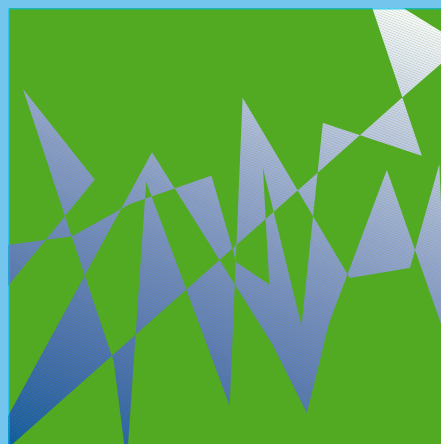


LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO

Techniken der Kreditrisikominderung



Es soll darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Leitfaden rein deskriptiven und informativen Charakter hat. In diesem Leitfaden können und sollen keine Aussagen über aufsichtsrechtliche Anforderungen an Kreditinstitute im Umgang mit Kreditrisiko mindernden Techniken getroffen werden. Die zuständigen Behörden werden durch den vorliegenden Leitfaden nicht präjudiziert. Weiters weisen die Herausgeber darauf hin, dass dieser Leitfaden unter Hinzuziehung von externen Juristen erstellt wurde. Trotz größtmöglicher Sorgfalt übernehmen die Herausgeber weder Gewähr oder Haftung für den Inhalt noch für die Auswahl der Mitwirkenden. Die Lektüre dieses Leitfadens soll als Erstinformation dienen und kann keinesfalls die Hinzuziehung von Experten für die jeweiligen Rechtsgebiete ersetzen.

Medieninhaber (Verleger):

Oesterreichische Nationalbank (OeNB)
1090 Wien, Otto-Wagner-Platz 3
Finanzmarktaufsicht (FMA)
1020 Wien, Praterstraße 23

Hersteller:

Oesterreichische Nationalbank

Für den Inhalt verantwortlich:

Günther Thonabauer, Sekretariat des Direktoriums/Öffentlichkeitsarbeit (OeNB)
Barbara Nösslinger, Stabsabteilung Allgemeine Vorstandsangelegenheiten und Öffentlichkeitsarbeit (FMA)

Redaktion:

Andreas Höger, Rudolf Mallek, Wolfgang Spacil, Florian Weidenholzer (alle OeNB)
Ursula Hauser-Rethaller, Christine Siegl (alle FMA)

Grafische Gestaltung:

Peter Buchegger, Sekretariat des Direktoriums/Öffentlichkeitsarbeit (OeNB)

Satz, Druck und Herstellung:

Oesterreichische Nationalbank, Hausdruckerei

Verlags- und Herstellungsort:

1090 Wien, Otto-Wagner-Platz 3

Rückfragen:

Oesterreichische Nationalbank
Sekretariat des Direktoriums/Öffentlichkeitsarbeit
Wien 9, Otto-Wagner-Platz 3
Postanschrift: Postfach 61, A-1011 Wien
Telefon: 01/404 20 DW 6666
Telefax: 01/404 20 DW 6696
Finanzmarktaufsicht (FMA)
Stabsabteilung Allgemeines
Vorstandsangelegenheiten
Telefon: 01/249 59 DW 5100

Nachbestellungen:

Oesterreichische Nationalbank
Abteilung für Post- und Aktenwesen
Wien 9, Otto-Wagner-Platz 3
Postanschrift: Postfach 61, A-1011 Wien
Telefon: 01/404 20 DW 2345
Telefax: 01/404 20 DW 2398

Internet:

<http://www.oenb.at>
<http://www.fma.gv.at>

Papier:

Salzer Demeter, 100% chlorfrei gebleichter Zellstoff, säurefrei, ohne optische Aufheller

DVR 0031577

Vorwort

Der vermehrte Einsatz innovativer Finanzprodukte wie Verbriefungen oder Kreditderivate und die Weiterentwicklung moderner Risikomanagementmethoden führt zu wesentlichen Veränderungen in den geschäftlichen Rahmenbedingungen der Kreditinstitute. Insbesondere im Kreditbereich erfordern die besagten Neuerungen eine Anpassung von bankinternen Softwaresystemen und relevanten Geschäftsprozessen an die neuen Rahmenbedingungen.

Die „**Leitfadenreihe zum Kreditrisiko**“ soll eine Hilfestellung bei der Umgestaltung der Systeme und Prozesse in einer Bank im Zuge der Implementierung von „Basel II“ darstellen.

Im Laufe des Jahres 2004 werden Leitfäden zu den Themenbereichen Verbriefung, Rating und Validierung, Kreditvergabeprozess und Kreditrisikosteuerung sowie Kreditrisiko mindernde Techniken publiziert. Die gezeigten Inhalte orientieren sich an internationalen Entwicklungen im Bankengeschäft und sollen vom Leser als Beispiele für eine „Best Practice“ aufgefasst werden, deren Umsetzung auch unabhängig von der Existenz neuer Eigenmittelrichtlinien Sinn macht.

Zweck der Leitfadenreihe ist die Entwicklung eines gemeinsamen Verständnisses zwischen Aufsicht und Banken in Bezug auf die anstehenden Veränderungen im Bankgeschäft. Die Oesterreichische Nationalbank (OeNB) und die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) verstehen sich in diesem Zusammenhang als Partner der heimischen Kreditwirtschaft.

In diesem Sinne hoffen wir, mit der „Leitfadenreihe zum Kreditrisiko“ eine interessante Lektüre geschaffen zu haben, vor deren Hintergrund Neuerungen im österreichischen Bankwesen effizient diskutiert werden können.

Wien, im November 2004



Univ. Doz. Mag. Dr. Josef Christl
Mitglied des Direktoriums
der Oesterreichischen Nationalbank



Dr. Kurt Pribil,
Dr. Heinrich Traumüller
Vorstand der FMA

Inhaltsverzeichnis

Teil 1	
Kreditrisiko mindernde Techniken	11
Kapitel 1: Einleitung	12
Kapitel 2: Kreditrisiko mindernde Techniken und Eigenmittelanforderungen	13
I. Grundlagen	13
II. Kreditrisiko mindernde Techniken im Risikomanagement eines Kreditinstitutes	13
III. Kreditrisikominderung aus der Sicht von Basel II	14
A. Allgemeines	14
B. Bestimmungsfaktoren der Anrechenbarkeit	15
C. Darstellung der zulässigen CRM-Instrumente unter Basel II	16
D. Generelle Anforderungen an Kreditrisiko mindernde Techniken	17
E. Säule 3	18
Teil 2	
Rechtliche Rahmenbedingungen hinsichtlich Kreditrisiko mindernder Techniken	19
Kapitel 1: Allgemeines zur Kreditsicherung im österreichischen Recht	20
I. Einleitung	20
II. Allgemeines	20
III. Dingliche und persönliche Sicherheiten	20
IV. Chronologische Darstellung der Kreditsicherheitsgestaltung	21
A. Vertragsabschluss und Anfechtbarkeit	21
B. Mangelhafte Vertragserfüllung – Zahlungsausfall	21
C. Zahlungsunwilligkeit – Zahlungsunfähigkeit	22
D. Verwertung der Sicherheit	23
V. Verwertung von Sicherheiten	23
A. Allgemeines	23
B. Verwertung von dinglichen Sicherheiten	23
C. Verwertung von persönlichen Sicherheiten	24
VI. Sicherheiten in der Insolvenz	26
A. Allgemeines	26
B. Internationales Insolvenzrecht	27
C. Stellung der Bank im Konkurs	28
D. Probleme bei der Verwertung in der Insolvenz	30
E. Gläubigeranfechtung	30
F. Auswirkungen der Anfechtung	32
G. Eigenkapitalersatzrecht	33
Kapitel 2: Grundsätzliches zum Pfandrecht	34
I. Einleitung	34
II. Allgemeines	34
III. Gegenstand des Pfandrechts	34
IV. Entstehung des Pfandrechts durch Titel und Modus	35

Kapitel 3: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen	36
I. Einleitung	36
II. Allgemeines	36
III. Probleme beim Pfandrecht an beweglichen Sachen	36
A. Modus	36
B. Pfandrechtsbegründung	37
C. Erlöschen des Pfandrechts	38
D. Pfandrecht an einem Warenlager	39
E. Pfandrecht an einem Sparbuch	39
F. Pfandrecht an anderen Wertpapieren	39
IV. Verwertung des Pfandrechts an beweglichen Sachen	40
V. Besonderheiten bei Finanzsicherheiten nach dem FinSG	41
Kapitel 4: Die Hypothek	43
I. Einleitung	43
II. Allgemeines	43
A. Wesen	43
B. Formen	43
III. Das Grundbuch	46
A. Allgemeines	46
B. Arten der Eintragung	47
C. Prinzipien des Grundbuches	47
IV. Einzelne Probleme	50
A. Umfang des Pfandrechts	50
B. Besonderheiten der Höchstbetragshypothek	52
C. Die Verwertung der Simultanhypothek	53
D. Vorzugspfandrecht	54
E. Das Erlöschen der Hypothek	54
V. Die Verwertung der Hypothek	55
A. Allgemeines	55
B. Die gerichtliche Verwertung der Liegenschaft	55
C. Die außergerichtliche Liegenschaftsverwertung	59
D. Verwertung in der Insolvenz	60
VI. Dingliche Rechte am Superädifikat	61
A. Allgemeines	61
B. Pfandrechtliche Fragen	61
VII. Das Baurecht	63
Kapitel 5: Die Sicherungsabtretung und die Forderungsverpfändung	64
I. Einleitung	64
II. Allgemeines zur Zession	64
III. Gegenstand der Zession und Forderungsverpfändung	65
IV. Arten der Zession	66
A. Sicherungszession	66
B. Globalzession	66
C. Sicherungsglobalzession	67
D. Zession zahlungshalber	67

E. Mantelzession	67
F. Factoring	67
V. Probleme bei der Begründung der Zession	68
A. Das Problem des Abtretungsverbots	68
B. Probleme bei der Sicherungszession	68
VI. Die Verwertung der Sicherungszession als Sicherheit	69
A. Verhältnis Zedent und Bank	69
B. Probleme bei der Verwertung der Sicherungszession als Sicherheit	70
VII. Die Forderungsverpfändung	72
A. Allgemeines	72
B. Verwertung verpfändeter Forderungen	72
VIII. Die Vinkulierung von Versicherungen	73
Kapitel 6: Der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung	74
I. Einleitung	74
II. Eigentumsvorbehalt	74
A. Allgemeines	74
B. Probleme beim Eigentumsvorbehalt	75
C. Drittfinanzierter Kauf	75
D. Verwertung des Eigentumsvorbehalts als Sicherheit	78
E. Exkurs: Leasing	79
III. Sicherungsübereignung	81
IV. Exkurs: Echtes/unechtes Wertpapierpensionsgeschäft und Wertpapierleihe	81
Kapitel 7: Die Bürgschaft	83
I. Einleitung	83
II. Allgemeines	83
A. Wesen	83
B. Bürgschaftstypen	83
III. Einzelne Probleme	84
A. Merkmale der Bürgschaft	84
B. Die zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten der Bank	86
C. Rechtsfolgen der Zahlung des Bürgen	87
D. Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmtheit der Bürgschaftsverpflichtung	87
E. Verhältnis zu anderen Sicherheiten	89
F. Risiken bei Teilzahlung des Bürgen	90
G. Kündigungsrechte des Bürgen	91
H. Bestimmungen zum Schutz des Bürgen	91
Kapitel 8: Die Garantie	95
I. Einleitung	95
II. Allgemeines	95
A. Wesen	95
B. Typen von Garantien	96

III.	Einzelne Probleme	97
	A. Probleme im Zusammenhang mit der Bankgarantie	97
	B. Verpfändung von Garantien	97
	C. Einreden bei Inanspruchnahme der Garantie	98
IV.	Exkurs: Patronatserklärungen	101
	Kapitel 9: Der Schuldbeitritt	104
I.	Einleitung	104
II.	Allgemeines	104
III.	Einzelne Probleme	104
	A. Abgrenzung zur Bürgschaft	104
	B. Einreden des Beitretenden gegen die Bank	105
	C. Die Sorgfaltspflichten der Bank	105
	D. Rückabwicklung	105
	E. Der gesetzliche Schuldbeitritt (§ 1409 ABGB)	106
	F. Handelsrechtliche Erwerberhaftung (§ 25 HGB)	107
	Kapitel 10: Kreditderivate	108
I.	Einleitung	108
II.	Allgemeines	108
III.	Die Kreditderivate im Einzelnen	109
	A. Credit Default Swap	109
	B. Credit Linked Notes	110
	C. Total Return Swaps	111
IV.	Rechtliche Einordnung der Kreditderivate	112
	A. Rechtliche Konstruktion der Kreditderivate	112
	B. Abgrenzung zu verwandten Sicherungsinstrumenten	113
	Kapitel 11: Netting	115
I.	Einleitung	115
II.	Allgemeines	115
III.	Rechtliche Grundlagen	115
	A. Die Aufrechnung (Kompensation)	115
	B. Die Novation	117
	C. Der Kontokorrentkredit	117
IV.	Netting	118
	A. Allgemeines	118
	B. Nettingvereinbarungen mit ausländischen Vertragspartnern	118
	C. Das ISDA Master Agreement	119
	Teil 3	
	Rechtliche Einordnung Kreditrisiko mindernder Techniken in Bezug auf Basel II	125
	Kapitel 1: Allgemeines zum EU-RLV und Basel II	126
I.	Einleitung	126
II.	Einordnung in das österreichische Recht	126
	A. Rechtswirksamkeit	126
	B. Verwertung	127

Kapitel 2: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen in Zusammenhang mit Basel II	132
I. Allgemeines	132
II. Finanzsicherheiten	132
A. Allgemeines	132
B. Zulässigkeit	133
C. Kriterien für die Anrechenbarkeit von Wertpapieren als Sicherheit	133
D. Kriterien für die Anerkennung von Sparbüchern und Gold	135
E. Sonstige Mindestanforderungen an Finanzsicherheiten	135
III. Pfandrecht an sonstigen beweglichen Sachen	136
A. Allgemeines	136
B. Zulässigkeit	136
C. Kriterien für die Anerkennung von sonstigen beweglichen Sachen als Sicherheit	136
D. Besonderheiten beim Pfandrecht an bestimmten beweglichen Sachen	139
Kapitel 3: Die Hypothek in Zusammenhang mit Basel II	141
I. Allgemeines	141
II. Zulässigkeit	141
A. Besicherung mit Immobilien im Standardansatz	141
B. Besicherung mit Immobilien im IRB-Basisansatz	143
III. Kriterien für die Anrechenbarkeit von hypothekarischer Besicherung	144
A. Allgemeines	144
B. Rechtswirksames Entstehen	144
C. Verwertung	145
D. Spezialfragen	146
IV. Sonstige Mindestanforderungen	149
A. Überwachung	149
B. Weitere operationale Anforderungen	150
Kapitel 4: Die Sicherungszession und Forderungsverpfändung in Zusammenhang mit Basel II	151
I. Allgemeines	151
II. Zulässigkeit	151
III. Kriterien für die Anrechenbarkeit	151
A. Allgemeines	151
B. Rechtswirksames Zustandekommen	152
C. Verwertung	153
IV. Sonstige Mindestanforderungen	154
A. Relevante Rechtsordnung	154
B. Erstrangigkeit und Aktivlegitimation	156
C. Klärung der Durchsetzbarkeit und Dokumentation	156
D. Anforderungen an das Risikomanagement	157

Kapitel 5: Eigentumsvorbehalt, Leasing und Sicherungsübereignung in Zusammenhang mit Basel II	158
I. Einleitung	158
II. Eigentumsvorbehalt	158
A. Allgemeines	158
B. Rechtswirksames Entstehen	158
C. Verwertung	159
III. Leasing	160
A. Allgemeines	160
B. Zulässigkeit	160
C. Verwertung	161
D. Spezielle Mindestanforderungen an Leasing	161
IV. Sicherungsübereignung	161
A. Allgemeines	161
B. Rechtswirksames Entstehen	162
C. Verwertung	162
Kapitel 6: Persönliche Sicherheiten in Zusammenhang mit Basel II	163
I. Allgemeines zu persönlichen Sicherheiten	163
II. Zulässigkeit	163
III. Allgemeine Kriterien für die Anrechenbarkeit	164
IV. Bürgschaft	164
A. Allgemeines	164
B. Rechtswirksames Entstehen	164
C. Verwertung	165
D. Spezialfragen	165
V. Garantie	166
A. Allgemeines	166
B. Rechtswirksames Entstehen	166
C. Verwertung	167
D. Spezialfragen	167
VI. Schuldbeitritt	169
A. Allgemeines	169
B. Rechtswirksames Entstehen	169
C. Verwertung	169
D. Spezialfragen	169
VII. Kreditderivate	170
A. Allgemeines	170
B. Rechtswirksames Entstehen	170
C. Verwertung	171
D. Spezialfragen	171
Kapitel 7: Netting in Zusammenhang mit Basel II	172
I. Allgemeines	172
II. Zulässigkeit	173
III. Allgemeine Kriterien für die Anrechenbarkeit	173

IV.	Netting von Bilanzpositionen	174
	A. Rechtswirksames Entstehen	174
	B. Verwertung	174
V.	Netting im Rahmen von Master Agreements	175
	Kapitel 8: Berechnung der risikogewichteten Aktiva	176
I.	Allgemeines	176
II.	Einfaches Verfahren	177
	A. Allgemeines	177
	B. Persönliche Sicherheiten	177
	C. Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV	178
III.	Umfassendes Verfahren	179
	A. Allgemeines	179
	B. Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV	179
	C. Andere hinterlegbare Sicherheiten	181
	D. Master Netting Abkommen, die Repos/Wertpapier- bzw. Warenleihgeschäfte oder andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte mit einschließen	182
IV.	Behandlung von Hypotheken	183
	A. Allgemeines	183
	B. Bewertung von Immobilien	183
	C. Berechnungsmethodik im Standardansatz	184
	D. Berechnungsmethodik im IRB-Ansatz	185
	Literaturverzeichnis	187

TEIL I

KREDITRISIKO MINDERNDE TECHNIKEN
UND BASEL II

Kapitel 1: Einleitung

Der vorliegende Leitfaden beschäftigt sich mit Kreditrisikominderungstechniken in Österreich und verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele: Zum einen sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Begründung und die Durchsetzbarkeit von Kreditsicherheiten vor dem Hintergrund der österreichischen Rechtslage behandelt werden. Zum anderen soll anhand der dabei gewonnenen Erkenntnisse untersucht werden, inwieweit die gängigen Sicherungsinstrumente den Anforderungen der neuen Eigenmittelvorschriften für Kreditinstitute entsprechen werden.

Unter dem Schlagwort Basel II wird intensiv über neue, risikosensitivere Eigenmittelvorschriften für Kreditinstitute diskutiert. Das neue Regelwerk hat eine weitere Annäherung der regulatorischen Eigenmittelanforderungen an das tatsächliche Risikoprofil der Banken zum Ziel. Die weitergehende Berücksichtigung von risikomindernden Instrumenten bei der Berechnung des Eigenmittelerfordernisses für Kreditrisiken liefert dabei einen wichtigen Beitrag. In einer ersten Einführung wird daher in *Teil 1* dieses Leitfadens kurz die grundlegende Systematik der Berücksichtigung von Kreditsicherheiten dargestellt, da dies den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen und Kapitel darstellt. Insbesondere wird gezeigt, welche Berechnungsansätze hinsichtlich kreditrisikomindernder Techniken zur Verfügung stehen und welche Sicherungsinstrumente grundsätzlich dabei berücksichtigt werden können.

Bei der Analyse, inwieweit Kreditsicherheiten das Gesamtrisiko eines Kreditengagements verringern und damit das Risikoprofil eines Kreditinstituts beeinflussen, gilt es zu prüfen, ob überhaupt die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, um die Kreditsicherheiten durchzusetzen. In *Teil 2* dieses Leitfadens soll deswegen die Durchsetzbarkeit der gebräuchlichen Kreditsicherheiten untersucht werden. Weiters wird dargestellt, wo für die Kreditinstitute diesbezüglich Risiken vorhanden sind und welche Vorkehrungen getroffen werden können, um diese Risiken zu begrenzen. Nach einer Darstellung der allgemeingültigen Prinzipien und Regelungen werden die einzelnen Sicherungsinstrumente in eigenen Kapiteln vorgestellt und die mit ihnen verbundenen Spezifika analysiert. Es sei an dieser Stelle explizit darauf hingewiesen, dass aufgrund der Weite und Komplexität der Thematik und einer im Fluss befindlichen Rechtslage die folgenden Ausführungen bloß eine Einführung darstellen und keinesfalls eine tiefergehende Analyse oder die Befassung eines Sachkundigen ersetzen.

Auf die rechtliche Durchsetzbarkeit der Kreditrisikominderungstechniken nehmen auch die Neuen Eigenmittelvorschriften Bezug. In *Teil 3* dieses Leitfadens werden die betreffenden Regelungen im Detail vorgestellt. Dabei wird gezeigt, welche Sicherheiten in welchen Berechnungsansätzen zulässig sind und welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um diese Sicherheiten bei der Berechnung des Eigenmittelerfordernisses von Kreditinstituten berücksichtigen zu dürfen. Für jede der oben dargestellten Sicherheiten wird individuell aufgezeigt, welche Bestimmungen der geplanten Neuen Eigenmittelvorschriften anwendbar sind und welche rechtlichen, organisatorischen oder sonstigen Kriterien erfüllt sein müssen, damit die Sicherheiten, die in Teil 2 dieses Leitfadens vorgestellt wurden, anrechenbar sind. Am Schluss wird ein mit Beispielen illustrierter Überblick gegeben, wie Kreditrisikominderungstechniken bei der Berechnung des Eigenmittelerfordernisses berücksichtigt werden können.

Kapitel 2: Kreditrisiko mindernde Techniken und Eigenmittelanforderungen

I. Grundlagen

Wie in der Einleitung in Kapitel 1 bereits erwähnt, wurden die Neuen Eigenmittelvorschriften¹ vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht erarbeitet, der sich aus Vertretern der nationalen Aufsichtsbehörden und Zentralbanken wichtiger Industrienationen² zusammensetzt. Diese Vorschriften haben jedoch nur empfehlenden Charakter. Parallel dazu arbeitet die EU-Kommission, wie schon bei den als „Basel I“ bekannten und derzeit gültigen Eigenmittelvorschriften und der Ergänzung bezüglich des Marktrisikos, an einer Umsetzung in europäisches Recht in der Form einer Richtlinie. Diese EU-Richtlinie ist von den EU-Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen und damit für alle in der EU tätigen Kreditinstitute rechtlich verbindlich. Die nachfolgenden Analysen beziehen sich auf den diesbezüglichen aktuellen EU-Richtlinienvorschlag vom 14. Juli 2004³, der in der Folge mit EU-RLV abgekürzt wird.

II. Kreditrisiko mindernde Techniken im Risikomanagement eines Kreditinstitutes⁴

Kreditsicherheiten sind gemeinsam mit der Bonität des Kreditnehmers (ausgedrückt mittels Risikogewichtung oder Ausfallwahrscheinlichkeit) der wesentliche Bestimmungsfaktor des Kreditrisikos und damit auch maßgeblich für die vorgeschriebene Eigenmittelunterlegung eines Kredites. Sehr deutlich wird das Zusammenspiel der beiden genannten Faktoren beispielsweise durch die Berechnungsformel für den „Erwarteten Verlust“ eines Kredites nach Basel II bei Anwendung des IRB-Verfahrens⁵ zum Ausdruck gebracht:

$$\text{Erwarteter Verlust} = \text{Ausfallwahrscheinlichkeit (PD)} \times \text{Verlustquote bei Ausfall (LGD)} \times \text{Exposure (EAD)}^6$$

In dieser Formel steht der Terminus LGD für den prozentuellen Verlust, den die Bank nach Verwertung aller Sicherheiten sowie nach eventuellen Rückzahlungen bei einem Kreditausfall erleidet. In der LGD steckt daher die gesamte Information über den Wert und die Werthaltigkeit einer Sicherheit.⁷

¹ „International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards“, Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Juni 2004.

² Mitgliedsstaaten des Baseler Ausschusses sind Deutschland, Frankreich, Italien, die Niederlande, Belgien, Luxemburg, Schweden, das Vereinigte Königreich, Spanien, Kanada, die USA, Schweiz und Japan.

³ „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions“, Europäische Kommission, Brüssel, 14. 7. 2004.

⁴ Das Thema Risikomanagement von Sicherheiten wird auch im Leitfaden „Kreditvergabeprozess und Kreditrisikomanagement“, FMA/OeNB, 2004, behandelt.

⁵ Internal Ratings-Based Approach (auf internen Ratings basierende Verfahren: FIRB steht für Foundation IRB, während AIRB für Advanced IRB steht).

⁶ PD steht für Probability of Default, LGD steht für Loss Given Default, EAD steht für Exposure at Default.

⁷ Der Begriff der Sicherheit umfasst hier alle zugelassenen Kreditrisikominderungstechniken.

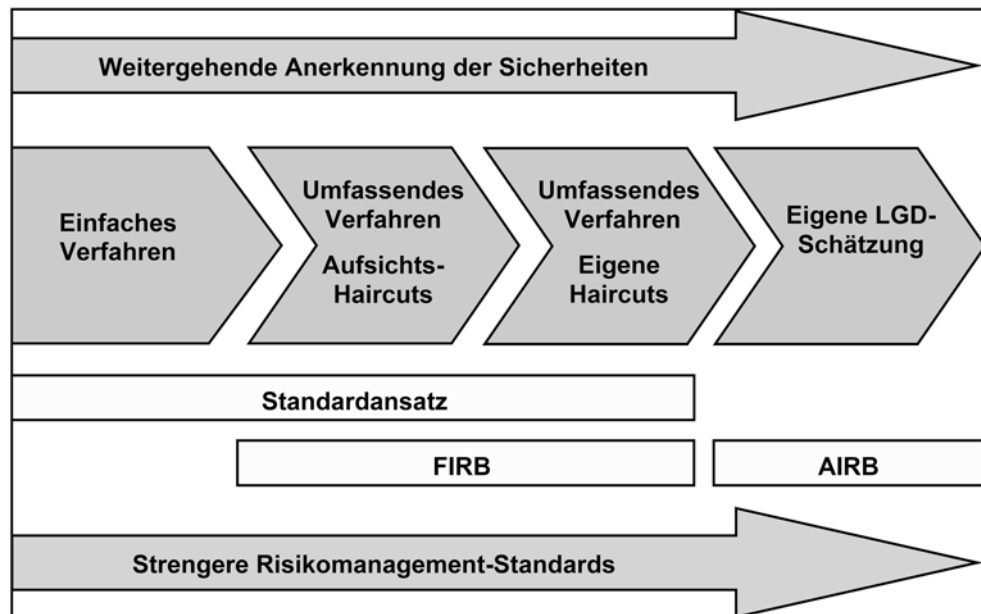
III. Kreditrisikominderung aus der Sicht von Basel II

A. Allgemeines

Nur bei der Anwendung des fortgeschrittensten Ansatzes zur Berechnung des Eigenmittelerfordernisses für das Kreditrisiko, dem AIRB, fließen die Kreditrisicherheiten über die Schätzung des LGD in die Berechnungsformel ein, wobei es die Aufgabe der Bank ist, den Wert richtig abzuschätzen. Bei den anderen zur Eigenmittelberechnung zur Verfügung stehenden Ansätzen, Standardansatz und IRB-Basisansatz (FIRB) sind in unterschiedlichem Ausmaß standardisierte Vorgaben für die Risiko mindernde Wirkung von Sicherheiten anzuwenden. Ausgenommen davon sind Retail-Forderungen bei Banken, die den IRB-Basisansatz wählen. Für diese Forderungen sind, abweichend vom restlichen Kreditportfolio, von der Bank auch eigene LGDs zu schätzen.

Abbildung 1 soll verdeutlichen, dass die vier unter Basel II grundsätzlich zur Verfügung stehenden Verfahren wie Sicherheiten berücksichtigt werden können, eine hierarchische Ordnung aufweisen und teilweise an die Verwendung eines bestimmten Ansatzes zur Berechnung des Eigenmittelerfordernisses für das Kreditrisiko gekoppelt sind. Es gilt somit zwischen den generellen Ansätzen zur Bestimmung des Eigenmittelerfordernisses (Standardansatz und IRB-Ansätze) und den möglichen Verfahren zur Berücksichtigung von Sicherheiten (Einfaches und Umfassendes Verfahren, eigene Schätzungen) zu unterscheiden. Weiters soll zum Ausdruck gebracht werden, dass mit zunehmender Komplexität der Berechnung bzw. zunehmendem Datenaufwand sowohl die Zahl der anrechenbaren Sicherheiten als auch das Niveau des Risikomanagements ansteigen.

Abbildung 1



Quelle: BIZ

Der Überblick über die Verfahren zur Anrechnung von Sicherheiten wird dadurch erschwert, dass diese nicht vollständig unter dem Titel *Credit Risk Mitigation* im EU-RLV⁸ und im dazugehörigen Annex VIII abgehandelt werden.

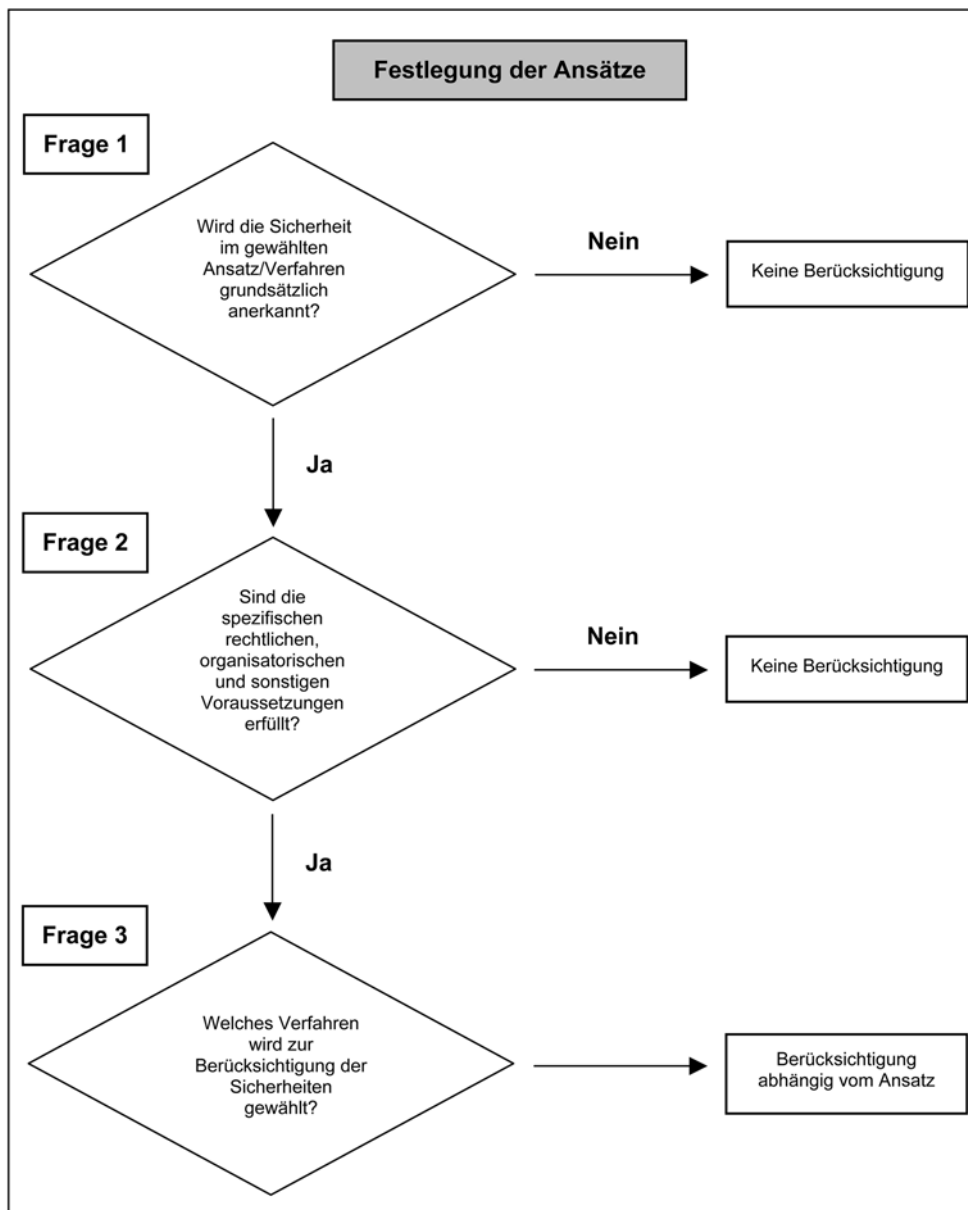
⁸ Vgl. dazu Title V/Chapter 2/Section 3/Subsection 3.

So sind beispielsweise die Anforderungen an die Schätzung von LGDs in den Kapiteln zum IRB-Ansatz (Annex VII) zu finden. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Behandlung von hypothekarisch besicherten Krediten im Standardansatz in den diesbezüglichen Vorschriften in Annex VI zu finden ist, da diese dort als eigene Forderungskategorie definiert sind.⁹

B. Bestimmungsfaktoren der Anrechenbarkeit

Wie eine Sicherheit bei der Berechnung des Eigenmittelerfordernisses berücksichtigt wird, ist von drei Fragen abhängig, deren Beantwortung jedoch je nach Berechnungsansatz für das Kreditrisiko unterschiedlich ist, wie aus *Abbildung 2* hervorgeht.

Abbildung 2



⁹ Vgl. dazu Teil 3 dieses Leitfadens.

Diese Darstellung zeigt, dass nur Sicherheiten, die unter dem gewählten Ansatz grundsätzlich *anerkannt* sind und sowohl die *allgemeinen* als auch die *speziellen Anforderungen* an diese Sicherheiten erfüllen, anrechenbar sind. Diese Vorgehensweise ist für alle dargestellten Verfahren anwendbar. In den folgenden Kapiteln wird versucht, es dem Leser zu ermöglichen, diese Fragen zu beantworten. Einzige Ausnahme ist die Vorgehensweise bei der Schätzung von LGDs im AIRB.¹⁰

Ein Unterschied zu den Regelungen von Basel I besteht darin, dass zusätzliche Sicherheiten anerkannt werden können. Dies passiert allerdings um den Preis einer umfassenderen Gestaltung der Vorschriften betreffend der Qualität der Sicherheitenvereinbarungen und der Werthaltigkeit der Sicherheiten sowie des Risikomanagements. Somit kann es notwendig sein, die Verwaltung, Überprüfung oder Bewertung der Sicherheiten den neuen Vorschriften anzupassen, damit alle Sicherheiten, die unter Basel I anrechenbar sind, dies auch weiterhin bleiben.

C. Darstellung der zulässigen CRM-Instrumente unter Basel II

Abbildung 3

Standardansatz	FIRB (ausgenommen Retail-Portfolio)	AIRB und Retail nach FIRB
<p>Einfaches Verfahren</p> <p>Dingliche Sicherheiten:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Bareinlagen ▪ Schuldverschreibungen von Staaten und Zentralbanken ▪ Sonstige Schuldwertpapiere ▪ Notierte Aktien oder Wandelanleihen (Hauptindex) ▪ Investmentfondsanteile ▪ Gold ▪ Lebensversicherungen ▪ Netting <p>Persönliche Sicherheiten:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Garantien ▪ Kreditderivate 	<p>Sicherheiten nach Standardansatz und zusätzlich:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Hypotheken¹ auf Gewerbeimmobilien oder Wohnimmobilien ▪ Forderungen ▪ Leasing ▪ Sonstige Sachsicherheiten 	<p>Grundsätzlich alle Arten von Sicherheiten</p>
<p>Umfassendes Verfahren (sofern nicht bereits im Einfachen Ansatz anerkannt)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Notierte Aktien oder Wandelanleihen ▪ Investmentfondsanteile 		
<p>Hypotheken²</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Wohnimmobilien ○ Gewerbeimmobilie 		

¹⁰ Siehe dazu den Leitfaden „Ratingsysteme und Validierung“, FMA/OeNB, 2004.

Abbildung 3 gibt jene Arten von Sicherheiten und anderen Kreditrisikominderungstechniken – gegliedert nach den Ansätzen¹¹ zur Berechnung des Eigenmittelerfordernisses – wieder, die prinzipiell für eine Anrechnung in Frage kommen. Das bedeutet auch, dass alle nicht erwähnten Arten ausgeschlossen sind. Neben den rechtlichen Voraussetzungen, die jede Sicherheitenart zu erfüllen hat, gibt es noch andere Einschränkungen, wie beispielsweise das Erfordernis eines bestimmten Ratings eines Emittenten von Schuldverschreibungen, die im Folgenden noch detailliert ausgeführt werden. Die Tabelle stellt daher die maximale Menge der anrechenbaren Kreditrisiko mindernden Instrumente dar. Die grau unterlegten Teile sind jene, die im Baseler Akkord und im EU-RLV unter dem Titel „Credit Risk Mitigation“ (CRM) behandelt werden. Die anderen Felder umfassen die Berücksichtigung von Sicherheiten unter Basel II außerhalb des CRM-Rahmens.

D. Generelle Anforderungen an Kreditrisiko mindernde Techniken

Sicherheiten müssen *rechtswirksam* entstanden und in allen relevanten Rechtsordnungen durchsetzbar sein. Die Rechtswirksamkeit soll verhindern, dass der Sicherungsgeber sich seiner Verpflichtung entziehen kann. Die Durchsetzbarkeit ist notwendig, damit die Bank ihre (rechtswirksamen) Ansprüche bei Bedarf auch in Geld umwandeln kann. Sind nicht beide Anforderungen erfüllt, ist die Sicherheit unter Umständen wertlos und daher nicht als Eigenmittel reduzierend anrechenbar.

Das Kreditinstitut ist verpflichtet, seinerseits alle geeigneten Schritte zu unternehmen, um diesen wirksamen Schutz im Falle eines Forderungsausfalls sicherzustellen und alle Risiken, die dem entgegenstehen, zu beherrschen. Das bedeutet, dass die mit der Sicherheit verbundenen Rechtsrisiken, operativen oder sonstigen Risiken identifiziert und vermieden oder zumindest weitgehend begrenzt werden müssen.

Dingliche Sicherheiten müssen zusätzlich dazu ausreichend *liquide* sein und einen im Zeitablauf gesehen *stabilen Wert* haben. Dies soll auch langfristig gelten. Weitere Anforderungen an dingliche Sicherheiten sind:

- Der Kreditgeber muss das Recht haben, die Sicherheit im Fall eines Ausfalls zeitnahe zu verwerten oder einzubehalten.
- Die Korrelation zwischen der Bonität des Schuldners und dem Wert der Sicherheit darf nicht wesentlich sein.

Persönliche Sicherheiten müssen zusätzlich jedenfalls folgende Anforderungen erfüllen:

- Der Bürge oder Garantiegeber hat über eine hinreichend gute Bonität zu verfügen und muss in der Liste der anrechenbaren Garantiegeber im Annex XIII, EU-RLV genannt sein.

An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass diese allgemeinen Anforderungen auch für Sicherheiten gelten, die von Banken, die den AIRB verwenden, im Rahmen der LGD-Schätzung angesetzt werden. Daher ist der in Abbildung 2 dargestellte Entscheidungsbaum auch für den AIRB zutreffend.

¹¹ Vgl. dazu Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens.

¹² Im IRB-Ansatz als CRM-Technik definiert.

¹³ Im Standardansatz als eigene Forderungskategorie definiert. Vgl. dazu Teil 3 dieses Leitfadens.

E. Säule 3

Die sog. *Säule 3*¹⁴ von Basel II umfasst eine Reihe von Vorschriften zur Veröffentlichung von Informationen über die Risikostrategie und das Risikomanagement eines Kreditinstituts im Allgemeinen sowie über die Berechnung der Eigenmittelquote im Besonderen. Alle Banken, die CRM-Techniken anwenden, haben auch die dafür vorgesehenen spezifischen Vorschriften der Säule 3 zu erfüllen. Laut Annex XII, Teil 3 des EU-RLV ist folgendes vom Kreditinstitut unter dem Titel „Kreditrisikominderungstechniken“ zu veröffentlichen:

- Der Umfang und die Art der Verwendung von Netting.
- Die generelle Risikostrategie und die Risikomanagementprozesse im Hinblick auf Sicherheiten.
- Die Beschreibung der wesentlichen Sicherheiten, die vom Kreditinstitut verwendet werden.
- Die Beschreibung der wichtigsten Arten von akzeptierten Garanten/Bürgen bzw. Gegenparteien bei Kreditderivaten sowie deren Bonität.
- Eine Darstellung der Risikokonzentrationen innerhalb der Sicherheiten, egal ob diese aus dem Markt- oder dem Kreditrisiko herrühren.
- Für jedes Kreditportfolio – gegliedert je nachdem, ob der Standardansatz oder der FIRB-Ansatz angewendet wird – ist die Summe der besicherten Teile der Forderungen (nach Abzug der Haircuts) anzugeben. Diese Aufstellung soll nach finanziellen Sicherheiten, sonstigen Sachsicherheiten (im IRB) und persönlichen Sicherheiten weiter untergliedert sein. Wenn eigene LGDs berechnet werden, entfällt dieser Punkt.

Alle Veröffentlichungen sollen sich dabei nur auf die unter Basel II bzw. im EU-RLV anerkannten Sicherheiten beziehen.

Die gesamten Offenlegungsverpflichtungen der Säule 3 sind nach derzeitigem Stand des EU-RLV nur von der Konzernmutter auf konsolidierter Ebene zu erfüllen, jedoch nicht für Einzelinstitute im Konzernverbund. Einzelinstitute, die in keinem Konsolidierungskreis enthalten sind, haben die Vorschriften ebenfalls zu erfüllen.

Generell gilt für alle Vorschriften der Säule 3, dass nur wesentliche Informationen, die weder proprietär noch vertraulich sind, zu veröffentlichen sind. Die Veröffentlichung ist prinzipiell einmal jährlich vorzunehmen.

¹⁴ Die neuen Eigenkapitalanforderungen nach Basel II sind nach dem sog. 3-Säulen-Konzept aufgebaut. Säule 1 bezieht sich auf die Eigenmittelbestimmung für Kreditinstitute während Säule 2 das aufsichtliche Überprüfungsverfahren regelt.

TEIL 2

RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

HINSICHTLICH

KREDITRISIKO MINDERNDER TECHNIKEN

Kapitel 1: Allgemeines zur Kreditsicherung im österreichischen Recht

I. Einleitung

Basel II wird in diesem Leitfaden zum Anlass genommen, sich mit Kreditsicherheiten näher auseinander zu setzen. Zunächst sollen daher die einzelnen derzeit gebräuchlichen Kreditsicherheiten aus rechtlicher Sicht in ihren Grundzügen dargestellt werden. Im Anschluss daran werden jeweils die Probleme, die nach heutiger Rechtslage für Banken¹⁵ im Zusammenhang mit Kreditsicherheiten bestehen, näher beleuchtet.

II. Allgemeines

Kreditrisikominderungstechniken können, wie das Wort schon sagt, Kreditrisiken nur mindern, nicht aber eliminieren. Sie führen zu einer Senkung des Kreditrisikos, gleichzeitig aber erzeugen sie neben anderen Risiken ein Rechtsrisiko, das mit der Bestellung von Kreditsicherheiten immer einhergeht.

Ebenso wie andere Risiken haben auch Rechtsrisiken unterschiedlichste Erscheinungsformen wie etwa Mängel in der Vertragsentstehung, die Anfechtbarkeit der Verträge in der Insolvenz des Kreditnehmers oder Sicherungsgebers und der Mangel an Beweisbarkeit eines zustehenden Rechts im Gerichtsverfahren.

Da aber der Sinn von Kreditrisikominderung nicht die Verlagerung des Risikos innerhalb einer Bank von der Kreditabteilung in die Rechtsabteilung sein kann, ist es notwendig, das Bewusstsein für diese vorhandenen Risiken zu stärken, um sie abschätzbar zu machen und steuern zu können.

Die neuen Eigenmittelvorschriften berücksichtigen diese Rechtsrisiken, indem sie in vielen Bestimmungen die Durchsetzbarkeit und Verwertbarkeit zu Grundprinzipien der Anrechenbarkeit von Kreditsicherheiten als risikomindernde Techniken erklären.

Dieses Kapitel soll dem Überblick über die Grundsätze des österreichischen Kreditsicherungsrechts dienen. Dabei wird zu Beginn dargestellt, welche Phasen eine Kreditsicherheit ganz allgemein durchläuft, um danach auf die rechtlichen Besonderheiten jeder dieser Phasen einzugehen. Die juristisch notwendige Unterscheidung in dingliche und persönliche Sicherheiten wird ebenso erläutert wie deren Auswirkungen auf die Verwertung einer Sicherheit. Der Verwertung der Sicherheiten wird in diesem Kapitel breiter Raum gewidmet, da sie vor allem unter Basel II besondere Bedeutung erlangt. Im Anschluss an die Ausführungen zur Verwertung allgemein werden die Risiken und Rechtsfolgen der Insolvenz des Kreditnehmers dargestellt.

III. Dingliche und persönliche Sicherheiten

Die Sicherheiten lassen sich in dingliche und persönliche Sicherheiten einteilen. *Dingliche Sicherheiten* sind alle *Pfandrechte* (Mobiliar- und Hypothekarpfand, Verpfändung von Rechten), die *Sicherungszession*, die *Sicherungsübereignung*

¹⁵ Die Begriffe Bank und Kreditinstitut werden zwecks leichter Lesbarkeit und trotz juristischer Unterschiede im gesamten Leitfaden synonym verwendet.

und der *Eigentumsvorbehalt*. *Persönliche Sicherheiten* sind die *Bürgschaft*, der *Schuldbeitritt*, die *Garantie*¹⁶ und in besonderen Ausformungen die *Patronatserklärung*.

Bei Zahlungsausfall kann die Bank grundsätzlich ihre Kreditforderung durch Klage und Exekution geltend machen. Für diese Forderung haftet der Kreditnehmer mit seinem gesamten Vermögen, das man auch den *persönlichen Haftungsfonds* nennt. Allerdings kann in der Praxis nicht auf das gesamte Vermögen des Schuldners gegriffen werden, da von der exekutiven Pfändung gewisse Gegenstände und Forderungen, wie das Existenzminimum, ausgenommen sind.¹⁷

Hat die Bank eine persönliche Sicherheit, so kann sie neben dem Haftungsfonds des Schuldners noch einen weiteren Haftungsfonds in Anspruch nehmen, z. B. den des Bürgen oder Garanten.

Im Insolvenzfall des Schuldners gewähren die dinglichen Sicherheiten der Bank eine bevorzugte Position anderen Gläubigern gegenüber. Ihr steht, je nach Art der Sicherheit, entweder ein Aus- oder Absonderungsanspruch zu.

IV. Chronologische Darstellung derreditsicherheitsengestion

In diesem Abschnitt werden kurz die Phasen, die einereditsicherheit aus juristischer Sicht durchläuft, erläutert. Von Vertragsschluss bis zur Verwertung der Sicherheit sind die unterschiedlichsten Probleme und Risiken zu beachten.

Abbildung 4 soll der Veranschaulichung des Ablaufs dienen, den einereditsicherheit von ihrer Begründung bis zu ihrer Verwertung bei nicht konformer Abwicklung des Kreditvertrages durchläuft.

