum ABGB³ § 454 Rz 1.

²⁵ *Iro* in *FS* 200 Jahre ABGB 1086 ff mwN. Zu den Rechtswirkungen der Verständigung s oben I. 2.

²⁶ So *Exner*, *Hypothekenrecht* II, 449 FN 8; *Ehrenzweig*, *System*² I/2, 441 FN 26, 489, welche sich auf § 443 ABGB stützen, wonach sich niemand auf die Unkenntnis des Grundbuchs berufen kann; wohl ähnlich *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 455 ABGB Rz 1; *Kodek* in *Kodek*, *Grundbuchsrecht*² § 13 Rz 167; aA *Reischauer*, *JBI* 2001, 546 f; *Holzner*, *JBI* 2010, 761 f; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 5; *Holzner* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, *Exekutionsordnung* § 320 Rz 18 ff.

Abs 1 Z 3 GBG erforderlich ist²⁷ und weiters, ob diese alleine ausreichend ist.²⁸ Außerdem stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche Person(en) eine Pflicht zur Verständigung des „Eigentümers“ trifft und inwiefern sich bei Unterlassen dieser Pflicht schadenersatzrechtliche Konsequenzen ergeben können.

Im nächsten Teil soll das Verhältnis zwischen der besicherten Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis und dem Afterpfandrecht aufgearbeitet werden. Dabei gilt grundsätzlich, dass das Afterpfandrecht maximal in Höhe der besicherten Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis bestellt werden kann.²⁹ Dementsprechend stellt sich die Frage, ob der (zukünftige) Afterpfandgläubiger auf die Angabe der Höhe der Forderung vertrauen darf³⁰ und gegebenenfalls einen Anspruch auf Auskunft gegen seinen Schuldner und/oder den Eigentümer der Pfandsache hat. In diesem Zusammenhang ist auch fraglich, ob und inwiefern ein gutgläubiger Erwerber eines Afterpfandrechts an einer unbeweglichen Sache auf die Höhe der Forderung, welche im Grundbuch aufscheint, vertrauen darf oder ob diesen uU weitere Nachforschungsobliegenheit bezüglich einer allfälligen (teilweisen) Tilgung der Forderung treffen.³¹ Im Übrigen ist völlig ungeklärt, wie sich eine nachträgliche Minderung der Forderung (wie Preisminderung oder Irrtumsanpassung) aus dem Hauptschuldverhältnis auf das Afterpfandverhältnis auswirkt, insbesondere ob dies eine Minderung der Besicherung durch das Afterpfandrecht zur Folge hat. Ein möglicher Lösungsansatz wäre diesbezüglich zwischen sachen- und schuldrechtlicher extunc Wirkung der Forderungsminde rung zu differenzieren. Sollte die nachträgliche Änderung der Höhe oder das Wegfallen der Forderung auf das Afterpfandverhältnis durchschlagen, könnte auch an einen nachträglichen gutgläubigen Erwerb eines (höheren) Afterpfandrechts gedacht werden.

²⁷ *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX/2² Rz 2/99. Zu den Problemen die sich bei ausschließlicher Verständigung durch das Grundbuchgericht ergeben können s *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1094 f.

²⁸ S dazu *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1083 ff.

²⁹ So *Zeiller*, Kommentar II/1, 263; ähnlich unter Berufung auf *Zeiller, Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1078 f. Schließlich kann niemand mehr Rechte übertragen als er selbst hat, was sich auch in § 454 ABGB manifestiert, nach dem der Pfandgläubiger das Pfand „in so weit er ein Recht darauf hat“ verpfänden kann.

³⁰ Womit sich wiederum die Frage der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines (höheren) Afterpfandrechts stellt, wobei sich diesfalls die Gutgläubigkeit nicht auf das Bestehen des Pfandrechts, sondern auf die Höhe der Forderung bezieht.

³¹ Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Afterpfandrechts an unbeweglichen Sachen ist dem Grunde nach, anders als bei beweglichen Sachen, unzweifelhaft. Vgl nur *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1082 f.