A. Vertragsabschluss und Anfechtbarkeit

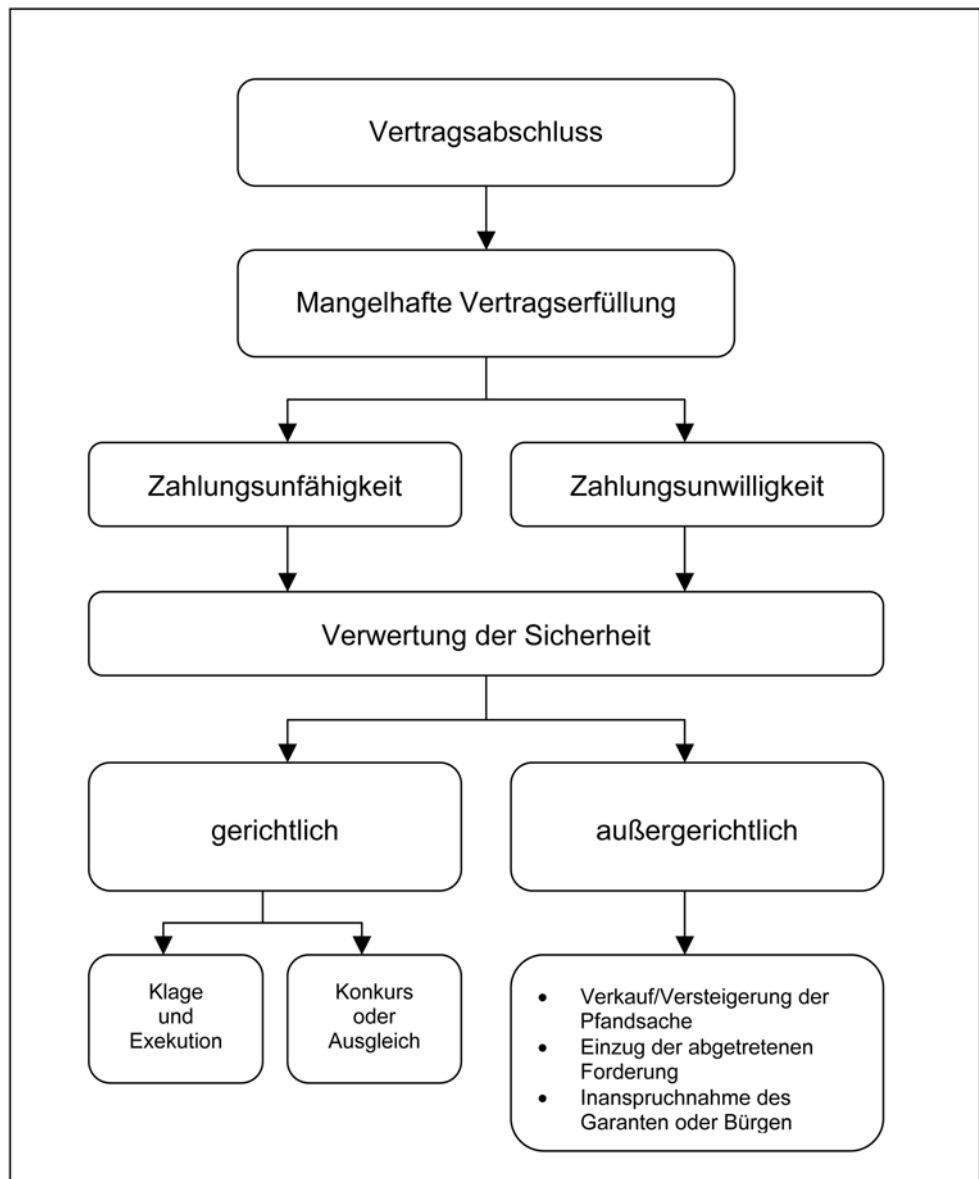
Grundvoraussetzung für die *Verwertbarkeit* einer Sicherheit ist, dass sie überhaupt rechtswirksam entsteht. Einer Sicherheit ist immer ein Sicherungsvertrag (z. B. die Sicherungsabrede bei der Zession, die Vorbehaltsabrede beim Eigentumsvorbehalt, der Bürgschaftsvertrag) zugrunde zu legen. Ist dieser *Vertrag anfechtbar* oder *vernichtbar*, stellt er in der Regel keine taugliche Grundlage für eine Sicherheit dar. Aber auch nach rechtswirksamer Entstehung einer Sicherheit kann ihrer Verwertung eine Vielzahl von Einwendungen entgegenstehen, z. B. die mangelhafte Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag oder Einwendungen aus im Rahmen von Drittfinanzierungen mit dem Kreditvertrag verbundenen Geschäften.

B. Mangelhafte Vertragserfüllung – Zahlungsausfall

Die Sicherheit soll für den Fall, dass der Kreditnehmer entweder nicht bereit oder nicht imstande ist, seinen Rückzahlungsverpflichtungen nachzukommen, den *Zahlungsausfall* ausgleichen oder zumindest reduzieren.

¹⁶ Kreditderivate wie Credit Default Swaps oder Total Rate of Return Swaps gelten als Sonderfälle von Garantien.

¹⁷ §§ 250 Abs 1, 290 Abs 1, 290a, 291a EO.



C. Zahlungsunwilligkeit – Zahlungsunfähigkeit

Der Zahlungsausfall kann durch die *Zahlungsunwilligkeit* oder die *Zahlungsunfähigkeit* (siehe Abschnitt VI. dieses Kapitels) eines Kreditnehmers bedingt sein. Häufig ist die Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers Ursache für den Zahlungsausfall. Ist ein Kreditnehmer insolvent, hat die Bank als Gläubiger das Recht, den Konkurs des Kreditnehmers zu beantragen. In diesem Fall ist mit hohen Ausfallsquoten zu rechnen und daher eine verwertbare Sicherheit von größter Bedeutung.

Verfahrensrechtlich drückt sich die unterschiedliche Ursache des Zahlungsausfalls (Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit) in der Regel in der Anwendung der jeweils dafür vorgesehenen Verfahrensgesetze aus. Ist der Kreditnehmer zahlungsfähig aber zahlungsunwillig, wird eine Sicherheit im Wege

der *Klage* und *Exekution* oder, gegebenenfalls, nach *Vereinbarung* verwertet. Das Verfahren richtet sich hierbei nach den Regeln der Zivilprozessordnung (*ZPO*) und der Exekutionsordnung (*EO*). Im Insolvenzfall werden die Vorschriften der Konkursordnung (*KO*) oder der Ausgleichsordnung (*AO*) angewendet.

D. Verwertung der Sicherheit

Hat die Bank den Zahlungsausfall eines Kreditnehmers festgestellt, so kann sie die bestellten Sicherheiten heranziehen, um sich aus diesen ersatzweise zu befriedigen. Grundlage für die Verwertung einer Sicherheit ist nicht der Kreditvertrag selbst, sondern der *Sicherungsvertrag*, der regelt, wann eine Inanspruchnahme der Sicherheit gerechtfertigt ist.

Selbst wenn dieser Sicherungsvertrag erfolgreich abgeschlossen und die Sicherheit rechtswirksam begründet wurde, ist sie im Falle des Konkurses der Gefahr der Gläubigeranfechtung ausgesetzt.¹⁸ Es gilt daher, schon bei der Bestellung der Sicherheit ein Augenmerk auf die Folgen der Zahlungsunfähigkeit (näheres dazu siehe Abschnitt VI. dieses Kapitels) des Kreditnehmers in der Insolvenz zu legen.

V. Verwertung von Sicherheiten

A. Allgemeines

Im Folgenden wird dem Begriff der Verwertung zu Grunde gelegt, dass die Bank bereits jene Maßnahmen zur Eintreibung des ausstehenden fälligen Kredits erfolglos ergriffen hat, die zwar auch unter den Verwertungsprozess fallen, aus juristischer Sicht jedoch meistens¹⁹ unproblematisch sind, z.B. Mahnung, Fälligestellung der Gesamtschuld, Androhung der Verwertung der Sicherheit. Auch die Inanspruchnahme eines Bürgen oder Garanten ist zwar ein Verwertungsakt, aber erst wenn diese Inanspruchnahme nicht zur vollen Befriedigung geführt hat, ist die Verwertung juristisch problematisch und aus diesem Grund beleuchtungswert. Daher ist in diesem Kapitel bei der Verwertung von Sicherheiten immer nur jener Teil gemeint, der rechtliche Fragen aufwirft; also bei den persönlichen Sicherheiten die gerichtliche Inanspruchnahme des Dritten (wie Bürge und Garant) und bei dinglichen Sicherheiten die Liquidierung der Sacheinheit.

B. Verwertung von dinglichen Sicherheiten

Möchte die Bank eine dingliche Sicherheit bei Kreditausfall verwerten, so ist zwischen der *außergerichtlichen* und der *gerichtlichen* Verwertung zu unterscheiden. Die außergerichtliche Verwertung ist für die Bank in der Regel vorteilhafter, da die Bank dabei nicht auf ein – mitunter schwer abschätzbares und kostenintensives – Gerichtsverfahren angewiesen ist.²⁰ Sie kann vielmehr unmittelbar zum Verkauf oder zur Versteigerung der jeweiligen Sicherheit

¹⁸ § 27ff KO.

¹⁹ Bei Fälligestellen der Gesamtschuld nach Verzug mit einer Ratenzahlung (Terminsverlust) sind bei Anwendbarkeit des KSchG die Bestimmungen des § 13 KSchG zu beachten, so muss z. B. die Teilforderung zumindest sechs Wochen fällig sein und der Verbraucher unter Androhung des Terminverlusts und bei Gewähren einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen gemahnt worden sein.

²⁰ Vor allem auch aus Sicht der Anforderungen nach Basel II in Bezug auf die zeitnahe Verwertbarkeit.

schreiten und daher relativ schnell eventuell höhere Erlöse zur Befriedigung des aushaftenden Kredits lukrieren.

Gänzlich *ohne die Mitwirkung des Gerichts* kann die Verwertung bei *Pfandrechten an beweglichen Sachen* erfolgen, da hier kein Exekutionstitel notwendig ist und die Sache im Rahmen der Bestimmungen des HGB frei verwertet werden kann (siehe Pfandrecht an beweglichen Sachen, Verwertung). Auch bei der Verwertung von *Finanzsicherheiten im Interbankengeschäft* kann nach dem Finanzsicherheitsgesetz (FinSG) frei verwertet werden.

Bei allen anderen Fällen der Verwertung ist die Frage, ob die Verwertung gerichtlich oder außergerichtlich erfolgt, differenziert zu betrachten. Die *Erlangung eines Exekutionstitels* im Zusammenhang mit Kreditsicherheiten kann *gerichtlich* – per Beschluss im Konkursverfahren²¹ oder per Urteil im streitigen Verfahren – oder *außergerichtlich* – durch vollstreckbaren Notariatsakt²² – erfolgen. Die *Vollstreckung eines Exekutionstitels* muss *jedenfalls* im Rahmen eines *gerichtlichen* Verfahrens (Exekutionsverfahren) stattfinden.

Als Sonderfall ist die *Verwertung im Konkursverfahren* zu sehen, bei dem es in der Regel zur Liquidierung des gesamten Vermögens kommt. Der Masseverwalter kann Vermögensstücke freihändig verkaufen oder eine gerichtliche Verwertung beantragen.²³ Bestehen an bestimmten Sachen Pfandrechte, so sind die damit verbundenen Absonderungsansprüche im Konkursverfahren geltend zu machen.

Eine *außergerichtliche Verwertung von Liegenschaften* ist nur in engen Grenzen denkbar.

C. Verwertung von persönlichen Sicherheiten

Persönliche Sicherheiten geben der Bank einen vertraglichen Anspruch auf Zahlung durch einen Garanten oder Bürgen für den Fall, dass der Kreditnehmer bei Fälligkeit nicht oder nicht vollständig zahlt. Zahlt aber auch der Garant oder Bürge nicht, kann ihn die Bank aus dem Garantie- oder Bürgschaftsvertrag klagen. Muss der Rechtsweg zur Durchsetzung der persönlichen Sicherheit beschritten werden, so gehen damit schwer abschätzbare Rechtsrisiken einher. Die Rechtsdurchsetzung der Bürgschaft oder Garantie erfolgt ebenso wie die Inanspruchnahme des Hauptschuldners (Kreditnehmers) in einem *Zivilprozess*.²⁴ Dieser beginnt mit der Klageeinbringung und endet mit der Rechtskraft des Urteils. War die Klage für die Bank erfolgreich, wird der Garant oder Bürge mit dem erkennenden Urteil zur Zahlung verpflichtet. Kommt er dieser Verpflichtung abermals nicht nach, kann die Bank ein Exekutionsverfahren gegen ihn führen. Zunächst muss dafür die Rechtskraft des Urteils samt Vollstreckbarkeit bestätigt werden. Dann ist ein Exekutionsantrag zu stellen; die Exekution wird per Beschluss bewilligt. Schließlich kommt es zum Vollzugsverfahren, das sich in drei Abschnitte gliedern lässt: die Pfändung des Exekutionsobjektes, die Verwertung des gepfändeten Exekutionsobjektes und die Befriedigung des betreibenden Gläubigers. Beendet ist das Exekutionsverfahren mit dem Zeitpunkt, in dem die Bank die volle Befriedigung aus den pfändbaren Objekten

²¹ § 61 KO.

²² § 3a NotO, näheres dazu siehe Kapitel Hypothek.

²³ § 119 KO.

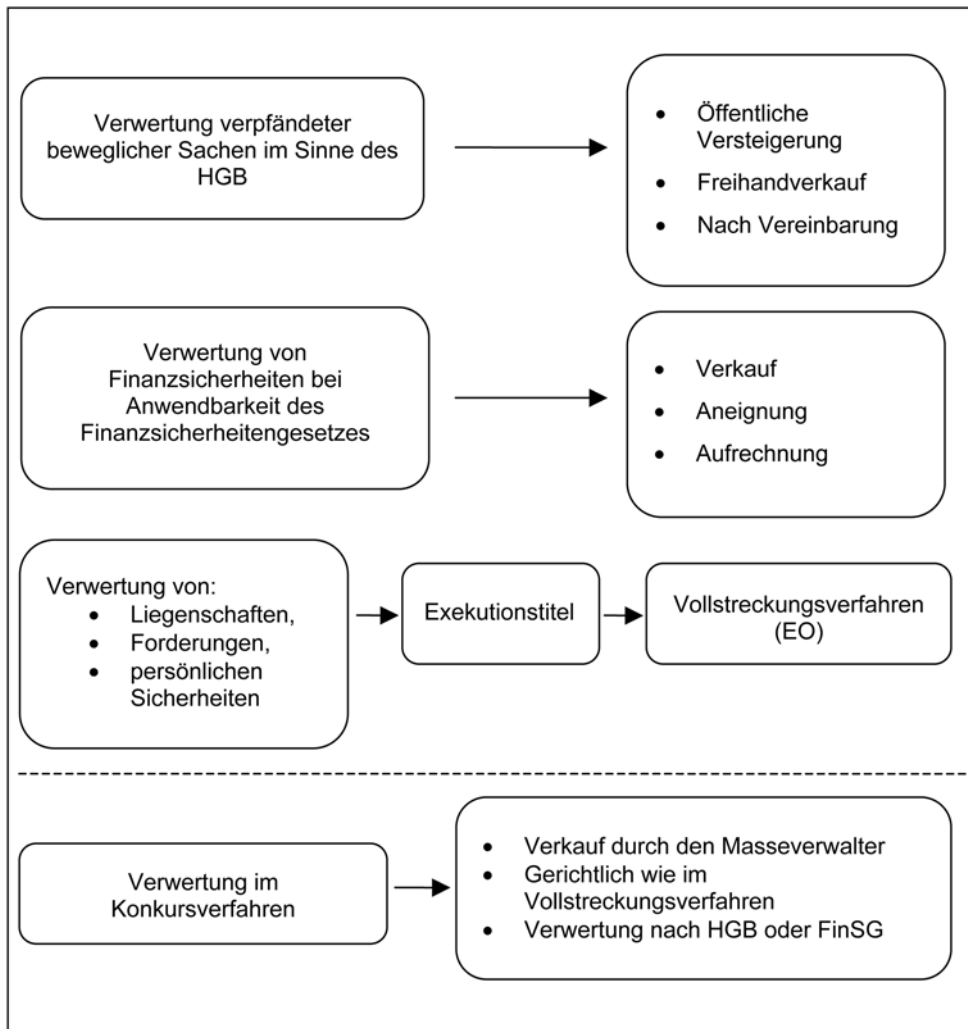
²⁴ Übersichtlich dargestellt in *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁶ 24, 299f.

erhalten hat. Die Verwertung des gepfändeten Exekutionsobjektes kann durch Verkauf,²⁵ Versteigerung,²⁶ Überweisung²⁷ (bei Forderungen) oder durch Zwangsverwaltung²⁸ (vor allem bei Liegenschaften) erfolgen.

Bei persönlichen Sicherheiten trägt die Bank das Insolvenzrisiko des Bürgen oder Garanten, weil die Ansprüche aus einer persönlichen Sicherheit Konkursforderungen darstellen, die lediglich quotenmäßig befriedigt werden. Ein bevorzugtes Befriedigungsrecht wie bei Ab- und Aussonderungsrechten steht der Bank hier nicht zu. Das Risiko einer gleichzeitigen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners und des Dritten bleibt bestehen.

Abbildung 5 stellt die verschiedenen Verwertungsarten grafisch dar.

Abbildung 5



²⁵ § 268 EO.

²⁶ §§ 133–239, 270 EO.

²⁷ § 290ff EO.

²⁸ §§ 97–132 EO.

VI. Sicherheiten in der Insolvenz

A. Allgemeines

Kommt der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nicht mehr nach, so stellt sich zunächst die Frage, aus welchem Grund er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Nicht immer geht mit einem Zahlungsausfall auch gleichzeitig die *Zahlungsunfähigkeit*, also die Insolvenz, einher. Die Zahlungsunfähigkeit setzt voraus, dass „ein Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, alle seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel auch nicht alsbald verschaffen kann.“²⁹ Besteht noch die Möglichkeit, die momentan fehlenden Zahlungsmittel alsbald zu beschaffen, so liegt lediglich eine sog. *Zahlungsstockung* vor,³⁰ die noch kein Konkurs- oder Ausgleichsgrund ist.

Auch bei *Zahlungsunwilligkeit* liegt kein Insolvenzfall vor. Bestreitet der Schuldner das Vorhandensein einer Kreditschuld, so ist es zwar von Vorteil, im Bedarfsfall auch eine Sicherheit verwerten zu können. In aller Regel aber wird der vorhandene Haftungsfonds nicht derart geschmälert sein, wie dies jedenfalls bei der Insolvenz der Fall ist.

Von *Insolvenz* spricht man dann, wenn eine (natürliche oder juristische) Person *zahlungsunfähig* ist. Bei Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) und Personengesellschaften ohne persönlich haftende Gesellschafter (z. B. GmbH & Co KG) ist auch die *Überschuldung* ein Insolvenzgrund. Diese liegt vor, wenn die liquidierbaren Werte des Unternehmens nicht ausreichen, um die Gläubiger zu befriedigen, und auch keine positive *Fortbestehensprognose* erstellt werden kann. Die Annahme, dass ein Unternehmen längerfristig nicht mehr überleben kann (negative Fortbestehensprognose), muss zur rechnerischen Überschuldung (Passiva größer als Aktiva) hinzutreten, um in jenen Fällen den Konkurs auszuschließen, in denen eine Weiterführung des Unternehmens wirtschaftlich sinnvoll ist.³¹ Liegt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor, so muss der Schuldner selbst bzw. kann ein Gläubiger,³² z. B. die Bank, einen Konkursantrag stellen. Der Schuldner hat alternativ auch das Recht bei Zahlungsunfähigkeit oder auch bei erst drohender Zahlungsunfähigkeit den Ausgleich anzumelden.³³ Nachdem ein Konkursantrag gestellt wurde, prüft das Gericht, ob die Konkursvoraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit (oder Überschuldung) und Kostendeckung³⁴ vorliegen, und eröffnet gegebenenfalls per Beschluss das Konkursverfahren. Wird ein Konkurs bei juristischen Personen mangels Kostendeckung abgewiesen, so wird die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert.³⁵

²⁹ Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht, Rz 70.

³⁰ Ebda.

³¹ Rechberger/Thurner, Insolvenzrecht, Rz 66.

³² § 66ff KO.

³³ § 1 AO.

³⁴ § 71 KO. Deckt das noch vorhandene Vermögen nicht einmal mehr die Kosten des Konkursverfahrens, so wird der Antrag auf Konkurs deshalb abgewiesen. Das Fehlen von kostendeckendem Vermögen kann durch Zahlung eines Vorschusses an das Gericht durch den Antragsteller in der Regel in Höhe von derzeit EUR 4.000,- (Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht, Rz 343) ersetzt werden, um eine Abweisung des Konkursantrages zu verhindern. Bei juristischen Personen verpflichtet § 72a KO die organschaftlichen Vertreter (Geschäftsführer, Vorstand) zur Leistung dieses Vorschusses.

³⁵ § 203 ff AktG, § 39 FBG.

Die Bank hat im Konkurs die Stellung eines *Konkursgläubigers*, das bedeutet, dass sie ihre Forderungen nunmehr gegen die Konkursmasse richtet (sog. Konkursforderung). Alle Forderungen gegen den Schuldner sind mit Konkurseröffnung automatisch fällig gestellt.³⁶

B. Internationales Insolvenzrecht

Die Regeln des internationalen Insolvenzrechts sind für eine Bank dann von Bedeutung, wenn ein Schuldner zahlungsunfähig ist und seinen *Sitz oder sein Vermögen nicht in Österreich* hat. In weiterer Folge wird auf Grund seiner Bedeutung nur auf das europäische Insolvenzrecht Bezug genommen, das vor allem durch die Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)³⁷ und durch die Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten³⁸ geregelt ist. Die EuInsVO ist ausdrücklich nicht auf die Insolvenz von Kreditinstituten anzuwenden.

Hat der betreffende Schuldner, der kein Kreditinstitut ist, seine *hauptsächlichen Interessen* in dem Gebiet eines Mitgliedstaats der EU, so ist das in diesem Land zuständige Gericht auch für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zuständig.³⁹ Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt der Interessen der *Sitz* des Unternehmens ist. Bei natürlichen Personen liegen die hauptsächlichen Interessen meist am *Wohnsitz*⁴⁰. Das auf das Insolvenzverfahren *anzuwendende Recht* richtet sich *nach dem Staat*, in dem das *Insolvenzverfahren eröffnet* wurde.⁴¹ Ist ein Gericht für die Konkurseröffnung zuständig und hat dieses Gericht den Konkurs eröffnet, so ist von diesem Konkursverfahren auch das Vermögen des Schuldners im Ausland umfasst.⁴²

Hat das insolvente Unternehmen eine *Niederlassung* in einem anderen Land, so kann in diesem Land ein Sekundärverfahren⁴³ beantragt werden. Das Sekundärinsolvenzverfahren findet parallel zum Hauptverfahren statt und wird mit diesem koordiniert.⁴⁴ Als eine Niederlassung im Sinne der EuInsVO ist jeder Tätigkeitsort zu verstehen, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Ein Sekundärverfahren kann auch geführt werden, wenn das Vermögen des Schuldners so *verschachtelt* ist, dass eine Verwaltung des gesamten Vermögens nicht möglich ist, oder wenn die *Unterschiede* in den betroffenen *Rechtssystemen zu groß* sind.⁴⁵

Eine besondere *Ausnahme* von der Regel, dass das Recht des Eröffnungsstaates anzuwenden ist, besteht bei *dinglichen Rechten*.⁴⁶ Aus- und Absonderungs-

³⁶ § 14 Abs 2 KO.

³⁷ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl Nr. L 160 vom 30. 6. 2000, S 1–18. (EuInsVO).

³⁸ RL 2001/24/EG, ABl Nr. L 125 vom 5.5.2001, S 15–23.

³⁹ Art 3 Abs 1,2 EuInsVO, § 237 Abs 1 Z 1 KO.

⁴⁰ *Smid*, Europäisches Internationales Insolvenzrecht IV 40f.

⁴¹ Art 4 EuInsVO, § 221 Abs 1 KO.

⁴² Art 3 Abs 1 iVm Art 16 Abs 1 EuInsVO, § 237 Abs 1 KO.

⁴³ Art 3 EuInsVO.

⁴⁴ Es bestehen zwischen den einzelnen Verwaltern der Verfahren Pflichten zur gegenseitigen Unterrichtung; Art 31 Abs 1 EuInsVO.

⁴⁵ *Buchberger/Buchberger*, ZIK 2000, 150.

⁴⁶ Art 5, 7 EuInsVO.

rechte werden demnach von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem anderen Staat nicht berührt, wenn die betreffende Sache nicht in diesem Staat gelegen ist. Sie können vielmehr in einem Sekundärinsolvenzverfahren geltend gemacht werden. Bei Rechten an unbeweglichen Gegenständen, Schiffen oder Luftfahrzeugen, bei denen das Recht von der Eintragung in ein Register abhängig ist, gilt das Recht jenes Staates, in dem das Register geführt wird.⁴⁷

Für die Insolvenz von *Kreditinstituten* und deren *Zweigstellen*⁴⁸ in anderen Mitgliedstaaten der EU gilt, dass nur die Gerichte des *Herkunftslandes* des Kreditinstitutes für das Insolvenzverfahren zuständig sind.⁴⁹

C. Stellung der Bank im Konkurs

Hat die Bank dingliche Sicherheiten, so ist sie *Absonderungs-* oder *Aussonderungsgläubiger*.

Ein Aussonderungsanspruch der Bank besteht, wenn ihr Sachen der Konkursmasse gehören, somit in erster Linie dann, wenn sie über ein Eigentumsrecht als Sicherheit verfügt.⁵⁰ Dieser Anspruch wird vom Konkurs nicht betroffen, da die vom Aussonderungsrecht umfassten Gegenstände von der Konkursmasse ausgesondert werden. Aussonderungsansprüche kommen vorwiegend bei Leasingverträgen und gewöhnlichen Kreditverträgen mit Besicherung durch Eigentumsvorbehalt vor.

Ein Absonderungsanspruch besteht bei folgenden Sicherheiten: *Pfandrechten* an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie an Forderungen, dem *Sicherungseigentum* und der *Sicherungszeession*.⁵¹ Absonderungsansprüche gewährleisten dem dinglich besicherten Gläubiger das Recht auf *abgesonderte* (bevorzugte) *Befriedigung aus einer bestimmten Sache*⁵². Dinglich besicherte Gläubiger müssen ihr Forderungsrecht nicht anmelden. Der Erlös aus der Verwertung der abgesonderten Sachen bildet eine sog. Sondermasse, aus der zunächst die Absonderungsgläubiger befriedigt werden. Der übrig gebliebene Erlös fließt in die Konkursmasse zur Befriedigung der Konkursgläubiger. Siehe eine grafische Darstellung dazu in *Abbildung 6*.

Bei Aus- und Absonderungsansprüchen an solchen Gegenständen, die für die *Betriebsfortführung von Bedeutung* sind, ist die Erfüllung für 90 Tage nach der Konkurseröffnung gestundet.⁵³ Dies betrifft insbesondere oft verpfändete oder unter Eigentumsvorbehalt stehende Maschinen eines Betriebes.

Während die Absonderungs- und Aussonderungsansprüche durch die Konkurseröffnung unverändert bestehen, müssen Konkursforderungen in der Regel bis *14 Tage* vor der Prüfungstagsatzung angemeldet werden.⁵⁴ Eine Ausnahme bilden die Absonderungsansprüche, die an Gehältern⁵⁵ bestehen (aus Gehalts-

⁴⁷ Art 11 EuInsVO.

⁴⁸ Die Regeln der RL sind nur dann anzuwenden, wenn das Kreditinstitut zumindest in zwei Mitgliedstaaten eine Zweigstelle führt; Art 1 Abs 2 RL 2001/24/EG.

⁴⁹ Art 3 Abs 1 der RL 2001/24/EG.

⁵⁰ § 44 KO.

⁵¹ § 11 Abs 2 KO.

⁵² § 48 KO, *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht, Rz. 292.

⁵³ § 11 Abs 2 KO.

⁵⁴ § 74 iVm 104 KO.

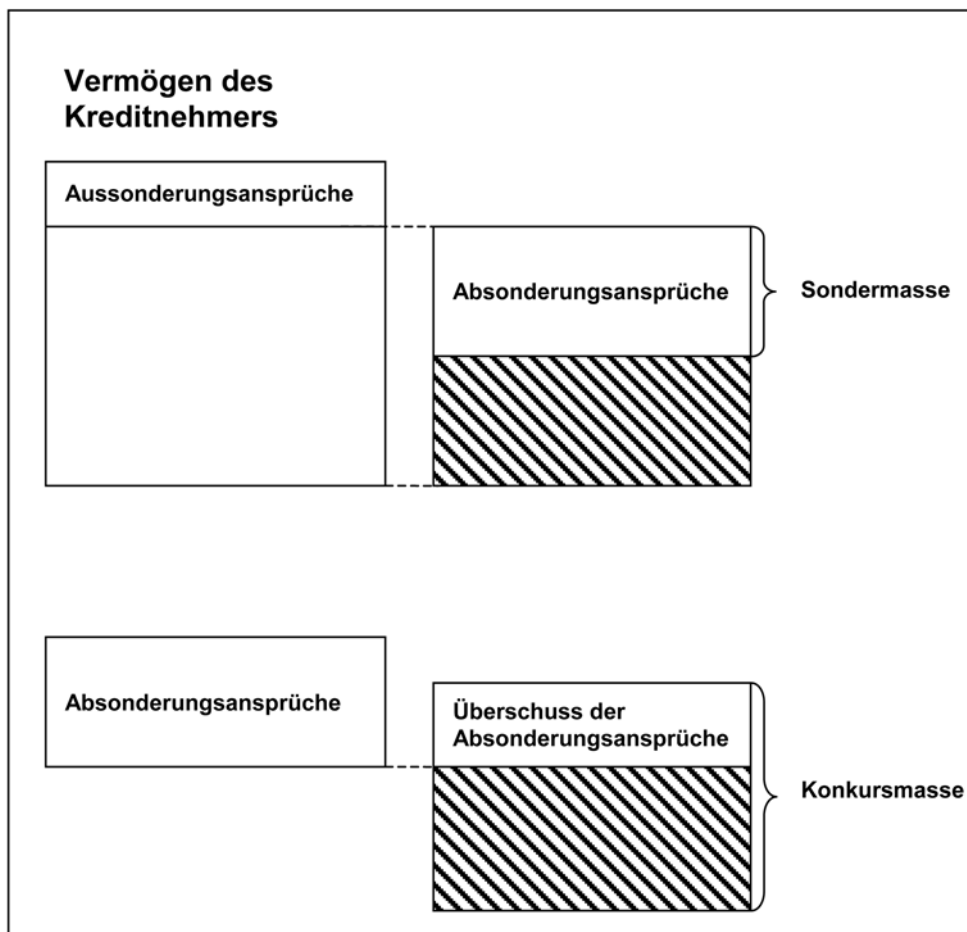
⁵⁵ Probleme der Gehaltsabtretung nach § 12 KSchG und §§ 290ff siehe Kapitel Die Sicherungsabtretung und Forderungsverpfändung.

verpfändung oder Gehaltsabtretung). Sie müssen auch angemeldet werden⁵⁶ und erlöschen 2 Jahre nach Konkurseröffnung.

Beispiel 1: Die Bank hat an A einen Kredit vergeben und als Sicherheit eine Hypothek auf ein Grundstück des A erhalten. Bevor der Kredit fällig wird, geht A in Konkurs. Mit Konkurseröffnung ist die aushaftende Kreditvaluta fällig. Die Bank hat einerseits einen Absonderungsanspruch aufgrund der Hypothek, andererseits kann sie auch die Kreditforderung binnen Frist anmelden und so den Teil der Forderung geltend machen, der eventuell durch das Pfandrecht nicht realisiert werden kann.

Beispiel 2: Die Bank hat an A einen Kredit vergeben, ohne sich auch eine Sicherheit dafür geben zu lassen. A zahlt nicht und die Bank klagt A erfolgreich aus dem Kreditvertrag. Die Bank erlangt innerhalb von 60 Tagen vor dem Konkurs des A ein exekutives Pfandrecht. Dieses wird als Pfändungspfandrecht bezeichnet und erlischt mit der Konkurseröffnung.⁵⁷ Die Bank muss ihre Forderung nochmals im Rahmen des Konkurses geltend machen. Absonderungsansprüche (Beispiel 1) sind von der Rechtsfolge des Erlöschens bei Konkurseröffnung nicht betroffen.

Abbildung 6



⁵⁶ § 74 Abs 2 Z 5a KO.

⁵⁷ § 12 KO.

D. Probleme bei der Verwertung in der Insolvenz

1. Laufende Exekutionsverfahren

Werden gegen den insolventen Kreditnehmer bei Konkurseröffnung Exekutionsverfahren geführt, sind folgende Fälle zu unterscheiden: Wird das Exekutionsverfahren aufgrund eines *vertraglich* begründeten *Pfandrechtes* betrieben, so kann dieser *Absonderungsanspruch* auch nach Konkurseröffnung durchgesetzt werden. Sog. *exekutive Absonderungsansprüche*, also Pfändungspfandrechte, die aufgrund eines Exekutionsverfahrens⁵⁸ innerhalb der letzten *60 Tage* vor Konkurseröffnung erlangt wurden, *erlöschen*.⁵⁹ Die betreffende Forderung ist als Konkursforderung anzumelden.

2. Absonderungsansprüche

In der Regel macht die Bank ihre Pfandrechte an beweglichen Sachen und zedierten Forderungen außergerichtlich geltend. Dieses Recht steht ihr während eines laufenden Konkursverfahrens nicht uneingeschränkt zu:

Im Konkurs kann der Masseverwalter verlangen, dass Sachen, die nicht in seiner Gewahrsame sind, *binnen bestimmter Frist* gerichtlich (§ 120 Abs 3 KO) oder außergerichtlich (§ 120 Abs 4 KO) zu verwerten sind. Kann die Bank innerhalb dieser Frist die (Pfand)Sache nicht verwerten, muss sie sie an den Masseverwalter zur Verwertung herausgeben.⁶⁰

E. Gläubigeranfechtung

1. Allgemeines

Bei der *Anfechtbarkeit* von Verträgen sind zwei Ebenen voneinander zu unterscheiden. Zum einen kann ein Vertrag aus Gründen, die in der *Vertragsentstehung* liegen, angefochten werden. Solche Gründe sind z. B. Irrtum, Sittenwidrigkeit, Unerlaubtheit. Darüber hinaus tritt im *Konkursfall* eine weitere Ebene der Anfechtbarkeit hinzu, die mit den erstgenannten Gründen nicht im Zusammenhang steht. Diese Anfechtbarkeit wäre ohne den Konkursfall in der Regel nicht gegeben. Insofern wäre ein zunächst unbedenklicher Vertrag, der weder wegen Irrtums, Sittenwidrigkeit oder aus sonstigen Gründen anfechtbar wäre, der Gläubigeranfechtung nach §§ 27ff KO ausgesetzt. Selbstverständlich können im Konkursverfahren Verträge auch wegen Gründen angefochten werden, die in der Vertragsentstehung liegen, so dies noch innerhalb der gesetzlichen Frist geschieht.

In der Zeit unmittelbar vor der Konkurseröffnung sind die *Rechtshandlungen eines Kreditnehmers* besonders kritisch zu betrachten, da sie der Anfechtung durch andere Gläubiger ausgesetzt sind. Zur Verhinderung ungerechtfertigter Bevorzugung einzelner Gläubiger können daher die jeweils anderen Gläubiger und der Masseverwalter gewisse Rechtsgeschäfte des Schuldners anfechten.

⁵⁸ Im Verlauf des Exekutionsverfahrens wird vor der Liquidierung eines Vermögensgegenstandes zunächst ein Pfändungspfandrecht daran begründet. Dann wird der entsprechende Gegenstand verwertet, z. B. im Wege der Zwangsversteigerung, des Verkaufs oder der Überweisung der Forderung.

⁵⁹ § 12 Abs 1 KO.

⁶⁰ § 120 Abs 3 u 4 KO.

Gegenstand der Anfechtung können grundsätzlich *alle Rechtshandlungen* sein. Die Bestellung von Sicherheiten ist überdies ausdrücklich in den jeweiligen Bestimmungen genannt. Neben den Sicherheiten sind auch Kreditverträge oder Kreditrückzahlungen als Rechtshandlungen von der Anfechtbarkeit betroffen.

Die verschiedenen Bestimmungen für die einzelnen Anfechtungsgründe sind in den §§ 27ff KO geregelt. Im Folgenden sollen nur zwei Anfechtungsgründe, die für Banken wesentlich erscheinen, kurz dargestellt werden.

2. Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit

Im Zusammenhang mit Kreditsicherheiten sind insbesondere die *Anfechtbarkeit von Sicherstellungen* und *nachteiligen Rechtsgeschäften* wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit erwähnenswert.⁶¹

Sicherheiten, die innerhalb der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung bestellt wurden, sind anfechtbar, wenn der Bank die *Zahlungsunfähigkeit bekannt war* oder *bekannt sein musste*. Dabei wird an Banken generell⁶² und an die Hausbank insbesondere⁶³ ein strenger Sorgfaltsmaßstab angelegt. Demnach muss eine Bank alle ihr zur Verfügung stehenden Auskunftsmittel heranziehen, um sich von der Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers zu vergewissern. Dabei ist zu beachten, dass der Zeitpunkt, in dem die Rechtshandlung gesetzt wird, ausschlaggebend ist für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit.

Beispiel 3: Wenn sich eine Bank eine Hypothek bestellen lässt und der Kreditnehmer zu diesem Zeitpunkt bereits zahlungsunfähig oder überschuldet und dies für die Bank erkennbar ist, so ist die Hypothek anfechtbar. Die Bank muss sich dabei aller Auskunftsmittel bedienen, die ihr zur Verfügung stehen, also auch eines eventuell vertraglich zugesicherten Einsichtsrechts in die Geschäftsbücher.⁶⁴ Wird ein Schuldner mit Exekutionen verfolgt, so ist dies ein Indiz für die Insolvenz, das die Hausbank zu entsprechenden Erhebungen verpflichtet.⁶⁵

Von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist die Sicherstellung bei einer gleichzeitigen Kreditvergabe innerhalb der 6-Monatsfrist, weil es sich dabei um ein sog. Zug-um-Zug-Geschäft handelt, bei dem die Gefahr der Bevorzugung nicht besteht⁶⁶ und der Haftungsfonds nicht geschmälert wird. Nur wenn sich die Bank innerhalb der 6 Monate eine Sicherheit für einen „alten“ Kredit geben lässt und ihr die Zahlungsunfähigkeit bekannt war oder bekannt hätte sein müssen, ist die Sicherstellung der Anfechtbarkeit ausgesetzt.⁶⁷

Die Kreditaufnahme durch den Gemeinschuldner könnte ein für die Konkursgläubiger *nachteiliges Rechtsgeschäft*⁶⁸ und daher anfechtbar sein, wenn das Rechtsgeschäft innerhalb der letzten 6 Monate vor Konkurseröffnung liegt und die Zahlungsunfähigkeit der Bank bekannt war oder bekannt hätte sein müssen. Zwar ist die Kreditvergabe nicht unmittelbar nachteilig, weil die Gläu-

⁶¹ § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO.

⁶² OGH 16. 6. 1994, 8 Ob 17/94 (= ÖBA 1994/463).

⁶³ OGH 19. 12. 1989, 5 Ob 504/88 (= ÖBA 1990/221).

⁶⁴ OGH 16. 6. 1994, 8 Ob 17/94 (= ÖBA 1994/463).

⁶⁵ OGH 13. 9. 1988, 4 Ob 570/88.

⁶⁶ War das Kreditgeschäft an sich aber für die Gläubiger nachteilig, so könnte sich daraus eine Anfechtbarkeit ergeben.

⁶⁷ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I § 31 KO, Rz 12.

⁶⁸ § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO.

biger auch auf die Kreditmittel greifen können, aber mittelbar könnten im Unternehmen versickerte Kreditmittel die Konkursmasse aushöhlen und so letztendlich für die Gläubiger nachteilig sein. Der OGH lässt diese mittelbare Nachteiligkeit für die Anfechtbarkeit ausreichen, wenn diese auch objektiv vorhersehbar war.⁶⁹ Die Nachteiligkeit des Kreditgeschäfts wird danach beurteilt, ob durch die Kreditgewährung und damit das Hinausschieben der Konkursöffnung die Quote verringert wurde.⁷⁰

3. Anfechtung wegen Begünstigung

Im Unterschied zur 6-Monatsfrist bei der Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit können innerhalb eines Jahres vor Konkursöffnung bestellte Sicherheiten und vorgenommene Kreditrückzahlungen angefochten werden, wenn dadurch die *Bank anderen Gläubigern gegenüber begünstigt* wurde.⁷¹ Auch hier muss die Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechts-handlung vorgelegen sein. Darüber hinaus muss der Schuldner aber auch in der *Absicht* gehandelt haben, die Bank zu *begünstigen*, und die Bank ihrerseits von der Begünstigungsabsicht gewusst oder fahrlässig nicht gewusst haben. Ebenso wie bei der Beurteilung der fahrlässigen Nicht-Kennntnis der Zahlungsunfähigkeit ist auch hier die Bank verpflichtet, sich aller Auskunftsmittel zu bedienen, um festzustellen, ob der Schuldner in Begünstigungsabsicht handelte. Kennt die Bank die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, unterstellt ihr der OGH⁷² auch die Kenntnis der Begünstigungsabsicht.⁷³ Die Begünstigungsabsicht ist die Absicht des Gemeinschuldners, einen Gläubiger vor anderen Gläubigern bevorzugt zu befriedigen oder ihm bevorzugt Sicherstellung zu leisten.⁷⁴

F. Auswirkungen der Anfechtung

Kann demnach ein Kreditvertrag angefochten werden, stellt sich die Frage, wie sich dies auf die damit verbundenen Sicherheiten auswirkt. Die erfolgreiche Konkursanfechtung macht die *Rechtshandlung gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam*,⁷⁵ weil sie die Schutzsubjekte der Konkursanfechtung sind. Ist den Konkursgläubigern gegenüber der Kreditvertrag unwirksam, fehlt der dazugehörigen Sicherheit in der Regel auch der Gegenstand der Besicherung. Für *akzessorische*⁷⁶ Sicherheiten bedeutet dies grundsätzlich, dass der *Wegfall des Kreditvertrages* auch den *Wegfall der Sicherheit* bedeutet. Dies betrifft das Pfandrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen und die Sicherungszession.

Da sich aber die Unwirksamkeit des Vertrages nur gegenüber den Gläubigern entfaltet, bleiben die *Kreditsicherheiten*, die *von Dritten* bestellt wurden, unberührt. Dies führt dazu, dass eine Bürgschaft, eine Garantie oder ein Pfand,

⁶⁹ OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 110/00w (= SZ 73/182); strittig.

⁷⁰ *Weissel*, ÖBA 1992, 630.

⁷¹ § 30 KO.

⁷² OGH 4. 7. 1996, 6 Ob 2086/96z (= *ecolex* 1997, 83).

⁷³ *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I § 30 KO, Rz 50.

⁷⁴ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht, Rz 202.

⁷⁵ *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I § 27 KO, Rz 52.

⁷⁶ Die Akzessorietät kennzeichnet die Abhängigkeit der Sicherheit vom Bestehen einer zugrundeliegenden Forderung. Ist eine Sicherheit akzessorisch, so kann die Sicherheit nur bestehen wenn die Forderung selbst auch besteht, folgedessen erlischt die Sicherheit, wenn die Forderung, aus welchen Gründen auch immer, nicht mehr besteht.

welche von einem Dritten bestellt wurden, auch nach erfolgreicher Anfechtung des besicherten Kredits von der Bank in Anspruch genommen werden können.

G. Eigenkapitalersatzrecht

Dem Eigenkapitalersatzrecht liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Gesellschafter eines Unternehmens in der Krise eine besondere Finanzierungsverantwortung haben. In der Krise gewährte Kredite von Gesellschaftern an das Unternehmen werden daher unter Umständen wie Eigenkapital behandelt.⁷⁷ Demnach sind Kredite an Unternehmen, an denen die Bank beteiligt ist und die sich in der Krise befinden, problematisch, weil die Bank solche Kredite nicht ohne weiters zurückfordern kann. Bei der Kreditvergabe an *Unternehmen, an denen die Bank beteiligt ist*,⁷⁸ kommt das am 1. 1. 2004 in Kraft getretene Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) zur Anwendung.

Unter einem *Unternehmen in der Krise* versteht man zahlungsunfähige oder überschuldete Unternehmen oder solche, bei denen die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt.⁷⁹

Die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts sind vielfältig. Zum einen darf der Gesellschafter (z. B. eine Bank) den *Kredit solange nicht zurückfordern*, solange das Unternehmen nicht saniert ist.⁸⁰ Nach § 57a KO sind Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen⁸¹ erst nach der vollständigen Befriedigung der übrigen Konkursgläubiger zu befriedigen. Man spricht von sog. *nachrangigen Forderungen*. Nach § 12b KO *erlöschen auch alle Aus- und Absonderungsansprüche*, die im Zusammenhang mit der eigenkapitalersetzenden Leistung entstanden sind, also Sicherheiten, die zur Besicherung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens bestellt wurden.

Im Zusammenhang mit kreditrisikomindernden Techniken ist die Frage von Bedeutung, ob die *Verpfändung von Gesellschafteranteilen* an die Bank für diese eine der Gesellschafterstellung gleichzuhaltende Gläubigerposition begründet. Aus dieser Sicht würde die Verpfändung von Gesellschafteranteilen für die Bank aufgrund der oben genannten Rechtsfolgen eine erheblich schlechtere Position als Sicherungsnehmer bedeuten. Das EKEG beantwortet diese Frage aber nicht. Nach der Judikatur vor dem Inkrafttreten des EKEG ist auch ein atypischer Pfandgläubiger, also einer, der über die Pfandstellung hinaus auch weitergehende Kontroll- und Mitspracherechte hat, *nicht* wie ein darlehensgebender Gesellschafter zu behandeln.⁸² Eine Ausnahme besteht unter Umständen dann, wenn bei einem atypischen Pfandgläubiger die *Verzinsung des Kredits gewinnabhängig* oder von der *Vermögenssubstanz der Gesellschaft abhängig* ist.⁸³ Abzuwarten bleibt, ob nach geänderter Rechtslage der OGH auch in Hinkunft diese Rechtsansicht vertreten wird.

⁷⁷ Reich-Rohrwig, *ecolex* 2004, 106.

⁷⁸ Erfasste Gesellschafter sind solche, die Anteile von zumindest 25% halten oder auf sonst eine Art und Weise einen beherrschenden Einfluss ausüben; § 5 EKEG.

⁷⁹ § 2 Abs 1 EKEG.

⁸⁰ § 14 Abs 1 EKEG.

⁸¹ Darunter sind der Kredit- und Darlehensvertrag aber auch jede Vorleistung des Gesellschafters zu verstehen.

⁸² OGH 11. 6. 2001, 8 Ob193/00s (= ZIK 2001, 214).

⁸³ Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 37; OGH 11. 6. 2001, 8 Ob193/00s (= ZIK 2001, 214).

Kapitel 2: Grundsätzliches zum Pfandrecht

I. Einleitung

In diesem und in den folgenden zwei Kapiteln wird das Pfandrecht nach österreichischem Recht dargestellt. Dabei wird zunächst auf die allgemeinen Grundsätze des Pfandrechts eingegangen, die für das Pfandrecht an beweglichen Sachen ebenso gelten wie für Hypotheken. Danach werden die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Verpfändung beweglicher Sachen in einem eigenen Kapitel erläutert. Weil die Judikatur im Hinblick auf den Modus beim Pfandrecht an beweglichen Sachen sehr kasuistisch ist, werden nur ausgewählte, für Banken wichtige Problemfälle dargestellt. Der Verpfändung von Liegenschaften wurde wegen ihrer großen Beliebtheit als Kreditsicherheit ebenfalls ein eigenes Kapitel gewidmet.

II. Allgemeines

Das Pfandrecht gewährt der Bank eine starke Gläubigerposition. Es ist ein dingliches, also gegen jedermann durchsetzbares Recht. Überträgt der Sicherungsgeber die verpfändete Sache, verändert sich in der Regel die Qualität der Sicherheit nicht. Die dingliche Belastung haftet der Sache an. Der Bank steht nicht nur der persönliche Haftungsfonds des Kreditnehmers zur Verfügung, sondern darüber hinaus auch die bevorzugte *Sachhaftung* des Pfandes.

Auch wenn das Pfandrecht als dingliches Recht wirksam entstanden ist und der Wert der Pfandsache die Forderung abdeckt, ist allein damit noch nicht sichergestellt, dass das Pfand auch tatsächlich den Forderungsausfall adäquat besichert. Vielmehr könnte sich herausstellen, dass ein anderes Pfandrecht zuerst begründet wurde (sog. Mehrfachverpfändung) und einen derart großen Anteil am Wert der Sicherheit verzehrt, dass die Sicherheit letztlich nur mehr einen geringen Anteil der ausgefallenen Forderung abdecken kann.⁸⁴ Dass eine Sache mehrfach verpfändet werden kann, ist aber unter Umständen für den Schuldner und den nachrangigen Gläubiger dann vorteilhaft, wenn der Wert des Pfandes über den der besicherten Forderung hinausgeht.

III. Gegenstand des Pfandrechts

Gegenstand der Verpfändung können grundsätzlich *alle Sachen* sein, also *unbewegliche* Sachen (siehe Kapitel Hypothek), *bewegliche* körperliche *Sachen* (siehe Kapitel Pfandrecht an beweglichen Sachen) sowie *Rechte*. Verbriefte Forderungen dagegen werden durch ihre Verbriefung zu einer körperlichen Sache.

Während bei der Forderungsverpfändung die gesetzlichen Einschränkungen der EO,⁸⁵ wie das Verbot der Pfändung des Existenzminimums, auch für die vertragliche Begründung eines Pfandrechts gelten (siehe Forderungen als Sicherheit, Gegenstand der Zession), können unpfändbare Gegenstände (exekutives Pfandrecht), wie Ehering oder Gegenstände der Berufsausübung, sehr wohl durch Vertrag verpfändet (vertragliches Pfandrecht) werden.⁸⁶

⁸⁴ Zur Priorität des Pfandrechts bei mehreren Pfandgläubigern siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 354.

⁸⁵ § 293 Abs 2 EO.

⁸⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 336.

IV. Entstehung des Pfandrechts durch Titel und Modus

Für die wirksame Begründung eines Pfandrechts sind ein gültiger Titel (Verpflichtungsvertrag bzw. Pfandbestellungsvertrag) und ein Modus (Verfügungsgeschäft bzw. Pfandvertrag) notwendig. Der Pfandbestellungsvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Pfandgläubiger (Bank) und Pfandbesteller, der die Bedingungen der Pfandbestellung festlegt und lediglich die Verpflichtung, ein Pfand zu bestellen, begründet.

Zusätzlich zum Titel ist ein Modus, somit ein Übertragungsakt, erforderlich. Der Modus richtet sich primär danach, ob die verpfändete Sache beweglich oder unbeweglich ist. Wird eine *bewegliche Sache* als Pfand gegeben, ist in aller Regel ein Übertragungsakt notwendig.⁸⁷ Bei *unbeweglichen Sachen* ist eine Eintragung in das *Grundbuch* erforderlich.⁸⁸ Wird der jeweils zutreffende Modus nicht eingehalten, kann kein wirksames Pfand begründet werden.

⁸⁷ Faustpfandprinzip: § 451 Abs 1 ABGB; näheres dazu siehe unter Verpfändung beweglicher Sachen.

⁸⁸ § 451 Abs 2 ABGB, zum Intabulationsprinzip (Grundbucheintragung) und Urkundenhinterlegung siehe weiter unten bei: Hypotheken.

Kapitel 3: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen

I. Einleitung

In diesem Kapitel werden einige ausgewählte Spezialprobleme des Mobiliarpfandrechts, die besonders aus Bankensicht interessant erscheinen, beispielhaft erläutert. Dazu zählen Probleme, die sich bei der Verpfändung von Warenlager, Fahrzeugen, Sparbüchern und Wertpapieren ergeben. Vor allem das Faustpfandprinzip kann diverse Probleme verursachen. Auch auf die Besonderheiten des erst kürzlich ergangenen Finanzsicherheitengesetzes (FinSG) wird eingegangen.

II. Allgemeines

Für die Begründung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen sind ein gültiger Titel und ein Modus erforderlich, wobei vor allem beim Modus Besonderheiten zu beachten sind. Rechte sind zwar auch als bewegliche Sachen zu qualifizieren, da aber für ihre Verpfändung mitunter besondere Bestimmungen gelten, werden sie nicht in diesem, sondern im Kapitel 5 behandelt. Verbriefte Forderungen, wie z. B. Wertpapiere, werden durch ihre Verbriefung zu einer körperlichen Sache; daher gelten für sie bei der Verpfändung die Regeln, die beim Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen gelten, insbesondere das Faustpfandprinzip.

III. Probleme beim Pfandrecht an beweglichen Sachen

A. Modus

Für die Verpfändung beweglicher Sachen gilt das *Faustpfandprinzip*, wonach zur Verpfändung prinzipiell die tatsächliche Übergabe der Pfandsache erforderlich ist. Demzufolge kann ein Pfandrecht an Sachen nicht begründet werden, wenn der Eigentümer sie noch in seiner Gewahrsame hat.⁸⁹ Dies hat aus wirtschaftlicher Sicht einen großen Nachteil: Der Kreditnehmer kann unter Umständen die Sache nicht weiter für wirtschaftliche Aktivitäten einsetzen, da er nicht mehr selbst über sie verfügt. Oft wird dadurch dem Kreditnehmer die Möglichkeit genommen, auf effiziente Weise seine vorhandenen Ressourcen einzusetzen, um mit den erwirtschafteten Gewinnen die Kreditverbindlichkeit zu tilgen.

Nicht immer ist aber eine reale Übergabe der Sache erforderlich. Ist diese nämlich bei an sich beweglichen Sachen nicht tunlich, so ist auch eine Übergabe durch Zeichen⁹⁰ zulässig. Untunlich ist die Übergabe nicht allein schon deshalb, weil die Sache für den Pfandbesteller unentbehrlich ist oder weil die Übergabe beschwerlich ist.⁹¹ Für die Zulässigkeit der Übergabe durch Zeichen muss es aber nicht physisch unmöglich sein, eine Übergabe durchzuführen. Die Beschaffenheit der Sache kann eine körperliche Übergabe untunlich machen, wie z. B. bei großen oder schweren Maschinen (zur Zubehöreigenschaft der Maschine siehe auch Kapitel Hypothek).

⁸⁹ Faustpfandprinzip: § 451 Abs 1 ABGB.

⁹⁰ Zulässige Zeichen sind solche, aus denen jedermann leicht erkennen kann, dass die Sache einem Anderen verpfändet wurde. Solche Zeichen können sein: Urkunden (insbesondere Traditions- und Warenwertpapiere), Werkzeuge (z. B. Schlüssel), Merkmale (z. B. angebrachte Zettel oder Schilder).

⁹¹ *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB² § 452 Rz 1.

Beispiel 1: B verpfändet der Bank A ein Sparbuch; B muss der Bank das Sparbuch, wenn sie es nicht bereits innehat, übergeben.⁹²

Beispiel 2: B verpfändet der Bank A eine große und schwere Maschine, die auf dem Fabrikgelände des B steht. Zur Pfandrechtsbegründung muss ein Zeichen (z. B. ein deutlich lesbares Schild) an der Maschine angebracht sein, das für jedermann leicht erkennbar macht, dass die Maschine verpfändet ist.

Ist das Pfandrecht nicht rechtswirksam entstanden oder nach wirksamer Entstehung wieder erloschen, so hat die Bank bei gültigem Pfandbestellungsvertrag das Recht, die rechtswirksame Bestellung des Pfandrechts zu verlangen. Zwischenzeitlich kann der Kreditnehmer aber die Sache jemandem anderen rechtswirksam verpfänden. Wird der Kreditnehmer in dieser Zeit insolvent und der Konkurs über sein Vermögen eröffnet, begründet dieser Pfandbestellungsvertrag für sich allein nur ein obligatorisches Recht (Konkursforderung) und kein bevorzugtes Recht auf Absonderung.

B. Pfandrechtsbegründung

Gemäß dem Faustpfandprinzip muss sich die Bank die *faktische Verfügungsmacht* über die Pfandsache verschaffen oder sie zumindest durch einen Dritten (nicht aber den Eigentümer selbst) ausüben, z. B. durch einen Verwahrer (Depot). Wird ein und dieselbe Sache mehrfach verpfändet, so behält sie der Pfandnehmer im ersten Rang und wird als Pfandinhaber angewiesen, die Sache auch für die nachrangigen Pfandnehmer innezuhaben.⁹³

Es ist zu beachten, dass aus Publizitätsgründen die Übergabe durch das sog. *Besitzkonstitut ausgeschlossen* ist. Bei dieser Übergabeform findet keine reale Übergabe der Pfandsache statt, sondern es wird vereinbart, dass der Eigentümer diese nicht mehr für sich selbst, sondern einen Dritten (etwa die Bank) innehaben soll. Dies bedeutet nur eine Änderung des nach außen hin nicht erkennbaren Besitzwillens und ist daher mangels Publizität unzulässig.⁹⁴

Hat die Bank die Pfandsache bereits in ihrer Verwahrung (z. B. ein Sparbuch), so ist eine reale Übergabe nicht mehr notwendig (sog. *Übergabe kurzer Hand*).⁹⁵

Werden Sachen verpfändet, die aus mehreren *Bestandteilen*⁹⁶ bestehen oder *Zubehörstücke*⁹⁷ haben, so stellt sich die Frage, ob auch diese vom Pfandrecht an der Hauptsache mitumfasst sind und welche Auswirkungen die Trennung von der Hauptsache hat. Grundsätzlich erstreckt sich das Pfandrecht auch auf Zubehör und Bestandteile,⁹⁸ wenn nichts anderes vereinbart ist. Mit der Absonderung, dh Trennung von der Hauptsache, gelten sie mangels abweichender Vereinbarung jedoch als nicht mehr mitverpfändet. Dies ist insbesondere für selbständige Bestandteile und Zubehör relevant.

⁹² OGH 24. 3. 1988, 6 Ob 536/88 (= SZ 61/78).

⁹³ Besitzanweisung; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 239.

⁹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 239.

⁹⁵ Besitzauflassung; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 238.

⁹⁶ Bestandteile können selbständig oder unselbständig sein, je nach dem, ob sie wirtschaftlich von der Hauptsache, der sie zugehören, getrennt werden können.

⁹⁷ Das sind Nebensachen, die nicht Teil der Hauptsache sind, aber dem Gebrauch der Hauptsache dienen; z. B. die Tastatur eines PCs.

⁹⁸ § 457 ABGB.

Beispiel 3: Die Bank lässt sich einen PKW verpfänden. Die Bank muss zur wirksamen Pfandrechtsbegründung die Verfügungsmacht über den PKW erlangen, z. B. indem das Fahrzeug in einer Garage abgestellt wird (körperliche Übergabe), zu der der Pfandbesteller keinen Zutritt hat.⁹⁹

Beispiel 4: Fraglich ist, ob mit der Verpfändung eines PKWs auch das Pannendreieck, die Karosserie und die Reifen mitverpfändet sind. Ist nichts Gegenteiliges vereinbart, so ist auch das darin befindliche Pannendreieck mitverpfändet (Zubehör). Die Karosserie ist jedenfalls mitverpfändet, weil sie nicht wirtschaftlich vom Auto getrennt werden kann (unselbständiger Bestandteil). Die Reifen (selbständiger Bestandteil) sind mangels abweichender Vereinbarung auch mitverpfändet. Werden die mitverpfändeten Reifen demontiert oder das Pannendreieck entfernt, so geht das Pfandrecht an ihnen verloren, wenn keine andere Vereinbarung darüber getroffen wurde. Werden die Reifen oder das Pannendreieck an den Pfandbesteller zurückübertragen, ist das Pfandrecht jedenfalls erloschen.¹⁰⁰

Beispiel 5: Die Bank lässt sich ein Flugzeug verpfänden. Da es zur Verpfändung von Flugzeugen nach dem österreichischen Recht weder ein Register¹⁰¹ wie bei *Schiffshypotheken* (siehe Kapitel Hypotheken, Abschnitt Formen) noch sonst eine spezielle Regelung gibt, ist davon auszugehen, dass die Verpfändung von Flugzeugen ähnlich behandelt wird wie die von Autos. Demnach ist auch hier sicherzustellen, dass die Bank die faktische Verfügungsmacht über das Flugzeug hat. Die Zulässigkeit einer Übergabe durch Zeichen erscheint zwar erwägenswert, ist aber nicht gesichert.

C. Erlöschen des Pfandrechts

Probleme in Bezug auf das Erlöschen eines Pfandrechts könnten sich vor allem bei der Übergabe durch *Zeichen* bei an sich beweglichen Sachen ergeben. Bei ihnen reicht es aus, wenn ein „für jedermann leicht erkennbares“ Zeichen angebracht ist, wie z. B. bei der Verpfändung von Maschinen oder bei der Forderungsverpfändung. Da die Bank hier nicht die faktische Verfügungsmacht über die Pfandsache hat, kann sie auch nicht verhindern, dass das angebrachte *Zeichen* durch den Pfandbesteller *beseitigt* oder verändert wird. Wird das an der Maschine angebrachte Hinweisschild entfernt oder werden die Buchvermerke in den Geschäftsbüchern des Zedenten¹⁰² manipuliert, führt dies zum *Erlöschen des Pfandrechts*, auch wenn das mit Absicht geschieht.¹⁰³

Ebenso verliert die Bank bei nur vorübergehender Zurückstellung der Pfandsache an den Pfandbesteller das Pfandrecht.¹⁰⁴

Auch die Mehrfachverpfändung beweglicher Sachen ist aus Sicht der Bank problematisch, wenn sie selbst nicht das erstrangige Pfandrecht hat und sich die Pfandsache somit nicht in ihrer, sondern der Gewahrsame des Pfandgläubigers im ersten Rang befindet. Wie auch bei der Übergabe durch Zeichen fehlt

⁹⁹ OGH 25. 6. 1952, 3 Ob 411/52 (= EvBl 1952/320), *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB³ § 451 Rz 8. Die Übergabe des Typenscheins oder der Fahrzeugpapiere ist nicht ausreichend, OGH 25. 6. 1976, 1 Ob 105/75 (= SZ 48/75); ebenso wenig reicht die Übergabe einiger Autoschlüssel aus, wenn der Pfandgeber nach wie vor die Gewahrsame über das Auto hat, OGH 9. 1. 1985, 3 Ob 116/84.

¹⁰⁰ § 467 ABGB.

¹⁰¹ *Rechberger*, NZ 2002, 7.

¹⁰² Zu Forderungsverpfändung und Buchvermerk siehe Kapitel Forderungsabtretung und Forderungsverpfändung.

¹⁰³ § 467 ABGB; OGH 24. 5. 1984, 7 Ob 566/84 (= SZ 57/100).

¹⁰⁴ Die Zurückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt wird nach hA nur sehr restriktiv zugelassen (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹² 342f; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 467 Rz 5); die bloße Erlaubnis, die Pfandsache zu kontrollieren, also z. B. die Überlassung des Sparbuches zur Überprüfung im Kassasaal, ist aber unbedenklich, OGH 7. 11. 1985, 7 Ob 599/85 (= JBl 1986, 240).

der Bank die faktische Möglichkeit zu verhindern, dass jemand anderer ihr Pfandrecht zum Erlöschen bringt. *Stellt* nämlich der Pfandgläubiger im ersten Rang die *Pfandsache* an den Kreditnehmer zurück, *erlöschen* auch die Pfandrechte aller nachrangigen Gläubiger.

D. Pfandrecht an einem Warenlager

Bei der Verpfändung eines Warenlagers ist zunächst zu hinterfragen, ob eine *körperliche Übergabe* möglich und daher erforderlich ist. Dies trifft beispielsweise bei Lagern mit sehr wenigen Gegenständen zu. Ist das Warenlager umfangreich und eine reale Übergabe daher untunlich, so kann die Übergabe durch *Zeichen* erfolgen. Bezüglich der Übergabe durch Zeichen bei Warenlagern verlangt der OGH,¹⁰⁵ dass der Sicherungsnehmer neben dem Anbringen von Zeichen auch die faktische Verfügungsmacht über das Warenlager erhält. Daher kommt zunächst die Übergabe aller Schlüssel zum Lager in Frage. Wenn aber der laufende Betrieb den Zugang des Sicherungsgebers erfordert, so scheint ein „Wegsperrn“ der für den Betrieb notwendigen Waren nicht sinnvoll. Für diesen Fall ist ein Vertrauensmann zu bestellen, der das Lager verwaltet.¹⁰⁶

E. Pfandrecht an einem Sparbuch

Ein Sparbuch kann nach den Regeln, die für das Pfandrecht an körperlichen beweglichen Sachen gelten, verpfändet werden.¹⁰⁷ Dazu ist es notwendig, dass die Bank das Sparbuch in ihrer Gewahrsame hat.¹⁰⁸ Eine besondere Pfandabrede ist meist nicht unbedingt erforderlich, da diese Abrede durch die Bestimmungen der in der Regel zugrunde gelegten ABB (Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte)¹⁰⁹ bereits gültig getroffen wurde¹¹⁰, aber dennoch gebräuchlich. Die Verwertung des Pfandrechts an einem Sparbuch ist nach den Regeln des HGB zu beurteilen. Demnach ist auch die Verwertung durch Freihandverkauf,¹¹¹ dh auch ohne gerichtliches Verfahren, möglich.

F. Pfandrecht an anderen Wertpapieren

Wenn Wertpapiere physisch auf Papier verkörpert sind, so ist die Übergabe dieser gemäß dem Faustpfandprinzip als tauglicher Modus zulässig. Zumeist sind sie aber in einem Depot bei einer Wertpapiersammelbank gelagert. Dann kann durch eine Verständigung der Depotbank der notwendige Übertragungsmodus gesetzt werden. Das Selbe gilt für die Verpfändung von Wertpapieren, die nicht als physische Dokumente, sondern nur als Gutschrift auf einem Konto eines *Wertpapierdepots* (sog. Effektingiro) vorhanden sind.¹¹² Oftmals sind Wertpapiere nicht einzeln, sondern in Sammelurkunden verkörpert. Für sie gelten

¹⁰⁵ OGH 18. 12. 1996, 3 Ob 2442/96f (= ÖBA 1998, 216).

¹⁰⁶ OGH 18. 12. 1996, 3 Ob 2442/96f.

¹⁰⁷ OGH 24. 3. 1988, 6 Ob 536/88 (= SZ 61/78).

¹⁰⁸ Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Sparbuch nicht an jemanden anderen bereits verpfändet worden ist. Ist es bereits an jemanden anderen verpfändet worden, so käme die Übertragung durch Besitzeinweisung in Frage.

¹⁰⁹ ABB sind die AGBs der Banken, für die die besonderen Regelungen der §§ 864a, 879 ABGB, § 6 Abs 1 KSchG gelten.

¹¹⁰ *Iro/Koziol*, ABB 154ff.

¹¹¹ *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I, Rz 9/75.

¹¹² OGH 7. 11. 1991, 6 Ob 590/91 (= ÖBA 1992, 654).

hinsichtlich der Verschaffung von dinglichen Rechten die selben Regeln wie für die Girosammelverwahrung¹¹³ (Verfügung durch Anweisung).

Führt die besicherte Bank das Wertpapierdepot des Kreditnehmers selbst, so erlangt die Bank aufgrund der zumeist vereinbarten ABB Z 49 und 50 ein Pfandrecht an den im Depot befindlichen Wertpapieren.¹¹⁴ Dennoch ist der Abschluss eines Pfandvertrages der Regelfall und auch aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen. Verwertet werden verpfändete Wertpapiere nach den Regeln des HGB, wonach auch eine freie Verwertung nach Vereinbarung möglich ist.

Wertpapiere können neben der Verpfändung auch sicherungsweise übereignet werden (siehe Kapitel Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung).

IV. Verwertung des Pfandrechts an beweglichen Sachen

Lässt sich eine Bank¹¹⁵ eine bewegliche Sache verpfänden, so gelten für die Verwertung dieses Pfandes mangels abweichender Vereinbarungen die besonderen *Vorschriften des HGB*.¹¹⁶ Dabei ist die Bank grundsätzlich bei der Verwertung nicht auf die Mitwirkung des Gerichts angewiesen. Es ist kein Exekutionstitel für die Verwertung notwendig. Vielmehr kann sie die verpfändete Sache nach Eintritt der Fälligkeit und eine Woche (bzw. einen Monat)¹¹⁷ nach Androhung des Verkaufs verwerten. Der Verkauf kann entweder durch eine *öffentliche Versteigerung*, durch einen *Freihandverkauf* über eine befugte Person (Handelsmakler oder zur öffentlichen Versteigerung befugte Person), sofern die Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat, oder nach *Vereinbarung* auch durch jemand anderen insbesondere durch den Pfandgläubiger selbst erfolgen. Entspricht eine andere Form des Pfandverkaufs dem billigen Ermessen, so kann der Verkauf auch auf diese Weise durchgeführt werden.

Die *Verwertung verpfändeter Forderungen* (siehe Kapitel 5) ist, obwohl diese als bewegliche Sachen gelten,¹¹⁸ von den Regeln des HGB ausgenommen.¹¹⁹ Sie richtet sich nach den Bestimmungen des ABGB. Für die Verwertung verpfändeter Forderungen gelten mangels abweichender Vereinbarung¹²⁰ die Vorschriften des § 461 ABGB, wonach der Gläubiger Klage und Exekution führen muss.¹²¹ Bei der Verpfändung von Wertpapieren und Einlagenbüchern sind ausdrücklich die *HGB-Bestimmungen anzuwenden*,¹²² wenn nicht das FinSG zur Anwendung gelangt.

¹¹³ § 24 DepG; *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rz 7/157ff.

¹¹⁴ *Iro/Koziol*, ABB 154ff.

¹¹⁵ Zur Kaufmannseigenschaft der Bank siehe § 6 HGB iVm § 5 Abs 1 Z 1 BWG; *Kalss/Schauer*, Handelsrecht Rz 2/21 und § 1 Abs 2 Z 4 HGB; *Krejci*, Handelsrecht² 29f.

¹¹⁶ *Krejci*, Handelsrecht² 222; Bei den Bestimmungen zum kaufmännischen Pfandrecht im HGB findet sich ein umfangreicher Verweis auf Normen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Mit diesem Verweis in Art 8 Nr 14 EVHGB macht das HGB die deutschen Regelungen der §§ 1219–1221 und §§ 1228–1248 BGB zum Bestandteil des österreichischen Rechts.

¹¹⁷ § 368 Abs 1 HGB: Wenn der Pfandvertrag ein 2-seitiges Handelsgeschäft darstellt, also sich die Bank von einem Kaufmann im Sinne des HGB ein Pfandrecht einräumen lässt, gilt die 1-Wochenfrist. Ist der Pfandvertrag zwischen Bank und Kreditnehmer aber nur für die Bank ein Handelsgeschäft (Kreditnehmer ist z. B. Verbraucher), dann gilt die 1-Monatsfrist des § 1234 BGB.

¹¹⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I² 343ff.

¹¹⁹ OGH 8. 11. 1994, 10 Ob 531/94 (= JBl 1995, 182); anderer Ansicht *Iro* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I, Rz1/118.

¹²⁰ *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB² § 461 Rz 6.

¹²¹ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 461 Rz 4.

¹²² Art 8 Nr 15 Abs 1 EVHGB.

V. Besonderheiten bei Finanzsicherheiten nach dem FinSG

Das am 1. 12. 2003 in Kraft getretene Finanzsicherheitengesetz (FinSG) regelt die *Bestellung* und *Verwertung* von *Finanzsicherheiten*. Mit diesem Gesetz wurde die Finanzsicherheiten-Richtlinie¹²³ umgesetzt. Betroffen sind Finanzsicherheiten, bei denen *Sicherungsgeber* und *Sicherungsnehmer* insbesondere einer der folgenden Kategorien angehören:¹²⁴

- Körperschaften öffentlichen Rechts, Rechtsträger, die mit der Verwaltung der Schulden der öffentlichen Hand betraut sind;
- Zentralbanken, der Internationale Währungsfonds, Entwicklungsbanken, die Europäische Investmentbank, die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich;
- beaufsichtigte Finanzinstitute;
- Clearingstellen; und
- Treuhänder.

Es sei besonders darauf hingewiesen, dass das FinSG primär im *Interbankengeschäft*¹²⁵ anwendbar ist und die Beurteilung von Finanzsicherheiten, die von Kunden bestellt werden, nach den allgemeinen Regeln (siehe Verpfändung von beweglichen Sachen) erfolgt, da das Bank-Kundengeschäft in Österreich vom Geltungsbereich des FinSG ausgenommen wurde.¹²⁶

Finanzsicherheiten im Sinne dieses Gesetzes sind:¹²⁷

- *Barsicherheiten*, das sind Guthaben auf Konten, nicht aber Bargeld, und
- *Finanzinstrumente* wie Aktien und ihnen gleichgestellte Wertpapiere, Schuldverschreibungen, sonstige verbrieftete Schuldtitel, die – vereinfacht gesagt – auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden können, und solche üblicherweise gehandelten Titel, die zum Erwerb von Wertpapieren berechtigen (Derivate).

Finanzsicherheiten können insbesondere durch Abtretung, Sicherungsübereignung oder durch Verpfändung von Guthaben oder Wertpapieren bestellt werden. Werden im Interbankenverkehr Finanzsicherheiten gegeben, so muss die Bestellung *schriftlich nachweisbar* sein.¹²⁸ Finanzsicherheiten können aufgrund einer *Vereinbarung frei* und *ohne Androhung oder Exekutionstitel verwertet* werden. Es kann auch, anders als nach dem Verbot der Verfallsklausel nach § 1371 ABGB, vereinbart werden, dass die *Bank sich die Finanzsicherheit* bei Kreditausfall *aneignen* kann. Mit Finanzsicherheiten können Verbindlichkeiten gesichert werden, die ein Recht auf Barzahlung oder Lieferung von Finanzinstrumenten begründen. Es können daher auch Verbindlichkeiten aus Swap-Geschäften und derivativen Verträgen auf diese Weise besichert werden.¹²⁹ Bei Wertpapierpensionsgeschäften und der Wertpapierleihe gelangen die Bestimmungen des FinSG ebenfalls zur Anwendung (siehe Kapitel Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung).

¹²³ 2002/47/EG, ABl L 168 vom 27. 6. 2002, S 43.

¹²⁴ § 2 FinSG.

¹²⁵ Kieper, ZInsO 2003, 1111.

¹²⁶ Sog. opt-out-Klausel; Art 1 Abs 3 der RL 2002/47/EG über Finanzsicherheiten.

¹²⁷ § 3 Abs 1 Z 1–4 FinSG.

¹²⁸ § 4 Abs 1 FinSG. Diesem Schriftlichkeitserfordernis ist auch durch elektronische Aufzeichnung Genüge getan: § 3 Abs 2 FinSG.

¹²⁹ § 3 Abs 1 Z 6 FinSG.

Eine weitere Besonderheit ergibt sich aus § 7 FinSG, wonach bei entsprechender Vereinbarung der Sicherungsnehmer die *Finanzsicherheit auch vor Fälligkeit weiterveräußern* darf. Erst bei Fälligkeit der besicherten Forderung muss die Bank anstelle der ursprünglichen Sicherheit eine wertmäßig gleichwertige Sicherheit derselben Art bereitstellen. Je nach Sicherungsabrede kann die Bank bei Fälligkeit die Sicherheit gegen die Forderung aufrechnen oder die Sicherheit zurückstellen. Das FinSG legt auch fest, dass im *Konkurs* des Kreditnehmers die *Finanzsicherheit mit der besicherten Forderung aufgerechnet* werden kann.

Kapitel 4: Die Hypothek

I. Einleitung

In der folgenden Darstellung soll beschrieben werden, wie ein Pfandrecht an einer Liegenschaft begründet wird und welche Formen von Hypotheken es gibt. Auf die Besonderheiten des Grundbuches ist ebenso einzugehen wie auf die vom Pfandrecht an der Liegenschaft umfassten Gegenstände und ausgewählte Probleme des Hypothekenrechts. Besondere Beachtung findet die Verwertung der Hypothek, die gerade im Hinblick auf Basel II von entscheidender Bedeutung ist. Schließlich werden die zwei mit der Liegenschaftshypothek in engem Zusammenhang stehenden Formen des Bauens auf fremdem Grund, das Superädifikat und das Baurecht, skizziert.

II. Allgemeines

A. Wesen

Immobilien erfreuen sich als Kreditsicherheiten großer Beliebtheit, da die ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse prinzipiell aus dem Grundbuch leicht ersichtlich sind. Ein dingliches Pfandrecht an Liegenschaften wird als Hypothek bezeichnet. Für Hypotheken gelten die allgemeinen Pfandrechtsbestimmungen des ABGB, sofern nicht aufgrund ihrer besonderen Beschaffenheit Abweichendes bestimmt ist. Zur Begründung einer Hypothek sind daher *Titel* und *Modus* erforderlich.

Als Titel kommen *Vertrag*, *letztwillige Verfügung*, *richterliche Anordnung* oder das *Gesetz* in Betracht.¹³⁰

Der Modus wird bei unbeweglichen Sachen regelmäßig¹³¹ durch die *Eintragung in das Grundbuch* gesetzt. Das Grundbuchgericht verlangt für diese Eintragung, zusätzlich zum Pfandbestellungsvertrag, auch den Nachweis des Bestehens oder künftigen Entstehens der zu sichernden Forderung.¹³² Die Eintragung in das Lastenblatt des Grundbuchs wird in der Regel (anderes gilt für die Höchstbetragshypothek) nur für eine *ziffernmäßig bestimmte Geldforderung* vorgenommen. Im Gegensatz zum für bewegliche Pfandsachen geltenden Faustpfandprinzip gehen die Liegenschaft und deren Benützungsbefugnis nicht über, sondern bleiben weiterhin beim Eigentümer.

B. Formen

1. Festbetragshypothek

Die Festbetragshypothek ist eine Hypothek, die zur Sicherung einer betraglich genau festgesetzten Forderung ins Grundbuch eingetragen wird.¹³³ Die Liegenschaft haftet über den eingetragenen Betrag hinaus für Nebengebühren sowie

¹³⁰ Feil, Österreichisches Hypothekarrecht² 14.

¹³¹ Der Modus für die Begründung eines Pfandrechtes an sog. Superädifikaten (die allerdings als bewegliche Sachen gelten) oder an in der Praxis heute seltenen, nicht verbücherten Liegenschaften, ist die Urkundenhinterlegung. Koziol/Welser I¹² 324.

¹³² Koziol/Welser I¹² 342.

¹³³ § 14 Abs 1 GBG.

Zinsen, sofern diese eingetragen wurden, sowie prinzipiell auch für Prozess- und Exekutionskosten.

2. Höchstbetragshypothek

Der Grundsatz, wonach Hypotheken nur für betraglich bestimmte Forderungen eingeräumt werden können, wird bei der Höchstbetragshypothek durchbrochen. Soll ein Grundverhältnis, etwa ein Kreditvertrag, pfandrechtl. sichergestellt werden, kann im Grundbuch eine Hypothek eingetragen werden, die der Höhe nach beschränkt ist. Dabei ist bereits in der Pfandbestellungsurkunde der Höchstbetrag anzugeben.¹³⁴

3. Simultanhypothek

Durch eine *Simultanhypothek* wird ein und dieselbe Forderung durch ein Gesamt-Pfandrecht auf mehreren Liegenschaften besichert. Die Haftung ist daher ungeteilt, weshalb die durch Simultanhypothek besicherte Bank berechtigt ist, die Begleichung ihrer Forderung durch die Verwertung jeder einzelnen Liegenschaft zu fordern.¹³⁵

Eine Grundbucheinlage ist bei der Simultanhypothek die *Haupteinlage*, die anderen *Nebeneinlagen*. Fehlt eine ausdrückliche Bezeichnung im Gesuch, ist die Erstgenannte die Haupteinlage. Die jeweiligen Einlagen nehmen mittels Anmerkung aufeinander Bezug, sodass das Bestehen der Simultanhypothek erkennbar ist.¹³⁶

4. Forderungsentkleidete Eigentümerhypothek

Da das Pfandrecht an einer Liegenschaft formell nicht bereits durch die Tilgung der Forderung, sondern erst durch die Löschung im Grundbuch erlischt, entsteht bis dahin eine sog. *forderungsentkleidete Eigentümerhypothek*. Der Liegenschaftseigentümer kann dabei unter bestimmten noch zu erläuternden Voraussetzungen zwischen Tilgung der Forderung und Löschung der Hypothek oder Verwendung dieser Hypothek zur vorrangigen Sicherung einer neuen Forderung wählen.¹³⁷

5. Afterhypothek

Afterpfandrecht bedeutet die (Weiter-)*Verpfändung eines Pfandrechtes*. Das ABGB lässt dies auch bei Hypotheken ausdrücklich zu, wodurch sich die Bank eine einem anderen eingeräumte Hypothek verpfänden lassen kann.¹³⁸ Die Afterverpfändung findet durch Eintragung in das *Grundbuch* statt. Sie muss weder zwingend gemeinsam mit der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung übertragen werden (strittig), noch an der ganzen Forderung begründet werden.¹³⁹

¹³⁴ § 14 Abs 2 GBG.

¹³⁵ *Hinteregger* in *Schwimann*, ABGB² § 451 Rz 21.

¹³⁶ § 105 GBG.

¹³⁷ *Kurzbauer*, Die Höchstbetragshypothek 11.

¹³⁸ §§ 454f ABGB.

¹³⁹ § 13 Abs 2 GBG.

Beispiel 1: Die Bank A sichert einen von ihr vergebenen Kredit durch eine Hypothek. Bank A verpfändet nun ihrerseits dieses hypothekarische Pfandrecht dem Kreditinstitut B. B erhält dadurch ein Afterpfandrecht an der Hypothek.

Die Afterverpfändung bedarf *nicht der Zustimmung* des Pfandbestellers, doch ist ihm die Bank, die ihr Pfandrecht weiterverpfändet, für alle ihm dadurch entstehenden Schäden verantwortlich. Wie bei der Zession kann der Pfandbesteller mangels Benachrichtigung von der Afterverpfändung mit schuldbefreiender Wirkung an seine Gläubigerbank leisten.¹⁴⁰

Will der Afterpfandhypothekar die Hypothek verwerten, so geht er mit *zweifacher Klage und zweifacher Exekution* vor. Er klagt seinen Schuldner und führt aufgrund des ergangenen Urteils Exekution auf die pfandgesicherte Forderung seines Schuldners gegen den Pfandbesteller (Drittschuldner). Zahlt der Drittschuldner nicht freiwillig, so strengt der Afterpfandhypothekar eine Drittschuldnerklage an. Auf Grundlage des daraufhin ergehenden Urteils kann er sodann die Liegenschaft verwerten.¹⁴¹

6. Schiffshypothek

Obwohl bewegliche Sachen in der Regel, dem Faustpfandprinzip entsprechend, zur Pfandrechtsbegründung übergeben werden müssen, ist dieser Grundsatz in bestimmten Fällen durchbrochen. Der Pfandrechtserwerb an einem Schiff erfolgt gemäß den Regeln über den Erwerb dinglicher Rechte durch Zeichen¹⁴² mittels Registereintrag.¹⁴³ Aufgrund der Eintragung in ein Register wird ein Pfandrecht an Schiffen auch Schiffshypothek genannt. Auch sonst sind viele Parallelen zu herkömmlichen Hypotheken (iSv Pfandrechten an Liegenschaften) festzustellen. Aufgrund der Qualifikation von Schiffen als bewegliche Sachen ist jedoch ein analoges Heranziehen der im GBG enthaltenen Prinzipien nicht ohne weiteres möglich.

Neben dem Pfandbestellungsvertrag, der Einigung darüber, dass eine Forderung durch eine Schiffshypothek gesichert werden soll, ist die Eintragung im *Binnenschiffsregister* als Modus erforderlich. Schiffshypotheken können auch als *Höchstbetragshypotheken*¹⁴⁴ oder *Simultanhypotheken*, also an mehreren Schiffen, eingetragen werden. Eine Schiffshypothek kann auch an einem erst in Bau befindlichen *Schiff* begründet werden und erstreckt sich neben dem Schiffszubehör auch auf die *Versicherungsforderungen* des Schiffseigentümers.¹⁴⁵

7. Einverleibungsfähige Pfandbestellungsurkunde (EPU)

In der *Praxis* ist es durchaus üblich, dass sich die Bank bei ihren Kunden mit der Übergabe einer gerichtlich oder notariell beglaubigten sowie unterfertigten (*einverleibungsfähigen*) *Pfandbestellungsurkunde* gemeinsam mit einem aktuellen Grundbuchsauszug begnügt. Zusätzlich wird in der Regel ein (allerdings nur obligatorisch wirkendes) Belastungs- und Veräußerungsverbot vereinbart. Über-

¹⁴⁰ Siehe ausführlicher im Kapitel über die Zession.

¹⁴¹ *Koziol/Welser* I¹² 344.

¹⁴² § 427 ABGB.

¹⁴³ *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB² § 451 Rz 9.

¹⁴⁴ § 75 Abs 1 Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken.

¹⁴⁵ *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB² § 457 Rz 17, § 32 Abs 1 Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken.

dies wird die Bank dazu *berechtigt, jederzeit die Eintragung* einer Hypothek in das Grundbuch fordern zu können.¹⁴⁶ Dies hat für den Kreditnehmer den Vorteil, dass Eintragungsgebühren gespart werden. Die „Besicherung“ durch eine einverleibungsfähige Pfandbestellungsurkunde birgt jedoch ein großes Risiko für die Bank. Da das Pfandrecht mangels Modus (Eintragung ins Grundbuch) nicht wirksam zustande gekommen ist, ist die Pfandbestellungsurkunde im Fall eines Konkurses des Kreditnehmers für die Bank praktisch wertlos. Die Bank hat daher im Konkurs keine bevorzugte Stellung aufgrund eines Absonderungsrechtes, sondern muss sich als (gewöhnlicher) Konkursgläubiger am Konkursverfahren beteiligen. Andererseits birgt eine kurz vor Konkursöffnung vorgenommene Eintragung der Hypothek die Gefahr der Anfechtung durch andere Gläubiger.

Eine weitere beliebte Variante zur Kreditsicherung im Zusammenhang mit Hypotheken, besonders für Kredite mit kurzer Laufzeit, besteht für die Bank darin, eine grundbücherliche *Anmerkung* der Rangordnung über die beabsichtigte Verpfändung vorzunehmen und sich in Verbindung damit eine *einverleibungsfähige Pfandbestellungsurkunde* sowie den (einigen) *Rangordnungsbeschluss* und einen aktuellen *Grundbuchsauszug* übergeben zu lassen. Das Kreditinstitut kann dann sein Pfandrecht innerhalb eines Jahres jederzeit im angemerkten Rang eintragen lassen.¹⁴⁷ Diese Sicherungsart bietet für die Bank während der Gültigkeit der Rangordnung mehr Sicherheit als die bloße Innehabung einer einverleibungsfähigen Pfandbestellungsurkunde, besonders im Konkursfall, da aufgrund der Anmerkung auch dann noch eine Einverleibung des Pfandrechts erfolgen kann.¹⁴⁸

Der im Rang Angemerkte wird allerdings nicht wie ein dinglich Berechtigter von der Konkursöffnung verständigt.¹⁴⁹

III. Das Grundbuch

A. Allgemeines

Das Grundbuch ist ein von den Gerichten geführtes *öffentliches Buch*, in dem die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften vermerkt sind. Jedermann darf prinzipiell auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der im Grundbuch enthaltenen Eintragungen vertrauen. Das Grundbuch besteht aus Hauptbuch und Urkundensammlung. Im *Hauptbuch* findet sich für jede Liegenschaft eine Grundbucheinlage, die ihrerseits aus 3 Teilen besteht. Das *A-Blatt (Gutsbestandsblatt)* enthält neben der Bezeichnung der Liegenschaft etwa auch die Anmerkung, dass sich eine auf dem Grundstück befindliche Maschine nicht im Eigentum des Eigentümers befindet.¹⁵⁰ Das *B-Blatt (Eigentumsblatt)* nennt den Eigentümer der Liegenschaft und enthält Eintragungen über Eigentumsübertragungen. Im *C-Blatt (Lastenblatt)* sind unter anderem die auf der Liegenschaft lastenden dinglichen Rechte eingetragen. Die *Urkundensammlung* enthält die Abschriften der Urkunden, die Grundlage für die Eintragung waren.¹⁵¹

¹⁴⁶ Marek, NZ 1993, 57ff.

¹⁴⁷ Marek, NZ 1993, 57ff.

¹⁴⁸ § 56 Abs 2 GBG.

¹⁴⁹ Breinl in Burgstaller/Deixler-Hübner, Exekutionsordnung Kommentar, § 171 EO Rz 8.

¹⁵⁰ § 297a ABGB.

¹⁵¹ Koziol/Welser I² 316f.

B. Arten der Eintragung

Im Grundbuch sind drei Arten von Eintragungen möglich: Einverleibungen, Vormerkungen und Anmerkungen.¹⁵²

Durch *Einverleibung* werden Rechte unbedingt erworben oder gelöscht. In Bezug auf Hypotheken wird ein Pfandrecht an der Liegenschaft einverleibt bzw. gelöscht.

Die *Vormerkung* dient dem bedingten Rechtserwerb oder Rechtsverlust. Wird die für den unbedingten Erwerb oder Verlust noch fehlende Rechtfertigung (z. B. Beglaubigung der Urkunde) erbracht, wird aus der bedingten Vormerkung eine unbedingte Einverleibung. In der Zwischenzeit sichert sich das vorgemerkte Kreditinstitut seinen Rang, wodurch es verhindert, dass Dritte die Bank beeinträchtigende Rechte an der Liegenschaft erwerben.¹⁵³

Anmerkungen machen rechtserhebliche Umstände ersichtlich, wobei zwei Arten der Anmerkung zu unterscheiden sind: Die eine Art der Anmerkung betrifft persönliche Verhältnisse, beispielsweise die Anmerkung der Konkursöffnung, und bewirkt, dass sich niemand auf deren Unkenntnis berufen kann. Die andere Art löst besondere Rechtswirkungen aus. Hierzu zählt insbesondere die Anmerkung der Streitanhängigkeit oder jene der Rangordnung.¹⁵⁴

C. Prinzipien des Grundbuches

Im Grundbuchsrecht existieren einige Grundprinzipien, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

1. Der Öffentlichkeitsgrundsatz

Nach dem Öffentlichkeitsgrundsatz ist die Einsicht in das Grundbuch jedermann gestattet.¹⁵⁵ Die Bank kann sich somit über die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften informieren. Es wird vorausgesetzt, dass sie dies auch tut und tatsächlich bescheid weiß.

2. Der Eintragungs- oder Intabulationsgrundsatz

Der Eintragungsgrundsatz ordnet an, dass die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung der bürgerlichen Rechte nur durch eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen kann.¹⁵⁶ Die Eintragung in das Grundbuch stellt, wie bereits erwähnt, den Modus für den Erwerb von Rechten an Liegenschaften dar.

Von diesem Prinzip gibt es jedoch Ausnahmen, die für eine hypothekarisch besicherte Bank erhebliche Auswirkungen haben können. Der Eintragungsgrundsatz ist z. B. im Falle der Ersitzung einer Liegenschaft ebenso durchbrochen wie im Erbschaftsrecht, wo der Erbe bereits mit Einantwortung¹⁵⁷ Eigentum erwirbt. Bezahlt ein Bürge oder auch ein nicht persönlich haftender Dritter eine Forderung des Hauptschuldners, so gehen auf ihn durch Legal- oder not-

¹⁵² § 8 GBG.

¹⁵³ Koziol/Welser I¹² 321.

¹⁵⁴ Koziol/Welser I¹² 321ff.

¹⁵⁵ § 7 GBG.

¹⁵⁶ § 4 GBG.

¹⁵⁷ Einantwortung bezeichnet die Übergabe des Nachlasses in den Besitz des Erben. § 797 ABGB.

wendige Zession die Pfandsachen (z. B. Hypotheken) auch ohne Eintragung in das Grundbuch über.¹⁵⁸

3. Der Vertrauensgrundsatz

Der Vertrauensgrundsatz schützt den durch das Grundbuch entstehenden äußeren Anschein. Prinzipiell darf jedermann auf den Grundbuchstand vertrauen. Weicht dieser aber von der tatsächlichen Rechtslage ab und vertraut der redliche Erwerber eines dinglichen Rechts auf den Buchstand, so kommt unter Umständen ein gutgläubiger Erwerb in Betracht. Den gutgläubigen Erwerb lässt der OGH¹⁵⁹ jedoch – in Anlehnung an den für bewegliche Sachen geltenden § 367 ABGB – nur im Falle der Entgeltlichkeit zu.

Die *positive Seite des Vertrauensgrundsatzes* besagt, dass die Bank auf das *vertrauen darf, was im Grundbuch steht*. Wurde dem gutgläubigen Kreditinstitut von einem im Grundbuch zu Unrecht Eingetragenen ein Pfandrecht eingeräumt, so erwirbt sie das Pfandrecht. Der tatsächliche, nicht eingetragene Eigentümer der Liegenschaft kann diesen gutgläubigen Pfandrechtserwerb der Bank nur verhindern, indem er innerhalb der Rekursfrist eine Streitanmerkung vornimmt und binnen 60 Tagen nach Ablauf der Rekursfrist Löschungsklage erhebt. Ist allerdings der tatsächliche Eigentümer aufgrund eines Verfahrensfehlers von der unrechtmäßigen Eintragung nicht verständigt worden, so hat er ab Einbringen des Eintragungsantrages des unrechtmäßigen Eigentümers eine Frist von 3 Jahren, um seine Klage gegen die gutgläubige Bank zu erheben. Danach kann der Bank ihr Recht nicht mehr streitig gemacht werden.¹⁶⁰

Die *negative Seite des Vertrauensgrundsatzes* bedeutet, dass Rechtstatsachen, die im Grundbuch *nicht eingetragen sind, auch nicht gelten und die Bank auf das Schweigen des Grundbuches vertrauen darf*.

Beispiel 2: Hat etwa ein Dritter unbelastetes Eigentum an einer Liegenschaft ersonnen, aber dieses noch nicht eingetragen, und verpfändet der noch Eingetragene der Bank das Grundstück, so erwirbt diese wirksam eine Hypothek an der Liegenschaft.

Voraussetzung für den wirksamen Erwerb dinglicher Rechte ist allerdings, dass die Bank gutgläubig ist. Sie darf auf das Hauptbuch des Grundbuches vertrauen, hat aber allenfalls weitergehende Nachforschungen, etwa durch Einsichtnahme in die Urkundensammlung des Grundbuches, zu betreiben, falls sie Verdacht schöpfen muss. *Leichte Fahrlässigkeit*, also die Außerachtlassung der gehörigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt, *kann der Bank* bereits schaden.

4. Das Rangprinzip

Es ist zulässig und üblich, an einer Liegenschaft mehreren Gläubigern Pfandrechte einzuräumen. Die Pfandgläubiger werden dann *nach ihrem Rang befriedigt*, der sich nach dem Zeitpunkt des Einlangens ihrer Grundbuchsgesuche bei Gericht bestimmt. Sind die Gesuche zeitgleich (dh am gleichen Tag) eingelangt, stehen die Pfandrechte auch im selben Rang.¹⁶¹

¹⁵⁸ §§ 1358, 1422 ABGB.

¹⁵⁹ OGH 18.02.2003, 4 Ob 189/02a.