Außerdem soll untersucht werden, wie sich Erfüllungssurrogate (zB Aufrechnungen im Hauptschuldverhältnis) auf das Bestehen des Afterpfandrechts auswirken, wenn der Eigentümer iSd § 455 ABGB ordnungsgemäß verständigt wurde.³² Dabei könnte die Lösung dieser Frage auch davon abhängen, ob im jeweiligen Fall Hauptschuldner, Drittpfandbesteller oder Afterpfandbesteller die Aufrechnung erklären.³³ In diesem Zusammenhang soll auch eine mögliche unterschiedliche Behandlung zwischen Untergang der Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis durch Zutun einer der Parteien oder durch zufälligen Untergang³⁴ aufgearbeitet werden.

In einem weiteren Schritt soll untersucht werden, ob die (rechtswirksame³⁵) Bestellung eines Pfandrechts am Sicherungseigentum wie eine Begründung eines Afterpfandrechts zu behandeln ist. Schließlich wird eine Analogie der meisten Bestimmungen des Pfandrechts auf das Sicherungseigentum befürwortet.³⁶

Weiters soll untersucht werden, wie die Verwertung des Afterpfandrechts zu erfolgen hat. Ist dazu eine doppelte Klagführung, also zuerst gegen den Afterpfandbesteller und anschließend gegen den Hauptpfandbesteller notwendig, oder kann der Afterpfandgläubiger direkt auf den Hauptpfandbesteller zugreifen?³⁷ Sollte im Ergebnis eine doppelte Klagführung notwendig sein, ist jedoch fraglich, ob diese gesetzlich zwingend vorgesehen ist, oder eine di-

³² Vgl *Klang* in *Klang*² II, 452; *Ehrenzweig*, System² I/2, 490 f; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar⁴ § 455 Rz 2; ähnlich *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 455 ABGB Rz 4.

³³ Ausführlich dazu *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1095 ff mwN.

³⁴ S dazu *Ehrenzweig*, System² I/2, 492; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 455 Rz 5; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 10/12, die ua den zufälligen Untergang der Forderung nach § 1447 ABGB auch gegen den Afterpfandgläubiger wirken lassen wollen.

³⁵ Sofern es nicht durch Bestellung eines Pfandrechts am Sicherungseigentum zur Mitwirkung an einer Veruntreuung durch den Pfandgläubiger nach §§ 12 iVm 133 StGB kommt, wodurch der Pfandbestellungsvertrag gem § 879 Abs 1 ABGB unwirksam wäre.

³⁶ RIS-Justiz RS001120; *F. Bydlinski* in *Klang*² VI/2, 460; *Koch* in *KBB*⁶ § 451 Rz 2; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 451 Rz 2; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 14/11.

³⁷ Befürwortend *Gschnitzer*, Sachenrecht² 242; aA OGH 3 Ob 228/98w = ÖBA 1999/815; *Klang* in *Klang*² II, 452; *Ehrenzweig*, System² I/2, 490 f; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 455 ABGB Rz 3; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 455 Rz 6; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1207; s dazu auch *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 454, 455 Rz 8, die eine doppelte Klagführung zwar für äußerst unzumutbar, aber aus exekutionsrechtlichen Erwägungen für erforderlich halten.

rechte Klagsmöglichkeit zwischen Afterpfandgläubiger und Afterpfandbesteller vereinbart werden kann.³⁸ Weiters soll die Möglichkeit einer außergerichtlichen Pfandverwertung nach §§ 466a ff ABGB bei beweglichen Sachen untersucht werden.