¹⁶⁰ §§ 61 ff GBG.

¹⁶¹ § 29 GBG.

Durch Vereinbarung zwischen vorrangigem und nachrangigem Gläubiger sowie dem Liegenschaftseigentümer kann durch die grundbücherliche Eintragung einer *Vorrangseinräumung* der Rang geändert werden. Folgen der Vorrückende und der Vorrang Gewährende im Rang nicht unmittelbar aufeinander, so ist auch die Zustimmung aller dazwischen gereihten Gläubiger erforderlich. Bleibt diese Zustimmung aus, so kann der Vorrückende sein Recht nur höchstens bis zur Höhe des Rechtes des nun Zurücktretenden sichern.¹⁶²

Beispiel 3: Gläubiger A ist mit einer Hypothek von Euro 20.000,- im 1. Rang, die Bank B mit ihrer Hypothek von Euro 50.000,- im 4. Rang. Die dazwischen liegenden Hypothekargläubiger versagen ihre Zustimmung. Bank B kann nur mit Euro 20.000,- in den ersten Rang eintreten. Das vortretende Recht der Bank B geht mit Euro 30.000,- auch im 4. Rang mangels anderer Vereinbarung der zurücktretenden Forderung vor.¹⁶³

Ist eine hypothekarisch gesicherte Forderung getilgt und wird sie aus dem Grundbuch gelöscht, gilt prinzipiell, dass die ihr nachrangigen Hypotheken *vorrücken*.

Der Liegenschaftseigentümer kann sich allerdings den attraktiven vorderen Pfandrang vorbehalten, um ihn einem anderen Gläubiger einzuräumen (*forderungsentkleidete Eigentümerhypothek*). Dieses Befugnis hat der Eigentümer nur, sofern er sich dieses Verfügungsrecht *vertraglich* mit den Nachgläubigern vorbehalten und im Grundbuch *angemerkt* hat (sog. Anmerkung des vorbehaltenen Verfügungsrechts).¹⁶⁴ Nach alter Rechtslage, die auch heute noch für Anmerkungen gilt, die vor dem 1. 1. 1998 beantragt wurden, konnte der Liegenschaftseigentümer hingegen über den freigewordenen Pfandrang frei verfügen, es sei denn, er hatte sich gegenüber einem anderen Buchberechtigten zur Löschung verpflichtet und dies im Grundbuch angemerkt.¹⁶⁵ Diese früher durchaus gebräuchliche Eintragung einer Lösungsverpflichtung zugunsten eines bestimmten Gläubigers im C-Blatt ist nicht (mehr) möglich.

Findet die Verwertung der Liegenschaft, an der eine forderungsentkleidete Eigentümerhypothek besteht, statt, so partizipiert der Eigentümer nicht am Versteigerungserlös. Wird der Pfandrang nachbesetzt, so kann der im Rang nachstehenden Bank ein Nachteil entstehen, da der mit seiner Forderung im vorderen Pfandrang eingetragene Gläubiger im Gegensatz zum Liegenschaftseigentümer sehr wohl am Versteigerungserlös mitzehrt.

Ein nachrangiger Hypothekargläubiger hat außerdem das Recht, die Forderung des vorrangigen Gläubigers zu befriedigen. Er tritt dadurch in dessen Forderungsrecht und Pfandrang ein. Dieses Recht ist insbesondere dann vorteilhaft, wenn die nachrangige Bank befürchtet, dass ihre Befriedigung aus dem Versteigerungserlös bei einer Verwertung zum Zeitpunkt des Verwertungsbegehrens des vorrangigen Gläubigers nicht voll gewährleistet ist und sie daher die Verwertung zu einem anderen Zeitpunkt für vorteilhafter hält. Dieses *Einlösungsrecht* steht aber auch einem vorrangigen Gläubiger zu, der befürchtet,

¹⁶² § 30 GBG.

¹⁶³ *Koziol/Welser* I¹² 330.

¹⁶⁴ § 469a S 2 ABGB.

¹⁶⁵ *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB² § 469a Rz 2.

dass die Verwertung seiner dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypothek seine Forderung nicht zu decken vermag.¹⁶⁶

5. Das Spezialitätsprinzip

Das Spezialitätsprinzip gebietet, dass die Bank nie eine Hypothek an sämtlichen Liegenschaften einer Person schlechthin (Generalhypothek), sondern immer nur an genau bestimmten Grundbuchskörpern begründen kann.¹⁶⁷ Überdies kann eine Hypothek prinzipiell nur für eine bestimmte Summe eingeräumt werden.

IV. Einzelne Probleme

A. Umfang des Pfandrechtes

Die einverleibte Hypothek umfasst oft nicht nur die Liegenschaft selbst, sondern auch Sachen, die mit dem Grundstück in gewisser Weise verbunden sind. Diese sollen im Folgenden erläutert werden.

1. Unselbständige Bestandteile

Unselbständige Bestandteile, das sind solche, die sich mit wirtschaftlich vernünftigem Aufwand nicht von der Sache trennen lassen, sind vom *Pfandrecht* an der Liegenschaft mit umfasst. Sie sind *sonderrechtsunfähig*.¹⁶⁸

Unselbständige Bestandteile: Bäume auf einer Liegenschaft, ein in fester Bauweise errichtetes Haus, eine Maschine nur ausnahmsweise, sofern die Trennung von der Liegenschaft technisch oder wirtschaftlich unmöglich ist;

Selbst wenn unbewegliche Bestandteile erst nach der Verpfändung mit der Liegenschaft verbunden werden, sind sie vom Pfandrecht automatisch umfasst.¹⁶⁹

2. Selbständige Bestandteile und Zubehör

Selbständige Bestandteile können tatsächlich und mit wirtschaftlich vernünftigem Aufwand von der Liegenschaft *getrennt werden*.

Zubehörstücke sind zwar nicht Teile der Hauptsache, doch dieser zugeordnet. Sie *dienen dem Gebrauch der Hauptsache*.¹⁷⁰

Da die rechtlichen Konsequenzen beider Kategorien dieselben sind, dient die Zuordnung zur einen oder anderen Kategorie lediglich der akademischen Genauigkeit. Selbständige Bestandteile und Zubehörstücke gelten, soweit nichts anderes vereinbart ist, als *mitverpfändet*, doch *erlischt das Pfandrecht an ihnen durch Trennung* von der Liegenschaft. Dadurch hat der Eigentümer der Liegenschaft die Freiheit, über diese Sachen zu verfügen, und sie dem Zugriff der Bank zu entziehen. Diese Freiheit endet allerdings mit Einleitung der Zwangsverwaltung bzw. durch die Beschreibung im Schätzungsprotokoll im Versteigerungsverfahren. Zu beachten ist jedoch, dass die hypothekarisch besicherte Bank

¹⁶⁶ Kletecka, Hypothekenrecht in Kletecka/Rechberger 16.

¹⁶⁷ Koziol/Welser I² 330f.

¹⁶⁸ Klicka in Schwimann, ABGB² § 294 Rz 3.

¹⁶⁹ Feil, Österreichisches Hypothekarrecht² 231.

¹⁷⁰ Koziol/Welser I² 222.

unter Umständen einen *Ersatzanspruch* gegen den Eigentümer der Liegenschaft hat, wenn dieser durch ein den Regeln ordentlicher Wirtschaftsführung widersprechendes Verhalten den Wert der Pfandsache¹⁷¹ mindert.¹⁷² Die Bank ist dann berechtigt, ein anderes angemessenes Pfand oder eine *Ergänzung des Pfandes* zu fordern¹⁷³. Entscheidend für die Frage, welche selbständigen Bestandteile und Zubehörstücke vom Pfandrecht erfasst sind, ist im Zweifel der Zeitpunkt der Geltendmachung des Pfandrechtes durch das Kreditinstitut (und nicht bereits jener der Verpfändung).¹⁷⁴ Durch Vereinbarung zwischen der Bank und dem Liegenschaftseigentümer kann festgelegt werden, ob erst nach Eintragung hinzukommendes Zubehör oder selbständige Bestandteile vom Pfandrecht umfasst sind.¹⁷⁵

Beispiele für selbständige Bestandteile: Heizkessel für die Zentralheizung; eine Wohnungstür in Mietwohnungen; ein vom Restaurator abnehmbares Wandgemälde;

Beispiele für Zubehör: Bilder und Perserteppiche in einer Fremdenpension; Traktor eines landwirtschaftlichen Unternehmens; der Hund zum Lagerplatz, sofern er zur Bewachung dient und ein Zwinger vorhanden ist; ob Möbel und Einrichtungsgegenstände als Zubehör einer Liegenschaft anzusehen sind, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen.¹⁷⁶

Es ist also auf die Umstände des Einzelfalles Bedacht zu nehmen. Entscheidend ist in erster Linie die Pfandabrede zwischen der Bank und dem Pfandbesteller. Sekundär oder wenn eine Vereinbarung fehlt, wird man darauf abstellen müssen, was typischerweise mitverpfändet wird.

3. Maschinen

Besonderes gilt für Maschinen, das sind nach gesetzlicher Definition „selbständige, menschliche oder tierische Arbeitskraft sparende Geräte“.¹⁷⁷ Maschinen, die in Verbindung mit unbeweglichen Sachen rechtlich immer als *Zubehör* gelten, werfen in der Praxis für Kreditinstitute erhebliche Probleme auf. Lässt sich die Bank eine Hypothek einräumen, kann es einen gewichtigen Unterschied machen, ob Maschinen vom Pfandrecht an der Liegenschaft umfasst sind oder nicht. Der Kreditgeber und Hypothekargläubiger muss davon ausgehen, dass die Maschine nicht von seinem Liegenschaftspfandrecht erfasst ist, sofern im Grundbuch das (vorbehaltene) Eigentum eines anderen angemerkt ist.¹⁷⁸ Ist das vorbehaltene Eigentum an der Maschine nicht im Grundbuch eingetragen, so kann die Bank unter den Voraussetzungen des § 456 ABGB unter Umständen gutgläubig ein Pfandrecht an der Maschine erwerben.

Findet sich keine *Anmerkung*, weiß aber die Bank, dass der Liegenschaftseigentümer nicht zugleich Eigentümer der Maschine ist, so gilt die Maschine ebenfalls als nicht verpfändet.¹⁷⁹

¹⁷¹ Entscheidend ist der Wert im Zeitpunkt der Pfandbestellung.

¹⁷² Hofmann in Rummel, ABGB³ § 458 Rz 2.

¹⁷³ § 458 ABGB.

¹⁷⁴ Hinteregger in Schwimann, ABGB² § 457 Rz 7.

¹⁷⁵ Kletecka, Hypothekenrecht in Kletecka/Rechberger 8.

¹⁷⁶ Klicka in Schwimann, ABGB³ § 294 Rz 8, 19.

¹⁷⁷ Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 297a Rz 2.

¹⁷⁸ § 297a ABGB.

¹⁷⁹ Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 297a Rz 4.

4. Superädifikate

Superädifikate sind Bauwerke, die auf fremdem Grund in der *Absicht* errichtet sind, dass sie *nicht stets darauf bleiben* sollen.¹⁸⁰ Sie gelten ungeachtet der Bauweise als beweglich und sind kein unselbständiger Bestandteil der Liegenschaft.¹⁸¹ Sie werden auch nicht im Grundbuch eingetragen. Jedoch ist ihre Ersichtlichmachung durch Hinterlegung der Urkunde nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz (UHG) möglich. Ein Pfandrecht am Grundstück erstreckt sich daher nicht auch auf das Superädifikat. Rechte an Superädifikaten werden durch den Modus der *Urkundenhinterlegung* übertragen. Zu den dafür geltenden Besonderheiten siehe weiter unten.

B. Besonderheiten der Höchstbetragshypothek

Die Besonderheit der Höchstbetragshypothek liegt in ihrem Abweichen vom Spezialitätsprinzip, nach dem sich der Gläubiger grundsätzlich für seine ziffernmäßig bestimmte Forderung eine *Festbetragshypothek* in das Grundbuch eintragen lässt.¹⁸²

Bei der Höchstbetragshypothek hingegen, die § 14 Abs 2 GBG regelt, wird ein Pfandrecht an der Liegenschaft gewährt, doch mangels Feststehens eines „ziffernmäßig bestimmten“ Betrages der zu sichernden Forderung ein Höchstbetrag eingetragen.¹⁸³ Die Eintragung von Höchstbeträgen ist über die in § 14 Abs 2 GBG angeführten Fälle hinaus für (zukünftige¹⁸⁴) Forderungen zulässig, solange neben der Person des Berechtigten und des Schuldners auch der genau umrissene Rechtsgrund, aus dem die Forderung entstehen könnte, feststeht.¹⁸⁵ Der Abschluss eines Kreditvertrages, eines Rahmenkreditvertrages oder einer Kreditzusage in Verbindung mit einem Pfandbestellungsvertrag und der Vereinbarung eines dinglichen Deckungsverhältnisses erfüllt das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit.¹⁸⁶

Die Höchstbetragshypothek erlischt nicht schon mit der gänzlichen Tilgung des aktuellen Kredits, sondern *erst mit Beendigung des zugrunde liegenden Grundverhältnisses*. Dies wird insbesondere bei Kontokorrentkreditverträgen ausgenützt. Aus der Eintragung der Höchstbetragshypothek allein ist nicht ersichtlich, inwieweit die bis zum Höchstbetrag gesicherte Forderung im Grundverhältnis tatsächlich besteht.¹⁸⁷

Das belastete Grundstück haftet für die ausstehende Forderung *höchstens bis zum eingetragenen Betrag*, der keinesfalls (etwa durch Nebengebühren) überschritten werden kann. Dies allerdings nur dann, wenn die Forderungen auch wirklich entstanden sind und bestehen.¹⁸⁸ Bei der (gewöhnlichen) Festbetragshypothek ist im Gegensatz zur Höchstbetragshypothek eine Überschreitung des

¹⁸⁰ § 435 ABGB.

¹⁸¹ *Koziol/Welser* I² 224.

¹⁸² § 14 Abs 1 GBG.

¹⁸³ *Kurzbauer*, Die Höchstbetragshypothek, 13f.

¹⁸⁴ Die Höchstbetragshypothek ist vorrangig zur Sicherung von erst in Zukunft entstehenden Forderungen konzipiert. *Kurzbauer*, Die Höchstbetragshypothek, 93.

¹⁸⁵ OGH 10. 07. 1996, 3 Ob 34/94, ÖZW 1997, 18ff. Durch diese Entscheidung ging der OGH von seiner lange vertretenen Annahme einer taxativen Aufzählung im § 14 Abs 2 GBG ab.

¹⁸⁶ *Harrer*, Sicherungsrechte 70.

¹⁸⁷ *Koziol/Welser* I² 356.

¹⁸⁸ *Feil*, Österreichisches Hypothekarrecht² 162.

eingetragenen Betrages um die weniger als 3 Jahre rückständigen Zinsen und bestimmte Kosten möglich.¹⁸⁹

Die Rechtsprechung nimmt an¹⁹⁰, dass Höchstbetragshypotheken zumeist nicht für eine einzelne Forderung, sondern zur Besicherung eines vom Kreditgeber gewährten Kreditrahmens bestellt werden. Soll eine einzelne Forderung aus dem Kreditrahmen übertragen werden, geht die Hypothek mit dieser über, wenn entweder der Dritte den Vertrag des Kreditgebers mit dem Kreditnehmer übernimmt (*Vertragsübernahme*) oder die Höchstbetragshypothek mit der konkret übertragenen Forderung verbunden wird. Die Höchstbetragshypothek nähert sich dadurch einer *Festbetragshypothek*.¹⁹¹ Ob dies ex lege geschieht oder nicht, wird von der Rechtsprechung nicht beantwortet.¹⁹²

C. Die Verwertung der Simultanhypothek

Ist zugunsten der Bank ein *Gesamtpfandrecht* an mehreren Liegenschaften zur Besicherung einer Forderung eingeräumt, spricht man von einer Simultanhypothek. Die Bank kann dann bei gegebenen Voraussetzungen nach freiem Belieben wählen, welche der Liegenschaften verwertet werden sollen (*Prinzip der ungeteilten Pfandhaftung*). Den Nachhypothekaren stehen gegenüber der Bank als Simultanhypothekar keine Ansprüche auf eine bestimmte Vorgehensweise bei der Verwertung der Pfandsache zu.¹⁹³ Diese umfassende Sicherung der Forderung des durch die Simultanhypothek besicherten Gläubigers birgt freilich aus der Sicht der nachrangigen Gläubiger eine erhebliche Unsicherheit. Diese Unsicherheit besteht darin, dass sich der Simultanhypothekargläubiger zur Tilgung seiner Forderung ganz oder doch überwiegend aus jener Liegenschaft befriedigt, an der ein nachrangiges Pfandrecht besteht. § 222 EO, wonach die für die Nachgläubiger bestehende Belastung durch die Befriedigung der Forderung im Ergebnis auf die einzelnen Liegenschaften gleichmäßig zu verteilen ist, mindert diese Unsicherheit. Nimmt z. B. die durch die Simultanhypothek besicherte Bank die Verwertung lediglich einer Liegenschaft vor und beantragt sie die Befriedigung der gesamten Forderung aus dieser Liegenschaft, kann der nachrangige Gläubiger, der nicht befriedigt werden konnte, beantragen, dass ihm eine Ersatzhypothek auf der von der Bank nicht beanspruchten und nun zu löschenden Hypothek eingeräumt werde.¹⁹⁴ Ein Beispiel zur Veranschaulichung:

Beispiel 4: Zugunsten der Bank A ist eine Simultanhypothek an den Liegenschaften L 1 und L 2, jeweils im ersten Rang, eingeräumt, die eine Forderung von Euro 10.000,- besichert. An der Liegenschaft L 1 ist eine Forderung von Euro 8.000,- einer Bank B im zweiten Rang besichert. Zur Bestimmung der Höhe der Ersatzhypothek wird der für die Berechnung diverser Steuern und Gebühren relevante, behördlich festgesetzte Einheitswert verwendet.

Der Einheitswert von L 1 beträgt Euro 2.000,-, jener von L 2 Euro 3.000,-. Bank A verlangt Befriedigung und Zuweisung lediglich aus der Verwertung der ersten Liegenschaft. Der Verwertungserlös von L 1 beträgt Euro 10.000,-.

¹⁸⁹ Kurzbauer, Die Höchstbetragshypothek, 37. § 17 GBG.

¹⁹⁰ OGH 08. 11. 1994, 5 Ob 77/94, JBl 1995, 669.

¹⁹¹ Kundi, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen 150.

¹⁹² OGH 08. 11. 1994, 5 Ob 77/94, JBl 1995, 669, siehe auch Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 5.

¹⁹³ Hoyer, Die Simultanhypothek² 37.

¹⁹⁴ § 222 Abs 4 EO.

Bank B kann die Einräumung einer *Ersatzhypothek* auf L 2 im Verhältnis der Einheitswerte (2:3) verlangen. Bank A soll im Ergebnis zu 3/5 aus L 2 und zu 2/5 aus L 1 befriedigt werden. Wäre das geschehen, wären Bank B Euro 6.000,– zugefallen. Die Einräumung einer Ersatzhypothek für Euro 6.000,– kann Bank B für die L 2 beantragen.

Die Befugnis zur Erlangung einer Ersatzhypothek soll nach der Rechtsprechung des OGH dem nachrangigen Gläubiger versagt sein, wenn die durch eine Simultanhypothek besicherte Bank gemäß ihrer Vereinbarung mit den Liegenschaftseigentümern handelt und etwa nur die Liegenschaft des Hauptschuldners, nicht auch die des Bürgen und Zahlers heranzieht.¹⁹⁵ Ist die durch Simultanhypothek besicherte Forderung getilgt, hat der Schuldner einen Lösungsanspruch und kann eine ungerechtfertigte, neuerliche Inanspruchnahme mittels Einrede gegen die Hypothekarklage abwenden.¹⁹⁶

D. Vorzugspfandrecht

Das Kreditinstitut hat bei der Hypothek – neben den Rängen der anderen Hypothekargläubiger – auch auf eventuell bestehende Vorzugspfandrechte zu achten, die seine Befriedigung aus dem Verwertungserlös beeinträchtigen können. Ein Vorzugspfandrecht sichert dem dadurch Besicherten die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Verwertung der Hypothek. Ein solches besteht z. B. hinsichtlich der öffentlichen Abgaben, bestimmter Lohnforderungen, der rückständigen Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft¹⁹⁷ oder der Kosten der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung.¹⁹⁸

E. Das Erlöschen der Hypothek

Grundsätzlich ist das Bestehen eines Pfandrechts von dem Bestehen der ihm zugrunde liegenden Forderung abhängig (Akzessorietät). Aufgrund des Eintragungsprinzips im Grundbuch erlischt die Hypothek nicht zugleich mit der ihr zugrunde liegenden Forderung, sondern erst mit ihrer Löschung im Grundbuch.

Hat der Schuldner die Forderung der Bank befriedigt, so wird der Eigentümer der Liegenschaft die Löschung der Hypothek aus dem Grundbuch fordern und kann dies notfalls mittels Löschungsklage durchsetzen – es sei denn, er will die Hypothek auf eine andere Forderung übertragen und hat die notwendigen Voraussetzungen erfüllt (forderungsentkleidete Eigentümerhypothek).

Die Hypothek erlischt auch, wenn der Gläubiger darauf *verzichtet*. Erwirbt ein Dritter *gutgläubig lastenfreies Eigentum* an der Liegenschaft, so endet die Hypothek ebenso. Die Hypothek *verjährt* mit der durch sie gesicherten Forderung.

¹⁹⁵ OGH 22. 10. 1986, 1 Ob 634/86, RdW 1987, 195.

¹⁹⁶ Feil, Österreichisches Hypothekarchiv² 205.

¹⁹⁷ § 13c Abs 3 WEG.

¹⁹⁸ Hofmann in Rummel, ABGB³ § 464 Rz 5.

V. Die Verwertung der Hypothek

A. Allgemeines

Wird die Forderung der Bank nicht ordnungsgemäß befriedigt, so kann sie die Verwertung der Hypothek verlangen. Unzulässig ist eine vertragliche Vereinbarung, wonach dem Kreditgläubiger die Pfandsache in diesem Fall „automatisch“ zufällt (Verbot der Verfallsklausel).¹⁹⁹ Zulässig ist hingegen die *erst nach Fälligkeit* der Verbindlichkeit zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer getroffene Abmachung, dass die Liegenschaft der Bank – anstelle der Zahlung der Verbindlichkeit – zufallen soll.²⁰⁰

Die Verwertung der Liegenschaft kann gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen. Diese beiden Formen der Verwertung sollen im Folgenden näher erläutert werden.

B. Die gerichtliche Verwertung der Liegenschaft

1. Allgemeines

Bei der gerichtlichen Verwertung hat die Bank zunächst eine Klage einzubringen. Ist der Eigentümer der Liegenschaft gleichzeitig ihr *Personalschuldner*, der dem Kreditinstitut über die Liegenschaft hinaus mit seinem gesamten Vermögen persönlich haftet, so wird die Bank mittels *Schuldklage* vorgehen. Aufgrund des vollstreckbaren Urteils kann sie dann Exekution in das gesamte Vermögen des Schuldners (einschließlich der Liegenschaft) führen.²⁰¹

Haftet hingegen der Liegenschaftseigentümer nur mit der Liegenschaft, ist er also bloß sachlich beschränkt haftender *Realschuldner*, geht das Kreditinstitut mit einer *Pfandrechtsklage* vor. Durch diese wird dem Schuldner aufgetragen, die Forderung der Bank bei sonstiger Exekution in die Liegenschaft zu tilgen.²⁰²

Das der Schuldklage bzw. der Pfandrechtsklage stattgebende Urteil bildet einen *Exekutionstitel*. Nach der Rechtskraft des Urteils ist für die Exekutionsführung die *Vollstreckbarkeitsklausel* erforderlich, die den Exekutionstitel vollstreckbar macht.²⁰³ Im Anschluss daran ist ein Exekutionsantrag zu stellen, also ein Antrag auf Einleitung eines Exekutionsverfahrens.²⁰⁴ Ist der Antrag zulässig, endet dieses Verfahren mit einem *Bewilligungsbeschluss*. Danach erfolgt die Verwertung der Hypothek. Die Liegenschaft kann gerichtlich auf zwei Arten, nämlich durch Zwangsverwaltung²⁰⁵ oder Zwangsversteigerung²⁰⁶ verwertet werden²⁰⁷, wobei es *der Bank freisteht, die Verwertungsart zu bestimmen*.

Ein weiterer Exekutionstitel, der anstelle eines gerichtlichen Urteils zur Verwertung berechtigt, ist der *vollstreckbare Notariatsakt*. In diesem erklärt der Verpflichtete sein Einverständnis, dass der Notariatsakt sofort vollstreckbar

¹⁹⁹ § 1371 ABGB.

²⁰⁰ Mader in Schwimann, ABGB² § 1372 Rz 4.

²⁰¹ Kletecka, Hypothekenrecht in Kletecka/Rechberger 15.

²⁰² Kletecka, Hypothekenrecht in Kletecka/Rechberger 16.

²⁰³ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht³ 42f.

²⁰⁴ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht³ 45.

²⁰⁵ §§ 97ff EO.

²⁰⁶ §§ 133ff EO.

²⁰⁷ Außerdem ist noch eine zwangsweise Pfandrechtsbegründung (§§ 87ff EO) möglich.

sein soll²⁰⁸, wodurch wegen der Fälligkeit der gesicherten Forderung unmittelbar Exekution auf die Liegenschaft geführt werden kann²⁰⁹ und so *Raschheit* und *Rechtssicherheit* in besonderem Maße gewährleistet sind.²¹⁰

2. Die Zwangsverwaltung

Bei der Zwangsverwaltung soll die *Befriedigung* des Kreditinstitutes *aus den Nutzungen und Einkünften der Liegenschaft* erfolgen. Sie wird im Grundbuch angemerkt und ist die den Schuldner im Vergleich zur Zwangsversteigerung weniger belastende Verwertungsart. Dennoch spielt sie in der Praxis keine allzu große Rolle.

Durch das Gericht wird ein Verwalter bestellt, dem die ordentliche Verwaltung der Liegenschaft obliegt: Er schließt z. B. Mietverträge ab und kündigt sie oder trifft andere, der Bewirtschaftung dienende Maßnahmen. Der Liegenschaftseigentümer kann weiter über die von der Zwangsverwaltung betroffene Liegenschaft verfügen, darf sich aber ohne Zustimmung des Verwalters nicht an dessen Geschäftsführung beteiligen. Verkauft der Eigentümer die Liegenschaft, hat dies auf die Zwangsverwaltung keinen Einfluss.

Ein zweites Zwangsverwaltungsverfahren kann nicht parallel eingeleitet werden, andere Gläubiger können lediglich dem bereits eingeleiteten Verfahren beitreten. Beitretende Gläubiger haben dieselben Rechte wie jener Gläubiger, auf dessen Betreiben die Zwangsverwaltung eingeleitet wurde.²¹¹

Der Rang der betreibenden Bank, nach dem ihre Befriedigung erfolgt, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt des Einlangens des Gesuchs auf Eintragung der Anmerkung oder der Anbringung des *Antrages auf Zwangsverwaltung* beim Buchgericht²¹², sofern nicht einzelnen von mehreren durch Zwangsverwaltung Exekution führenden Gläubigern eines vorher erworbenen Pfandrechts Vorrang gebührt.²¹³ Kommt es nach Bewilligung der Zwangsverwaltung zur Zwangsversteigerung, wird der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger auch dann aus dem aus der Versteigerung resultierenden Meistbot befriedigt, wenn er dem Versteigerungsverfahren nicht beigetreten ist.²¹⁴

Die Verteilung von Ertragsüberschüssen, die nach der Deckung der dem Verwalter anfallenden Kosten übrig bleiben, erfolgt in einer *Verteilungstagsatzung*. Mittels *Verteilungsbeschluss* wird über die Befriedigung der Gläubigerforderung entschieden.

Sind die Forderungen der die Exekution betreibenden Gläubiger befriedigt, wird die Zwangsverwaltung von Amts wegen eingestellt.

3. Die Zwangsversteigerung

Durch Zwangsversteigerung der Liegenschaft, in der Praxis die übliche Form der Verwertung einer Hypothek, wird der Gläubiger letzten Endes aus dem

²⁰⁸ § 3 lit d NO.

²⁰⁹ Feil, Österreichisches Hypothekarrecht² 251.

²¹⁰ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁵ § 3 NO Rz 8.

²¹¹ § 103 Abs 2 EO.

²¹² § 104 EO.

²¹³ § 125 EO.

²¹⁴ § 219 Abs 2 EO.

Versteigerungserlös befriedigt. Das Verfahren gliedert sich in folgende *vier Abschnitte*:

- Antrag auf Bewilligung der Zwangsversteigerung
- Schätzung
- Versteigerung
- Meistbotsverteilung

Im Folgenden sollen die einzelnen Stadien des Zwangsversteigerungsverfahrens näher dargestellt werden.

a. Antrag auf Bewilligung

Einleitend stellt das betreibende Kreditinstitut einen *Antrag auf Bewilligung der Zwangsversteigerung*, der eine urkundliche Bescheinigung darüber enthalten muss, dass sich die zu versteigernde Liegenschaft im Eigentum des Verpflichteten befindet. Weiters hat der Antrag ein sog. Interessentenverzeichnis zu enthalten. Dieses führt alle Personen auf, die dingliche Rechte an der Liegenschaft haben, oder zu deren Gunsten Wiederkaufs-, Vorkaufs- oder Bestandrechte eingetragen sind.²¹⁵

b. Schätzung

In einem zweiten Schritt wird der Wert der Liegenschaft geschätzt. Die Liegenschaft, deren Bestandteile sowie das sich auf der Liegenschaft befindliche Zubehör werden nach der Bewilligung der Versteigerung durch einen beeideten Sachverständigen bewertet. Der ermittelte Schätzwert der Liegenschaft stellt die Grundlage für das Vadium – den durch die bei der Versteigerung Mitbietenden als Sicherheit zu hinterlegenden Betrag – oder für das geringste Gebot²¹⁶ dar, unter dessen Wert die Liegenschaft nicht versteigert werden darf.

Die Schätzung berücksichtigt auch die auf der Liegenschaft lastenden dinglichen und obligatorischen Rechte.²¹⁷ *Dienstbarkeiten* – das sind Rechte, die an der Liegenschaft haften und dem Eigentümer ein Dulden oder Unterlassen auftragen (z. B. das Recht auf einen Weg auf fremdem Grund) – etwa, *das Baurecht oder Mietrechte* beeinträchtigen den Wert der Liegenschaft und werden den Versteigerungserlös mindern. Die Bank muss daher solche Rechte bei Beurteilung des Wertes ihrer Hypothek beachten.

c. Versteigerung

Bei der Versteigerung kommen primär die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung. Ist durch eine Änderung der Bedingungen ein höherer Versteigerungserlös zu erzielen, kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Versteigerungsbedingungen durch Beschluss abändern. Das Gericht bestimmt den *Versteigerungstermin*, der durch Edikt veröffentlicht wird. Das Edikt wird im Grundbuch angemerkt. Es enthält auch eine Aufforderung, Rechte an der Liegenschaft spätestens vor Beginn der Versteigerung geltend zu machen, widrigenfalls sie einem gutgläubigen Ersterher nicht mehr entgegengehalten werden können.²¹⁸

²¹⁵ § 133 EO.

²¹⁶ Das geringste Gebot ist der halbe Schätzwert, doch kann die betreibende Bank auch einen höheren Betrag bestimmen.

²¹⁷ *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht³ 122.

²¹⁸ § 170a Z 1 EO.

Die Versteigerung endet nach Abschluss der Gebote (wobei der Verpflichtete vom Bieten ausgeschlossen ist) durch die richterliche Verkündung des Schlusses der Versteigerung.²¹⁹ Im Anschluss daran können in ihren Rechten Verletzte *Widerspruch* gegen die Erteilung des Zuschlages erheben. Der Widerspruch ist lediglich vor der Erteilung des Zuschlages zulässig. Wird kein Widerspruch vorgebracht oder der vorgebrachte Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen, erfolgt der Zuschlag an den Meistbietenden, der nur sehr eingeschränkt durch Rekurs bekämpft werden kann.

Außer aufgrund eines stattgebenden Rekurses kann der Zuschlag auch durch ein Überbot²²⁰ unwirksam werden. Wird nämlich binnen 14 Tagen nach Bekanntmachung der Zuschlagserteilung beim Exekutionsgericht ein das Meistbot um $\frac{1}{4}$ übertreffendes Angebot eingebracht, das die Versteigerungsbedingungen erfüllt, so wird das ursprüngliche Meistbot entkräftet. Ein Überbot ist nur möglich, wenn das Meistbot $\frac{3}{4}$ des Schätzwertes nicht erreichte und der Ersteher nicht innerhalb von 3 Tagen nach Mitteilung vom Überbot sein Meistbot auf den Betrag des höchsten Überbotes erhöht.

Erlegt der Ersteher das Meistbot nicht rechtzeitig, so findet eine *Wiederversteigerung* statt. Der säumige Ersteher haftet für den Ausfall am Meistbot und die sonstigen von ihm verursachten Schäden. Das betreibende Kreditinstitut kann, sofern der geschuldete Betrag²²¹ nicht durch das Vadium oder den bereits (unvollständig) erlegten Betrag des Meistbotes gedeckt ist, zugunsten der Verteilungsmasse Exekution führen.

d. Meistbotsverteilung

Zuletzt wird im Rahmen der *Meistbotsverteilung* entschieden, wie das Meistbot auf die einzelnen Parteien zu verteilen ist. Besteht Einigkeit über die Verteilung, so erfolgt die Verteilung nach Maßgabe dieses Einvernehmens, andernfalls vermittelt das Gericht unter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften. Spätestens 14 Tage vor der Tagsatzung zur Verteilung des Versteigerungserlöses haben die berechtigten Personen ihre Ansprüche an Kapital und Nebenforderungen anzumelden und zu belegen. Andernfalls werden Ansprüche nur nach Maßgabe des Grundbuchs anerkannt. Bei Höchstbetragshypotheken muss der sich aus dem Grundverhältnis ergebende Saldo belegt werden.²²² Im Rahmen der Meistbotsverteilung haben die bei der Verteilungstagsatzung erschienenen Afterpfandgläubiger, die bei Wegfall des bezweifelten Gläubigers zum Zuge kommen würden, eine Widerspruchsmöglichkeit.²²³ Trotz Widerspruch wird die Meistbotsverteilung fortgesetzt, doch wird die Verteilungsmasse nicht ausgefolgt, sondern bleibt bis zur Klärung des Widerspruches in gerichtlicher Verwahrung.²²⁴

Der *Meistbotsverteilungsbeschluss*²²⁵ hat unter anderem den Gesamtbetrag der Verteilungsmasse sowie die an die einzelnen Berechtigten nach ihrem Rang auszuzahlenden oder die für sie zu hinterlegenden Beträge auszuweisen, ferner

²¹⁹ § 181 EO.

²²⁰ §§ 195 ff EO.

²²¹ Dieser umfasst auch die Kosten der Wiederversteigerung.

²²² Dies geschieht mithilfe der letzten vom Schuldner nicht bestrittenen Saldomitteilung. § 211 Abs 5 EO.

²²³ § 213 Abs 1 EO.

²²⁴ *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht³ 141f.

²²⁵ § 229 EO.

die Verteilung der (durch die zwischenzeitige Veranlagung der Beträge entstandenen) Zinsen. Dieser Beschluss verhindert nicht, dass Gläubiger ein stärkeres Recht geltend machen und damit den einem anderen Gläubiger zugewiesenen Betrag herausverlangen. Der Beschluss legt lediglich fest, wer am Verteilungsverfahren teilnimmt.²²⁶

Gegen den Verteilungsbeschluss ist als Rechtsmittel der Rekurs zulässig. Dann entscheidet entweder das Rekursgericht über die Neuverteilung der Verteilungsmasse oder es erfolgt die Zurückverweisung an das Erstgericht. Gegen diese Entscheidung ist ein Revisionsrekurs unzulässig.²²⁷

Nach Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses sind die Beträge den berechtigten Gläubigern auszuzahlen. Der Bank steht grundsätzlich die *Barzahlung zur Forderungsbefriedigung* zu, doch *kann* sie sich auch ausdrücklich mit der *Übernahme der Schuld* durch den Ersteher begnügen. Die aus dem Meistbot zu befriedigenden Forderungen sind in gewisse *Forderungsklassen* unterteilt. Diese Klassenhierarchie ist nur zu beachten, wenn aus der Verteilungsmasse nicht sämtliche Forderungen getilgt werden können.

Zunächst sind die Kosten der Verwaltung der Liegenschaft zugunsten der Verteilungsmasse, danach rückständige Steuern, Forderungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz, anschließend die hypothekarisch besicherten Forderungen, pfandrechtlich sichergestellten Steuer- und Gebührenforderungen und die nicht pfandrechtlich sichergestellte Forderung des betreibenden Gläubigers zu befriedigen. Ein verbleibender Verwertungsrest (*Hyperocha*) kommt dem Verpflichteten zu.²²⁸

C. Die außergerichtliche Liegenschaftsverwertung

In wieweit eine *außergerichtliche Verwertung* von Liegenschaften zulässig ist, kann mangels gesicherter Rechtsprechung nicht abschließend beantwortet werden²²⁹. Wenn überhaupt, kommt sie nur durch vertragliche Vereinbarung und nur bedingt zur Anwendung. Die Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB) etwa vereinbaren diese nur (und auch nur implizit) für bewegliche Gegenstände.²³⁰ In Bezug auf Liegenschaften enthalten die ABB keine Regelung.

Zu berücksichtigen ist jedenfalls die Verfallsklausel: § 1371 ABGB *verbietet*, dass die *Pfandsache* der Bank *bei unpünktlicher Zahlung automatisch zufallen* soll. *Unerlaubt* ist es weiters, *dem Kreditinstitut zu gestatten, die Liegenschaft nach Willkür zu einem bereits im Vorhinein, also vor Fälligkeit, bestimmten Preis zu veräußern*.

Bei außergerichtlicher Verwertung ist daher zu beachten, dass die Hypothek nur zu einem *Markt- oder Schätzpri*s verkauft werden darf²³¹ und auch nur im Rahmen der durch § 1371 ABGB sehr eng gesetzten Grenzen. Zahlreiche Fragen sind offen²³², gesetzliche oder durch die Rechtsprechung geschaffene Sicherheit besteht in dieser Frage nicht.

²²⁶ Rechberger/Simotta, Exekutionsverfahren² 294.

²²⁷ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht³ 143f.

²²⁸ Die §§ 216, 217 EO regeln detailliert die Verwertungsklassen.

²²⁹ OGH 15.01.2002, 5 Ob 295/01w spricht von einem „strengen Maßstab“ der anzulegen sei.

²³⁰ Z 49 ABB spricht von der Innehabung des Kreditinstitutes. Diese ist bei Liegenschaften nicht möglich.

²³¹ OGH SZ 46/24; Kletecka, Hypothekenrecht in Kletecka/Rechberger 16.

²³² Etwa die Frage des Schicksals vorrangig besicherter Gläubiger, die durch diese vertragliche Vereinbarung belastet sind.

D. Verwertung in der Insolvenz

Gerät der Liegenschaftseigentümer samt seiner Liegenschaft in ein Insolvenzverfahren, so wird die besicherte Bank ihr *Absonderungsrecht* geltend machen, wodurch sie ihre bevorzugte Befriedigung aufgrund ihrer Hypothek sicherstellt. Wird die Liegenschaft verwertet, kommt der Erlös zunächst dem so besicherten Kreditinstitut zu. Erst ein Überschuss fließt in die Konkursmasse.²³³ Handelt es sich beim vom Konkurs Betroffenen auch um den der Bank persönlich (also mit dem gesamten Vermögen) haftenden Schuldner, so kann die zur Absonderung berechnete Bank trotz dieses Absonderungsrechtes ihre gesicherte Forderung auch als Konkursforderung geltend machen. Für einen durch die Hypothek nicht abgedeckten Teil der Forderung erhält die Bank im Konkurs ihres Schuldners lediglich die Konkursquote. Die Bank ist berechnigt, ihre gesamte Forderung als Konkursforderung anzumelden, muss sich aber bei der Verteilung den bereits durch die Pfandverwertung befriedigten Forderungsteil anrechnen lassen.

Geht ein Drittpfandbesteller in Konkurs, der nur mit der Liegenschaft und nicht mit seinem privaten Vermögen haftet, kann die Bank lediglich absondern. Von der Teilnahme am Konkursverfahren gegen den Drittpfandbesteller ist sie ausgeschlossen. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens ist es unzulässig, vertraglich Hypotheken zugunsten von Konkursforderungen zu begründen. Ist das Grundbuchsgesuch spätestens am Tag vor der Konkursöffnung bei Gericht eingelangt, so können Einverleibungen und Vormerkungen noch bewilligt werden, sind aber Anfechtungen ausgesetzt.²³⁴

Der Masseverwalter, der während des Konkurses sämtliche Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte für die Masse vornimmt²³⁵, hat ein Einlösungsrecht. Er kann daher die Forderung der Bank befriedigen und dafür in ihr Pfandrecht eintreten.²³⁶

Er verwertet die Liegenschaft durch gerichtliche Veräußerung oder durch einen Freihandverkauf. Sachen unbedeutenden Wertes und Forderungen, deren Eintreibung keinen Erfolg verspricht, können dem Schuldner überlassen und aus der Konkursmasse ausgeschieden werden (Ausscheidung).²³⁷ In der Regel findet eine Veräußerung durch Freihandverkauf statt, doch kann die absonderungsberechnigte Bank durch rechtzeitige Erhebung eines Widerspruches die gerichtliche Veräußerung verlangen, hat aber glaubhaft zu machen, dass das für sie von erheblichem Vorteil wäre.

Ein von einem Absonderungsberechnigten eingeleitetes Exekutionsverfahren kann für die Dauer von *90 Tagen aufgeschoben* werden, um dem Masseverwalter Gelegenheit zur freihändigen Veräußerung zu geben, es sei denn diese Aufschiebung wäre für den Absonderungsgläubiger mit schweren wirtschaftlichen Nachteilen verbunden.²³⁸ Wird eine Liegenschaft vom Masseverwalter aus der Masse ausgeschieden, so beeinträchtigt dies nicht die Befugnis der Hypothekargläubiger, weiterhin darauf Exekution zu führen.²³⁹

²³³ § 48 KO.

²³⁴ *Rechberger*, Die Immobilie in der Insolvenz in *Kletecka/Rechberger* 3.

²³⁵ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht 57.

²³⁶ § 120 KO.

²³⁷ *Rechberger*, Die Immobilie in der Insolvenz in *Kletecka/Rechberger* 4f.

²³⁸ §§ 120f KO.

²³⁹ *Rechberger*, Die Immobilie in der Insolvenz in *Kletecka/Rechberger* 5.

VI. Dingliche Rechte am Superädifikat

A. Allgemeines

Nach § 435 ABGB sind Überbauten (Superädifikate) Bauwerke, die auf fremdem Grund in der Absicht errichtet werden, nicht dauernd dort zu bleiben (*fehlende Belassungsabsicht*). Sie bedeuten eine Abweichung vom Grundsatz „superficies solo cedit“, wonach Gebäude unselbständiger Bestandteil des Grundstückes werden, daher dessen (rechtlichem) Schicksal folgen und somit der Eigentümer der Liegenschaft auch Eigentümer des Bauwerks wird. Superädifikate gelten rechtlich als bewegliche Sachen und sind stets *selbständige Gebäude*. Teile eines Gebäudes oder Stockwerke können kein Superädifikat darstellen.²⁴⁰

Die fehlende Belassungsabsicht ergibt sich entweder augenscheinlich aus der *Bauweise* (Holzhütte, Baracke, Schuppen etc) oder aus einem zeitlich *begrenzten Benützungsrecht an der Liegenschaft* (Miete, Pacht, Leihe). Ein Superädifikat liegt daher nicht vor, wenn keines dieser Kriterien erfüllt ist und sich auch aus dem Errichtungszweck keine zeitlichen Schranken ergeben.²⁴¹ Die fehlende Belassungsabsicht muss spätestens im Zeitpunkt des Beginns der Errichtung vorliegen und kann danach nicht mehr begründet werden.²⁴²

Der originäre Eigentumserwerb an einem Superädifikat erfordert keine Eintragung im Grundbuch. Es besteht jedoch die Möglichkeit, das Superädifikat im Grundbuch ersichtlich zu machen und den Superädifikatsvertrag in die Urkundensammlung des Gerichts einzureihen. Zur Übertragung des Eigentums an Superädifikaten ist jedoch jedenfalls eine Hinterlegung der Urkunde nach dem UHG erforderlich.

B. Pfandrechtliche Fragen

1. Begründung und Umfang

Ein Pfandrecht am Superädifikat erwirbt die Bank durch die *gerichtliche Hinterlegung einer beglaubigten Pfandbestellungsurkunde* als Modus in Verbindung mit einem Titel. Als Titel kommen dieselben wie bei Hypotheken in Betracht. Die Pfandbestellungsurkunde muss den Pfandgegenstand und den Rechtsgrund für die Pfandforderung sowie deren Höhe angeben. Weiters muss die Urkunde bei einer verzinslichen Forderung die Höhe der Zinsen angeben. Schließlich hat sie die ausdrückliche Zustimmung des Verpfänders zur gerichtlichen Hinterlegung zu enthalten.²⁴³ Die Verpfändung für einen Höchstbetrag (in Analogie zur Höchstbetragshypothek) ist zulässig, nicht aber die Übertragung einer forderungsentkleideten Eigentümerhypothek.²⁴⁴ Wird der Bank ein Pfandrecht an einem Rohbau eingeräumt, so erstreckt sich ihr dingliches Recht auch auf das fertig gestellte Gebäude.²⁴⁵ Erwirbt der Eigentümer des Grundstückes auch Eigentum am Superädifikat, so verliert das Superädifikat zwar seine rechtliche Selbständigkeit, doch bleibt das Pfandrecht an ihm aufrecht.²⁴⁶

²⁴⁰ OGH 13. 04. 1994, 3 Ob 119/93, ecolex 1994, 755.

²⁴¹ *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB³ § 435 Rz 4f.

²⁴² *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB³ § 435 Rz 2.

²⁴³ § 451 Abs 2 ABGB.

²⁴⁴ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 451 Rz 15.

²⁴⁵ OGH 23. 05. 1985, 8 Ob 651/84, JBl 1986, 724.

²⁴⁶ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 451 Rz 15.

2. Gutgläubiger Pfandrechtserwerb

Die Tatsache, dass Superädifikate im Grundbuch nicht unbedingt ersichtlich zu machen sind, bewirkt, dass das Vertrauen der Bank auf die Bestandteileigenschaft des Superädifikates grundsätzlich nicht geschützt wird. Dies stellt für das Kreditinstitut ein erhebliches Risiko dar.

Besondere Probleme bestehen, wenn sich ein Kreditinstitut im Vertrauen darauf eine Hypothek an einer Liegenschaft einräumen lässt, dass das Gebäude Bestandteil der Liegenschaft sei. Dieses Vertrauen wird nur geschützt, sofern die Bank Einsicht in die Urkundensammlung genommen hat. Findet sich dort ein Hinweis auf die Superädifikatseigenschaft des Gebäudes oder ein Grundbenützungsbuch bzw. ist das Superädifikat oder das Benützungsbuch im Grundbuch ersichtlich gemacht, so darf die Bank auf die Mitverpfändung des Gebäudes nicht vertrauen. Ist das Superädifikat nach seiner Errichtung noch nicht übertragen oder verpfändet worden, so ist es denkbar, dass sich keine derartige Eintragung findet. Dann ist es unter Umständen möglich, dass sich das Pfandrecht der Bank an der Liegenschaft auch auf das Superädifikat erstreckt.²⁴⁷ In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, in wieweit der gutgläubige Erwerb dinglicher Rechte an Superädifikaten durch Dritte möglich sein soll.²⁴⁸ Das Kreditinstitut sollte sich aber rasch bemühen, das Pfandrecht am Superädifikat durch Urkundenhinterlegung auch ersichtlich zu machen.²⁴⁹

Beispiel 5: Bank A vergibt einen hypothekarisch besicherten Kredit und darf von der Bestandteileigenschaft des Superädifikates ausgehen. Bank B lässt sich danach durch Urkundenhinterlegung ein Pfandrecht am Superädifikat einräumen.

Bank A erwirbt gutgläubig ein der Bank B vorgehendes Pfandrecht am Superädifikat, sofern sie die Urkundenhinterlegung vor der Pfandrechtsbegründung der Bank B durchführt. War ein Pfandrecht der Bank B am Superädifikat bereits vor Verpfändung der Liegenschaft ersichtlich, so umfasst das Pfandrecht der Bank A nicht auch das Superädifikat, da ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb durch die Publizität des Pfandrechtes am Superädifikat ausscheidet.

3. Verwertung des Superädifikates

Da ein Superädifikat als bewegliche Sache gilt, erfolgt dessen Verwertung nach den *Bestimmungen für bewegliche Sachen*. Die Möglichkeit einer Zwangsversteigerung wird zwar im § 133 EO ausdrücklich für zulässig erklärt: die Zwangsverwaltung von Superädifikaten ist aber unzulässig.²⁵⁰

Im Falle eines Exekutionsverfahrens bzgl. einer Liegenschaft, auf der sich ein Superädifikat befindet, kann der Eigentümer des Superädifikates klagen²⁵¹, um zu verhindern, dass seine Sache in das Verfahren einbezogen wird. Solange dies nicht geschieht, kann allerdings das Superädifikat als Zubehör der Liegenschaft behandelt und mitverwertet werden.²⁵² Sofern am Superädifikat ein gesondertes Pfandrecht bestand, kann der dadurch besicherten Bank der auf das Superädifikat entfallende Meistbotanteil zugewiesen werden.²⁵³

²⁴⁷ § 456 ABGB, der den gutgläubigen Pfandrechtserwerb bei beweglichen Sachen regelt, wird analog angewendet.

²⁴⁸ Graf, Superädifikate als Kreditsicherheiten, in *Kletecka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremden Grund², Rz 66.

²⁴⁹ Gröll, ÖBA 1989, 1182ff.

²⁵⁰ Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht³ 108.

²⁵¹ Dies geschieht mittels der Exszindierungsklage des § 37 EO.

²⁵² OGH 13. 07. 1988, 3 Ob 17/88, JBl 1989, 119.

²⁵³ Hinteregger in Schwimann, ABGB² § 435 Rz 13.

VII. Das Baurecht

Ein Baurecht ist das *Recht, auf oder unter der Bodenfläche eines fremden Grundstückes ein Bauwerk zu haben*.²⁵⁴ Das Baurecht gilt im Unterschied zum Superädifikat als *unbewegliche Sache*, das auf dessen Grundlage errichtete Gebäude als *Zubehör*. Das Baurecht ist neben dem Superädifikat die zweite rechtliche Konstruktion, die es ermöglicht, Eigentum an einem Bauwerk auf fremdem Grund zu haben.

Begründet wird das Baurecht durch Titel und Modus. Im Gegensatz zum Superädifikat besteht beim Baurecht ein höheres Maß an *Publizität*. Es entsteht durch Eintragung in das Lastenblatt des Grundbuches der belasteten Liegenschaft. Zusätzlich ist das Baurecht aus einer eigens zu errichtenden Baurechtseinlage ersichtlich.²⁵⁵ Das Baurecht ist im ersten Rang einzutragen. Die Begründung eines Baurechts bei bereits bestehenden Pfand- und anderen Belastungsrechten ist daher nicht möglich.

Am Baurecht kann auch eine Hypothek begründet werden. Zu beachten ist allerdings, dass das Baurecht zeitlich beschränkt ist und daher der bei einer Verwertung des Baurechts zu erwartende Erlös allenfalls mit fortschreitender Zeit abnehmen wird. Für die Hypothek am Baurecht gelten die folgenden Bestimmungen:²⁵⁶

- Ein Baurecht hat immer erstrangig zu sein. Es kann somit nicht bestellt werden, wenn ihm Pfand- und andere Belastungsrechte, die auf Geldzahlung gerichtet sind oder dem Zweck des Baurechts entgegenstehen, im Rang vorgehen.
- Wird eine von einem Baurecht belastete Liegenschaft *zwangsversteigert*, so ist das Baurecht, da es immer erstrangig ist, *zu übernehmen*.
- Baurechte haben eine relativ *hohe Bestandsicherheit*. Das Baurecht ist für mindestens 10 und höchstens 100 Jahre zu bestellen und kann nur sehr beschränkt gekündigt werden.
- Der Eigentümer des Baurechtes kann auch *nicht* wirksam zum Schaden der eingetragenen Pfandgläubiger ohne deren Zustimmung auf sein Baurecht *verzichten*.
- Selbst wenn das Baurecht nach seiner Laufzeit erlischt und das Bauwerk als Zubehör dem Liegenschaftseigentümer zufällt, ist die Bank zumindest zum Teil besichert. Der Liegenschaftseigentümer hat nämlich mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung eine Ablösesumme in der Höhe von 25% des vorhandenen Bauwertes zu bezahlen. Das *Pfandrecht der Bank erstreckt sich auf diese Ablösesumme*.

Die *Verwertung* der Hypothek am Baurecht folgt den Verwertungsvorschriften für *unbewegliche Sachen* durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung.

²⁵⁴ § 1 BauRG.

²⁵⁵ *Koziol/Welser* I¹² 393.

²⁵⁶ *Forster*, Ausgewählte Fragen des österreichischen Superädifikatsrechtes 57ff.

Kapitel 5: Die Sicherungsabtretung und die Forderungsverpfändung

I. Einleitung

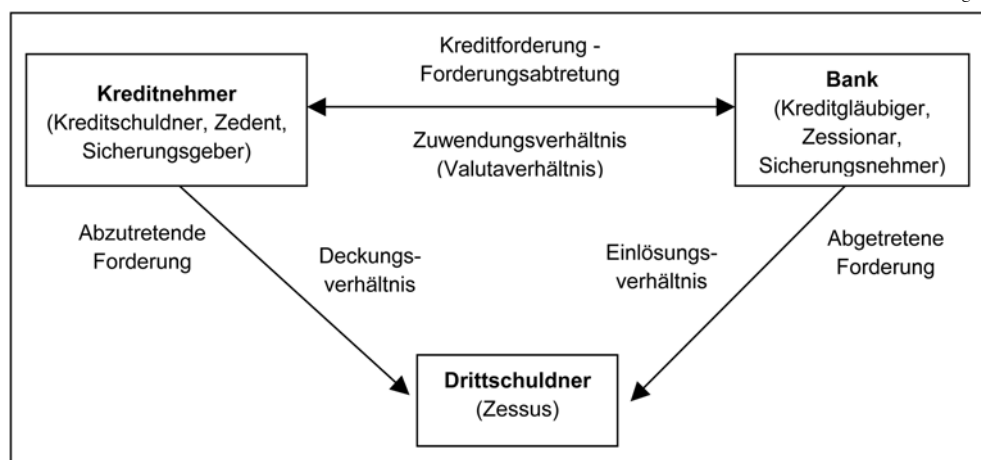
In diesem Kapitel wird auf die Forderung als Kreditsicherheit eingegangen. Die gängigen Formen der Sicherung durch Abtretung (Zession), Verpfändung und Vinkulierung werden dabei einer kritischen Betrachtung unterzogen. Dabei soll gezeigt werden, dass die Vinkulierung nicht als kreditrisikomindernd anzusehen ist und mit der Abtretung und der Verpfändung von Forderungen eine Vielzahl von Problemen einhergehen, die bei Verwendung dieser Kreditsicherungstechniken zu berücksichtigen sind. Dem Modus und dem Einwendungsdurchgriff des Drittschuldners wird besondere Beachtung geschenkt.

II. Allgemeines zur Zession

Die Zession ist die Übertragung einer Forderung unter Aufrechterhaltung ihres Inhalts.²⁵⁷ Sie ist ein Vertrag zwischen dem Altgläubiger (Zedent) und dem Neugläubiger (Zessionar) und bedarf in der Regel keiner Form.

Als Kreditsicherungsinstrument ist die Zession wie folgt einsetzbar: Die Bank lässt sich zur Besicherung ihrer Forderung aus einem Kreditvertrag eine Forderung des Kreditnehmers abtreten (= zedieren). Die Bank ist in diesem Fall Gläubiger ihrer Kreditforderung und zugleich Neugläubiger (Zessionar) der abgetretenen Forderung. Der Kreditnehmer ist Schuldner der Kreditforderung und zugleich Altgläubiger (= Zedent) der abgetretenen Forderung. Der Schuldner der abgetretenen Forderung heißt Drittschuldner (debitor cessus, Zessus). In Bezug auf die Abtretung liegt daher ein Dreiecksverhältnis zwischen Zedent, Zessionar und Zessus vor. Das Verhältnis zwischen dem Zessus und dem Zedenten nennt man Deckungsverhältnis, jenes zwischen Zessus und Zessionar Einlösungsverhältnis und das Verhältnis zwischen Zessionar und Zedenten Zuwendungsverhältnis. *Abbildung 7* stellt dieses Verhältnis grafisch dar.

Abbildung 7



Die Zession bedarf nicht der Zustimmung des Drittschuldners (Zessus), allerdings sollte er vom Zedenten über die erfolgte Zession der Forderung ver-

²⁵⁷ Koziol/Welser Bürgerliches Recht II¹² 114.

ständigst werden. Andernfalls kann der Drittschuldner, so lange er von der Zession nicht verständigt wurde, auch an den Altgläubiger (Zedenten) schuld-befreiend leisten. Es kommt dabei nicht darauf an, wie der Schuldner Kenntnis von der Zession erlangt.²⁵⁸ Auch der Zugang der Anzeige allein genügt.²⁵⁹

Obwohl die Abtretung ebenso wie die Verpfändung als dingliche Sicherheit einzuordnen ist – schließlich erwirbt die Bank ein dingliches Recht (Eigentumsrecht oder Pfandrecht) an einer Forderung – hängt der Wert der Sicherheit letztlich von der Bonität eines Dritten ab, ähnlich wie bei einer persönlichen Sicherheit.

III. Gegenstand der Zession und Forderungsverpfändung

Es können grundsätzlich *alle obligatorischen Rechte* abgetreten oder verpfändet werden,²⁶⁰ wie Forderungen, Ansprüche aus Versicherungen, Mietverträgen und ähnliche. Auch ein Pfandrecht selbst kann Gegenstand der Abtretung oder Verpfändung sein (sog. Afterpfandrecht).²⁶¹

Der Anspruch aus einer *Garantie* kann abgetreten werden, doch ist darauf zu achten, dass der Garant durch die Abtretung nicht schlechter gestellt werden darf.²⁶² Dies ist nach einer Entscheidung des OGH²⁶³ jedenfalls dann sicher-gestellt, wenn mit dem Anspruch aus dem Garantievertrag auch die gesicherte Forderung übertragen wird. Ist unklar, ob die Position des Garanten durch die Abtretung des Garantieanspruchs verschlechtert wird, so ist es empfehlens-wert, zur Vermeidung späterer Streitigkeiten die Zustimmung des Garanten einzuholen.²⁶⁴

Die *Anteile an einer GmbH* können ebenfalls übertragen oder verpfändet werden, doch ist, wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht, die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich.²⁶⁵ Als Modus ist für die Verpfändung die Verständigung der Gesellschaft (Drittschuldner) notwendig, die durch den Geschäfts-führer vertreten wird.²⁶⁶

Nicht verpfändbar sind die *Anteile an einer OHG oder KG*, sehr wohl aber der Anspruch eines Gesellschafters auf Auszahlung des Gewinns oder des Aus-einandersetzungsguthabens.²⁶⁷

Ansprüche aus *Versicherungsverträgen* sind abtretbar und verpfändbar.²⁶⁸ Häufig werden Versicherungen auch nur vinkuliert, weil dies aus Sicht des Versicherten eine gewisse Zeit steuerschonend war.²⁶⁹ Inwiefern vinkulierte Versicherungsforderungen abtretbar und verpfändbar sind, siehe weiter unten.

²⁵⁸ *Apathy* in *Hadding/Schneider*, Die Forderungsabtretung 1999, 523.

²⁵⁹ OGH EvBl 1983/26. Selbst wenn der Schuldner das Verständigungsschreiben nicht annimmt, gilt der Schuldner als verständigt, OGH ÖBA 1989, 85.

²⁶⁰ *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1393 Rz 1.

²⁶¹ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB I³ § 454 Rz 1ff.

²⁶² § 1394 ABGB; *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1393 Rz 1.

²⁶³ OGH 29. 1. 1997, 7 Ob 2410/96d (= *ecolox* 1997, 496).

²⁶⁴ So empfiehlt *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1393 Rz 1.

²⁶⁵ § 76 Abs 3 GmbHG; *Kostner/Umfahrer*, GmbH 377f.

²⁶⁶ *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG § 74 Rz 20; OGH 22.2.2001, 8 Ob 278/00s; OGH 18. 6. 1997, 3 Ob 2270/96m (= SZ 70/115).

²⁶⁷ *Hinteregger* in *Schwimann*, ABGB² § 448 Rz 14.

²⁶⁸ OGH 25. 6. 1986, 1 Ob 555/86 (= JBl 1987, 46).

²⁶⁹ *Fenyves*, ÖBA 1991, 13ff.

Vorsicht ist bei der *Abtretung und Sicherungsabtretung von Gehaltsforderungen* geboten. Diese unterliegen den Einschränkungen des §12 KSchG und der §§ 290ff EO. Demnach darf sich eine Bank von einem Verbraucher²⁷⁰ keine Gehaltsforderungen zur Sicherung oder Befriedigung von noch nicht fälligen Forderungen abtreten lassen. Wird dieser Bestimmung zuwider gehandelt, so ist die Abtretung zwar wirksam, aber verwaltungsrechtlich strafbar. Die Verpfändung der Gehaltsforderung wird, obwohl sie denselben Sicherungszweck wie die verbotene Sicherungsabtretung verfolgt,²⁷¹ unter bestimmten Umständen als zulässig erachtet.²⁷²

Die EO bestimmt, dass gewisse für die Existenz notwendige Forderungen des Schuldners teilweise oder vollständig *unpfändbar* und auch nicht durch privatrechtlichen Vertrag verpfändbar²⁷³ oder abtretbar sind. Dies betrifft beispielsweise gesetzliche Beihilfen und Stipendien, Sozialversicherungsansprüche (unverpfändbar) oder Einkünfte aus dem Arbeitsverhältnis unter dem Existenzminimum.

IV. Arten der Zession

A. Sicherungszession

Eine im Kreditsicherungsrecht gebräuchliche Form der Zession ist die Sicherungszession. Sie unterscheidet sich von der herkömmlichen Zession vor allem dadurch, dass zwar dem Zessionar eine Forderung abgetreten wird, dieser aber durch Vertrag (Sicherungsabrede) dazu verpflichtet ist, die *Forderung nur dann auch tatsächlich einzuziehen, wenn der Zedent mit seiner Verbindlichkeit in Verzug ist*. Da die Sicherungszession denselben Sicherungszweck wie eine Forderungsverpfändung verfolgt, müssen auch die Publizitätsvorschriften (siehe dazu unter Probleme bei der Sicherungszession), die bei der Forderungsverpfändung notwendig sind, erfüllt sein.²⁷⁴ Dh, der für die Entstehung des Sicherungsrechts notwendige Modus ist zu setzen. Der Publizitätsakt ist für die Bestimmung der Priorität wesentlich, denn erst mit dem Setzen des Publizitätsaktes wird die Zession wirksam. Davor liegt nur ein Verpflichtungsgeschäft vor.

B. Globalzession

Neben einzelnen Forderungen können auch *alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen* abgetreten werden.²⁷⁵ Dabei ist zu beachten, dass die abgetretenen Forderungen bestimmbar sein müssen. Dies ist insbesondere bei bereits bestehenden Forderungen unproblematisch. Bei zukünftig entstehenden Forderungen ist es ausreichend, wenn der Rechtsgrund feststeht und somit beim Entstehen der Forderung klar ist, dass es sich um eine abgetretene Forderung handelt.²⁷⁶

²⁷⁰ Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ist jeder Nicht-Unternehmer; dies wird häufig ein Privatkunde sein. Auch ein Unternehmer in seiner Gründungsphase (vor Aufnahme des Betriebs) ist noch Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 3 KSchG.

²⁷¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II³ § 12 KSchG Rz 5f.

²⁷² OGH 9. 9. 1997, 4 Ob 215/97i (= SZ 70/174); Anderer Ansicht: *Krejci* in *Rummel*, ABGB II³ § 12 KSchG Rz 6ff.

²⁷³ § 293 EO.

²⁷⁴ *Harrer*, Sicherungsrechte 89.

²⁷⁵ *Koziol*, ÖBA 1998, 745.

²⁷⁶ *Apathy* in *Hadding/Schneider*, Die Forderungsabtretung 516.

C. Sicherungsglobalzession

Ebenso wie bei der Sicherungszession einzelner Forderungen muss auch bei der sicherungsweisen Zession aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen ein entsprechender *Modus* gesetzt werden, um wirksam abtreten zu können. Der OGH ließ in einer Entscheidung²⁷⁷ erkennen, dass der Wortlaut: „Generalzession aller Forderungen, 28. 11. 1986, Bank XY“ ausreichend ist, um wirksam gegenwärtige ebenso wie zukünftige Forderungen sicherungsweise abzutreten.²⁷⁸

D. Zession zahlungshalber

Bei der Zession zahlungshalber hat die Bank die Pflicht, sich primär *aus der abgetretenen Forderung zu befriedigen*.²⁷⁹ Die Bank muss beim Zessus zumindest einen Eintreibungsversuch unternommen haben, bevor sie den Zedenten in Anspruch nimmt.²⁸⁰ Da bei der Zession zahlungshalber auch immer ein Sicherungszweck verfolgt wird,²⁸¹ nimmt der OGH an, dass eine Zession zahlungshalber an eine Bank jedenfalls auch als Sicherungszession zu qualifizieren ist und daher auch die dafür erforderlichen Publizitätsakte gesetzt werden müssen.²⁸²

E. Mantelzession

Die Mantelzession ist *keine Zession im eigentlichen Sinne*, sondern *nur die Verpflichtung*, Forderungen, die zukünftig entstehen werden, abzutreten.²⁸³ In diesem Fall bedarf es zur Übertragung der Forderung noch eines eigenen Verfügungsaktes, weil der Mantelzessionsvertrag allein nur ein Verpflichtungsgeschäft ist. Werden die im Mantelzessionsvertrag vereinbarten Forderungen dann tatsächlich abgetreten, richtet sich der Modus der Übertragung nach der Art der Zession. Werden die Forderungen sicherungsweise abgetreten, so ist es erforderlich, einen Publizitätsakt zu setzen (siehe Sicherungszession).

F. Factoring

Beim Factoring handelt es sich grundsätzlich um eine (Global)Zession, der ein Kaufvertrag zugrunde liegt.²⁸⁴ Dh, der Factor (die Bank) bevorschusst die gekauften Forderungen. Zu beachten ist aber, dass sich aus dem Vertrag ergeben kann, dass der Factoringvertrag auch eine Sicherungsfunktion erfüllen soll. Soll die abgetretene Forderung nicht nur zur Abdeckung der Kaufpreisforderung aus dem Factoringvertrag herangezogen werden, sondern darüber hinaus auch der Besicherung anderer Bevorschussungen dienen, so ist diese Zession auch als Sicherungszession einzustufen. In diesem Fall sind, wie weiter unten ausgeführt wird (Probleme bei der Sicherungszession), für das wirksame Zustandekommen der Zession die entsprechenden Publizitätsakte zu setzen.²⁸⁵

²⁷⁷ OGH 29. 10. 1997, 5 Ob 2155/96i (= SZ 70/228).

²⁷⁸ *Teloni* empfiehlt auch die Worte „ab Entstehen“ hinzuzufügen, *Teloni*, ÖBA 1999, 339.

²⁷⁹ *Grillberger*, JBl 1983, 575.

²⁸⁰ *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1392 Rz 3.

²⁸¹ *Grillberger*, JBl 1983, 576; *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1392 Rz 3.

²⁸² OGH 29. 9. 1998, 1 Ob 406/97f (= RdW 1999, 20).

²⁸³ *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1392 Rz 4.

²⁸⁴ Zu beachten ist, dass ein Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG auch die Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit einer Forderung sein kann, ohne dass diesem Geschäft ein Kaufvertrag zugrunde liegt.

²⁸⁵ OGH *ecolex* 1995, 22.

V. Probleme bei der Begründung der Zession

A. Das Problem des Abtretungsverbots

Bei der Begründung einer (Sicherungs-)Zession kann sich ein allenfalls bestehendes Zessionsverbot als problematisch herausstellen. Ein Zessionsverbot ist eine Vereinbarung zwischen dem Zedenten (Kreditnehmer) und dem Drittschuldner, wonach die zugrunde liegende Forderung nicht abgetreten werden darf; es ist demnach eine Abrede im Rahmen des Grundverhältnisses, die sich aber auf die Zession auswirkt. Wird die Forderung dennoch abgetreten, so ist diese *verabredungswidrige Zession unwirksam* (absolutes Abtretungsverbot).²⁸⁶ In diesem Fall *steht dem enttäuschten Zessionar* (der Bank) nur ein Schadenersatzanspruch gegen den Zedenten, *nicht aber die Forderung zu*. Der Schadenersatzanspruch wird im Falle der Insolvenz des Zedenten wenig aussichtsreich sein, da es sich hierbei um eine Konkursforderung handelt, die nur mit einer geringen Quote befriedigt wird. Die Verpfändung einer von einem Abtretungsverbot erfassten Forderung ist zulässig.²⁸⁷ Ein Abtretungsverbot muss nicht immer mit einer gegen jedermann geltenden Wirkung vereinbart sein. Aus der Vertragsauslegung könnte sich auch ergeben, dass nur bestimmte Personen von dem Verbot umfasst sein sollen.

B. Probleme bei der Sicherungszession

Eine *Mehrfachzession einer Forderung ist nicht denkbar*, da eine Forderung einmal übertragen nicht mehr der Disposition des Zedenten unterliegt. Wird daher ein und dieselbe Forderung mehrmals zur Sicherung abgetreten, ist nur jene Sicherungszession wirksam, bei der der notwendige Publizitätsakt zuerst gesetzt wurde.

Bei Forderungen, die durch ein Buchhaltungssystem (sog. Buchforderungen²⁸⁸) erfasst sind, ist für die *Publizität* ein Buchvermerk in den *Konten* des Zedenten (Debitoren) notwendig. Wird die Buchhaltung elektronisch erfasst, so ist auch ein Vermerk in der OP-Liste (Liste der offenen Posten/ausstehenden Forderungen) erforderlich.²⁸⁹ An Hand des Buchvermerks muss einwandfrei erkennbar sein, wann und an wen die Zession erfolgte und auf welche Forderung sich der Buchvermerk bezieht.²⁹⁰ Der OGH ließ in einer Entscheidung²⁹¹ erkennen, dass er von seiner bisherigen Ansicht, auch die Drittschuldnerverständigung allein als ausreichenden Publizitätsakt anzuerkennen, aus Publizitätsgründen abrückt.

Anzumerken ist auch, dass der OGH bei der *Beurteilung der bankkaufmännischen Sorgfalt* einen sehr strengen Maßstab anlegt. In einer Entscheidung, in der der OGH die Sorgfaltspflicht einer Bank im Zusammenhang mit der Beurteilung der Solvenz eines Unternehmens zu beurteilen hatte, unterstellte er der Bank, dass sie aufgrund ihres „höheren unternehmerischen Organisationsgrades

²⁸⁶ OGH 16. 1. 1984, 5 Ob 609/81 (= JBl 1984, 311); *Apathy* in *Hadding/Schneider*, Die Forderungsabtretung 526.

²⁸⁷ *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze Rz 272.

²⁸⁸ Bei Formkaufleuten liegen regelmäßig Buchforderungen vor, *Michor*, *ecolex* 1998, 22.

²⁸⁹ OGH 29. 10. 1997, 5 Ob 2155/96i (= SZ 70/228); *Michor*, *ecolex* 1998, 22.

²⁹⁰ *Harrer*, Sicherungsrechte 90.

²⁹¹ OGH 29. 10. 1997, 5 Ob 2155/96i (= SZ 70/228).

über eine Beurteilungsmöglichkeit wirtschaftlicher Gegebenheiten verfügt, die die Anlegung eines strengeren Maßstabes rechtfertigt“.²⁹² Dies könnte dazu führen, dass die Bank bei der Begründung einer Sicherungszession gründlicher sein muss als eine Nichtbank, sich aber gleichzeitig weniger gründlich vermerkte Sicherungszessionen von Nichtbanken entgegenhalten lassen muss.

Allerdings gilt bei der, heute kaum mehr auftretenden *Sicherungszession von nicht verbuchten Forderungen* (bei fehlender Buchführung), dass die *Drittschuldnerverständigung* erforderlich ist, um den für die Entstehung des Sicherungsrechts notwendigen Modus zu setzen.²⁹³

Wird der Schuldner bei Eintragung eines Vermerks in die vorhandenen Bücher nicht verständigt, kann allerdings, wie bereits oben ausgeführt, der Zessus, wenn er nichts von der Zession der Forderung wusste, weiterhin schuldbefreiend an den Zedenten leisten. Die Unterlassung der Drittschuldnerverständigung kann auch zum Verlust der Sicherheit führen. Beispielsweise führt etwa ein Kreditnehmer die Abwicklung der Zahlungen aus seinen Forderungen nicht über die kreditgebende Bank, sondern über eine andere (Haus)Bank durch. Zahlt nun der Zessus an den Zedenten, so tut er dies mit schuld-befreiender Wirkung (§1395 ABGB, mangels Drittschuldnerverständigung), wodurch die Forderung und die ihr zugrunde liegende Sicherheit erlöschen. Im Falle einer Drittschuldnerverständigung wirkt die Zahlung an den Zedenten jedoch nicht schuld-befreiend und Forderung und Sicherheit bleiben aufrecht.²⁹⁴ Es empfiehlt sich daher für eine Bank in jedem Fall, spätestens aber dann den Zessus zu verständigen, wenn der Zedent seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt.

VI. Die Verwertung der Sicherungszession als Sicherheit

A. Verhältnis Zedent und Bank

Bei der Sicherungszession ist die *Bank* nach rechtsgültiger Zession (durch Titel und Modus) *im Außenverhältnis jederzeit in der Lage, die Forderung einzuziehen*. Nur im Innenverhältnis ist sie als Zessionar verpflichtet, dies erst zu tun, wenn der Zedent seinerseits nicht leistet. Andernfalls wird sie dem Zedenten schadenersatzpflichtig.

Ab wann der Schuldner mit seinen Vertragsverpflichtungen im Verzug ist und die Sicherheit in Anspruch genommen werden kann, richtet sich primär nach den getroffenen Vereinbarungen. Nur subsidiär, dh, wenn die Parteien darüber keine Vereinbarungen getroffen haben, kommen die allgemeinen Regeln des ABGB zur Anwendung.²⁹⁵ Die Bank ist verpflichtet, die Forderung wieder zurück zu übertragen, wenn die besicherte Forderung befriedigt wurde.²⁹⁶ Um Missverständnisse zu vermeiden, kann im Zessionsvertrag ein automatischer Rückfall der Forderung²⁹⁷ vereinbart werden.

²⁹² OGH 24.2.2000, 6 Ob 235/99y (= SZ 73/37).

²⁹³ Riedler, ÖBA 2000, 583.

²⁹⁴ Riedler, ÖBA 2000, 583.

²⁹⁵ § 918ff ABGB.

²⁹⁶ OGH EvBl 1972/259, *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹² 365; aus der Vertragsauslegung kann sich ergeben, dass die Sicherungszession nur wirksam sein soll, wenn die zu sichernde Forderung besteht.

²⁹⁷ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹² 369; *Apathy* in *Hadding/Schneider*, Die Forderungsabtretung 528 kommt auch ohne eine solche ausdrückliche Vereinbarung über den Weg der Interpretation der Sicherungsabrede auf ein Zurückfallen der zedierten Forderung.

Nimmt die Bank nun nach Eintreten des Sicherungsfalls die Sicherheit in Anspruch, so ist zunächst der allenfalls noch nicht verständigte Zessus davon in Kenntnis zu setzen, dass die Forderung abgetreten ist, wodurch er schuldbefreiend nur mehr an die Bank leisten kann. *Zahlt der Zessus*, so ist die abgetretene Forderung erloschen und das *Sicherungsrecht verbraucht*. Abhängig vom Erlös der eingezogenen Forderung bestimmt sich das Schicksal der besicherten Forderung. Der Zessionar befriedigt seine Forderung aus dem Erlös; der über den Wert der besicherten Forderung hinausgehende Teil ist an den Zedenten herauszugeben.²⁹⁸

Die Bank hat im *Falle des Konkurses* des Kreditnehmers, der ihr die Forderung abgetreten hat, ein Absonderungsrecht.²⁹⁹ Sie darf die Forderung selbst verwerten (einziehen) und muss den über die besicherte Forderung hinausgehenden Teil an den Masseverwalter herausgeben.³⁰⁰

B. Probleme bei der Verwertung der Sicherungszession als Sicherheit

Will die Bank die Forderung als Sicherheit verwerten, so kann sie die Forderung einziehen. Zahlt der Zessus nicht, so muss sie sich mittels Klage und Exekution aus dem Vermögen des Zessus befriedigen, dh, sie kann den Zessus aus dem Vertrag mit dem Zedenten und aufgrund der Zession verklagen und daraufhin Exekution führen. Damit sind *Prozess- und Ausfallrisiken* verbunden, wodurch besonders augenscheinlich wird, wie sehr die Qualität der Sicherungszession als Sicherheit von der Bonität eines Dritten, des Zessus, abhängt.

1. Einwendungen des Zessus

Neben dem Ausfall des Zessus können auch Einwendungen und Aufrechnungen aus dem Vertrag zwischen dem Zessus und dem Zedenten die Verwertung der Forderung verzögern, wenn nicht gar verhindern. Da der *Zessus* durch die Zession *nicht schlechter gestellt sein darf als vor der Zession*,³⁰¹ muss sich die *Bank alle Mängel des Deckungsverhältnisses*³⁰² zurechnen lassen.³⁰³

Beispiel 1: Die Bank A (Zessionar) lässt sich von einem Handwerksunternehmen B (Zedent) die Forderung aus allen Werkverträgen sicherungsweise abtreten. B schließt nun, kurz bevor er in Konkurs geht, einen Werkvertrag mit dem Unternehmen C (Zessus) ab.

Fall 1: B liefert das geschuldete Werk an C nicht. C kann diesfalls, wenn er von der Bank A in Anspruch genommen wird, von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen und die Zahlung bis zur Lieferung des Werks verweigern.

Fall 2: B liefert das Werk zwar, aber mit Mängeln. C kann einwenden, dass das geschuldete Werk nicht ordentlich erbracht wurde und Wandlung oder Verbesserung begehren.

²⁹⁸ Der OGH 21. 02. 1973, 1 Ob 13/73 nimmt auch ohne ausdrückliche Vereinbarung an, dass es Wille der Parteien sei, dass der Zessionar den Überschuss herauszugeben habe. Dies ergäbe sich aus dem treuhänderischen Charakter, der einer Sicherungsabrede innewohnt. Vergleiche auch § 10 FinSG.

²⁹⁹ *Harrer*, Sicherungsrechte 91.

³⁰⁰ *Harrer*, Sicherungsrechte 91; OGH JBl 2002, 126f.

³⁰¹ Dies wäre sonst ein unzulässiger Vertrag zu Ungunsten Dritter.

³⁰² Das ist der Vertrag zwischen Zessus und Zedent, siehe auch Abbildung oben: Allgemeines zur Zession.

³⁰³ *Lukas*, Zession 248.

Fall 3: C hat aus einem anderen Werkvertrag wegen Gewährleistungsmängeln eine Gutschrift als Preisminderung gegen den B erhalten. Diese Gutschrift (Forderung des C an den B) deckt sich mit der Forderung des B an den C. C kann daher, wenn A die Forderung einziehen möchte, mit seiner Forderung gegen den B aufrechnen. In allen drei Fällen hat die Bank A keinen Anspruch auf (Gesamt)Zahlung der bestehenden Forderung.

Der Zessus kann alle *Einwendungen*,³⁰⁴ die ihm gegen den Zedenten zustehen (Zurückbehaltungsrecht, Einwendungen aus Leistungsstörungen etc.), auch gegen den Zessionar geltend machen.³⁰⁵ Ist der für die Entstehung der abzutretenden Forderung relevante Vertrag zwischen Zessus und Zedent mangelhaft zustande gekommen oder sind in der Vertragserfüllung Leistungsstörungen³⁰⁶ aufgetreten, so kann die sichernde Forderung durch den Zessionar nicht ohne weiters eingezogen werden.

Wenn der Zedent seine Leistung noch nicht erbracht hat und die Bank die Forderung gerichtlich geltend macht, so hat der Zessus ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Leistung, solange der Zedent nicht leistet. Will die Bank diese Einrede abwehren, müsste sie die Leistung selbst erbringen,³⁰⁷ wozu die Bank in der Regel nicht in der Lage ist. Weiters können *Gewährleistungsansprüche*, die primär gegen den Zedenten bestehen, gegen den Zessionar geltend gemacht werden, wenn dieser den Zessus vor erfolgreicher Geltendmachung der Gewährleistungsrechte in Anspruch nimmt.³⁰⁸

2. Kompensation durch den Zessus

Von Kompensation oder Aufrechnung spricht man, wenn zwei gleichartige, fällige und gültige³⁰⁹ Forderungen einander gegenüberstehen und aufgerechnet werden. Bis zur Verständigung des Zessus kann, wie oben bereits ausgeführt, der Zessus schuldbefreiend an den Zedenten zahlen. Dies gilt konsequenterweise auch für die Aufrechnung gegen Forderungen, die vor dem Zeitpunkt der Verständigung entstanden sind.³¹⁰ Die Forderung, die als Sicherheit zediert wurde, kann also, anstatt eingezogen zu werden, mit einer anderen Forderung des Zedenten aufgerechnet werden.

3. Anerkenntnis und Kompensationsverzicht

Durch ein Anerkenntnis der Forderung durch den Zessus kann dem Zessionar sichergestellt werden, dass eventuelle Mängel des Deckungsgeschäftes, die eingewendet werden könnten, geheilt werden.³¹¹ Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang, dass sich das Anerkenntnis nur auf jene Einreden beziehen

³⁰⁴ § 1396 ABGB.

³⁰⁵ Lukas, Zession 163ff.

³⁰⁶ Leistungsstörungen sind Störungen bei der Erfüllung (Abwicklung, Durchführung) des Schuldverhältnisses, wie Unmöglichkeit der Leistung, Verzug, Gewährleistung, siehe *Kozioł/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 41ff.

³⁰⁷ § 1052 ABGB; Lukas, Zession 249.

³⁰⁸ §§ 932ff iVm §1396 ABGB; Lukas, Zession 188ff.

³⁰⁹ Es muss sich um klagbare Forderungen handeln. Naturalobligationen können nicht zur Aufrechnung herangezogen werden.

³¹⁰ *Kozioł/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 101; Lukas, Zession 206ff; *Honsell/Heidinger* in *Schwimann*, ABGB² § 1396 Rz 5.

³¹¹ § 1396 2. S ABGB.

kann, die dem Zessus bei Abgabe der Erklärung bekannt waren.³¹² Daher schützt ein Anerkenntnis die Bank nicht vor Einwendungen des Zessus, die zwischen dem Anerkenntnis und der Inanspruchnahme entstehen bzw. von denen der Zessus in dieser Zeitspanne Kenntnis erlangt.

Es kann auch ein Kompensationsverzicht vertraglich vereinbart werden, demzufolge der Zessus nicht mit Forderungen, die ihm gegen den Zedenten zustehen, gegen den Zessionar aufrechnen darf. Allerdings sind hier insbesondere die Einschränkungen des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG zu beachten. Demnach kann ein Verbraucher für den Fall, dass der Unternehmer (hier: Zedent) insolvent wird, nicht auf sein Kompensationsrecht verzichten. Dies ist insbesondere bei der Sicherungszession von großer Bedeutung.

Beispiel 2: Der Unternehmer U schließt mit einem Verbraucher K ein Kaufgeschäft ab, bevor er in Konkurs geht. Der K hatte aus einem vorangegangenen Geschäft mit dem U einen Gewährleistungsanspruch, der ihm mittels Gutschrift (Gegenforderung) zugesprochen wurde. Die Bank B lässt sich vom U alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen abtreten und von K einen Kompensationsverzicht gewähren. Weil U zahlungsunfähig ist, will die B Gebrauch von der Sicherheit machen und die Forderung gegen K einziehen. K kann seinerseits gegen die Forderung, die nunmehr die Bank einzieht, die vor der Abtretung entstandene Gegenforderung aufrechnen, weil diesbezüglich der Kompensationsverzicht unwirksam ist.³¹³

VII. Die Forderungsverpfändung

A. Allgemeines

Bei der Forderungsverpfändung wird die Forderung bloß verpfändet und nicht abgetreten – der *Kreditnehmer bleibt Gläubiger seiner Forderung*. Im Falle der Insolvenz steht der Bank als Pfandgläubiger der Forderung ein Absonderungsrecht³¹⁴ zu. Bei Mehrfachverpfändung richtet sich der Rang des Pfandrechts nach dem Zeitpunkt der Setzung des Publizitätsaktes (Buchvermerke und/oder Drittschuldnerverständigung). Die Anforderungen an den Publizitätsakt sind dieselben wie bei der Sicherungszession (siehe Probleme bei der Sicherungszession).

B. Verwertung verpfändeter Forderungen

Anders als bei der Verwertung der sicherungsweise abgetretenen Forderung ist die Verwertung verpfändeter Forderungen mangels abweichender Vereinbarung nicht ohne weiteres durch Einziehung möglich, sondern erst nach gerichtlicher Geltendmachung. Der Gläubiger muss nach § 461 ABGB Klage und Exekution führen, um die Überweisung der Forderung zu erreichen.³¹⁵ Das Klagebegehren

³¹² *Ertl in Rummel*, ABGB II³ § 1396 Rz 2; dies reduziert die Anwendbarkeit des Anerkenntnisses auf jene Fälle, in denen der Zessus wesentlich auf mögliche Einwendungen verzichtet. Auf die Einwendungen, die er ohnehin noch nicht kannte, verzichtet er im Anerkenntnis nicht. Weitergehende Wirkungen des Anerkenntnisses sind umstritten. Zur Diskussion über deklarative oder konstitutive Wirkung siehe: *Lukas*, Zession 191ff.

³¹³ *Krejci in Rummel*, ABGB II³ § 6 KSchG Rz 99ff. Ansonsten wäre der Kompensationsverzicht unproblematisch (geltungserhaltende Reduktion).

³¹⁴ Beim Absonderungsrecht steht dem Gläubiger die Befriedigung aus einer bestimmten Sache zu, hier also die Befriedigung aus der besichernden Forderung. Dazu *Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts⁴ Rz 78.

³¹⁵ OGH 8. 11. 1994, 10 Ob 531/94 (= JBl 1995, 182); anderer Ansicht *Iro*, Bankvertragsrecht I, Rz 1/118.

ist dabei auf die Überweisung der Forderung gerichtet. Es kann auch die außergerichtliche Verwertung vereinbart werden. Ausgenommen von der exekutiven Pfändung sind gewisse Forderungen wie z. B. die Sozialhilfe, Kinderbeihilfe und die Gehaltsverpfändung unter dem Existenzminimum.³¹⁶

VIII. Die Vinkulierung von Versicherungen

Neben der Abtretung und Verpfändung von Forderungen hat sich die Vinkulierung als eine weitere Form der Besicherung entwickelt. Bei der *Vinkulierung* wird vereinbart, dass eine *Versicherung* nur dann an den Versicherungsnehmer (Kreditnehmer) *auszahlen darf*, wenn die Bank als *Vinkulargläubiger* dieser *Auszahlung zustimmt*.³¹⁷ Die Bank ihrerseits vereinbart mit dem Kredit- und Versicherungsnehmer, dass sie diese Zustimmung verweigern darf, wenn der Kreditnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nicht nachkommt.

Die Vinkulierung ist nur teilweise im Gesetz geregelt: Bei der *Feueregebäudeversicherung*³¹⁸ *erstreckt* sich die eingetragene *Hypothek* auf der betreffenden Liegenschaft aufgrund des Gesetzes auch auf die *Entschädigungssumme* aus der Versicherung. Der Versicherer darf nicht gegen den Willen des Hypothekargläubigers an den Versicherungsnehmer auszahlen (Zahlungssperre). Hat der Hypothekargläubiger darüber hinaus der Versicherung die Verpfändung angemeldet, darf der Versicherer die Versicherungssumme nur auszahlen, wenn der Hypothekargläubiger dies schriftlich genehmigt.³¹⁹

Ob eine Vinkulierung in allen übrigen Fällen, was denkbar wäre, auch eine Abtretung oder Verpfändung mitumfasst, richtet sich nach dem *Inhalt des Vertrags*.³²⁰ Wenn nur eine oben beschriebene Zahlungssperre vereinbart wurde, so ist der *Versicherungsanspruch* dennoch *zedierbar* und *verpfändbar*, da die Vinkulierung nur relativ und nicht absolut wirkt.³²¹ Im Konkurs des Kreditnehmers fällt die Versicherungsforderung in die Konkursmasse, wenn die Bank sich den Anspruch aus der Versicherung nur vinkulieren ließ ohne ihn auch zu verpfänden. Es steht ihr daher auch kein bevorzugtes Befriedigungsrecht an der auszuzahlenden Versicherungsforderung zu.³²²

Beispiel 3: Eine Bank lässt sich den Versicherungsanspruch eines Kreditnehmers zur Besicherung eines Kredits vinkulieren, weil sich daraus für den Kreditnehmer steuerlich Vorteile erzielen lassen. In weiterer Folge zediert oder verpfändet der Kreditnehmer seinen Anspruch aus der Versicherung an einen Dritten. Der Kreditnehmer wird insolvent und es wird der Konkurs über sein Vermögen eröffnet. Die Bank kann keine Ansprüche auf Absonderung des Versicherungsanspruches geltend machen. Die Bank kann auch nicht die Auszahlung der Versicherungssumme an den Dritten verhindern, weil die Zahlungssperre nur in Bezug auf die Auszahlung an den Kreditnehmer wirksam ist.

³¹⁶ §§ 250 Abs 1, 290 Abs 1, 290a, 291a EO.

³¹⁷ OGH 15. 5. 1986, 7 Ob 11/86.

³¹⁸ § 100 VersVertragG.

³¹⁹ § 100 Abs 2 VersVertragG.

³²⁰ OGH 18. 9. 1996, 7 Ob 2194/96i (= SZ 69/212); OGH 26. 1. 2000, 7 Ob 304/99b (= SZ 73/19).

³²¹ *Fenyves*, ÖBA 1998, 337ff; OGH 26. 1. 2000, 7 Ob 304/99b (= SZ 73/19); OGH 25. 2. 2004, 7 Ob 268/03t.

³²² So *Fenyves*, ÖBA 1998, 377ff, der die Gleichbehandlung von Zurückbehaltungsrecht und Vinkulierung verneint und dem Vinkulargläubiger lediglich die Position eines Konkursgläubigers einräumt. Dieser Ansicht folgte der OGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 26. 1. 2000, 7 Ob 304/99b (= SZ 73/19).

Kapitel 6: Der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung

I. Einleitung

In diesem Kapitel werden der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsinstrumente aus Sicht der Banken behandelt. Der Eigentumsvorbehalt kommt vor allem beim drittfinanzierten Kauf und beim Leasing vor. Diese Finanzierungsformen sollen daher im Folgenden dargestellt werden. Zu Beginn werden jene Probleme des Eigentumsvorbehalts behandelt, die für den drittfinanzierten Kauf wie für das Leasinggeschäft gleichermaßen gelten. Beim drittfinanzierten Kauf wird insbesondere auf den Einwendungsdurchgriff aufgrund der Abtretung der Kaufpreisforderung und auf die Besonderheiten, die sich dabei aufgrund des Abzahlungsgeschäftes nach dem KSchG ergeben, eingegangen. Im Zusammenhang mit Leasingverträgen ist vor allem deren Einordnung als Kauf- oder Bestandvertrag beleuchtenswert. Abschließend wird die Sicherungsübereignung und als Exkurs das Wertpapierpensionsgeschäft dargestellt.

II. Eigentumsvorbehalt

A. Allgemeines

Beim *Eigentumsvorbehalt* übereignet der Verkäufer dem Käufer die Sache unter der *aufschiebenden Bedingung* der *vollständigen Kaufpreiszahlung*. Der Verkäufer bleibt Eigentümer der Sache, bis der Käufer den Kaufpreis zur Gänze bezahlt hat. Der Käufer erhält ein sog. Anwartschaftsrecht. Mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises wird der Käufer automatisch Eigentümer der Sache, ohne dass es noch eines besonderen Übertragungsaktes bedarf.³²³

Das *vorbehaltene Eigentum* kann auch übertragen werden, wie etwa beim *drittfinanzierten Kauf*. Der Verkäufer übergibt die Sache und behält sich das Eigentumsrecht vor. Eine Bank übernimmt für dieses Geschäft die Finanzierungsfunktion. Der Bank wird dafür die Kaufpreisforderung abgetreten und das vorbehaltene Eigentum zur Sicherung der Kaufpreisforderung übertragen. Dies kann durch Besitzeanweisung geschehen.³²⁴

Beim *Leasing* kauft die Bank eine Sache, um sie anschließend einem Kreditnehmer zu verleasen.

Die Vorteile des Eigentumsvorbehalts sind, dass einerseits der *Verkäufer* über eine sehr *starke Gläubigerposition* als Eigentümer der Sache verfügt, andererseits aber der *Käufer* die Sache *wirtschaftlich nutzen* kann, um seine Schulden zu tilgen. Dennoch gehen auch mit dieser Sicherheit Probleme einher, von denen einige im Folgenden erläutert werden sollen.

³²³ Koziol/Welser Bürgerliches Recht I¹² 371.

³²⁴ Siehe dazu Teil 2, Kapitel 2, Abschnitt IV. dieses Leitfadens.

B. Probleme beim Eigentumsvorbehalt

1. Gutgläubenserwerb

Grundsätzlich ist der Käufer der unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache *nicht befugt*, diese in seinem Namen *weiterzueräußern*, da er nicht Eigentümer der Sache ist.³²⁵ Allerdings kann der Zweitkäufer, wenn er nicht weiß und auch nicht wissen musste,³²⁶ dass der Verkäufer (und Erstkäufer) gar nicht Eigentümer der Sache ist, gutgläubig Eigentum an der Sache erwerben.³²⁷ In diesem Fall geht der Bank das Eigentumsrecht an der Sache und damit die Kreditsicherheit verloren. Wenn von vornherein feststeht, dass die unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache weiterverkauft werden soll (Handelswaren), so bietet sich an, einen sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren, der auch eine Verfügungsbefugnis mit umfasst und es dem Käufer ermöglicht, die Sache weiterzueräußern.

2. Verlängerter Eigentumsvorbehalt

Hierbei wird vereinbart, dass der Käufer *befugt* ist, die Sache *weiterzuerkaufen*, gleichzeitig wird die *Kaufpreisforderung* aus dem zweiten Verkauf der Sache an die Bank *abgetreten*. Damit verliert die Bank zwar das Eigentum an der Sache. Aber an die Stelle des Eigentumsrechts tritt das Recht, die Kaufpreisforderung des Käufers gegen den Zweitkäufer einzuziehen.³²⁸ Diese Art der Zession ist eine Sicherungszession, für die die dafür vorgeschriebenen Formvorschriften einzuhalten sind (siehe Kapitel Forderungsabtretung und Forderungsverpfändung).