Zuletzt soll die Frage geklärt werden, ob dem Afterpfandbesteller nach materiellem Erlöschen der Afterhypothek ein Verfügungsrecht nach § 469 f ABGB zusteht.³⁹

III. Forschungsstand

Trotz seiner über 200-jährigen Geschichte wurde das Afterpfandrecht bislang noch nie monographisch untersucht. Der aktuelle Forschungsstand ergibt sich vor allem aus einer Untersuchung von *Iro*⁴⁰ aus dem Jahr 2011 und einer Arbeit von *Apathy*⁴¹ aus dem Jahr 1979. Beide Werke behandeln jedoch nur einzelne Fragen zum Afterpfandrecht und es handelt sich nicht um eine umfassende und abschließende Darstellung dieses Rechtsinstituts.⁴² Neben den einschlägigen Kommentaren zu den relevanten Bestimmungen bilden auch die einschlägigen Lehrbücher aus dem Bereich Sachenrecht einen wichtigen Beitrag zum derzeitigen Forschungsstand.⁴³ Die jüngere Rechtsprechung hat sich bisher nur sehr sporadisch zum Afterpfandrecht geäußert.⁴⁴

IV. Methoden und Forschungsmaterialien

Der rechtliche Gehalt der relevanten Bestimmungen dieser Rechtsfigur soll anhand der allgemein anerkannten Methoden der Rechtswissenschaft⁴⁵ ergründet werden. Außerdem soll insbesondere auf bereits vorhandene literarische Werke zum Pfandrecht und auf Werke, welche

³⁸ So *Holzner*, JBl 2019, 749.

³⁹ Ablehnend *Hofmann* in *Rummel*³ § 455 Rz 4; *Wolkerstorfer* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 455 Rz 7; *Fidler* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 469 Rz 181.

⁴⁰ in FS 200 Jahre ABGB 1077.

⁴¹ JBl 1979, 518.

⁴² Ausdrücklich *Iro* in FS 200 Jahre ABGB 1078.

⁴³ S zu diesen unten im Literaturverzeichnis.

⁴⁴ S etwa OGH 5 Ob 110/87 = RdW 1988, 352; 3 Ob 228/98w = ÖBA 1999/815; 6 Ob 99/08i = ZIK 2009/112.

⁴⁵ *S F. Bydliniski*, Methodenlehre, 1 ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991).

sich dem Afterpfandrecht explizit widmen, zurückgegriffen werden (zu diesen s unten im Literaturverzeichnis). Des Weiteren sollen die einschlägigen Gesetzesmaterialien zum ABGB umfangreich analysiert werden. Selbstverständlich wird auch die zu den relevanten Rechtsfragen (spärlich) vorhandene Judikatur dabei eine maßgebliche Rolle spielen. Ob und inwieweit rechtsvergleichende Analysen einen Beitrag zum Verständnis des Afterpfandrechts leisten können, ist derzeit noch offen.⁴⁶

⁴⁶ UU könnten die einschlägigen Bestimmungen des preußischen ALR, des schweizerischen ZGB und des codice civile eine Bedeutung für die Untersuchung haben.

V. Vorläufige Gliederung

I. Einleitung

II. Allgemeines

III. Historische Entwicklung

IV. Rechtsnatur des Afterpfandrechts

V. Begründung des Afterpfandrechts

A. Verständigung des Eigentümers als Begründungsvoraussetzung?

B. Mitverpfändung der besicherten Forderung

C. Gutgläubiger Erwerb des Afterpfandrechts

1. Bewegliche Sachen

2. Unbewegliche Sachen

D. Rechtsgeschäftliche Untersagung der Afterverpfändung

1. Anwendbarkeit des § 1396a ABGB

2. Anwendbarkeit des § 364c ABGB

3. Auflösende Bedingung der Afterverpfändung

4. Anwendbarkeit des § 456 ABGB (analog)?

E. Gesetzliches Afterverpfändungsverbot

F. Höhe der Besicherung durch das Afterpfandrecht

1. Bei unbeweglichen Sachen nach § 13 Abs 2 GBG

2. Gutgläubiger Erwerb eines höher besicherten Afterpfandrechts?

3. Auskunftsanspruch des Afterpfandgläubigers?

G. Erwerb im Exekutionsverfahren

VI. Inhalt und Wirkung der Afterverpfändung

A. Bei Unterbleiben der Verständigung des Eigentümers

B. Bei Verständigung des Eigentümers

1. Publizität des Grundbuchs als Verständigungsersatz?

2. Verständigung des Personalschuldners

3. Verständigung des Realschuldners

4. Verständigungspflicht?

5. Verständigung bei Afterpfandketten

C. Änderungen im Hauptschuldverhältnis

1. Nachträgliche Minderung der besicherten Forderung

a) Bei schuldrechtlicher ex tunc Wirkung

b) Bei sachenrechtlicher ex tunc Wirkung

2. Nachträglicher gutgläubiger Erwerb?

D. Haftung des Afterverpfänders nach § 460 ABGB

1. Bei beweglichen Pfandsachen

2. Bei unbeweglichen Pfandsachen

3. Bei Forderungen

E. Gewährleistung nach § 458 ABGB

F. Wirkung der Verpfändung von Sicherungseigentum

VII. Erlöschen des Afterpfandrechts

A. Allgemeine Erlöschenstatbestände nach § 467 ff ABGB

B. Wirkung von Erfüllungssurrogaten auf das Afterpfandverhältnis

C. Die Fiktion des § 51 Abs 1 GBG (analog)

D. Verfügungsrecht des Afterpfandbestellers nach § 469 f ABGB

E. Verwertung des Afterpfandrechts

1. (Notwendige) doppelte Klagführung

2. Vereinbarung einer direkten Klagmöglichkeit

3. Außergerichtliche Verwertung nach § 466a ff ABGB

VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

VI. Vorläufiger Zeitplan

SS 2020	Lehrveranstaltung gem § 5 Abs 2 lit b
WS 2020/21	Verfassen der Dissertation SE Seminar auf dem Dissertationsfach VO zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre
SS 2021	Verfassen der Dissertation SE Seminar aus Dissertationsfach
WS 2021/22	Verfassen der Dissertation SE Seminar aus Dissertationsfach
SS 2022	Verfassen der Dissertation
WS 2022/23	Verfassen der Dissertation
SS 2023	Verfassen der Dissertation Einreichen der Dissertation und Defensio

VII. Vorläufiges Literaturverzeichnis

- Angst, Peter* und *Oberhammer, Paul* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Auflage (2015)
- Apathy, Peter*, Afterverpfändung und Verständigung des Schuldners, JBl 1979, 518
- Apathy, Peter*, Marcian, D. 20, 1, 13, 2 – §§ 454 f ABGB. Vergleichende Betrachtungen zum Wesen des Subpignus, Festschrift von Lübtow (1980) 585
- Apathy, Peter, Iro, Gert* und *Koziol, Helmut* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band IX: Kreditsicherheiten, Teil II, 2. Auflage (2011)
- Aydinonat, Aylin*, Nichtabtretungsvereinbarungen und der neue § 1396a ABGB (2007)
- Bartsch, Heinrich*, Das österreichische allgemeine Grundbuchsgesetz, 7. Auflage (1933)
- Bekker, Ernst Immanuel*, Zur Lehre vom Afterpfand, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 6 (1864)
- Burgstaller, Alfred* und *Deixler-Hübner, Astrid* (Hrsg), Exekutionsordnung-Kommentar: Loseblattsammlung (seit 2015)
- Burckhard, Max Eugen*, System des Österreichischen Privatrechts, Dritter Theil (1889)
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. ergänzte Auflage (2011)
- Bydlinski, Peter* und *Vollmaier, Peter*, Die gesetzliche Entschärfung vertraglicher Abtretungsverbote und Abtretungsausschlüsse (§ 1396a ABGB), JBl 2006, 205
- Demelius, Ernst*, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht (1897)
- Dullinger, Silivia*, Handbuch der Aufrechnung (1995)
- Dullinger, Silivia*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage (2017)
- Ehrenzweig, Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 2. Hälfte, Das Sachenrecht, 2. Auflage (1957), bearbeitet von *Ehrenzweig, Adolf*
- Eicher, Gernot*, Ausgewählte Probleme des Mobiliarpfandrechts (1999)
- Ellinger, Joseph Ritter von*, Handbuch des österreichischen allgemeinen Civil-Rechts, 7. Auflage (1877)