3. Erweiterter Eigentumsvorbehalt

Hingegen ist es *nicht möglich*, den Eigentumsvorbehalt auf *andere Forderungen* (z. B. andere Kredite) als die Kaufpreisforderung zu *erstrecken*. In diesem Fall spricht man von einem unzulässigen erweiterten Eigentumsvorbehalt.³²⁹

C. Drittfinanzierter Kauf

1. Allgemeines

Wie bereits erläutert kann das *vorbehaltene Eigentum* auch *übertragen werden*. Wurden Waren unter Eigentumsvorbehalt verkauft, so kann das vorbehaltene Eigentum zur Besicherung eines Kredits auf die Bank übertragen werden. Meist wird gleichzeitig mit dieser Übertragung auch die Übertragung der Kaufpreisforderung vereinbart. Man spricht dann von einem sog. drittfinanzierten Kauf.

Rechtlich sind zwei Konstruktionen voneinander zu unterscheiden: die *Abtretungskonstruktion* (Absatzfinanzierung) und die *Darlehenskonstruktion* (Konsumfinanzierung).

³²⁵ Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet (Niemand kann mehr Rechte weitergeben, als er selbst hat).

³²⁶ Fahrlässige Unkenntnis reicht für das Fehlen des guten Glaubens.

³²⁷ §§ 367, 371 ABGB, § 366 HGB.

³²⁸ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I² 378.

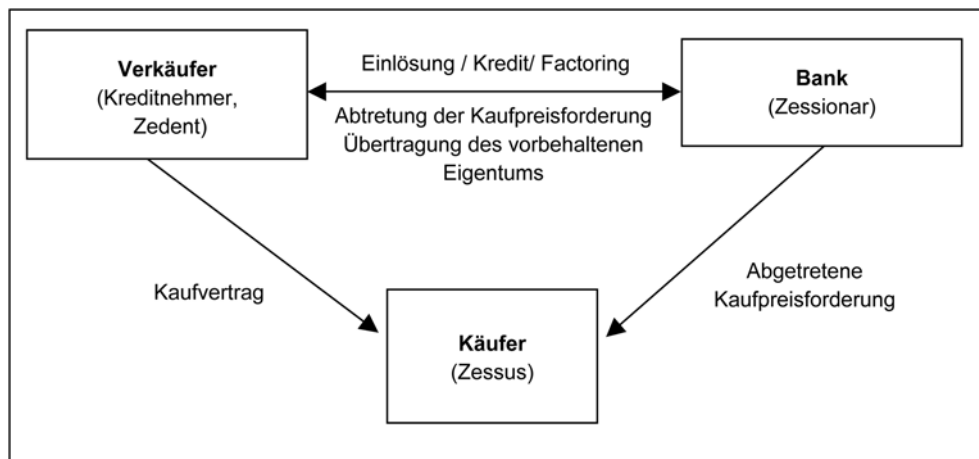
³²⁹ Ebd.

2. Abtretungskonstruktion

Bei der *Abtretungskonstruktion*, auch *Absatzfinanzierung* genannt, wird dem Verkäufer der Sache der Kaufpreis durch die Bank bevorschusst. Je nach rechtlicher Konstruktion ist eine sicherungswise Zession, eine Zession zahlungshalber, ein Kreditvertrag oder ein Factoringvertrag denkbar.³³⁰ In diesem Fall stehen dem Käufer aufgrund der *Zession* alle *Einwendungen* des Kaufvertrages auch gegen den Finanzierer, also die Bank, zu. Die Bank zahlt den Kredit an den Verkäufer aus, der seinerseits die Kaufpreisforderung sicherungswise oder zahlungshalber an die Bank abtritt. Darüber hinaus wird auch das vorbehaltene Eigentum auf die Bank übertragen.

Abbildung 8 stellt die Abtretungskonstruktion grafisch dar.

Abbildung 8



3. Darlehenskonstruktion

Bei der *Darlehenskonstruktion*, auch *Konsumfinanzierung* genannt, werden ebenfalls das vorbehaltene Eigentum und die Kaufpreisforderung an die Bank abgetreten. Der Verkäufer erklärt sich mit der Abtretung einverstanden, weil die Bank direkt an den Verkäufer den Kaufpreis auszahlt.³³¹ Darüber hinaus wird aber noch ein weiterer Rechtsgrund für die Ratenzahlung an die Bank geschaffen – ein Darlehensvertrag mit dem Käufer.³³² In diesem Fall tritt die Bank mit dem Käufer selbst direkt in ein Vertragsverhältnis.

Wenn ein Geschäft mit einem *Verbraucher* vorliegt und zwischen der Bank und dem Verkäufer eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, dann muss sich die Bank auch dann, wenn sie die Ratenzahlungen aus dem Darlehensvertrag geltend macht, die Einwendungen aus dem Kaufvertrag entgegenhalten lassen. Eine wirtschaftliche Einheit liegt dann vor, wenn die Bank mit dem Verkäufer in einer Rechtsbeziehung oder wegen derartiger Finanzierungen in ständiger Geschäftsbeziehung steht.³³³ Bei drittfinanzierten Käufen bei denen der Käufer kein Verbraucher ist, zieht die herrschende Lehre den § 18 KSchG analog

³³⁰ Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 1/97.

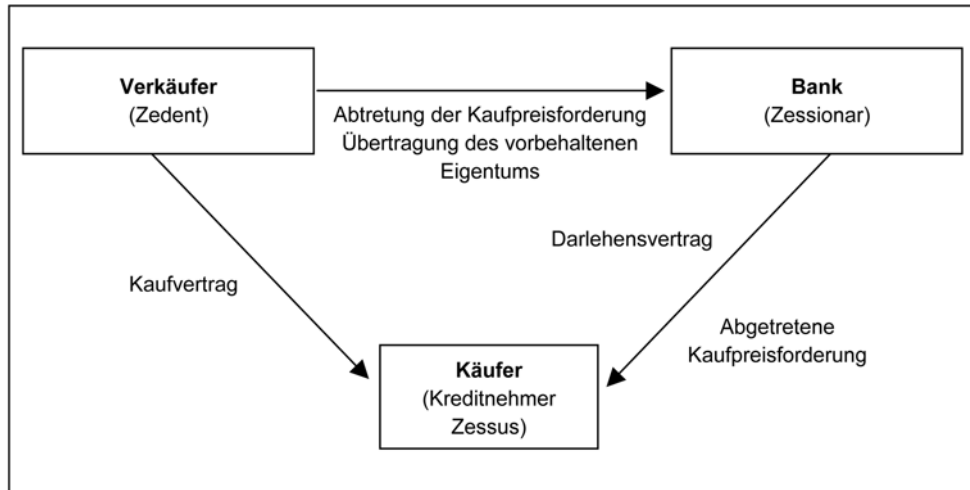
³³¹ Koziol/Welser Bürgerliches Recht II¹² 165.

³³² Gemeint ist hier nicht nur der Darlehensvertrag, sondern auch der Kreditvertrag.

heran.³³⁴ Der *Rücktritt* des Käufers vom *Kaufvertrag* löst auch den *Darlehensvertrag* auf.³³⁵

Abbildung 9 stellt die Darlehenskonstruktion grafisch dar.

Abbildung 9



4. Probleme beim drittfinanzierten Kauf

Ähnlich wie bei der Sicherungszession können sich *Probleme für die Bank* durch *Einwendungen des Käufers* aus dem Kaufvertrag ergeben. Der Käufer könnte, ähnlich wie bei der Sicherungszession, Einwendungen geltend machen, die ihm aus dem Kaufvertrag zustehen,³³⁶ wie zum Beispiel Einwendungen wegen Mängeln an der gelieferten Sache oder Zurückbehaltungsrechte. Insofern kann also ein Käufer zumindest vorerst erfolgreich eine weitere Ratenzahlung oder die Herausgabe der Sache verhindern.

Die Bank kann keineswegs ihr Eigentumsrecht jederzeit geltend machen.³³⁷ Solange ein gültiger Kaufvertrag vorliegt, kann der Käufer der Bank entgegenhalten, ein Anwartschaftsrecht aufgrund des Kaufvertrages zu haben. Dieses sog. Anwartschaftsrecht vermittelt dem Käufer die Rechte eines Rechtsbesitzers. Erst wenn die Auflösung des Vertrages erfolgt ist, z. B. durch den *Rücktritt vom Vertrag* wegen Verzug, kann die Bank die unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache herausverlangen.

³³³ *Krejci in Rummel*, ABGB II³ § 18, 19 KSchG Rz 9.

³³⁴ Analoge Anwendung des § 18 KSchG, siehe: OGH 8. 6. 1993, 4 Ob 506/93 (= *ecolex* 1993, 662); *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 167; *Krejci in Rummel*, ABGB II³ § 18, 19 KSchG Rz 1; *Apathy in Schwimann*, ABGB² § 18 KSchG Rz 6. Anderer Ansicht: *Aicher in Rummel*, ABGB I³ §1063 Rz 17a; *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rz1/102ff.

³³⁵ *Krejci in Rummel*, ABGB II³ § 18, 19 KSchG Rz 1.

³³⁶ Gewährleistung, Irrtum, etc. siehe Zession, Einwendungen des Zessus.

³³⁷ Eigentumsklage § 366 ABGB auf Herausgabe des vorbehaltenen Eigentums.

5. Besonderheiten des KSchG

Darüber hinaus ergeben sich auch Besonderheiten, wenn der Käufer ein Verbraucher³³⁸ im Sinne des § 1 KSchG ist und ein sog. *Abzahlungsgeschäft* im Sinne des § 16 KSchG vorliegt und daher das KSchG anzuwenden ist. Ein Abzahlungsgeschäft liegt dann vor, wenn der Kaufpreis 25.000 EUR nicht übersteigt und der Kaufpreis, abgesehen von einer Anzahlung, zumindest in zwei Raten gezahlt wird. Liegt ein solches Geschäft mit einem Verbraucher vor, so ergeben sich für die Bank folgende wesentliche Besonderheiten:

- Die *Kreditlaufzeit* darf *nicht mehr als 5 Jahre* betragen,
- die *Anzahlung* muss spätestens bei Übergabe vom Verbraucher selbst geleistet werden. Die Bank bzw. der Verkäufer verliert den Anspruch auf den auf die Vorauszahlung fallenden Betrag, auch wenn dieser Betrag aus dem Darlehensvertrag finanziert wird.³³⁹ Diese Mindestzahlung beträgt 10% des Kaufpreises bis zu einem Preis von 220 EUR, darüber 20%,³⁴⁰
- es gilt eine *verlängerte Gewährleistungsfrist*³⁴¹ und
- es ist eine *Urkunde* über das Kreditgeschäft zu errichten.³⁴²

Besonders zu beachten sind auch die Einschränkungen des § 22 KSchG über die Unzulässigkeit bestimmter Entziehungs- und Verkaufsabreden.³⁴³

Allgemein anerkannt ist, dass die Bestimmungen über den drittfinanzierten Kauf auch auf andere Verträge, wie z. B. auf Werkverträge, anwendbar sind.³⁴⁴

D. Verwertung des Eigentumsvorbehalts als Sicherheit

1. Geltendmachung des Eigentumsrechts

Kommt der Käufer seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem Kaufvertrag bzw. Darlehensvertrag nicht nach, so steht der Bank ein Rücktrittsrecht zu.³⁴⁵ Sodann kann die Bank ihr Eigentumsrecht geltend machen und die *Sache herausverlangen*.³⁴⁶

2. Geltendmachung des Eigentumsrechts im Konkurs

Auch bei der Verwertung der Sache im Konkurs des Käufers muss die Bank zunächst von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen, um den Kaufvertrag aufzulösen. Danach kann die Bank *Aussonderung* der Sache aus der Konkursmasse verlangen.³⁴⁷ Vice versa kann der Masseverwalter vom Vertrag zurücktreten und die Sache herausgeben oder die Aussonderung verhindern, indem er am Kaufvertrag festhält und den Kaufpreis zahlt.³⁴⁸

³³⁸ Verbraucher im Sinne des § 1 KSchG ist jeder Nicht-Unternehmer, aber auch ein Unternehmer in seiner Gründungsphase vor Aufnahme des Betriebes (§ 1 Abs 3 KSchG) ist ein Verbraucher. Ein Unternehmer kann außerhalb seiner Geschäftstätigkeit als auch Verbraucher auftreten!

³³⁹ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 401.

³⁴⁰ § 20 KSchG.

³⁴¹ § 23 KSchG.

³⁴² *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 401.

³⁴³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 22 KSchG; *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB² § 22 KSchG.

³⁴⁴ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 166.

³⁴⁵ Vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht (§§ 918ff ABGB).

³⁴⁶ § 366 ABGB Eigentumsklage oder § 37 EO Exszindierungsklage, wenn das Vorbehaltsgut Gegenstand einer Exekution ist.

³⁴⁷ § 44 KO.

³⁴⁸ § 21 KO.

3. Rückabwicklung und Verwertung der Sache

Nach erfolgreicher Geltendmachung des Eigentumsrechts stellt sich die Frage nach dem Schicksal der bereits bezahlten Raten und der zurückgeforderten Sache. Da der Kaufvertrag (und damit auch der Darlehensvertrag, siehe Darlehenskonstruktion) nach erfolgtem Rücktritt aufgelöst wird, muss die Bank die erhaltenen Raten zurückstellen³⁴⁹ und kann sich gegebenenfalls ein Nutzungsentgelt anrechnen lassen.³⁵⁰

Die herausverlangte Sache kann die Bank nun frei verwerten. Da die Bank ihre eigene Sache liquidiert, ist sie dabei, anders als bei der Pfandverwertung, *keinen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen*.

E. Exkurs: Leasing

1. Allgemeines

Das Leasing ist eigentlich *keine Kreditrisikominderungstechnik*, sondern eine *Sonderform des Kredits*, bei der der *Eigentumsvorbehalt* als Sicherungsinstrument in der Regel eine wichtige Rolle spielt. Aus diesem Grund sei an dieser Stelle angemerkt, dass im Folgenden nur auf einzelne der teilweise sehr komplexen Probleme des Leasinggeschäfts hingewiesen wird.

Gesetzlich sind Leasingverträge *nicht geregelt*,³⁵¹ sondern Ergebnis der privatautonomen Vertragsgestaltung. Dies ist auch der Grund, warum Leasingverträge in vielfältigsten Ausformungen auftreten und sie an dieser Stelle nicht abschließend behandelt werden können.

Im Zusammenhang mit Banken ist insbesondere das mittelbare Leasing von Bedeutung, bei dem die Bank die betreffende Sache vom Produzenten kauft und mittels Leasing an einen Kunden weitergibt. Dabei übernimmt die Bank die *Finanzierungsfunktion*, indem sie den *Kaufpreis* der Sache *bezahlt*.

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, ist die Qualifizierung von Leasingverträgen als Bestand- und/oder Kaufverträge mitunter nicht einfach. Ein Leasingvertrag ist zunächst jedenfalls ein Bestandvertrag. Je nachdem, wie er gestaltet ist, kann er auch *Kaufvertrags Elemente* aufweisen und ist dann ein gemischter Vertrag, bei dem je nach Rechtsproblem die Regeln über den Bestand- oder den Kaufvertrag zur Lösung herangezogen werden. Bei der Entscheidung, ob die Regeln über den Bestandvertrag oder jene über den Kaufvertrag anzuwenden sind, spielen insbesondere folgende Kriterien eine wichtige Rolle:

- Soll am Ende des Vertrages das *Eigentum* an der Sache *übergehen* oder soll lediglich eine *Gebrauchsüberlassung* vereinbart werden?
- Soll der Leasingnehmer durch eine *Kaufoption* frei wählen können, ob er am Ende der Laufzeit die Sache zu einem bestimmten Preis kaufen will oder nicht?

Demnach kann von vornherein vertraglich vereinbart werden, dass am Ende der Laufzeit der *Leasingnehmer Eigentümer werden soll*. Diesfalls liegt ein Ratenkauf vor, der nach den Regeln des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt zu beurteilen ist.

³⁴⁹ § 921 ABGB: Rückabwicklung bei Rücktritt vom Vertrag.

³⁵⁰ Kompensation der rückzustellenden Kaufpreisforderung mit der Nutzungsentschädigung.

³⁵¹ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹² 233.

Die Kaufoption kann so gestaltet sein, dass die Nicht-Inanspruchnahme durch den Leasingnehmer *wirtschaftlich unvernünftig* wäre. In diesem Fall spricht man auch von einem *verdeckten Ratenkauf*.³⁵²

Weiters unterscheidet man zwischen *Teil-* und *Vollamortisationsvertrag*, je nachdem ob die Leasingraten den vollen Wert der Sache abdecken oder nur einen Teil derselben und dafür aber eine Kaufoption zusteht. In der Regel sind alle Finanzierungsleasingverträge vollamortisierend³⁵³ und daher als Kaufverträge zu qualifizieren.

Beim *Sale-and-lease-back-Vertrag* wird der Bank eine Sache verkauft, um danach von dieser die Sache wieder zu leasen. Der Verkäufer der Sache ist also gleichzeitig auch Leasingnehmer. Der Verkäufer behält und benützt die Sache weiterhin. Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist, ob die Bank durch Besitzkonstitut (siehe Kapitel Pfandrecht an beweglichen Sachen) Eigentum an der Sache erwerben kann. Ist dies zu verneinen, weil rechtlich der Leasingvertrag wie ein Darlehen mit einer Sicherungsübereignung behandelt wird, so hat dies weitreichende Konsequenzen für die Stellung der Bank in Bezug auf die Sicherheit. Denn für die Sicherungsübereignung an die Bank wäre die Übergabe der Sache an die Bank erforderlich (siehe Sicherungsübereignung).

Ein Sale-and-Lease-back-Vertrag wird dann wie ein Darlehen mit Sicherungsübereignung gesehen, wenn er darauf abzielt, dass der Leasingnehmer nach der Leasingzeit wieder Eigentümer werden soll, sei es automatisch oder durch Zahlung einer Anerkennungsgebühr bei Vollamortisierungsverträgen, sei es durch eine Restkaufpreiszahlung beim Teilamortisierungsleasing.³⁵⁴ In diesem Fall bleibt also der Verkäufer der Sache Eigentümer und die Zahlung des Kaufpreises ist ein unbesichertes Darlehen.

2. Leasing im Konkurs

Die Unterscheidung, ob der Leasingvertrag als reine Gebrauchsüberlassung (Bestandvertrag) oder als Ratenkauf zu qualifizieren ist, ist auch entscheidend, um die Folgen im Konkurs einordnen zu können.

Wenn der *Leasingvertrag als ein Bestandvertrag* (Gebrauchsüberlassung) zu qualifizieren ist, tritt zunächst der Masseverwalter in den Vertrag ein.³⁵⁵ Die Bank und der Masseverwalter haben die Möglichkeit, von ihrem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Die Leasingraten, die nach der Konkurseröffnung anfallen, sind meistens Masseforderungen,³⁵⁶ die vor den Konkursforderungen nicht quotenmäßig, sondern voll befriedigt werden. Wenn der Masseverwalter oder die Bank von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen, so kann die Bank ihr Aussonderungsrecht am Leasinggut geltend machen.

³⁵² Duursma-Kepplinger, Eigentumsvorbehalt 33.

³⁵³ OGH 29. 11. 1990, 6 Ob 691/90 (= ecolex 1991, 242).

³⁵⁴ Czermak, ÖBA 1987, 232; Fischer-Zermak, Mobilienleasing 165.

³⁵⁵ § 24 KO.

³⁵⁶ Abhängig vom Zeitpunkt des Konkurses im Zeitverlauf des Leasingvertrages können die Leasingforderungen Masse- oder Konkursforderungen sein; Rathauscher, Bestandrechte und Konkurs 101ff; Duursma-Kepplinger, Eigentumsvorbehalt 276 ff.

Ist der *Leasingvertrag als Ratenkauf* zu qualifizieren, so sind die Rechtsfolgen der Vertragsauflösung und der Rückabwicklung wie beim Eigentumsvorbehalt zu beachten.

III. Sicherungsübereignung

Bei der Sicherungsübereignung wird der Bank bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredits das *Eigentum an einer Sache übertragen*. Zahlt der Kreditnehmer nicht, so kann sich die Bank aus dieser Sache z. B. durch Verkauf befriedigen. *Titel* für die Sicherungsübereignung ist die *Sicherungsabrede*, *Modus* die *Übergabe der Sache*. Die Bank erwirbt hierbei das vollwertige Eigentumsrecht an der Sache. Sie könnte daher jederzeit die Sache einem anderen übereignen. Die Sicherungsabrede verpflichtet aber die Bank vertraglich, von diesem Recht nur dann Gebrauch zu machen, wenn der Kreditnehmer in Verzug ist. Für die Sicherungsübereignung, die gesetzlich kaum geregelt ist, werden diverse Pfandrechtsvorschriften analog herangezogen, weil mit dem Sicherungseigentum derselbe Zweck wie mit einem Pfandrecht verfolgt wird. Demnach gilt auch bei der Sicherungsübereignung das *Faustpfandprinzip*. Es reicht daher die Übertragung durch Besitzkonstitut nicht aus (siehe Kapitel Pfandrecht bewegliche Sachen, Pfandbegründung). Auch die Einschränkungen des § 1371 ABGB sind einzuhalten, wonach die Bestimmung eines Verkaufspreises im Voraus unzulässig ist. Nach vollständiger Rückzahlung des Kredits ist die Bank verpflichtet, das Eigentum wieder zurück zu übertragen. Es kann aber auch vereinbart werden, dass mit vollständiger Kreditrückzahlung das Eigentumsrecht automatisch zurückfällt.³⁵⁷

Der Vorteil der Sicherungsübereignung gegenüber dem Pfandrecht ist, dass die Bank, wie auch beim Eigentumsvorbehalt, die gegebene Sicherheit jedenfalls auch *außergerichtlich verwerten* kann. Im *Konkurs* des Kreditnehmers hat die Bank die Stellung eines *Absonderungsberechtigten*.³⁵⁸

IV. Exkurs: Echtes/unechtes Wertpapierpensionsgeschäft und Wertpapierleihe

Beim *Wertpapierpensionsgeschäft* kommt es zur Übereignung von Wertpapieren unter der Vereinbarung, dass gleichwertige Wertpapiere später oder auf Verlangen zu einem bestimmten oder noch zu bestimmenden Preis zurückübereignet werden.³⁵⁹ Gleichzeitig wird dem Pensionsgeber ein Darlehen gewährt, das durch die in Pension gegebenen Wertpapiere gesichert wird.

Von einem *echten Pensionsgeschäft* spricht man, wenn der Pensionsnehmer, also jene Partei, welche die Wertpapiere in Pension genommen hat, *verpflichtet* ist, die übergebenen Wertpapiere wieder zurück zu übertragen.³⁶⁰ Im rechtlichen Sinne liegt hier eine *Sicherungsübereignung* der Wertpapiere zur Sicherung eines Darlehens vor (siehe Sicherungsübereignung oben).

Beim *unechten Pensionsgeschäft* hingegen hat der Pensionsnehmer das *Wahlrecht*, ob er die Wertpapiere zurück überträgt oder sich die Wertpapiere

³⁵⁷ Koziol/Welser Bürgerliches Recht I² 365.

³⁵⁸ § 10 Abs 3 KO und AO.

³⁵⁹ Kathrein, ÖBA 2004, 177.

³⁶⁰ § 50 Abs 2 BWG.

zahlungshalber behält oder mit ihnen gegen die Forderung aufrechnet. Rechtlich liegt hier ein Kaufvertrag mit einer *Rückverkaufsoption* vor.

Bei der *Wertpapierleihe* liegt rechtlich ein sog. *Sachdarlehen* vor.³⁶¹ Der Entleiher verpflichtet sich zur Rückerstattung von gleichartigen und gleichwertigen Wertpapieren.³⁶² Es wird daher, anders als das Wort *Leihe*³⁶³ nahe legen würde, das Eigentum an den Wertpapieren an den Leihnehmer (Darlehensnehmer) übertragen. Die hingegebenen Wertpapiere dienen oftmals zur Übereignung bei Wertpapierpensionsgeschäften, für die das jeweilige Kreditinstitut nicht die erforderlichen Wertpapiere besitzt. Auch bei sog. Leerverkäufen gelangt dieses Rechtsinstrument zur Anwendung. Der Wertpapierverleiher erhält für seine zur Verfügung Stellung ein Nutzungsentgelt.³⁶⁴

Da beim Wertpapierpensionsgeschäft ebenso wie bei der Wertpapierleihe eine Vollrechtsübertragung der Wertpapiere stattfindet (Übergang des Eigentumsrechts aufgrund eines Darlehensvertrags oder aufgrund einer Sicherungsübereignung oder eines Kaufvertrages), gelangt bei solchen Geschäften vor allem im Interbankenverkehr das FinSG zur Anwendung (siehe Pfandrecht an beweglichen Sachen). Oft werden solchen Wertpapierpensions- und -leihgeschäften auch Rahmenverträge, wie etwa das ISDA Master Agreement, zugrunde gelegt.

³⁶¹ Ein Sachdarlehen ist die Hingabe vertretbarer Sachen in das Eigentum des Empfängers, der verpflichtet ist, die gleiche Menge gleicher Art und Güte zurückzugeben (§ 983 ABGB); *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 192; *Göth/Tumpel*, *ecolex* 1992, 496.

³⁶² Zu beachten sind diesbezüglich auch die Vorschriften der §§ 7, 8 DepG.

³⁶³ Eine Leihe und damit eine unveränderte sachenrechtliche Position des Verleihers (er bleibt Eigentümer) ist nur dann gegeben, wenn unvertretbare Sachen zum Gebrauch überlassen werden; *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 189.

³⁶⁴ *Kümpel*, *WM* 1990, 912.

Kapitel 7: Die Bürgschaft

I. Einleitung

Die Bürgschaft ist eine gesetzlich ausführlich geregelte Form der persönlichen Haftungsübernahme und dient daher in einigen Punkten auch Garantie und Schuldbeitritt als Vorbild. In den nachfolgenden Ausführungen werden zuerst die verschiedenen Bürgschaftstypen vorgestellt und die für eine Bürgschaft charakteristischen Merkmale: Schriftform, Akzessorietät und Subsidiarität erläutert. Anschließend werden die zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten der durch die Bürgschaft begünstigten Bank behandelt. Damit in Zusammenhang stehen die Bestimmtheiterfordernisse der Bürgenverpflichtung, die den Haftungsfonds des Kreditinstituts begrenzen. Die Verwertungsmöglichkeiten der durch verschiedene Sicherheiten gedeckten Bank werden ebenso behandelt wie all-fällige Kündigungsmöglichkeiten des Bürgen. Schließlich werden die der Bank besonders durch das KSchG auferlegten Bürgenschutzverpflichtungen dargelegt.

II. Allgemeines

A. Wesen

Die Bürgschaft ist ein einseitig verpflichtender Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen. Der Bürge verpflichtet sich dem Gläubiger gegenüber, ihn im Falle der Nichtleistung des Hauptschuldners zu befriedigen, und haftet dafür unbegrenzt mit seinem gesamten Vermögen (§ 1346 ABGB).

Der Einwilligung des Hauptschuldners bedarf es nicht, doch wird meistens ein Auftragsverhältnis zwischen diesem und dem Bürgen vorliegen. Denkbar sind auch andere Verhältnisse, auch bloße Freigiebigkeit kommt in Frage.³⁶⁵

B. Bürgschaftstypen

Der *gemeine Bürge*, den das ABGB primär regelt, haftet erst, nachdem der Hauptschuldner erfolglos gemahnt wurde, also subsidiär. Diese Art der Bürgschaft gilt (außer bei Vollkaufleuten) laut Gesetz, sofern nichts anderes vereinbart wurde. Hat sich jemand der Bank als *Bürge und Zahler* verbürgt, so kann ihn die Bank auch vor dem Hauptschuldner zur Leistung heranziehen. Diese im § 1357 ABGB geregelte Form ist besonders bei Vollkaufleuten von Bedeutung, also bei Unternehmern, deren Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Ist die Bürgschaft für den Vollkaufmann ein Handelsgeschäft³⁶⁶, so ist im Zweifel zu vermuten, dass er sich als Bürge und Zahler verpflichtet.³⁶⁷ Ansonsten bedarf es der ausdrücklichen Vereinbarung.

Der Bürge und Zahler ist nicht Nachschuldner, der nach dem Hauptschuldner herangezogen wird, sondern Mitschuldner zur ungeteilten Hand. Da er nicht subsidiär haftet, kann die Bank frei wählen, ob sie zuerst den Bürgen,

³⁶⁵ *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² 141.

³⁶⁶ Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören (§ 343 Abs 1 HGB); *Krejci*, Handelsrecht² 183ff.

³⁶⁷ § 349 HGB.

den Hauptschuldner oder beide zugleich belangt. Die übrigen Vorschriften des Bürgschaftsrechts gelten auch für den Bürgen und Zahler.

Der *Ausfallsbürge* muss erst dann eintreten, wenn es dem Gläubiger auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner nicht gelungen ist, seine Forderung zu befriedigen. Exekutionsführung ist für die Beanspruchung des Ausfallsbürgen jedoch dann nicht notwendig, wenn diese von vornherein aussichtslos ist, wobei die Bank dafür die Beweislast trifft.³⁶⁸

Der *Nachbürge* haftet dem Kreditinstitut für den Bürgen. Er steht ein, wenn der erste Bürge seiner Verpflichtung nicht nachkommt.

Der *Wechselbürge* verbürgt sich für einen Wechselverpflichteten und haftet umfänglich gleich dem Hauptschuldner. Die Regeln des ABGB sind auf die Wechselbürgschaft³⁶⁹ nicht anzuwenden, es sei denn es wäre explizit vereinbart, was im Zweifel nicht anzunehmen ist.³⁷⁰ Die Haftung des Wechselbürgen ist nicht subsidiär, es muss also nicht zuerst der Hauptschuldner belangt werden, ehe die Bank auf den Wechselbürgen greift. Durch die auf formale Anforderungen beschränkte Abhängigkeit von der Hauptschuld (Akzessorietät) bietet sie dem Gläubiger nicht nur Schutz vor der mangelnden Zahlungsfähigkeit oder Zahlungswilligkeit des Hauptschuldners, sondern auch vor der Unwirksamkeit der hauptschuldnerischen Verpflichtung.³⁷¹

Die *Scheckbürgschaft*³⁷² entspricht weitgehend der Wechselbürgschaft.

III. Einzelne Probleme

A. Merkmale der Bürgschaft

1. Formerfordernisse des Bürgschaftsvertrages

Im Regelfall bedarf die Verpflichtungserklärung des Bürgen der *Schriftform*, um ihn vor Leichtsinn und Überforderung zu schützen und ihm die Bedeutung seiner Haftungsverpflichtung vor Augen zu führen. Es gilt hier, einen *strengen Maßstab* anzulegen: Die Unterzeichnung durch elektronische Signatur ist für Nicht-Unternehmer unzureichend³⁷³, ebenso wenig entsprechen Telegramm³⁷⁴ oder Telefax³⁷⁵ dem Erfordernis der Schriftlichkeit. Eine Bürgschaft kommt bei Missachtung dieser strengen Formerfordernisse nicht zustande. Eine Umdeutung einer unwirksamen Bürgschaftserklärung in einen Schuldbeitritt (der formfrei erfolgen kann) ist nur ausnahmsweise zulässig.³⁷⁶ Die Schriftformgebundenheit der Verpflichtungserklärung gilt jedoch nicht für *Vollkaufleute*, für die die Bürgschaft ein Handelsgeschäft darstellt. Es wird davon ausgegangen, dass sich der Fachmann der Tragweite seiner Erklärung bewusst ist.

³⁶⁸ Mader in Schwimann, ABGB² § 1356 Rz 6.

³⁶⁹ Art 30–32 WG.

³⁷⁰ Mader in Schwimann, ABGB² § 1346 Rz 14.

³⁷¹ P. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht 150.

³⁷² Art 5–27 ScheckG.

³⁷³ § 4 Abs 2 Z 4 SignaturG; kritisch W. Jud/Högler-Pracher, eoclex 1999, 613f.

³⁷⁴ OGH SZ 58/85, Gamerith in Rummel, ABGB³ §1346 Rz 8.

³⁷⁵ OGH SZ 68/63, Gamerith in Rummel, ABGB³ §1346 Rz 8.

³⁷⁶ Näheres im Kapitel Schuldbeitritt.

Aus der Erklärung des Bürgen muss der Verpflichtungswille klar und bestimmt hervorgehen und die Schuld, für die eingestanden wird, ausreichend *bestimmbar* sein, wobei die nachträgliche Bestimmung im Haftungsfall als hinreichend erachtet wird.³⁷⁷ Nachdem dieses Erfordernis lange Zeit von der Rechtsprechung großzügig ausgelegt wurde, ist von Deutschland her eine Tendenz hin zu engerer Interpretation dieser „Bestimmbarkeit“ festzustellen.³⁷⁸ Weitergehende Ausführungen zum Bestimmtheitsanforderung finden sich im Abschnitt über Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmtheit der Bürgschaftsverpflichtung.

Die Annahme durch den Gläubiger ist nicht formgebunden. Zur Auslegung des Bürgschaftsvertrages können auch mündliche Äußerungen herangezogen werden.

2. Akzessorietät der Bürgschaft

Die *Bürgschaft* ist vom *Bestehen einer Hauptverbindlichkeit des Schuldners abhängig* und kann nicht über diese hinausgehen. Diese Eigenschaft nennt man Akzessorietät. Hat eine Verbindlichkeit nicht zu Recht bestanden, ist sie ungültig oder schon aufgehoben, so ist die Verbürgung dafür unwirksam.³⁷⁹ Die Akzessorietät steht einer Verbürgung für künftige und bedingte Forderungen nicht im Wege, solange nur die (sachliche) Bestimmbarkeit der gesicherten Forderungen gewährleistet ist. In diesen Fällen wird die Bürgschaft nur wirksam, wenn die Hauptschuld wirksam entsteht.³⁸⁰

Eine *Ausnahme* besteht bei der Verbürgung für einen *geschäftsunfähigen Hauptschuldner*: hier haftet der Bürge für den Forderungsbetrag als Alleinschuldner.³⁸¹ Eine weitere Ausprägung der Akzessorietät ist, dass der Bürge dem Kreditinstitut neben seinen Einwendungen auch die Einwendungen des Hauptschuldners entgegenhalten kann, selbst wenn dieser Einwendungen unterlassen hat.

Die Forderung gegen den Bürgen kann nicht ohne die Hauptforderung übertragen oder gepfändet werden, Erleichterungen der Hauptschuld mindern die Verpflichtung des Bürgen und sind daher auch ohne dessen Zustimmung zulässig, Ausdehnungen hingegen bedürfen dessen Zustimmung.

3. Subsidiarität der Bürgschaft

Subsidiarität bedeutet, dass der Bürge in der Regel erst *nach* der erfolglosen Inanspruchnahme des *Hauptschuldners* herangezogen werden kann.

Der *gemeine Bürge*, von dem das ABGB ausgeht, der aber in der Realität eine Rarität ist, haftet subsidiär. Erst nachdem der Gläubiger den Schuldner vergebens gemahnt hat, darf er auf den Bürgen greifen. Einer Mahnung bedarf es allerdings nicht, wenn über den Hauptschuldner ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eröffnet wurde oder wenn er unbekanntes Aufenthaltsort hat.³⁸²

³⁷⁷ Gruber, ÖBA 2002, 885ff.

³⁷⁸ P. Bydlinski, ÖBA 1999, 95f.

³⁷⁹ Mader in Schwimann, ABGB² § 1351 Rz 1ff.

³⁸⁰ Mader in Schwimann, ABGB² § 1351 Rz 5.

³⁸¹ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1352 Rz 4.

³⁸² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 140.

Bei der in der Praxis am häufigsten vorkommenden Bürgschaftsform, der des *Bürgen und Zahlers*, ist aber die *Subsidiarität gerade ausgeschlossen*. Die Haftung als Bürge und Zahler ist somit nicht subsidiär und muss ausdrücklich vereinbart werden; für Vollkaufleute gilt diese Haftungsform allerdings schon von Gesetzes wegen. Eine weitere gängige Erscheinungsform ist die der sog. *Ausfallsbürgschaft*. Der Ausfallsbürge muss erst dann eintreten, wenn es dem Gläubiger auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung nicht gelungen ist, seine Forderung zu befriedigen. In gewisser Weise haftet der Ausfallsbürge somit „doppelt subsidiär“. Exekutionsführung ist für die Beanspruchung des Ausfallsbürgen jedoch dann nicht notwendig, wenn diese von vornherein aussichtslos ist, wobei die Bank die Beweislast trifft.³⁸³

B. Die zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten der Bank

Eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen ist, dass der „Gläubiger keiner Nachlässigkeit zu beschuldigen ist“ (§ 1356 ABGB). Dem *Kreditinstitut ist dadurch eine besondere Sorgfaltspflicht gegenüber dem Bürgen auferlegt*. Nimmt es die Rechte gegenüber dem Hauptschuldner schuldhaft so wahr, dass sich dadurch die Rechtsstellung des Bürgen verschlechtert, so ist es dem Bürgen dafür verantwortlich.³⁸⁴ Eine solche Nachlässigkeit des Kreditinstitutes liegt unter anderem nicht nur vor, wenn es die Schuld nicht rechtzeitig eingetrieben hat, sondern auch dann, wenn es die Anmeldung im Konkurs oder den Erwerb eines Pfandrechtes unterlassen hat.³⁸⁵ Verletzt das Kreditinstitut diese Pflichten, so kommt es *teils zum vollständigen Entfall des Anspruchs* gegen den Bürgen³⁸⁶, teils wird es ihm *schadenersatzpflichtig*.³⁸⁷

Grundsätzlich ist es Sache des Bürgen, sich über die Bonität des Hauptschuldners zu informieren. Über allgemeine Auskünfte hinausgehende Informationen, die den Hauptschuldner betreffen, darf die Bank nicht preisgeben. Gegenüber dem Bürgen trifft die Bank jedoch die allgemein bestehende, sog. „*vorvertragliche Aufklärungspflicht*“. Dem potentiellen Bürgen ist demnach grundsätzlich bei Vertragsabschluss Auskunft über eine der Bank bekannte *Zahlungsunfähigkeit* oder den *unmittelbar bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch* des Schuldners zu erteilen. Ebenso trifft das Kreditinstitut eine Warnpflicht gegenüber dem Bürgen, wenn es *weiß, dass der Hauptschuldner mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht in der Lage sein wird, seinen Kredit zurückzuzahlen*.³⁸⁸ Diese Auskunft- und Warnpflicht besteht allerdings nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen der argen wirtschaftlichen Bedrängnis des Hauptschuldners. Eine umfassende Informations- bzw. Aufklärungspflicht der Bank über die Vermögensverhältnisse des Schuldners besteht nicht.³⁸⁹

Eine allfällige vorvertragliche Aufklärungspflicht der Bank steht jedoch im Spannungsverhältnis zu Verpflichtungen aus dem Bankgeheimnis. Für die Bank besteht somit ein Interessenkonflikt, dessen Auflösung nicht restlos geklärt ist.

³⁸³ Mader in Schwimann, ABGB² § 1356 Rz 6.

³⁸⁴ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1356 Rz 4.

³⁸⁵ Mader in Schwimann, ABGB² § 1356 Rz 4.

³⁸⁶ §§ 1353, 1356, 1362 ABGB.

³⁸⁷ §§ 1360, 1364 ABGB; Mader in Schwimann, ABGB² § 1364 Rz 4.

³⁸⁸ OGH 03. 04. 1984, 5 Ob 530/84, EvBl 1984/160, 663.

³⁸⁹ OGH 03. 04. 1984, 5 Ob 530/84, EvBl 1984/160, 663.

Die Bank könnte das Einverständnis des Hauptschuldners zur Aufhebung des Bankgeheimnisses nach § 38 Abs 2 BWG einholen. Ist der Hauptschuldner mit der Offenlegung seiner Vermögensverhältnisse an den Bürgen durch die Bank jedoch nicht einverstanden, besteht für die Bank noch immer die Möglichkeit, die Kreditgewährung an den Hauptschuldner abzulehnen.

Wenn der Kreditvertrag jedoch bereits besteht, ist diese Vorgangsweise nicht mehr möglich. Rechtlich problematisch ist daher der Fall, in dem der Hauptschuldner die Bank nicht von ihrem Bankgeheimnis entbindet, der Kreditvertrag aber bereits besteht.

Kommt ein Bürgschaftsvertrag zustande, besteht ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch des Bürgen. Treten wichtige Veränderungen im der Bürgschaft zugrunde liegenden Verhältnis ein, so ist der Bürge davon zu unterrichten.³⁹⁰

Zahlt der Bürge dem Gläubiger, so geht dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über.³⁹¹ Im Rahmen dieser Übertragung können sich für das Kreditinstitut weitere Verpflichtungen ergeben, wie zum Beispiel die Verpflichtung zur Erteilung von solchen Auskünften, die zur Durchsetzung der Rückgriffsforderung des Bürgen notwendig und zweckmäßig sind. Dazu zählt etwa die Bekanntgabe der Höhe der übergebenen Forderung gegen den Hauptschuldner, der Verzinsung dieser Forderung und der allenfalls sonst noch bestehenden Sicherheiten.³⁹²

C. Rechtsfolgen der Zahlung des Bürgen

Hat der Bürge die Forderung des Gläubigers erfüllt, so tritt er nach § 1358 ABGB automatisch (*ipso iure*) in dessen Rechte ein und erwirbt die (unveränderte) Forderung gegen den Hauptschuldner mit weiterlaufender Verjährungsfrist.³⁹³ Automatisch gehen auch Pfandrechte, Garantien, Bürgschaften, vorbehaltenes Eigentum und Ansprüche gegen Mitschuldner über. Dabei treffen das *Kreditinstitut Mitwirkungspflichten*, diese auch faktisch zu übergeben. Da diese Übergabe allerdings bloß deklarative Bedeutung hat³⁹⁴, gehen auf den Bürgen somit auch Hypotheken über, was eine Ausnahme vom sonst geltenden Eintragungsprinzip bedeutet. Erfolgt allerdings keine Richtigstellung der Grundbucheintragung, so kann sich ein gutgläubiger Dritter unter Umständen auf den (unrichtigen) Grundbuchstand berufen.

D. Probleme im Zusammenhang mit der Bestimmtheit der Bürgschaftsverpflichtung

Zwei für Kreditinstitute besonders relevante Fragen in Bezug auf das Erfordernis der Bestimmtheit von Bürgschaftsverträgen sind die der Gültigkeit von Erstreckungsklauseln und die der Wirksamkeit der Verbürgung für Verbindlichkeiten aus Kontokorrentkrediten.

³⁹⁰ Mader in Schwimann, ABGB² § 1364 Rz 5.

³⁹¹ § 1358 ABGB.

³⁹² Avancini in Avancini/Iro/Kozioł, Bankvertragsrecht I Rz 2/119.

³⁹³ Mader in Schwimann, ABGB² § 1358 Rz 8.

³⁹⁴ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 9.

1. Zulässigkeit von Erstreckungsklauseln

Bürgschaftsverträge werden häufig unter Zugrundelegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern geschlossen. Sie enthalten nicht selten Erstreckungsklauseln, welche die Verbürgung über den Anlasskredit hinaus für alle gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners gegenüber der Bank auch aus anderen Krediten vorsehen.³⁹⁵ Es stellt sich aufgrund der potentiellen Überforderung des Bürgen wegen der Unüberschaubarkeit der von ihm übernommenen Haftung die Frage nach der Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen. Dafür muss den Anforderungen der §§ 864a und 879 Abs 1 ABGB entsprochen werden. § 864a ABGB sieht vor, dass *Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes* in AGB oder Vertragsformblättern, deren sich ein Vertragsteil bedient, *nicht Vertragsbestandteil* werden, wenn sie dem anderen *nachteilig* sind und er nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, *nicht mit ihnen zu rechnen* brauchte, es sei denn, man hätte ihn *besonders darauf hingewiesen*. Ob Nachteiligkeit vorliegt, wird aus der Sicht eines redlichen³⁹⁶ Vertragspartners im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt.³⁹⁷ § 879 Abs 1 ABGB bestimmt, dass Verträge, die gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen, *nichtig* sind.³⁹⁸

Daher sind nur Erstreckungsklauseln mit *festgesetztem Haftungshöchstbetrag* und solche, die den Bürgen für sämtliche *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Verbindlichkeiten* des Hauptschuldners haften lassen, zulässig und werden Bestandteile des Vertrages. Es empfiehlt sich jedoch auch hier für das Kreditinstitut, explizit auf die Erstreckungsklausel hinzuweisen, um nicht der Einwendung zu begegnen, diese wäre, selbst bei festgesetztem Haftungshöchstbetrag, für den Bürgen überraschend und daher eine „Übertölpelung“ und somit ungültig. Das könnte besonders bei der zentralen Bezugnahme auf einen Anlasskredit in den Vertragsverhandlungen der Fall sein.³⁹⁹

2. Verbürgung für Kontokorrentkredite

Das Bankkontokorrent wird als eine Ausformung des allgemeinen im Handelsrecht geregelten⁴⁰⁰ Kontokorrents betrachtet.⁴⁰¹ Demnach liegt ein Kontokorrentvertrag vor, wenn zwischen den Vertragsparteien einzelne Rechnungspos-ten nicht laufend, sondern zuzüglich der Zinsen erst nach Ablauf der Rechnungsperiode abgerechnet werden. Der Saldo wird auch erst zum Ende der Rechnungsperiode ausgeglichen.⁴⁰²

Bei der Verbürgung für Kontokorrentkredite haftet der Bürge auch für *Forderungen des Kreditgebers gegenüber dem Hauptschuldner, die bei Haftungsübernahme* (zumindest teilweise) *noch unklar sind*.⁴⁰³ Dem Bürgen ist im Zeitpunkt der Haftungsübernahme sein tatsächlicher zukünftiger Verpflichtungsumfang

³⁹⁵ Gruber, ÖBA 2002, 885ff.

³⁹⁶ Zur Redlichkeit: Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 326 Rz 2ff.

³⁹⁷ Rummel in Rummel, ABGB³ § 864a Rz 6.

³⁹⁸ § 879 Abs 3 ist hier nicht die rechtliche Grundlage, da sich dieser nicht auf die Hauptleistungspflicht bezieht.

³⁹⁹ OGH 24. 05. 1989, 1 Ob 558/89, ÖJZ 1989/149 (EvBl).

⁴⁰⁰ §§ 355ff HGB.

⁴⁰¹ Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 5/5.

⁴⁰² Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 5/6.

⁴⁰³ Th. Rabl, Die Bürgschaft 31.

unbekannt, da dieser von den Einzahlungen auf das Kontokorrentkonto sowie den vom Kreditnehmer abgerufenen Krediten abhängt. Hervorzuheben ist, dass eine vorübergehende Rückzahlung des Kreditbetrages das Kontokorrentkreditverhältnis und besonders die Bürgschaft nicht zum Erlöschen bringt.⁴⁰⁴

Unproblematisch sind dabei die Fälle, in denen sich die Bürgschaftsübernahme auf solche künftigen Forderungen des Kreditinstitutes bezieht, die bezüglich *Gläubiger*, *Rechtsgrund* und besonders bezüglich des *Haftungsumfanges* des Bürgen klar und für den Bürgen leicht nachvollziehbar und somit *bestimmbar* sind.⁴⁰⁵ In solchen Fällen ist für den Bürgen die wirtschaftliche Tragweite seiner Verpflichtung erkennbar.