- Exner, Adolf*, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht (1873)
- Exner, Adolf*, Das österreichische Hypothekenrecht, Band II (1881)
- Feil, Erich, Marent, Karl-Heinz, und Preisl, Gerhard*, Grundbuchsrecht, 2. Auflage (2010)
- Feil, Erich*, Österreichisches Hypothekarrecht, 3. Auflage (2012)
- Feil, Erich, Friedl, Harald und Bayer, Reinhard* (Hrsg), Grundbuchsgesetz: Kommentar mit Mustersammlungen (2013)
- Fenyves, Attila, Kerschner, Ferdinand und Vonkilch, Andreas* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars, Teilband §§ 447 – 530 (2016)
- Frotz, Gerhard*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, in Vorstand des Österreichischen Juristentages (Hrsg), Band I, 3. Teil, Gutachten (1970)
- Gellner, Leo*, Theorie und Praxis des Pfandrechts, ZBl 1919, 593
- Gruber, Ernst*, Die Verfügungsbefugnis über freie Pfandstellen in der Exekution, JBl 1980, 397 (Teil I)
- Gruber, Ernst*, Die Verfügungsbefugnis über freie Pfandstellen in der Exekution, JBl 1980, 460 (Teil II)
- Gschnitzer, Franz*, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Sachenrecht 2. Auflage (1985)
- Hendel, Maximilian*, Die Verfügung des Eigentümers über die Hypothek (1920)
- Holzner, Christian*, Kein gutgläubiger Hypothekenerwerb ohne gesicherte Forderung? NZ 2000, 289
- Holzner, Christian*, Zur Neuregelung der außergerichtlichen Pfandverwertung, ÖBA 2007, 940
- Holzner, Christian*, Fragen der Pfandrechtsakzessorietät im Hypothekenrecht, JBl 2010, 750
- Holzner, Christian*, Vereinbarungen über die inhaltliche Gestaltung dinglicher Rechte und Einzelrechtsnachfolge, JBl 2019, 745
- Horn, Richard*, Rechte als Objecte des Pfandrechts (1897)

- Iro, Gert und Riss, Olaf*, Sachenrecht, 7. Auflage (2019)
- Iro, Gert*, HaRÄG: Gutgläubiger Pfandrechtserwerb vom Unternehmer? RdW 2006, 739
- Iro, Gert*, Miscellen zum Afterpfandrecht, in *Fischer-Czermak, Constanze, Hopf, Gerhard, Kathrein, Georg und Schauer, Martin* (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1077
- Karner, Ernst*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb (2006)
- Karnert, Heinrich*, Zur Lehre von der Forderungspfändung und dem gerichtlichen Afterpfandrecht, GZ 1900, 95
- Kaser, Max*, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Auflage (1971)
- Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 2. Halbband (1931)
- Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 2. Auflage (1950)
- Kletečka, Andreas und Schauer, Martin* (Hrsg), ABGB-ON (seit 2010)
- Kirchstetter, Ludwig*, Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 5. Auflage (1894), herausgegeben von *Maitisch, Ferdinand*
- Kodek, Georg E.* (Hrsg), Kommentar zum Grundbuchsrecht, 2. Auflage (2016)
- Koziol, Helmut*, Das vertragliche Abtretungsverbot, JBl 1980, 113
- Koziol, Helmut, Bydlinski, Peter und Bollenberger, Raimund* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 6. Auflage (2020)
- Krainz, Josef und Pfaff, Leopold*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Erster Band, 5. Auflage (1913)
- Krasnopolski, Horaz*, Der Schutz des redlichen Verkehrs im österr. Civilrechte (1892)
- Kundi, Roswitha*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen (2003)
- Kurzbauer, Petra*, Die Höchstbetragshypothek (1999)
- Lukas, Meinhard*, Zession und Synallagma: Abtretungsverbot, Drittschuldneranerkenntnis, Konkurs des Zedenten (2000)
- Lukas, Meinhard*, Das vertragliche Zessionsverbot de lege ferenda, ÖBA 2004, 755

- Lukas, Meinhard*, (Neu-)Regelung des Zessionsverbots, ÖBA 2005, 703
- Marcian*, D. 20, 1, 13, 2
- Mayr, Marietta*, Das Veräußerungs- und Belastungsverbot (2018)
- Mohr, Franz, Pimmer, Herbert und Schneider, Birgit*, Exekutionsordnung: Taschenkommentar, 16. Auflage (2017)
- Neumayr, Matthias und Nunner-Krautgasser, Bettina*, Exekutionsordnung, 4. Auflage (2018)
- Nippel von Weyerheim, Franz Xaver*, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie: mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, Band 3, Die §§ 285bis einschließig 530 (1831)
- Ofner, Julius*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Band (1889)
- Ofner, Julius*, Das Sachenrecht (1893)
- Pavliček, Anton*, Das Pfandbriefrecht (1895)
- Petschek, Georg*, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österreichischem Rechte (1901)
- Pfersche, Emil*, Grundriß des Sachenrechts (1911)
- Rassi, Jürgen*, Grundbuchsrecht, Handbuch für die Praxis, 3. Auflage (2019)
- Rechberger, Walter und Bittner, Ludwig*, Grundbuchsrecht, 2. überarbeitete Auflage (2007)
- Reischauer, Rudolf*, Probleme bei Umschuldung hypothekarisch sichergestellter Verbindlichkeiten, ÖJZ 1982, 287
- Reischauer, Rudolf*, Hinterlegung zu Gunsten mehrerer (potentieller) Gläubiger bzw Forderungspfandgläubiger (§§ 1425 und 455 ABGB [§§ 1395 f ABGB und § 119 Z 3 GBG], §§ 300a und 307 EO) (1. Teil), JBl 2001, 541
- Reischauer, Rudolf*, Hinterlegung zu Gunsten mehrerer (potentieller) Gläubiger bzw Forderungspfandgläubiger (§§ 1425 und 455 ABGB [§§ 1395 f ABGB und § 119 Z 3 GB], §§ 300a und 307 EO), Teil II, JBl 2001, 614
- Reiterer, Irmgard*, Die Aufrechnung (1976)

- Riedler, Andreas*, Sicherheitenbestellung beim Konsortialkredit (2002)
- Rummel, Peter* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, I. Band (2000)
- Schauer, Martin*, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23
- Schwimann, Michael* und *Kodek, Georg* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 4. Auflage (2012)
- Schwimann, Michael* und *Neumayr, Matthias* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 4. Auflage (2017)
- Spitzer, Martin*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004)
- Sohm, Rudolf*, Die Lehre vom Subpignus (1864)
- Stubenrauch, Moritz von*, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, 8. Auflage (1902)
- Swoboda, Ernst*, Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Band II (Sachenrecht), 2. Auflage (1944)
- Tilsch, Emanuel*, Einfluß der Civilprozessgesetze auf das materielle Recht, 2. Auflage (1901)
- Uitz, Herbert*, Der Pfandbrief nach dem österreichischen Pfandbriefgesetz (2010)
- Unger, Joseph*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 5. Auflage (1892)
- Weinknecht, Silvia*, Gutgläubenserwerb an Liegenschaften nach §§ 61 ff GBG (2019)
- Welser, Rudolf* und *Kletečka, Andreas*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I, 15. Auflage (2018)
- Welser, Rudolf* und *Zöchling-Jud, Brigitta*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage (2015)
- Winiwarter, Joseph Max von*, Des dinglichen Sachenrechtes nach dem Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche, erste Abtheilung, Band 1, 2. Auflage, (1839)
- Wolkerstorfer, Thomas*, Das Pfandrecht des Unternehmers (2012)
- Wubbe, Felix B. J.*, Eine „Lehre vom subpignus“ im Corpus Iuris Civilis? Tijdschrift voor Rechtsgeschiednis 26, 1958, 133

Zechner, Alfons, Forderungsexekution (2000)

Zeiller, Franz Edler von, Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, erste Abtheilung, Band 2 (1812)