Anders gelagert sind Fälle, in denen eine derartige Bestimmtheit fehlt. Die Verbürgung für Kontokorrentkredite ohne Kreditrahmen ist aus den gleichen Erwägungen, die bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Erstreckungsklauseln⁴⁰⁶ eine Rolle spielen, unzulässig. Durch eine derart unbestimmbare Verpflichtung lieferte sich der Bürge der Fremddisposition von Hauptschuldner und Gläubiger aus. Seine Haftung wäre dann davon abhängig, in welchem Maß der Hauptschuldner den Kontokorrentkredit abrufen und wie weit das Kreditinstitut die offene Kreditlinie beibehält. Solche Bestimmungen werden aufgrund ihrer Ungewöhnlichkeit nicht Bestandteil des Vertrages, es sei denn es wurde besonders auf sie hingewiesen. Selbst wenn sie explizit hervorgehoben wurden, können sie dennoch wegen des unzulässigen Verzichtes auf die Privatautonomie nichtig sein. Ergibt sich aber aus den *Begleitumständen des Vertragsschlusses*, dass eine Haftungsbeschränkung auf einen Anlass-Kreditsaldo beabsichtigt war, so ist lediglich eine übersteigende Haftung des Bürgen (teil-)nichtig.⁴⁰⁷

E. Verhältnis zu anderen Sicherheiten

Ist das Kreditinstitut neben dem persönlich haftenden Bürgen noch durch die Bestellung eines Pfandes oder weiterer Bürgschaften abgesichert, so kann es nach *freiem Belieben* wählen, wen es zuerst in Anspruch nehmen möchte.

Haften zwei Bürgen für die gesamte Forderung und hat einer von ihnen die Schuld vollständig getilgt, wird er, sofern nichts Besonderes vereinbart ist, vom anderen die Hälfte des von ihm Bezahlten fordern.⁴⁰⁸

Haben sich zwei Bürgen jeweils nur für einen Teil der Gesamtschuld verbürgt, spricht man von *Teilbürgschaft*. Wird der erste Bürge belangt, kann er nicht sogleich den internen Ausgleich mit dem anderen suchen, sondern hat zuzuwarten, bis dessen neuerliche Inanspruchnahme durch die Bank ausgeschlossen ist.

Sonst wäre es denkbar, dass der zweite Bürge, nachdem auch er schließlich vom Gläubiger belangt wurde, seinerseits auf den ersten Bürgen zurückgreift, der inzwischen illiquide sein könnte. Bürge zwei würde dann im Ergebnis mehr zahlen als durch das Bürgschaftsversprechen zugesichert.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ OGH 20.03.1991,1 Ob 520/91, eclex 1991, 453.

⁴⁰⁵ Th. Rabl, Die Bürgschaft 33.

⁴⁰⁶ Siehe: Zulässigkeit von Erstreckungsklauseln.

⁴⁰⁷ Gruber, ÖBA 2002, 885ff.

⁴⁰⁸ § 1359 S. 2 ABGB verweist auf § 896 ABGB, wo von Haftung zu „gleichen Teilen“ die Rede ist.

⁴⁰⁹ Harrer, Sicherungsrechte 33.

Beispiel 1: Die Forderung der Bank beträgt insgesamt 100 Geldeinheiten (GE). A und B haben sich gegenüber der Bank jeweils für 50 GE verbürgt. Die Bank nimmt A in Anspruch. Er zahlt die 50 GE und verlangt sogleich 25 GE von B zurück, der sofort leistet. Nun wird auch B von der Bank belangt und zahlt 50 GE. Seinerseits verlangt er vom A 25 GE zurück. Ist dieser illiquid, so hat B im Ergebnis mehr bezahlt als zugesichert.

Übersteigt die Bürgschaftssumme, das ist die Summe der von den Teilbürgen übernommenen Verpflichtungen, die Hauptschuld, so ist das Verhältnis der Verpflichtungen zur Bürgschaftssumme für den internen Ausgleich relevant.

Beispiel 2: Die Forderung der Bank beträgt 100 GE. Bürge A hat sich für 90 GE verbürgt, Bürge B für 60 GE. Die Bürgschaftssumme beträgt 150. A soll mit $3/5$, B mit $2/5$ beitragen. Zahlt A 90 GE und der Hauptschuldner die restlichen 10 GE, so wird A 36 GE, mithin $2/5$ des von ihm Gezahlten von B verlangen.

Bei Kombination von persönlichen und dinglichen Sicherheiten gilt, dass Bürgschaft und Pfand einander gleichwertig sind. Sie werden bezüglich des Ausgleichs zwischen den Bürgen und Pfandgebern und des Regresses, also dem Rückgriff auf den Hauptschuldner nach der Befriedigung der gesicherten Forderung, vom Gesetz gleichbehandelt.⁴¹⁰ Wie bereits angesprochen, kann das Kreditinstitut wählen, ob es auf den Bürgen oder die Pfandsache greift. *Versagt ist der Bank aber, dem Bürgen durch die Aufgabe der Pfandsache zu schaden.*

Es sind nur solche Pfänder erfasst, die bereits bei oder gleichzeitig mit der Bürgschaftsübernahme bestellt waren. Der Pfandverzicht des Kreditinstitutes ist zwar wirksam, doch wird dem Bürgen ein verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch in dem Ausmaß gewährt, in dem seinem zukünftigen Regressanspruch dadurch die Deckung genommen wird.

Ein zusätzliches Risiko des Gläubigers bei Absicherung durch Bürgschaft, das bei Pfändern nicht besteht, ist die *Gefahr*, dass neben dem Hauptschuldner auch der *Bürge zahlungsunfähig* wird oder sich dessen Vermögen vermindert.

F. Risiken bei Teilzahlung des Bürgen

Bezahlt der Bürge einen Teil der Forderung des Gläubigers, so geht automatisch (ipso iure) auch ein Teil der eingelösten Forderung samt den damit verbundenen Nebenrechten auf den Bürgen über, wobei in Bürgschaftsformularen jedoch oft Abweichendes vereinbart ist.⁴¹¹ Durch Teilzahlung gehen daher auch Pfandrechte teilweise über, jedoch ist das beim *Kreditinstitut verbleibende Teilpfandrecht vorrangig*. An den Sicherheiten entsteht mithin zwischen der Bank und dem Bürgen eine Rechtsgemeinschaft, wobei die Restforderung der Bank den Vorrang genießt.⁴¹² Bewegliche Pfandsachen muss das Kreditinstitut vor der vollständigen Berichtigung der Hauptschuld nicht herausgeben.⁴¹³ Verwertet es allerdings eine Sicherheit und bleibt ihm dabei ein Überhang, gebührt dieser dem Teilbürgen im Umfang der von ihm bezahlten Schuld.⁴¹⁴ Deckt das Pfand nicht die gesamte Forderung ab, werden die Teilzahlungen des Bürgen zunächst

⁴¹⁰ Harrer, Sicherungsrechte 117.

⁴¹¹ Mader in Schwimann, ABGB² § 1358 Rz 8.

⁴¹² Gamerith, ÖBA 1988, 759ff.

⁴¹³ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1422 Rz 15.

⁴¹⁴ Gamerith, ÖBA 1988, 759ff.

auf den nicht pfandbesicherten Forderungsteil angerechnet.⁴¹⁵ Bezüglich des vorbehaltenen Eigentums ist anerkannt, dass Teilzahlungen des Bürgen keinen Übergang bewirken.⁴¹⁶

G. Kündigungsrechte des Bürgen

Die Bürgschaft ist ein Dauerschuldverhältnis, wenn sie der Sicherung eines Dauerschuldverhältnisses dient.⁴¹⁷ Deshalb können Bürgschaften, die der Besicherung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dauerschuldverhältnisses, wie etwa eines revolvingierenden Kredites dienen, ohne Angabe von Gründen in angemessener Zeit ordentlich gekündigt werden. Das Erfordernis der „angemessenen Zeit“, nach deren Verstreichen die ordentliche Kündigung zulässig sein soll, ist bislang nicht näher bestimmt.⁴¹⁸ Bei einer Bürgschaft, die im Zusammenhang mit einem befristeten Geschäft steht, ist eine ordentliche Kündigung nicht möglich.

Die bei befristeten wie unbefristeten Dauerschuldverhältnissen zulässigen⁴¹⁹ außerordentlichen Kündigungsrechte stehen dem Bürgen jedenfalls zu. Bei Bürgschaften in Form von Dauerschuldverhältnissen kommt es darauf an, ob „der Entfall eines bestimmten Umstands bzw. das Dazutreten eines bestimmten Ereignisses im Zeitpunkt der Haftungsübernahme voraussehbar war“.⁴²⁰

Beispiel 3: Ein außerordentliches Kündigungsrecht eines Anwalts, dessen Rechtsanwaltspartnerschaft sich aufgelöst hat, wurde verneint, da derartige Geschehnisse schon bei Haftungsübernahme zu bedenken seien und daher vertraglich geregelt werden sollten.⁴²¹ Hat die Bank dieser Partnerschaft einen Kredit gewährt, entfällt die Haftung des Partners durch seinen Austritt nicht.

Die Vertragsauflösung bewirkt die Beschränkung der Haftung auf den Saldo zum Kündigungszeitpunkt. Vertragliche Regelungen im Zusammenhang mit Kündigungsfragen sind wegen der rechtlichen Unbestimmtheit empfehlenswert. Die Kündigung des Bürgen wird auch die Bank dazu berechtigen, den Kreditvertrag zu beenden, schließlich war nur ein besicherter Kredit geschuldet.⁴²² Sie kann dann den Vertrag mit dem Hauptschuldner aus wichtigem Grund durch außerordentliche Kündigung auflösen.⁴²³

H. Bestimmungen zum Schutz des Bürgen

1. Bürgschaft im KSchG

Auf einige Besonderheiten des KSchG in Bezug auf Bürgschaftsverträge ist im Folgenden einzugehen. Das KSchG bemüht sich, Verbraucher vor Überforde-

⁴¹⁵ OGH 30.04.1986, 3 Ob 19/86, JBl 1986, 512.

⁴¹⁶ Mader in Schwimann, ABGB² § 1358 Rz 11.

⁴¹⁷ Th. Rabl, ecolex 1999, 619.

⁴¹⁸ Als Richtlinie schlägt P. Bydlinski das Abwarten einer 5-Jahresfrist unter Einhaltung einer 2-monatigen Kündigungsfrist vor. Rechtliche Gewissheit bedeutet der Vorschlag keineswegs. P. Bydlinski, ÖBA 1999, 104ff.

⁴¹⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 8.

⁴²⁰ Th. Rabl, ecolex 1999, 620.

⁴²¹ OGH 23.02.1999, 1 Ob 326/98t; Th. Rabl, ecolex 1999, 620.

⁴²² P. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht 141.

⁴²³ Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 1/72.

rung durch Unternehmer zu bewahren und so ein Kräfteungleichgewicht auszugleichen. Ähnliche Überforderungsgesichtspunkte spielen auch im Bürgschaftsrecht eine Rolle, wo sich oft ungleiche Parteien gegenüberstehen und Irrationalität – hervorgerufen durch emotionale Drucksituationen – ein leidiges Problem darstellt.

Tätigt der werdende Unternehmer *vor der Aufnahme des Unternehmensbetriebes* Geschäfte zur Vorbereitung seiner Tätigkeit, so gilt er noch als *Verbraucher* und genießt daher den Schutz des KSchG.⁴²⁴ Dies hat die Bank zu beachten, gerade weil sich der Geschäftspartner für sie wie ein Kommerzkunde darstellt. Wer sein bereits bestehendes Unternehmen erweitert, gilt allerdings als Unternehmer, z. B. ein Tankstellenpächter, der eine Waschanlage erwirbt.⁴²⁵

Kreditinstitute oder -vermittler als Unternehmer trifft gemäß § 25a KSchG bei sonstiger *Verwaltungsstrafe* die Pflicht, Ehegatten, die als Verbraucher gemeinsam einen Kredit aufnehmen (sei es als solidarische Mitschuldner, sei es als Kreditwerber und Bürge), durch Urkunde darüber *zu belehren*, dass von jedem von ihnen in beliebiger Reihenfolge der volle Schuldbetrag verlangt werden kann, die *Haftung auch im Scheidungsfall fortbesteht* und nur durch das Gericht unter Umständen in eine Ausfallsbürgschaft umgewandelt werden kann.

§ 25b Abs 2 KSchG verpflichtet einen Kreditgeber i.S.d. § 25a KSchG, einen Verbraucher als Bürgen oder Garanten in angemessener Frist über die *Säumigkeit des Hauptschuldners zu informieren*. Dem Verbraucher soll es dadurch leichter gemacht werden, ein Anwachsen der Schuld durch rechtzeitige Zahlung an den Gläubiger zu verhindern.⁴²⁶ Findet keine Verständigung statt, droht dem Kreditgeber neben einer *Verwaltungsstrafe* die von einem Verschulden des Kreditinstitutes unabhängige *Haftungsbefreiung des Verbrauchers* hinsichtlich Zinsen und Kosten, die ab der Kenntnis des Kreditinstitutes von der Säumigkeit des Kreditnehmers bis zum Verzug des Bürgen selbst entstehen.⁴²⁷

Eine besondere *Informationspflicht* über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners trifft das Kreditinstitut gegenüber Verbrauchern als Bürgen, Garanten oder Mitschuldner, wenn es erkennt oder erkennen muss, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird (§ 25c KSchG) und der Verbraucher als Interzedent, also für Rechnung eines anderen und in fremdem Interesse handelt. Diese Regelung dient der Warnung, nicht primär der Information, weshalb der Kreditgeber den Interzedenten auch dann auf die Stellung des Schuldners hinweisen muss, wenn der Interzedent die finanzielle Lage des Hauptschuldners bereits kennt. Bei einem Kreditinstitut als Gläubiger besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dieser Informationspflicht und dem Bankgeheimnis. Können die zulässigen allgemeinen Auskünfte des § 38 Abs 2 Z 6 BWG dem § 25c KSchG nicht gerecht werden und stimmt der Schuldner einer weitergehenden Mitteilung nicht zu bzw. untersagt er die Auskunftserteilung der Bank gänzlich, so hat die Bank auf die Besicherung, möglicherweise damit auch auf das *zugrunde liegende Kreditgeschäft zu verzichten*.⁴²⁸ Ist die Warnung ausgeblieben, haftet der Verbraucher

⁴²⁴ § 1 Abs 3 KSchG.

⁴²⁵ OGH 21. 04. 1982, 1 Ob 778/81.

⁴²⁶ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB² § 25b KSchG Rz 4.

⁴²⁷ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB² § 25b KSchG Rz 7.

⁴²⁸ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB² § 25c KSchG Rz 5; auch die EBzRV 311 BlgNR 20.

nur, wenn er seine Verpflichtung trotz der Information übernommen hätte, was vom Kreditinstitut zu beweisen ist.⁴²⁹

§ 25d KSchG schließlich statuiert ein richterliches Mäßigungsrecht, das nur in besonderen Fällen und ausnahmsweise zur Anwendung gelangt. Die Anwendung des § 25d KSchG setzt allerdings voraus, dass keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 ABGB vorliegt, die Verbürgung daher prinzipiell gültig ist. Steht die Verbindlichkeit des Verbrauchers in krassem Missverhältnis zu seiner Leistungsfähigkeit⁴³⁰ und waren die Interzedenteneigenschaft⁴³¹ sowie die Umstände, die dieses Missverhältnis herbeigeführt haben, für das Kreditinstitut bei Begründung der Verbindlichkeit erkennbar, so kann der *Richter die Haftung des Verbrauchers mindern oder auch ganz erlassen*. Insbesondere sollen

- das *Interesse des Gläubigers* an der Begründung der Haftung des Interzedenten,
- das *Verschulden des Interzedenten* an der Herbeiführung der das Missverhältnis begründenden Umstände,
- sein Nutzen aus der Leistung des Gläubigers, sowie
- schließlich *Leichtsinn, Zwangslage, Unerfahrenheit, Gemütsaufregung* und die Abhängigkeit des Interzedenten vom Schuldner bei Begründung der Verbindlichkeit

vom Richter berücksichtigt werden.

2. Angehörigenbürgschaft

Das Mäßigungsrecht kommt, wie eben erläutert, nur zur Anwendung, sofern der Vertrag zwischen dem Kreditinstitut und dem Bürgen nicht ohnehin wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist. Diese *Sittenwidrigkeit* spielt besonders bei der sog. Angehörigenbürgschaft eine große Rolle, also bei der Interzession durch nahe Familienangehörige. Im Falle einer Angehörigenbürgschaft prüft der OGH⁴³² vorweg die Nichtigkeit in Anlehnung an die *Wucherbestimmung des ABGB*.⁴³³ Sittenwidrigkeit und daher Nichtigkeit ist nach dieser Vorschrift dann gegeben, wenn

- der Interzessionsvertrag wegen finanzieller Überforderung *inhaltlich zu missbilligen* ist,
- die *Entscheidungsfreiheit* des Interzedenten bei Vertragsabschluss „verdünnt“ ist,
- und dem Kreditgeber *Kenntnis* bzw. *fahrlässige Unkenntnis* dieser Faktoren vorzuwerfen ist.

Die Haftungsbefreiung bei Angehörigenbürgschaften setzt eine *enge gefühlsmäßige Bindung* voraus, wie sie typischerweise zwischen Eltern und Kindern, Eheleuten oder auch zwischen Lebensgefährten⁴³⁴ besteht. Zwischen erwachsenen Geschwistern wird diese enge gefühlsmäßige Bindung nicht ohne weiteres

⁴²⁹ *Kreji in Rummel*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 10.

⁴³⁰ Die Rechtsprechung ist sehr einzelfallbezogen. Siehe: *Th. Rabl*, Die Bürgschaft 63ff.

⁴³¹ Interzession bezeichnet die Haftung für eine materiell fremde Verbindlichkeit. Neben der Bürgschaft kommen auch Garantie, Schulbeitritt, Schuldübernahme etc. als Interzessionsformen in Frage. *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht II¹² 146ff. Der OGH hat erkannt, dass eine analoge Anwendung der §§ 25c,d KSchG auf die Pfandbestellung nicht zulässig ist. OGH 05. 06. 2002, 9 Ob 85/02v, RdW 2002, 589.

⁴³² OGH 10. 07. 1997, 2 Ob 156/97y, JBl 1998, 36.

⁴³³ § 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

⁴³⁴ OGH 11. 12. 2002, 7 Ob 228/02h.

angenommen. Ein Beurteilungskriterium für die emotionale Abhängigkeit ist die räumliche Trennung in unabhängige familiäre und berufliche Lebensbereiche.⁴³⁵ Den Bürgen trifft die Behauptungs- und Beweislast. Er muss alle die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände darlegen.⁴³⁶

Die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Angehörigenbürgschaft lässt sich auch auf andere Fälle übertragen, in denen ein Ausbeutungstatbestand vorliegt.⁴³⁷ Der OGH nimmt zum Teil im Gegensatz zum deutschen BGH eine *Gesamtbetrachtung* der Vermögensverhältnisse nicht nur des Bürgen, sondern auch des Hauptschuldners vor⁴³⁸, beharrt auf dem Erfordernis der *verdünnten Entscheidungsfreiheit* und anerkennt die *Teilnichtigkeit* von Interzessionsverträgen mit der Konsequenz einer Reduktion der Verpflichtungssumme.⁴³⁹

Ein Unterschied zwischen der Sittenwidrigkeitsprüfung bei der Angehörigenbürgschaft und dem Mäßigungsrecht des § 25d KSchG liegt darin, dass bei der Sittenwidrigkeitsprüfung nur die Verhältnisse bei Vertragsabschluss berücksichtigt werden, während das Mäßigungsrecht zum Teil auch die finanzielle Lage des Verbrauchers bei Inanspruchnahme des Bürgen berücksichtigt, sofern diese dem Gläubiger bereits bei Vertragsabschluss erkennbar war.⁴⁴⁰ Fest steht auch, dass § 25d KSchG nicht auf den Familienkreis beschränkt ist, sondern allgemein für Verbraucher gilt.⁴⁴¹

⁴³⁵ OGH 30. 06. 1998, 1 Ob 87/98w, ecolex 1998, 762f.

⁴³⁶ Ecolex 1998, 761f.

⁴³⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 879 Rz 196ff.

⁴³⁸ OGH 30. 06. 1998, 1 Ob 87/98w; *Graf*, ÖBA 1998, 753ff.; *Thoß*, ÖBA 2003, 793ff.

⁴³⁹ *Thoß*, ÖBA 2003, 793ff.

⁴⁴⁰ *Th. Rabl*, Die Bürgschaft 68.

⁴⁴¹ *Th. Rabl*, Die Bürgschaft 67.

Kapitel 8: Die Garantie

I. Einleitung

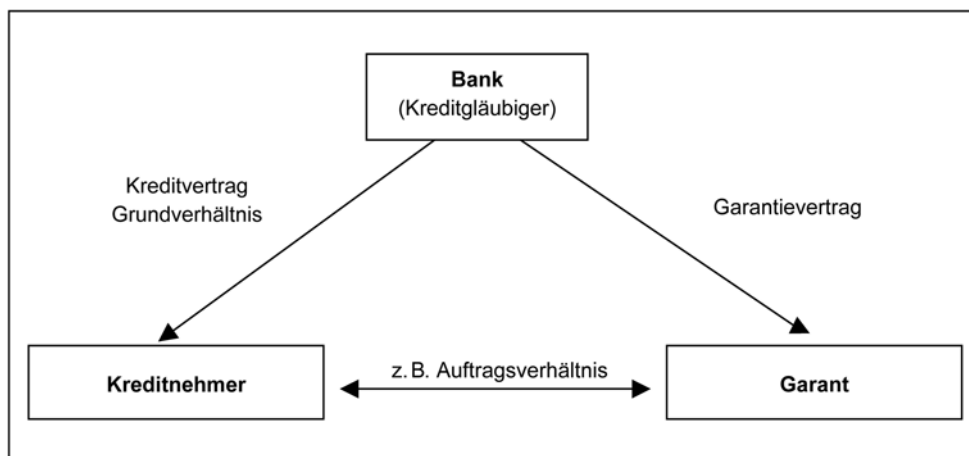
Die Darstellung der Garantie als Mittel zur Kreditsicherung für die Bank erfordert es, die Bank als begünstigte, nicht als garantierende Partei zu betrachten. Im Folgenden werden die Besonderheiten der Garantie behandelt und es wird auf die verschiedenen Arten von Garantien eingegangen. Die Möglichkeiten der Verpfändung von Garantien werden ebenfalls dargestellt. Als abstraktes Sicherungsinstrument sind lediglich Einwendungen des Garanten gegen den Begünstigten aus dem Garantievertrag zulässig. Nur ausnahmsweise spielt das Verhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Hauptschuldner eine Rolle für das Verhältnis zwischen Garant und Begünstigtem. Letztlich verdient die Patronatsklärung als Haftungsübernahme besonderer Art Erwähnung.

II. Allgemeines

A. Wesen

Das Kreditinstitut kann seine begebenen Kredite absichern, indem es sich eine Garantie einräumen lässt. Diese Sicherungstechnik stellt *Abbildung 10* dar.

Abbildung 10



Durch den Garantievertrag verpflichtet sich der Garant gegenüber der begünstigten Bank, für einen noch ungewissen Erfolg oder einen entstehenden Schaden einzustehen. Garantien können sowohl zwei- als auch dreipersonale Verhältnisse sein. Im bankgeschäftlichen Bereich interessieren primär die *dreipersonalen Garantien*, bei denen die Verpflichtung des Garanten der Sicherung eines zwischen einem Dritten und der Bank bestehenden Verhältnisses dient.⁴⁴² Rechtsgrundlage der Garantie ist § 880a ABGB; daneben werden die Bestimmungen des Bürgschaftsrechtes großteils auch für die Garantie herangezogen. Der entscheidende Unterschied zwischen Garantie und Bürgschaft ist die *Abstraktheit der Garantie*. Die Verpflichtung des Garanten besteht daher auch dann, wenn das Grundverhältnis zwischen Begünstigtem und Hauptschuldner Mängel aufweist. Der Garant kann der begünstigten Bank keine Einwendungen,

⁴⁴² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 144.

die das Grundverhältnis (Valutaverhältnis) zwischen der Bank und dem Hauptschuldner betreffen, vorbringen, lediglich solche Einwendungen, die sein Verhältnis mit dem Begünstigten betreffen. Hat der Garant gezahlt, so geht die Forderung der Bank gegen den Kreditnehmer wie bei der Bürgschaft ex lege auf den Garanten über.⁴⁴³ Dabei treffen das Kreditinstitut bestimmte Mitwirkungspflichten, die bereits im Rahmen der Bürgschaft dargestellt wurden.

B. Typen von Garantien

1. Die Bankgarantie

Bei der Bankgarantie übernimmt eine garantierende Bank die Gewähr dafür, dass die begünstigte Bank von einem Dritten eine Leistung erhält.⁴⁴⁴ Dies geschieht durch Vertrag, der seitens des Begünstigten selbst durch Stillschweigen zustande kommen kann, da er ihm typischerweise nur Vorteile bringt.⁴⁴⁵

Grundlage der Garantieverpflichtung ist oft ein Auftragsverhältnis⁴⁴⁶ zwischen Schuldner und garantierender Bank, das nach §§ 1002ff ABGB zu beurteilen ist.⁴⁴⁷ Oft wird vereinbart, dass der Garant „auf erste Anforderung“ durch das begünstigte Kreditinstitut zahlen muss, ohne dass ein besonderer Nachweis des ausgebliebenen Erfolges zu erbringen wäre.⁴⁴⁸ Nur im Falle einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des Garanten durch die begünstigte Bank, welche die Rechtsprechung bloß unter sehr engen Voraussetzungen annimmt, ist der Einwand des Rechtsmissbrauches gegen das begünstigte Kreditinstitut aussichtsreich.⁴⁴⁹

2. Die Zahlungsgarantie

Zahlungsgarantien gewähren dem Begünstigten einen Anspruch auf Zahlung durch den Garanten, beispielsweise auf Rückzahlung eines vom begünstigten Kreditinstitut gegebenen Kredites. Die Zahlungsgarantie kann entweder nur den Kreditbetrag oder diesen samt Zinsen umfassen.⁴⁵⁰

3. Das Akkreditiv

Von der Garantie zu unterscheiden und doch insbesondere aufgrund ihrer Abstraktheit mit dieser verwandt, ist das Akkreditiv, das nicht der Sicherung, sondern der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient. Das Akkreditiv ist eine angenommene Anweisung, durch die sich der Angewiesene gegenüber dem begünstigten Kreditinstitut verpflichtet. Es dient in der Regel nur der Erfüllung der dem Anweisenden obliegenden Leistung, während die Garantie auch durch die verspätete Erfüllung entstandene Schäden abdecken kann.⁴⁵¹

⁴⁴³ § 1358 ABGB analog, *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 880a Rz 5.

⁴⁴⁴ *Koziol in Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/1.

⁴⁴⁵ *Koziol in Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/67.

⁴⁴⁶ Eine Geschäftsführung ohne Auftrag etwa (§§ 1035ff ABGB) ist nur beschränkt denkbar.

⁴⁴⁷ *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 52.

⁴⁴⁸ *Koziol in Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/19.

⁴⁴⁹ *Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 66.

⁴⁵⁰ *Koziol in Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/18.

⁴⁵¹ *Koziol in Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/47.

4. Die Haftrücklassgarantie

Die Haftrücklassgarantie dient der *Sicherung von Gewährleistungsansprüchen* und findet besonders im Baugewerbe Anwendung. Der Bauherr lässt sich, statt einen Teil des Werklohnes für allfällige Mängel zurückzubehalten, eine Bankgarantie einräumen, die seine Ansprüche in gleicher Weise absichert. Der Bauherr soll dadurch eine dem Haftrücklass gleichwertige Sicherheit erhalten. Statt jedoch bei nach Fertigstellung auftretenden Mängeln Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer geltend zu machen, kann er die Garantie abrufen.

Bei der Haftrücklassgarantie ist demnach nicht die Bank, sondern der Bezieher der Leistung der Begünstigte. Die Abtretung derartiger Garantien an eine Bank als Sicherungsmittel kommt unter Beachtung der im Abschnitt über die Verpfändung von Garantien aufgeführten Bedingungen in Betracht. Besonders hat das begünstigte Kreditinstitut dabei auch auf etwaige, die Garantie betreffende *Einwendungsausschlüsse* zu achten.⁴⁵²

III. Einzelne Probleme

A. Probleme im Zusammenhang mit der Bankgarantie

Nur Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Garanten und dem Begünstigten sind zulässig, nicht aber solche, die das besicherte Grundgeschäft zwischen dem Kreditnehmer und der begünstigten Bank betreffen. Hat der Garant selbst andere Gegenforderungen gegen den Begünstigten, so ist eine *Aufrechnung*, es sei denn man habe sie ausgeschlossen⁴⁵³, *zulässig*. Der Garant kann mit der Forderung des Begünstigten ebenfalls nicht aufrechnen, wenn im Garantievertrag auf sämtliche Einreden schlechthin verzichtet wurde.⁴⁵⁴

Nach § 880a ABGB hat der Garant „volle Genugtuung“ zu leisten, also der begünstigten Bank auch für den sog. „entgangenen Gewinn“ i.S.d. § 1323 S. 2 ABGB einzustehen. Betragsmäßige Haftungsgrenzen⁴⁵⁵ sind allerdings zulässig und in der Praxis durchaus üblich, sodass sich die garantierende Bank zumeist auf den vom Kreditnehmer in Geld geschuldeten Betrag verpflichtet. Darin ist ein Ausschluss der Haftung für Folgeschäden zu sehen.⁴⁵⁶

B. Verpfändung von Garantien

Das Pfandrecht bezeichnet die Berechtigung eines Gläubigers, sich bei Fälligkeit und Nichtleistung vorrangig aus der verpfändeten Sache Befriedigung zu verschaffen.⁴⁵⁷ Auch Rechte sind verpfändbar und damit auch die Garantie, wobei – aufgrund ihrer Abstraktheit – einige Besonderheiten anzumerken sind. Es ist zwischen dem Zahlungsanspruch und dem Recht auf Inanspruchnahme der Garantie zu unterscheiden.⁴⁵⁸ Der *Zahlungsanspruch* der begünstigten Bank, der erst mit der Inanspruchnahme der Garantie entsteht, ist *auch ohne Zustimmung des Garanten übertragbar*, es sei denn man hat ein Zessionsverbot

⁴⁵² Th. Rabl, immolex 1999, 216ff.

⁴⁵³ OGH 26. 08. 1999, 8 Ob 74/99m, ÖBA 2000, 864.

⁴⁵⁴ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/97.

⁴⁵⁵ Rummel in *Rummel*, ABGB³ § 880a Rz 10.

⁴⁵⁶ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/76.

⁴⁵⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹² 333.

⁴⁵⁸ P. Bydlinski, ÖBA 1988, 390ff.

vereinbart. Ob das Zessionsverbot auch ein Verpfändungsverbot bedeutet, bestimmt die vertragliche Vereinbarung.

Probleme bereitet der bei unberechtigter Inanspruchnahme bestehende Bereicherungsanspruch des Garanten, der nach wie vor gegen den ursprünglichen Begünstigten zu richten ist, da nur diesem ein besonderer Vertrauensvorschuss in Bezug auf die Rückzahlung bei fehlender materieller Berechtigung gewährt wird.⁴⁵⁹

Das *Recht auf Inanspruchnahme* der Garantie ist nur dann übertragbar und daher auch verpfändbar, wenn dem *Garanten* dadurch *kein Nachteil* entsteht. Das wird insbesondere dann vermutet, wenn die Abtretung aus der Garantie zusammen mit der gesicherten Forderung aus dem Grundgeschäft erfolgt.⁴⁶⁰

Durch ihre Abstraktheit hat die Garantie eine besondere *persönliche Note*.⁴⁶¹ Garant und indirekt auch der Garantierauftraggeber erwarten vom Begünstigten, nur belangt zu werden, wenn dieser tatsächlich auch materiell dazu berechtigt ist. Der Durchblick auf das Grundverhältnis ist entscheidend. Dem ursprünglich begünstigten Gläubiger wird das Vertrauen entgegengebracht und nicht einem anderen, der keinen Einblick in das Grundverhältnis hat.⁴⁶²

C. Einreden bei Inanspruchnahme der Garantie

1. Allgemeines

Die Abstraktheit der Garantie dient dem Zweck, das *begünstigte Kreditinstitut reibungsfrei und rasch zu befriedigen* und allfällige *Streitigkeiten erst nach der Zahlung* auszutragen. Garant und Begünstigter können aber auch bestimmte Einwendungen aus dem Grundverhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Kreditnehmer für beachtlich erklären. Je weiter diese Koppelung an das Grundgeschäft geht, desto mehr nähert sich die Garantie der Bürgschaft. Sind sämtliche Einwendungen aus dem Grundverhältnis zulässig, liegt keine Garantie, sondern eine Bürgschaft vor.⁴⁶³ Auf die bloße Bezeichnung als Bürgschaft oder Garantie kommt es nicht an.

2. Einwendungen aus der Beziehung des Garanten zur begünstigten Bank

Das besicherte Kreditinstitut möchte die Garantie risikolos abrufen, ohne befürchten zu müssen, dass ihm vom Garanten bestimmte Einwendungen entgegengehalten werden könnten. Auf die Gefahr folgender Einwendungen des Garanten aus dem Garantieverhältnis hat die begünstigte Bank dabei Bedacht zu nehmen.

Als Einwendung aus dem zwischen dem Garanten und dem Begünstigten bestehenden Verhältnis kommt zunächst die Geltendmachung der *Ungültigkeit des Garantievertrages*, etwa wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder gesetzliche Bestimmungen, mangelnden Konsenses bei Vertragsabschluss oder mangelnder Vertretungsbefugnis des Bankvertreters in Frage. Dient die Garantie der Besicherung eines unzulässigen Geschäftes (z. B. einer Rauschgiftlieferung),

⁴⁵⁹ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/107.

⁴⁶⁰ Ertl in *Rummel*, ABGB³ § 1393 Rz 1.

⁴⁶¹ P. Bydlinski, ÖBA 1988, 390ff.

⁴⁶² Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/109.

⁴⁶³ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/90.

schlägt die Ungültigkeit des Grundgeschäfts auch auf die sich darauf beziehende Garantie durch, deren Abruf mit der Einrede des Rechtsmissbrauches begegnet werden kann.

Auch die *Irrtumseinrede* ist zulässig, ebenso wie die Einrede, dass die garantierende Bank *nicht ordnungsgemäß in Anspruch genommen* wurde.

Die *Einrede des Nichteintrittes des Garantiefalles* sowie die *Zug-um-Zug-Einrede* gewähren dem Garanten das Recht, erst nach Vorweisen bzw. Herausgabe bestimmter Dokumente oder nach der Erklärung des Begünstigten, er habe die Leistung vom Dritten nicht erhalten, leisten zu müssen. Die Aufrechnung mit eigenen Forderungen ist unter den oben angeführten Voraussetzungen zulässig.

Des Weiteren ist der *Einwand des Eigenverschuldens des Begünstigten* anerkannt, wenn dem begünstigten Kreditinstitut gegenüber der garantierenden Bank bestimmte Verhaltenspflichten obliegen, es diese schuldhaft verletzt und dadurch den Garantiefall auslöst.

Dem Garanten ist es, abgesehen vom Falle eines Rechtsmissbrauches, verwehrt, der begünstigten Bank entgegenzuhalten, dass der Abruf der Garantie dem Sicherungszweck widerspricht, es sei denn, die genaue Angabe des Sicherungszweckes wurde in der Abrufserklärung vereinbart und der Begünstigte kommt diesen *formellen Erfordernissen*⁴⁶⁴ nicht genauestens nach.⁴⁶⁵ Allein eine bei Garantieübernahme erfolgte Bezugnahme auf das Grundverhältnis stellt noch keinen Hinweis auf eine akzessorische Haftung dar.⁴⁶⁶

3. Einwendungen aus dem Grundverhältnis des Kreditnehmers zum Begünstigten

a. Das Wesen des Rechtsmissbrauches

Im Gegensatz zu den direkten Einwendungen des Garanten, die sich aus dem Garantievertrag mit der begünstigten Bank ergeben, geht es bei den Einwendungen aus dem Grundverhältnis um solche aus der Beziehung zwischen Begünstigtem und Kreditnehmer. Der Garant erhebt also eine Einwendung, die ihn nur indirekt betrifft, da sie sich auf einen *zwischen anderen abgeschlossenen Vertrag bezieht*. Der Zulässigkeit einer solchen Einwendung sind daher enge Grenzen gesetzt.

Dem Begünstigten kann vom Garanten der *Einwand des Rechtsmissbrauches* entgegengehalten werden, wobei diese Einwendung nur unter restriktiv auszulegenden Umständen zulässig ist, um den Zweck der abstrakten Garantie als Sicherheit für den Begünstigten nicht zu vereiteln.

Als Richtlinie für den Rechtsmissbrauch dient die Bestimmung des § 1295 Abs 2 ABGB, eine Bestimmung des Schadenersatzrechtes, wonach derjenige, der einem anderen sittenwidrig absichtlich Schaden zufügt, diesem ersatzpflichtig wird, wenn seine Rechtsausübung offensichtlich den Zweck hat, den anderen zu schädigen. Im Zusammenhang mit der Bankgarantie ist Rechtsmissbrauch immer dann anzunehmen, wenn dem Garantiebegünstigten bekannt ist, dass er die Garantie unberechtigt in Anspruch nimmt, also dann, wenn der Begünstigte betrügerisch vorzugehen versucht.⁴⁶⁷ Es kommt auf den Wissensstand und die

⁴⁶⁴ Das Erfordernis, die Garantie nur bei Vorliegen aller formellen Voraussetzungen abrufen zu dürfen, bezeichnet man auch als formelle Garantiestrenge.

⁴⁶⁵ OGH 23. 03. 1993, 5 Ob 1510/93, ÖBA 1993, 404.

⁴⁶⁶ OGH 09. 11. 1993, 5 Ob 540/93, ÖBA 1994, 432ff.

⁴⁶⁷ *Harrer in Schwimann*, ABGB² § 1295 Abs 2 Rz 153.

Beweislage im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie an. Wird dem Begünstigten gleich nach seinem Garantieabruf *eindeutig nachgewiesen*, dass ihm aus dem Grundverhältnis, dem Kreditvertrag, kein Anspruch zusteht, besteht er aber weiterhin auf Erbringung der Garantieleistung, so handelt er rechtsmissbräuchlich.

Eine derartige Rechtsausübung kann aus mehreren Gründen missbräuchlich sein, etwa wegen einer Schadenszufügungsabsicht (sog. *Schikane*). Ihnen allen ist gemein, dass sie ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des Rechtsausübenden und den dadurch beeinträchtigten Interessen des davon Betroffenen voraussetzen.⁴⁶⁸ Der Schädigungszweck muss augenscheinlich so sehr im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig nebensächlich sind.⁴⁶⁹ Das ist auch bei der sog. *interesselosen Rechtsausübung* der Fall. Diese liegt vor, wenn etwas gefordert wird, das sofort wieder zurückzuerstatten ist, und dabei die Gefahr eines Schadenseintrittes besteht⁴⁷⁰. Außerdem muss der Begünstigte um diese Konsequenzen wissen. Das Abrufen der Bankgarantie ist daher rechtsmissbräuchlich, wenn das Nichtbestehen des Anspruchs des Begünstigten im Valutaverhältnis zum Zeitpunkt des Abrufs evident erwiesen ist.⁴⁷¹

Dem Schuldner wird gewährt, liquide Beweise rasch vorzubringen. *Liquidität* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass lediglich *präsen*te und *durchschla-*
gende Beweismittel zulässig sind, um die Zahlung zurückzuhalten.⁴⁷² Die Beweise müssen daher bereits im Zeitpunkt der Zahlungsverweigerung des Garanten vorhanden sein und überdies keinen Zweifel an der Unzulässigkeit des Abrufes übriglassen. Ansonsten wäre die Funktionsfähigkeit der Garantie beeinträchtigt. Nur wenn die Schutzwürdigkeit des Begünstigten ganz eindeutig nicht mehr gegeben ist, überwiegen die Interessen des Garanten und des Schuldners aus dem Grundverhältnis jene des Begünstigten an rascher Befriedigung.⁴⁷³ Das Erfordernis liquider Beweisbarkeit weisen allerdings nicht nur Dokumente auf. Auch Sachverständige oder Zeugen können unter Umständen die Liquidität gewährleisten und dem begünstigten Kreditinstitut die Unzulässigkeit des Garantieabrufes vor Augen führen.⁴⁷⁴

b. Prozessuale Aspekte des Rechtsmissbrauches

Ein auch in prozessualer Hinsicht wesentlicher Grundsatz der Garantie heißt: „*erst zahlen, dann prozessieren*“. Dadurch kommt dem Begünstigten bei Streitigkeiten nach der Zahlung des Garanten durch eine *Umkehrung des Kräfteverhältnisses* die attraktivere Rolle des Beklagten zu. Dann muss unter Umständen der Kreditnehmer und Garantierauftraggeber Rückforderungsansprüche gegen den Begünstigten, vielleicht sogar in einem anderen Land mit einer fremden Rechtsordnung geltend machen.⁴⁷⁵ Gerade diese Umstände, die zur *Bevorzugung des Begünstigten* führen, kennzeichnen die Garantie und machen sie so attraktiv.

⁴⁶⁸ Mader, JBl 1998, 677ff.

⁴⁶⁹ 9 Ob 265/99g, ecolex 2000, 101.

⁴⁷⁰ OGH 26. 11. 1996, 4 Ob 2330/96t, ÖBA 1997/628.

⁴⁷¹ Krejci in Rummel, ABGB³ § 879 Rz 139b.

⁴⁷² Canaris, ÖBA 1987, 769ff.

⁴⁷³ OGH 09. 11. 1993, 5 Ob 540/93, ÖBA 1994, 432ff.

⁴⁷⁴ Canaris, ÖBA 1987, 769ff.

⁴⁷⁵ Canaris, ÖBA 1987, 769ff.

Das Erfordernis der Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs bürdet dem, der sich darauf beruft, eine erhebliche Beweislast auf.⁴⁷⁶ Die für eine Schikane begriffsnotwendige subjektive Schadenszufügungsabsicht beispielsweise ist nur schwer nachweisbar, etwa wenn der Begünstigte seine unlauteren Absichten in unkluger Weise geäußert hat oder diese Intention aus einer „Rechtsausübung“, der kein anderes als ein Schädigungsmotiv zugrunde liegen kann, zweifelsfrei hervorgeht.⁴⁷⁷ Das Abrufen der Garantie vor Fälligkeit der gesicherten Forderung aus dem Grundverhältnis allein stellt noch keinen Rechtsmissbrauch dar. Zusätzlich ist nämlich vom Garanten zu beweisen, dass der klagenden Partei keine Leistung zusteht, ihr das auch bewusst war und sie dennoch auf der Einlösung der Garantie beharrt hat.⁴⁷⁸ Um den Nachteil der schwierigen Nachweisbarkeit der subjektiven Schädigungsabsicht des Begünstigten abzufedern, wird überprüft, ob beim Handelnden ein erkennbares objektives Ausübungsinteresse vorhanden ist. So wird letztlich mit der „interesselosen Rechtsausübung“ ein selbständiger Missbrauchstatbestand geschaffen.⁴⁷⁹

IV. Exkurs: Patronatserklärungen

Patronatserklärungen sind Bürgschaft und Garantie sowie (echtem) Vertrag zu Gunsten Dritter⁴⁸⁰ nahe stehende, *gesetzlich unregelte Personalsicherheiten*. Ein Mutterunternehmen (Patron) hat ein Interesse an der Kreditaufnahme durch eine Tochtergesellschaft und setzt sich bei der Bank für die Kreditgewährung ein. Aus gebühren- und/oder bilanzrechtlichen Erwägungen⁴⁸¹ sichert sie die Bank nicht durch Bürgschaft, Garantie oder Pfandbestellung, sondern stattdessen durch eine sog. Patronatserklärung ab. Je nach Umfang der Haftungsübernahme der Mutter wird zwischen „harten“ und „weichen“ Patronatserklärungen unterschieden.⁴⁸² Nur die ersteren drücken einen rechtserheblichen Bindungswillen aus und begründen eine Verpflichtung des Patrons, letztere sind entweder bloß schwer durchsetzbare Verwendungszusagen oder gar nur reine Good-will-Erklärungen.⁴⁸³

Beispiel für eine weiche Patronatserklärung: „Man werde den Einfluss als Muttergesellschaft der Kreditnehmerin geltend machen, damit diese ihren Verbindlichkeiten aus dem Kredit nachkommt“ oder noch schwächer als Beispiel für eine reine Good-will-Erklärung: „Wir haben davon Kenntnis genommen, dass Sie unserer Tochtergesellschaft Kredit gewährt haben“.⁴⁸⁴

Als Kreditsicherungsinstrument sind lediglich die *harten Patronatserklärungen* relevant, weshalb nur diese fortan näher betrachtet werden sollen.

⁴⁷⁶ Harrer in Schwimann, ABGB² § 1295 Abs 2 Rz 122.

⁴⁷⁷ OGH 27. 04. 1995, 8 Ob 510/95, WoBl 1996/ 38.

⁴⁷⁸ OGH 09. 11. 1993, 5 Ob 540/93, ÖBA 1994, 432ff.

⁴⁷⁹ Mader, JBl 1998, 677ff.

⁴⁸⁰ 7 Ob 323/99x, ecolex 2000, 646.

⁴⁸¹ Harrer, Neue Vertragstypen im Handelsrecht 75.

⁴⁸² Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1346 Rz 3b.

⁴⁸³ Leitner, ÖBA 2002, 518.

⁴⁸⁴ Leitner, ÖBA 2002, 518.

Beispiel für eine harte Patronatserklärung: „Wir werden dafür Sorge tragen, dass unsere Tochter bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredites in der Weise geleitet und finanziell ausgestattet wird, dass sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen.“⁴⁸⁵

Freilich zählt mangels (dispositiver) rechtlicher Regelungen gerade die Unbestimmtheit der Verpflichtungszusage zu den Schwierigkeiten bei der Auslegung dieser Sicherheit; gleichzeitig erklärt sie ihre Attraktivität: Die Muttergesellschaft will den Kredit an die Tochter erwirken, gleichzeitig nur das geringst Mögliche tun, um dies zu erreichen. Eine harte Patronatserklärung enthält die Verpflichtung des Patrons, den Kreditnehmer so auszustatten, dass dieser jederzeit imstande ist, den Kreditverbindlichkeiten nachkommen zu können.

Die Erklärung kann *formfrei* abgegeben werden, das Schriftformgebot der Bürgschaft (§ 1346 Abs 2 ABGB) wird aufgrund der Vollkaufmannseigenschaft seitens des Patrons nicht analog herangezogen.⁴⁸⁶ Der Erklärung muss die *Annahme* durch die Bank folgen, die auch konkludent durch Auszahlung der Kreditvaluta geschehen kann, da die Patronatserklärung wegen ihrer Ähnlichkeit zur Garantie als Vertrag konzipiert ist.⁴⁸⁷

Bei der *Vertragsauslegung* berücksichtigt der OGH besonders auch die vertragsbegleitenden Umstände, etwa die Vorverhandlungen zwischen dem Patron und der kreditgewährenden Bank.⁴⁸⁸ Die Patronatserklärung lässt dem Patron einen *erheblichen Gestaltungsspielraum*. Er verpflichtet sich, den Kreditnehmer liquide zu halten – wie, bleibt ihm überlassen. Denkbar ist zum Beispiel die Ausstattung durch Forderungsverzichte, Kapitalerhöhungen oder Darlehensgewährung.⁴⁸⁹ Der Tochtergesellschaft erwächst daraus kein Anspruch gegen die Muttergesellschaft, der Bank kein Zahlungsanspruch gegen den Patron. Die Bank kann lediglich die Ausstattung der Tochtergesellschaft fordern.⁴⁹⁰ Erst wenn die Tochtergesellschaft die Bank trotz Fälligkeit nicht befriedigt, wobei bereits jeder Nachweis der Zahlungsunfähigkeit genügt, erwirbt die *Bank einen direkten Anspruch gegen die Muttergesellschaft auf Zahlung*, der als verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Ausstattungspflicht gewertet wird.⁴⁹¹ Es ist aber zu beachten, dass die Mutter nur für die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber für die Zahlungsunwilligkeit des Tochterunternehmens einsteht. *Der Patron hat das Recht, die Zins- und Tilgungsraten der Tochtergesellschaft auch direkt an den Gläubiger zu leisten*, wodurch sichergestellt wird, dass die Zahlungen der Mutter nicht von der Tochter anderweitig verwendet oder im Konkurs oder Zwangsvollstreckungsverfahren gepfändet werden können (Weiterleitungsrisiko).⁴⁹²

⁴⁸⁵ *Allstadt-Schmitz in Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch [Kommentar] 2001, 2096.*

⁴⁸⁶ *Leitner, ÖBA 2002, 521.*

⁴⁸⁷ *Koziol, Garantievertrag 35ff.*

⁴⁸⁸ OGH SZ 58/127; *Leitner, ÖBA 2002, 522.*

⁴⁸⁹ *Allstadt-Schmitz in Ebenroth/Boujong/Joost, Handelsgesetzbuch [Kommentar] 2001, 2096.*

⁴⁹⁰ *Leitner, ÖBA 2002, 523.*

⁴⁹¹ *Leitner, ÖBA 2002, 524.*

⁴⁹² *Leitner, ÖBA 2002, 524.*

Im Falle eines Rechtsstreites entscheidet letztlich das Gericht über den Umfang der aus der Patronatserklärung erwachsenden Verpflichtung, wobei es vor allem die allgemeinen Auslegungsregeln des ABGB⁴⁹³ und die bereits angesprochenen Besonderheiten des Vertragschlusses zur Beurteilung heranziehen wird.⁴⁹⁴ Die höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt, dass die Haftung des Patrons aufgrund einer „harten“ Patronatserklärung nicht hinter jener bei einer Bürgschafts- oder Garantieübernahme zurückbleibt.⁴⁹⁵

⁴⁹³ §§ 914f ABGB.

⁴⁹⁴ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ §1346 Rz 3b.

⁴⁹⁵ *Leitner*, ÖBA 2002, 527.

Kapitel 9: Der Schuldbeitritt

I. Einleitung

Als dritte Form der persönlichen Sicherheit wird der Schuldbeitritt dargestellt. Seiner einleitenden Beschreibung folgt die für die Rechtsfolgen wesentliche Abgrenzung zur Bürgschaft. Außer den Einreden, die dem Beitretenden gegen die Bank zukommen, den Sorgfaltspflichten der Bank und den Rückabwicklungsmöglichkeiten des beitretenden Schuldners werden die beiden gesetzlich vorgesehenen Schuldbeitritte des § 1409 ABGB sowie des § 25 HGB behandelt.

II. Allgemeines

Neben Bürgschaft und Garantie ist der Schuldbeitritt eine weitere Form der Übernahme einer materiell fremden Verbindlichkeit. Hier tritt ein neuer Schuldner neben den alten. Beide Schuldner haften nun dem Kreditinstitut solidarisch. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist der Schuldbeitritt *formfrei*⁴⁹⁶, bedarf also nicht der Schriftlichkeit. Er kann entweder durch Vertrag zwischen dem neuen und dem alten Schuldner, zwischen ersterem und dem Gläubiger oder durch Vertrag zwischen allen Beteiligten zustande kommen. Der Zustimmung des Kreditinstitutes bedarf der Beitritt eines Schuldners nicht, da sich dadurch für das Kreditinstitut keine Nachteile ergeben.⁴⁹⁷ Die Bestimmungen des KSchG über Interzessionen (§ 25aff KSchG) beziehen sich auch auf den Schuldbeitritt.

III. Einzelne Probleme

A. Abgrenzung zur Bürgschaft

Mitunter bereitet die Qualifikation eines Vertrages als Bürgschaft oder Schuldbeitritt Probleme. Im Zweifel ist bei einem *eigenen wirtschaftlichen Interesse* des Beitretenden Schuldbeitritt statt Bürgschaft zu vermuten, wenn aus dem Sinn des Grundgeschäftes nichts anderes hervorgeht.⁴⁹⁸ Dasselbe gilt, wenn der Beitretende nicht erwarten kann, dass der *Schuldner seiner Verpflichtung nachkommen wird*. Diese beiden Anhaltspunkte sind sehr vage. Besonders das Kriterium des eigenen wirtschaftlichen Interesses des Beitretenden ist schwerlich geeignet, eine klare Abgrenzung zur Bürgschaft zu liefern, da auch bei der Bürgschaft oft ein eigenes Interesse des Bürgen an der Erbringung der Hauptleistung vorliegen kann.⁴⁹⁹ Hat die eine Partei Bürgschaft, die andere Schuldbeitritt gemeint, so ist Bürgschaftsvertrag anzunehmen.⁵⁰⁰ Die Bezeichnung ist nicht entscheidend, sondern bloß erstes Indiz.⁵⁰¹ Eine Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Schuldbeitritt ist jedoch nur bei einem deutlich erkennbaren eigenen wirtschaftlichen Interesse des Beitretenden möglich.⁵⁰²

Im Gegensatz zum „gemeinen“ Bürgen haftet der Beitretende *nicht subsidiär* erst nach Inanspruchnahme des ersten Schuldners.⁵⁰³ Ein weiterer zentraler

⁴⁹⁶ OGH 04. 02. 1993, 6 Ob 619/92, ecolex 1993, 302.

⁴⁹⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 124.

⁴⁹⁸ OGH 19. 09. 1990, 3 Ob 62/90, ÖBA 1991, 263ff.

⁴⁹⁹ Ertl in Rummel, ABGB³ § 1405 Rz 3.

⁵⁰⁰ OGH 07. 04. 1976, 1 Ob 568/76, JBl 1964, 311.

⁵⁰¹ OGH 07. 11. 1996, 6 Ob 2093/96d, ecolex 1997, 497.

⁵⁰² Th. Rabl, Die Bürgschaft 2000, 27f.

⁵⁰³ Mader in Schwimann, ABGB² § 1347 Rz 3.

Unterschied zur Bürgschaft und kennzeichnend für den Schuldbeitritt ist, dass hier die zu sichernde Hauptschuld nur im Zeitpunkt des Beitritts bestehen muss. Danach entfällt die *Akzessorietät*.⁵⁰⁴ So kann das Kreditinstitut den ursprünglichen Schuldner aus der Haftung entlassen und vom Beigetretenen Zahlung begehren. Das wäre im Falle der Bürgschaft nicht möglich, da durch die Entlassung des Hauptschuldners auch der Bürge von seiner Haftung befreit wäre. Wenn der erste Schuldner den Vertrag anfecht und dieser mit Wirkung ex tunc, also bezogen auf den Zeitpunkt der Schuldbegründung, wegfällt, so als sei der Vertrag nie wirksam entstanden, so ist nach herrschender Lehre eine rückwirkende Ungültigkeit des Schuldbeitritts anzunehmen und der Beitretende wird von seiner Haftung befreit.⁵⁰⁵ Gerichtliche Entscheidungen zu dieser Frage gibt es bislang jedoch keine.

B. Einreden des Beitretenden gegen die Bank

Während dem Bürgen zu jeder Zeit sämtliche Einwendungen des Hauptschuldners gegen die Bank zustehen, kann der beitretende Schuldner nur solche Einreden vorbringen, die bereits im Zeitpunkt seines Beitritts bestanden.⁵⁰⁶ Der Beitretende kann die Einwendungen des Altschuldners erheben, *wie sie im Zeitpunkt des Beitritts bestehen*. Danach haben die Verpflichtungen der Mitschuldner *getrennte, unabhängige rechtliche Schicksale*. Aus der Beziehung zum Altschuldner können dem Kreditinstitut vom Beigetretenen keine (neuen) Einwendungen entgegengehalten werden, mit Ausnahme jener, der Übernahmevertrag wäre ungültig oder die Bedingung bei einem bedingten Übernahmevertrag nicht eingetreten.⁵⁰⁷ Wird der eine Schuldner von der Bank von seiner Verpflichtung befreit, besteht die Verbindlichkeit des anderen fort. Der interne Ausgleich zwischen den Schuldnern soll trotz einer solchen Entlassung des Schuldners durch die Bank im Ergebnis zu einer gleichen Haftung führen.⁵⁰⁸

C. Die Sorgfaltspflichten der Bank

Der OGH legt dem Kreditinstitut im Falle eines Schuldbeitritts gegenüber dem Beitretenden dieselben Sorgfaltspflichten wie bei der Bürgschaft auf. Bei schuldhafter Verletzung der Sorgfaltspflichten kann die Bank daher ihren Anspruch verlieren.⁵⁰⁹ Die für die *Bürgschaft* bestehenden Bestimmungen betreffend Sorgfaltsgebote und Aufklärungspflichten gelten für den Schuldbeitritt *analog*.⁵¹⁰ Nähere Ausführungen finden sich bei der Behandlung der Sorgfaltspflichten des Gläubigers im Bürgschaftskapitel.⁵¹¹

D. Rückabwicklung

Der beitretende Mitschuldner kann wählen⁵¹², ob er gegen den ursprünglichen Schuldner den Regress im Wege der *Legalzession* führen will oder den für Mit-

⁵⁰⁴ Ertl in Rummel, ABGB³ § 1405 Rz 3.

⁵⁰⁵ Harrer, Sicherungsrechte 41f.

⁵⁰⁶ Th. Rabl, Die Bürgschaft 17.

⁵⁰⁷ Mader in Schwimann, ABGB² § 1407 Rz 2f.

⁵⁰⁸ §§ 888ff ABGB.

⁵⁰⁹ OGH 29. 04. 1992, 3 Ob 559/91, ÖBA 1993, 363ff.

⁵¹⁰ P. Bydliński, Die Kreditbürgschaft² 29f.

⁵¹¹ OGH 30. 01. 2001, 1 Ob 109/00m.

⁵¹² Da die analoge Anwendung der Legalzession nach § 1358 ABGB anerkannt ist.

schuldner geltenden *Aufwandersatzanspruch nach § 896 ABGB* geltend macht. Umfang und Art des internen Ausgleiches richten sich zunächst nach den im Innenverhältnis getroffenen Vereinbarungen. Allerdings darf die Geltendmachung des Anspruches nach § 1358 ABGB zu keinem höheren Anspruch führen als bei einem Regress nach § 896 ABGB.⁵¹³ Die Bank treffen bei der Legalzession die bei der Bürgschaft besprochenen Mitwirkungspflichten. Die Rückabwicklung zwischen den Schuldnern beeinträchtigt das Kreditinstitut in seinen Beziehungen zu den einzelnen Schuldnern nicht. Die Bank kann sich daher beispielsweise mit einem der Schuldner ohne Auswirkungen auf ihr Verhältnis zum anderen Schuldner vergleichen.

Erlässt die Bank einem Solidarschuldner seine Schuld und wird dieser in der Folge vom anderen zwecks Rückgriffs belangt, kann allerdings die Bank dem von ihr entlassenen Schuldner ihrerseits zum Ersatz verpflichtet sein. Das gilt dann, wenn die Bank den Schuldner nicht nur von der eigenen Klage freistellen will, sondern dessen endgültige Entlassung will („Regresskreis“).⁵¹⁴

E. Der gesetzliche Schuldbeitritt (§ 1409 ABGB)

Einen gesetzlichen Schuldbeitritt sieht § 1409 ABGB vor, der eine Haftung für den rechtsgeschäftlichen *Erwerb eines Unternehmens oder Vermögens*⁵¹⁵ begründet, die *neben die persönliche Haftung des Veräußernden tritt*. Die Haftung des Erwerbers ist einerseits auf die zum Unternehmen bzw. Vermögen gehörenden Schulden bezogen, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste, andererseits durch die Höhe der übernommenen Aktiven beschränkt. Die Schulden müssen mit dem Vermögen oder dem Unternehmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen und zum Zeitpunkt der Übernahme bestehen. Es ist schon ausreichend, dass die Verbindlichkeit bedingt entstanden ist, auch wenn die Bedingung erst nach der Übernahme eintritt.⁵¹⁶ Diese Vorschrift soll Kreditgeber davor bewahren, ihren Haftungsfonds zu verlieren. Sie ist zwingend und kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.⁵¹⁷ 1409 ABGB betrifft lediglich den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Vermögen und Unternehmen.

Der Erwerber haftet nur, wenn er an Schulden gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht schon soviel beglichen hat, wie dem *Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens* entspricht.⁵¹⁸ Er haftet also dem Umfang nach beschränkt. Außerdem haftet er nur für die Verbindlichkeiten, die er beim Erwerb⁵¹⁹ bereits kannte oder kennen musste. Bereits leichte Fahrlässigkeit schadet. Diese hat das Gläubiger-Kreditinstitut zu beweisen. Im Falle des Erwerbes durch nahe Angehörige⁵²⁰ des Veräußernden wird die Beweislast umgekehrt und die Erwerber haben ihre Unkenntnis darzutun. Die Bestimmung des § 1409 ABGB gilt nicht für den Erwerb im Weg der Zwangsvollstreckung, des Konkurses oder eines Ausgleichsverfahrens.

⁵¹³ *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB² § 896 Rz 6.

⁵¹⁴ OGH 23. 11. 1995, 6 Ob 655/95.

⁵¹⁵ Zur Definition der beiden Begriffe, siehe: Ertl in *Rummel*, ABGB³ § 1409 Rz 4.

⁵¹⁶ *Honsell/Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB² § 1409 Rz 23ff.

⁵¹⁷ § 1409 Abs 3 ABGB.

⁵¹⁸ *Krejci*, Handelsrecht² 102.

⁵¹⁹ Das ist der Zeitpunkt, in dem der Erwerber die Verfügungsgewalt erlangt, also nach dem Setzen von Titel und Modus Eigentum erlangt. Durch das Verfügungsgeschäft ändert sich die Rechtslage.

⁵²⁰ Es gilt der umfassende Angehörigenbegriff des § 32 KO.

F. Handelsrechtliche Erwerberhaftung (§ 25 HGB)

In Zusammenhang mit der allgemeinen Übernehmerhaftung ist auf die handelsrechtliche Erwerberhaftung des § 25 HGB hinzuweisen, wonach derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes *Handelsgeschäft* unter der *bisherigen Firma* (mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes) *fortführt*, für alle im Betrieb des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet und dessen Schuld beiträgt. Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Haftung nach § 1409 ABGB ist § 25 HGB nicht auf die Höhe der übernommenen Aktiven beschränkt, sondern gilt für *alle im Betriebe begründeten Forderungen*.⁵²¹ Der Schuldbeitritt gilt nicht, wenn der Erwerber das Unternehmen im Wege der Zwangsvollstreckung, des Konkurses, eines Ausgleichsverfahrens oder im Rahmen der Überwachung des Schuldners durch Sachwalter der Gläubiger erwirbt.⁵²²

Im Gegensatz zu § 1409 ABGB ist § 25 HGB keine zwingende Vorschrift und kann daher abbedungen werden, wovon in der Praxis aber nur spärlich Gebrauch gemacht wird.⁵²³ Die unabdingbare Haftung nach § 1409 ABGB besteht unvermindert. Damit der Haftungsausschluss überhaupt wirksam ist, muss er in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Übernahme des Geschäftes in das Firmenbuch eingetragen und bekannt gemacht oder dem Gläubiger vom Erwerber oder Veräußerer mitgeteilt werden.⁵²⁴ Die Haftung des Veräußernden verjährt spätestens nach 5 Jahren ab Eintragung des Erwerbers in das Firmenbuch oder ab Kundmachung der Übernahme, es sei denn, das Kreditinstitut kann die Leistung erst später verlangen; dann beginnt die Verjährung zu diesem späteren Zeitpunkt. Der Erwerber tritt in die Verjährungsfrist des ursprünglichen Schuldners ein. Nach Verjährung der Gläubigeransprüche gegen den Altschuldner wird aus dem gesetzlichen Schuldbeitritt eine Schuldübernahme.

⁵²¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² 127.

⁵²² § 25 Abs 4 HGB.

⁵²³ *Fenyves*, Die Schuldenhaftung des Unternehmenserwerbers, *ecolex* 1990, 139.

⁵²⁴ *Krejci*, Handelsrecht² 109.

Kapitel 10: Kreditderivate

I. Einleitung

Kreditderivate sind eine neuere Form der Absicherung vor bestimmten Kreditrisiken, die von Banken insbesondere zum Portfoliomanagement eingesetzt werden können. Im folgenden Kapitel werden drei der gebräuchlichen Arten von Kreditderivaten zunächst einzeln dargestellt, anschließend erfolgt eine rechtliche Beurteilung dieser in Österreich sich erst allmählich entwickelnden und von der Rechtsprechung kaum behandelten Instrumente. Schließlich werden Parallelen zu bereits gängigeren, rechtlich etablierten Kreditsicherungsinstrumenten gezogen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass zur Behandlung des Themas Kreditderivate aufgrund mangelnder Beachtung hierzulande überwiegend nicht-österreichische Literatur herangezogen wurde.

II. Allgemeines

In den letzten Jahren hat der Gebrauch von Kreditderivaten als moderne Form der Kreditsicherheit – nicht zuletzt aufgrund bilanzieller Erwägungen – einen rasanten Anstieg verzeichnet. Lag das globale Volumen an Kreditderivaten 1995 noch bei 15 Milliarden USD, so liegt es heute bei etwa 4 Billionen USD.⁵²⁵ Nach den Vereinigten Staaten setzen sich Kreditderivate auch zunehmend in Europa durch. Eine Betrachtung der Eignung der verschiedenen Kreditderivatinstrumente als Mittel zur Kreditsicherung scheint aus diesem Grund auch für Österreich angebracht. Kreditderivate ermöglichen es der Bank, bestimmte Risiken zu übertragen. Kreditderivaten werden in der Regel *standardisierte Rahmenverträge* zugrunde gelegt, etwa das von der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) erstellte 2002 Master Agreement.

Sie sehen vor, dass ein Sicherungsgeber (Risikokäufer) der Bank (Risikoverkäufer) im Falle des Eintrittes von bestimmten sich auf das Kreditverhältnis der Bank beziehenden *Kreditereignissen* (*Credit Events*) Zahlung erstattet. Dies geschieht entweder, indem der Sicherungsgeber das dem Kreditderivat zugrunde liegende *Referenzaktivum* (hier: die Kreditforderung der Bank) zum Nominalwert abkauft (*Physical Settlement*), oder, indem er der Bank eine Ausgleichszahlung in Höhe der Differenz zwischen Marktwert der Referenzeinheit zum Zeitpunkt des Kreditereignisses und dem Nominalwert leistet (*Cash Settlement*).⁵²⁶ Möglich ist auch, die Zahlung eines *fixen Betrages* für den Eintritt eines Kreditereignisses zu vereinbaren.

Kreditderivate eignen sich zur Absicherung gegen den Ausfall des Kreditnehmers oder die Verschlechterung seiner Bonität. Verwirklichen sich diese Gefahren, so spricht man von einem Kreditereignis. Das Eintreten des Kreditereignisses löst die Zahlungsverpflichtung des Sicherungsgebers aus. Im ISDA Master Agreement sind z. B. die folgenden Kreditereignisse genannt⁵²⁷:

- Konkurs oder Zahlungsverzug des Schuldners (Kreditnehmers);
- Fälligkeit oder Verletzung anderer Verträge;
- Verweigerung des Schuldners zur Vertragserfüllung;

⁵²⁵ Auerbach, Kreditderivate 2.

⁵²⁶ Auerbach, Kreditderivate 6.

⁵²⁷ Horat, Der Schweizer Treuhänder 11/03, 975.

- Restrukturierung des Referenzaktivums (z. B. Stundung, Zinssenkung, Änderung der Währung oder eine nachträgliche nachrangige Befriedigung). Es lassen sich aber auch andere Kreditereignisse vereinbaren. Das Master Agreement regelt auch, wer den Eintritt eines Kreditereignisses bestimmt, etwa die Bank als Sicherungsnehmer. Durch den Eintritt eines Kreditereignisses wird die Gefahr evident, dass die Bank aus dem Referenzaktivum nicht vollständig oder nicht reibungslos befriedigt werden könnte. Davor soll der Sicherungsgeber die Bank bewahren.

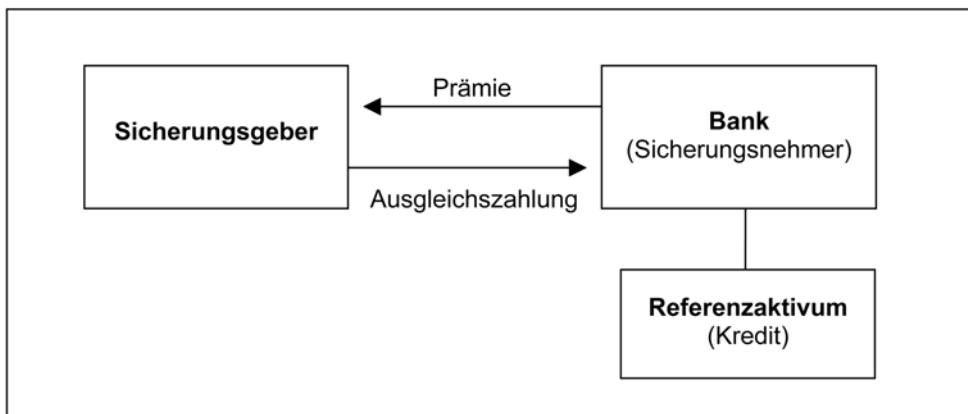
An die Stelle dieser Risiken (des Kreditrisikos und unter Umständen des Marktrisikos) tritt für die Bank das Risiko des Eintretens eines Kreditereignisses unter gleichzeitigem Ausfall des Sicherungsgebers. Dass Kreditderivate den Garantien sehr ähnlich sind, die dem Begünstigten durch ihre Abstraktheit rasche Tilgung sichern, ist augenscheinlich.

III. Die Kreditderivate im Einzelnen

A. Credit Default Swap

Durch einen Credit Default Swap überträgt die Bank als Sicherungsnehmer ihr *Adressenausfallsrisiko* gegen Zahlung einer in periodischen Zeitabständen⁵²⁸ zu entrichtenden Prämie an einen Sicherungsgeber. Dieser übernimmt dafür die Verpflichtung zu einer Eventualzahlung (Ausgleichszahlung), falls ein festgelegtes – sich auf ein Referenzaktivum (den Kreditnehmer) beziehendes – Kreditereignis eintritt.⁵²⁹ Dieses Verhältnis ist in *Abbildung 11* dargestellt.

Abbildung 11



Die relevanten Kreditereignisse werden von den Vertragsparteien vor Vertragsabschluss vereinbart, wobei die ISDA-Rahmenverträge, die die allgemeinen oben angeführten Kreditereignisse enthalten, oft als Grundlage dienen.

Tritt das Kreditereignis ein, hat der Sicherungsgeber der Bank einen Ausgleich zu leisten. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen, nämlich durch Physical Settlement oder durch Cash Settlement. Das Cash Settlement kann entweder durch Zahlung eines festgelegten fixen Betrages oder als Differenzzahlung zwischen dem ursprünglichen Marktwert des Referenzaktivums

⁵²⁸ Erfolgt lediglich eine einmalige Prämienzahlung, spricht man von Credit Default Options.

⁵²⁹ Müller, Kreditderivate und Risikomanagement 22.

und dem Wert nach Eintritt des Kreditereignisses erfolgen. Beim Physical Settlement wird das Referenzaktivum übertragen.

Der Credit Default Swap wird zwischen der Bank und einem vom Kreditnehmer unabhängigen Sicherungsgeber abgeschlossen. Dieser verspricht gegen Zahlung eine Absicherung gegen ein Kreditereignis. Das Prinzip ist mit einer Versicherung identisch. Zu beachten ist, dass der Sicherungsnehmer das Erfüllungsrisiko des Ausfalls des Sicherungsgebers trägt⁵³⁰, was allerdings bei einer Garantie oder einer abgeschlossenen Kreditversicherung auch nicht anders ist.

Eine Sonderform des Credit Default Swap ist der *Basket Credit Default Swap*, dem im Unterschied zur Grundform nicht bloß ein einzelnes Referenzaktivum (beispielsweise ein einzelner Kredit) zugrunde liegt, sondern ein ganzer „Korb“ von Titeln (etwa mehrere Kredite oder auch Schuldverschreibungen). Das Kreditereignis bei einem Basket Credit Default Swap kann entweder eintreten, wenn ein bestimmter im Korb enthaltener Titel ausfällt, oder an das Kreditrisiko des gesamten Korbes proportional oder an die ersten x % Verluste gekoppelt werden.

B. Credit Linked Notes

Die Credit Linked Note ist eine Schuldverschreibung, die vom Sicherungsnehmer emittiert wird und nur dann wieder zum Nennwert getilgt wird, wenn ein das Referenzaktivum betreffendes Kreditereignis nicht eintritt.⁵³¹ Kommt es zum Kreditereignis, erhält der Sicherungsgeber, der die Credit Linked Note erwirbt, nur den Restwert des Referenzaktivums zurück, der im Extremfall auch Null betragen kann.⁵³² Durch eine Credit Linked Note wird der Ausfall des Referenzaktivums gesichert (*Adressenausfallrisiko*). Der Sicherungsgeber übernimmt allerdings neben dem Ausfallrisiko des Referenzaktivums auch das Ausfallrisiko des Emittenten aufgrund der Rückzahlung der Schuldverschreibung.

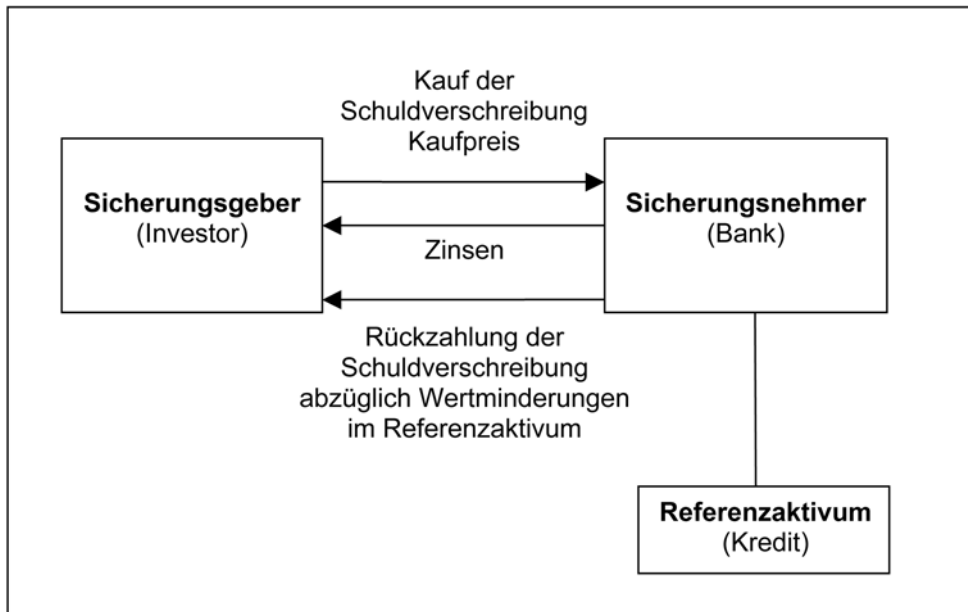
Für den Sicherungsnehmer wirkt eine Absicherung durch eine Credit Linked Note im Gegensatz zum CDS durch den sofortigen Erhalt des Anleihebetrages wie eine Barunterlegung, der Sicherungsnehmer ist somit gegen das Ausfallsrisiko des Sicherungsgebers abgesichert. *Abbildung 12* stellt dieses Verhältnis grafisch dar.

⁵³⁰ Horat, Der Schweizer Treuhänder 11/03, 970.

⁵³¹ Kloos, VR 2001, 111ff.

⁵³² Hybler, Kreditderivate 6.

Abbildung 12



C. Total Return Swaps

Durch Total Return Swaps werden – im Gegensatz zum Credit Default Swap, wo lediglich das Ausfallrisiko übertragen wird – alle mit einem Referenzaktivum (in den überwiegenden Fällen einer Schuldverschreibung) in Zusammenhang stehenden Zahlungen und Wertveränderungen zwischen dem Sicherungsnehmer und dem Sicherungsgeber getauscht. Der Total Return Swap überträgt daher nicht nur das *Kredit-* sondern ebenso das *Marktrisiko*. Unter dem Marktrisiko versteht man beispielsweise das durch Kurs- oder Zinsänderungen entstehende Risiko.

Der Sicherungsgeber (Total-Return-Empfänger) erwirbt durch den Total Return Swap das wirtschaftliche Chancen-Risikoprofil des zugrunde liegenden Referenzaktivums.⁵³³ Er erhält daher den gesamten wirtschaftlichen Ertrag aus dem Referenzaktivum⁵³⁴, haftet jedoch gleichzeitig für die daraus sich ergebenden Verluste. Der Ertrag umfasst Wertsteigerungen der Schuldverschreibung, Zinsen und Gebühren. Die Bank, die als Sicherungsnehmer (Total-Return-Zahler) auftritt, erhält vom Total-Return-Empfänger im Falle einer Wertminderung der Referenzschuldverschreibung einen Ausgleich, der aber in der Regel mit den Zins- und Gebühreneinzahlungen aufgerechnet wird und lediglich ausbezahlt wird, sofern die Marktwertminderung die eigenen Verbindlichkeiten übersteigt.⁵³⁵ Anders als bei einem Credit Default Swap finden *Ausgleichszahlungen* nicht nur bei Eintritt eines Kreditereignisses, sondern *auch zu den vereinbarten Zahlungsterminen* statt.

⁵³³ Auerbach, Kreditderivate 13.

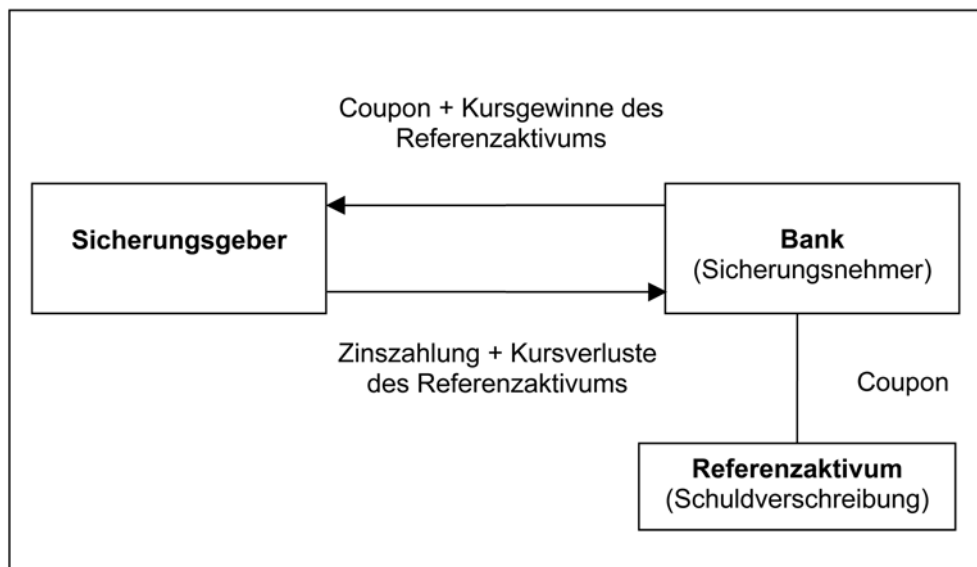
⁵³⁴ Zumeist ist das Referenzaktivum eine Anleihe, es kann aber auch ein Kredit als Referenzaktivum dienen. Dann müssen zur Preisermittlung alternative Verfahren durchgeführt werden (z. B. Händlerumfragen). Müller, Kreditderivate und Risikomanagement 27f.

⁵³⁵ Neske in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 51.

Mitwirkungsrechte, z. B. Auskunftsrechte, die sich aus dem Referenzaktivum ergeben, bleiben bei der Bank. Außerdem bleibt die Schuldverschreibung in der *Bilanz* der Bank, die auch weiterhin die Kosten der Finanzierung und Administration der Schuldverschreibung zu tragen hat und die Zahlstelle für das Referenzaktivum bleibt.⁵³⁶

Die Wertsteigerungen und -minderungen ergeben sich nicht nur aus dem Kreditrisikoeffekt, sondern auch durch Zeit- und Marktpreiseffekte.⁵³⁷ Wie beim Credit Default Swap besteht neben dem Cash Settlement die Möglichkeit eines Physical Settlement. Dann wird dem Total-Return-Empfänger am Ende der Laufzeit die Referenzschuldverschreibung gegen Zahlung des Preises, den sie zu Beginn der Transaktion hatte, übertragen.⁵³⁸ *Abbildung 13* stellt dies grafisch dar.

Abbildung 13



IV. Rechtliche Einordnung der Kreditderivate

A. Rechtliche Konstruktion der Kreditderivate

Tritt das festgelegte Kreditereignis ein, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Grundlage für die im Falle des Physical Settlement erfolgende Auslieferung des Referenzaktivums, also des Kredites bzw. der Kredite. Bis zum Eintritt des Kreditereignisses will die Bank in der Regel nicht, dass der Sicherungsgeber als Vertragspartner ihres Kunden auftritt.⁵³⁹

Eine *Vertragsübernahme*, durch die der Sicherungsgeber gegenüber dem Kreditnehmer mit sämtlichen Rechten und Pflichten an die Stelle der Bank als vormaligen Vertragspartner tritt, bedarf der Zustimmung aller Beteiligten.⁵⁴⁰ Diese Vorgehensweise ist zwar denkbar, jedoch problematisch. Die letztlich vorherrschende Konstruktion ist die einer auf den Zeitpunkt des Ein-

⁵³⁶ Neske in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 52.

⁵³⁷ Hohl/Liebig in Essler (Hrsg.), Kreditrisikomodelle und Kreditderivate 508.

⁵³⁸ Neske in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 51f.

⁵³⁹ Nordhues/Benzler in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 174.

⁵⁴⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 128.

trittes des Kreditereignisses *aufschiebend bedingten Zession*. Die Zession der Kreditforderung bewirkt ein unmittelbares Leistungsrecht des Sicherungsgebers. Zu beachten ist, dass der Regressanspruch des Sicherungsgebers von den Modalitäten des Kreditvertrages abhängig ist – z. B. den zwischen Bank und Kreditnehmer vereinbarten Kündigungsmöglichkeiten und Kündigungsgründen.

Für die einzelnen Typen von Kreditderivaten ergeben sich aus dieser Konstruktion folgende Unterschiede:

Beim *Credit Default Swap* wäre bei einem Physical Settlement eine vom Kreditereignis bedingte Übertragung des Referenzaktivums denkbar – unter analoger Heranziehung der für Bürgschaft und Garantie geltenden Legalzession – sofern eine Zession nicht ohnedies vertraglich vereinbart wurde. Demnach wäre selbst bei fehlender Regelung im Swapvertrag anzunehmen, dass durch Zahlung die Forderung der Bank gegen den Kreditnehmer automatisch auf den Sicherungsgeber als persönlich haftenden Schuldner übergeht. Bei einem Cash Settlement kommt es zu keiner Forderungsabtretung.

Beim *Total Return Swap*, bei dem Ausgleichszahlungen nicht nur im Fall eines Kreditereignisses, sondern auch zu den vereinbarten Zeitpunkten stattfinden, erfolgt die bedingte Übertragung des Referenzaktivums sowohl während der Laufzeit als auch beim Eintritt des Kreditereignisses.⁵⁴¹ Bei Eintritt eines Kreditereignisses kann wie beim Credit Default Swap eine analoge Heranziehung der Legalzession erwogen werden.

Bei der *Credit Linked Note* ist der *Ablauf umgekehrt*. Der Sicherungsgeber wird die Abtretung des zugrunde liegenden Referenzaktivums beim Erwerb der Credit Linked Note verlangen und bedingt durch den Nichteintritt des Kreditereignisses zurückzedieren.⁵⁴² Die Eigentumsverhältnisse am zugrunde liegenden Referenzaktivum ändern sich dadurch allerdings nicht.⁵⁴³

Bei sämtlichen Kreditderivaten ist, gerade in Anbetracht des österreichischen Entwicklungsstandes und der häufigen Vereinbarung der Anwendbarkeit ausländischer Rechtsordnungen – Rechtsprechung, Gesetzgebung und Lehre lassen vieles offen – und ihrer vielfältigen Ausformungen, auf die besonderen Vereinbarungen des Einzelfalles Bedacht zu nehmen.

B. Abgrenzung zu verwandten Sicherungsinstrumenten

Kreditderivate sind gesetzlich nicht geregelt. Allerdings weisen sie wesentliche *Ähnlichkeiten* mit anderen, etablierten *Kreditsicherungsinstrumenten* wie z. B. der Garantie oder einer Kreditversicherung auf.

Dem Garanten fällt nach Tilgung der besicherten Forderung des Begünstigten in analoger Anwendung der für die Bürgschaft vorgesehenen *Legalzession*⁵⁴⁴ die Forderung des Begünstigten gegen den Hauptschuldner automatisch zu. Überdies hat er, sofern er beauftragt wurde, gegen seinen Auftraggeber einen Aufwandersatzanspruch für die von ihm getätigten Aufwendungen.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Nordhues/Benzler in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 177.

⁵⁴² Nordhues/Benzler in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 175, 177.

⁵⁴³ Crouhy, Risk Management 458.

⁵⁴⁴ § 1358 ABGB.

⁵⁴⁵ § 1014 ABGB, uU auch aus § 1037 ABGB; Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 3/63.

Bei Kreditderivaten ist der Regress für den Sicherungsgeber in erster Linie auf das *Referenzaktivum* gerichtet und von der Art der Sicherung abhängig. Bei einem Credit Default Swap mit Cash Settlement entsteht dem Sicherungsgeber durch die Zahlung an den Sicherungsnehmer *kein Anspruch gegen den Kreditnehmer*. Bei einem Physical Settlement allerdings tritt nach dem Kreditereignis der Sicherungsgeber in die Kreditforderung der Bank ein.⁵⁴⁶ Er kann dann am Insolvenzverfahren gegen den Kreditnehmer teilnehmen und so einen Teil des der Bank Gezahlten wiedererlangen. Die Erfolgsaussichten im Insolvenzverfahren sind aber schwer abschätzbar und ungewiss.

Ähnlichkeiten weisen Kreditderivate auch mit Versicherungen, besonders mit *Kreditversicherungen* auf. Ein Versicherungsvertrag ist dadurch charakterisiert, dass für den Fall des Eintrittes eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen übernommen werden. Dabei wird das übernommene Risiko auf viele von der gleichen Gefahr bedrohte Personen verteilt. Der Risikoübernahme liegt somit eine auf dem *Gesetz der großen Zahl* beruhende, durch versicherungsmathematische Modelle ermittelte Kalkulation zugrunde.⁵⁴⁷

Kreditversicherungen, durch die der Versicherer die Verpflichtung übernimmt, die durch Kreditausfall entstehenden Verluste zu übernehmen, werden *nur von Versicherungsgesellschaften* angeboten.

⁵⁴⁶ Müller, Kreditderivate und Risikomanagement 24.

⁵⁴⁷ Nordhues/Benzler in Burghof (Hrsg.), Kreditderivate 180ff.

Kapitel 11: Netting

I. Einleitung

Durch Aufrechnung hat das Kreditinstitut die – gerade in der Insolvenz des Schuldners oft essentielle – Möglichkeit, eigene Forderungen zu tilgen und derart einen Ausfall des Kredites zu verhindern. Zunächst sollen die gesetzlich geregelten Institute Aufrechnung (Kompensation) und Kontokorrentkreditvertrag behandelt werden, ehe auf die besonders im internationalen Bankenverkehr bedeutsamen Formen des Netting eingegangen wird, die sich allesamt im österreichischen Recht geregelten Vertragsformen zuordnen lassen. Die im ISDA Master Agreement vorgesehenen Nettingarten werden ebenfalls beleuchtet.

II. Allgemeines

Unter Netting versteht man im Bankenkontext gesetzliche Vorschriften und vertragliche Vereinbarungen über die *wechselseitige Verrechnung* von Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen zwei oder mehreren Vertragsparteien, nach denen letztlich lediglich die *Nettopositionen* ausgeglichen werden.⁵⁴⁸ In engem Zusammenhang mit dem Netting steht die im ABGB geregelte Aufrechnung (Kompensation), die aufgrund ihrer Ähnlichkeit und ihrer gesetzlichen Regelung daher vorab behandelt wird.

III. Rechtliche Grundlagen

A. Die Aufrechnung (Kompensation)

1. Allgemeines

Aufrechnung bezeichnet die Aufhebung einer Forderung durch eine Gegenforderung. Es darf ihr kein gesetzliches oder *vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot* entgegenstehen.

Es muss zwischen der *einverständlichen* (einvernehmlichen) und der *einseitigen* Aufrechnung unterschieden werden.

2. Einvernehmliche Kompensation

Eine Möglichkeit, ihre Kredite zu sichern, besteht für die Bank darin, durch eine Aufrechnungsvereinbarung mit ihrem Kreditnehmer festzulegen, dass ihre Forderungen gegen den Kreditschuldner mit den Forderungen des Schuldners gegen die Bank aufgerechnet werden können. Die Forderungen müssen in keinem Zusammenhang stehen, lediglich die zwingenden Aufrechnungsbestimmungen im Insolvenzverfahren sind zu beachten.⁵⁴⁹

Zahlt der Schuldner seine Kreditverbindlichkeit nicht, so kann das Kreditinstitut durch Aufrechnung die Forderung gegen den Kreditnehmer tilgen. Das Recht zur Aufrechnung mit einer Gegenforderung vermittelt der Bank eine ähnliche Sicherheit wie ein Pfandrecht. Im Konkursverfahren gegen den Kreditschuldner ist das Kreditinstitut – ähnlich einem *Absonderungsgläubiger* – besonders abgesichert.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 23f.

⁵⁴⁹ §§ 19, 20 KO, §§ 19, 20 AO.

⁵⁵⁰ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/240.

3. Einseitige Kompensation

Das Gesetz⁵⁵¹ bestimmt, dass auch die *einseitige Aufrechnung* weitgehend zulässig ist, wodurch die Bank durch *Aufrechnungserklärung* kompensieren kann. Sie teilt dabei ihrem Kreditnehmer mit, dass sie die gegenseitigen Forderungen als ausgeglichen ansieht.⁵⁵² Folgende Voraussetzungen sind dabei erforderlich:

- Die erste Voraussetzung ist die Fälligkeit der Forderungen. Tritt die *Fälligkeit* der einen Forderung erst durch die Fälligkeit der anderen Forderung ein, so liegt in der Aufrechnungserklärung eine solche Fälligkeit.⁵⁵³
- *Richtigkeit* bedeutet, dass die Forderung, mit der aufgerechnet wird, wirksam entstanden und außerdem klagbar ist⁵⁵⁴. Eine Aufrechnung mit einer Naturalobligation⁵⁵⁵ oder einer aufschiebend bedingten Forderung ist daher nicht gestattet.
- *Gleichartigkeit* der Forderung meint, dass nur Schulden gleicher Gattung und Güte miteinander aufgerechnet werden können, etwa Geldschulden nur mit anderen Geldschulden.⁵⁵⁶

Weiters darf der Kompensation kein gesetzliches oder *vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot* entgegenstehen. Aufgrund eines gesetzlichen Verbotes kann beispielsweise die Bank mit in Verwahrung genommenen Sachen nicht kompensieren.⁵⁵⁷ Ein Aufrechnungsverbot kann sich auch aus dem Vertragszweck ergeben. Der OGH stellt bei *Giroverträgen*⁵⁵⁸ ein derartiges Aufrechnungsverbot fest. Mit *Sparguthaben* kann nur dann aufgerechnet werden, wenn der Aufrechnende im Zeitpunkt seiner Aufrechnungserklärung legitimiert ist, über das Sparbuch zu verfügen, wofür es der Innehabung des Sparbuchs bedarf.⁵⁵⁹

4. Kompensation nach den ABBs

Die Aufrechnung und Verrechnung ist auch in den *Allgemeinen Bestimmungen für Bankgeschäfte (ABB)* geregelt. Dort ist vorgesehen, dass die Bank berechtigt ist, zwischen sämtlichen Ansprüchen des Kunden, soweit sie pfändbar sind, und sämtlichen Verbindlichkeiten des Kunden gegenüber der Bank aufzurechnen.⁵⁶⁰ Die *Aufrechnungsbefugnisse des Kunden der Bank gegenüber sollen nicht soweit gehen wie jene der Bank gegen den Kunden*. Dem Kunden steht die Aufrechnung nur zu, wenn entweder das Kreditinstitut zahlungsunfähig ist, seine Forderung gegen die Bank in Zusammenhang mit seiner Verbindlichkeit steht, die Forderung gerichtlich festgestellt oder von der Bank anerkannt wurde.⁵⁶¹

⁵⁵¹ § 1438 ABGB.

⁵⁵² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II² 101.

⁵⁵³ Dullinger in Rummel, ABGB³ § 1439 Rz 7.

⁵⁵⁴ Dullinger in Rummel, ABGB³ § 1438 Rz 4.

⁵⁵⁵ Naturalobligation bezeichnet eine Forderung, die nicht klagbar ist, z. B. eine Wette.

⁵⁵⁶ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II² 102.

⁵⁵⁷ § 1440 S 2 ABGB.

⁵⁵⁸ OGH 30.01.1974, 1 Ob 212/73, JBl 1975, 655.

⁵⁵⁹ OGH 24.04.1997, 6 Ob 69/97h.

⁵⁶⁰ Z 59/1 ABB.

⁵⁶¹ Z 60 ABB.

B. Die Novation

Von der Aufrechnung ist die Novation zu unterscheiden. Von einer Novation (Neuerungsvertrag) spricht man dann, wenn durch vertragliche Änderung des *Rechtsgrundes* (Titels) oder des *Hauptgegenstandes* einer Forderung eine alte Verbindlichkeit in eine neue übergeht.⁵⁶²

Änderung des Rechtsgrundes: A leiht dem B seine Maschine. Dann vereinbaren sie, dass die Maschine fortan gegen Entgelt überlassen werden soll. Die anfängliche (unentgeltliche) Leihe wird so durch Vertrag in eine (entgeltliche) Miete gewandelt.

Änderung des Hauptgegenstandes: Aus einem Kaufvertrag wird ein Bücherregal geschuldet. Der Käufer will nun lieber eine Kommode. Ist der Verkäufer einverstanden, kommt es zur Novation.

Alte und neue Verbindlichkeit sind nicht gänzlich voneinander unabhängig. Die neue Verbindlichkeit entsteht nur, sofern die alte gültig war. Die gegen die alte Forderung zulässigen *Einwendungen* (z. B. Verjährung) stehen dem Verpflichteten auch gegen die neue Forderung zu.⁵⁶³ Die ursprüngliche Forderung sichernde Bürgschaften oder Pfänder sowie andere Sicherheiten erstrecken sich nicht auf die neue Forderung, es sei denn es wäre Gegenteiliges vereinbart, was allerdings der Zustimmung der die Sicherheiten Leistenden bedarf.⁵⁶⁴

C. Der Kontokorrentkredit

Eine besondere und eigenständige Form der Aufrechnung sieht der Kontokorrentkredit vor. Das Kontokorrent bewirkt einen Ausgleich von gegenseitigen Forderungen aus einer dauernden Geschäftsverbindung. In regelmäßigen Zeitabständen werden die einander gegenüberstehenden Forderungen kompensiert und lediglich ein Überschuss (Saldo) ausgezahlt. Der Kontokorrentvertrag ist ein eigenständiges Rechtsverhältnis. Er ist auf gewisse Dauer angelegt und sieht vor, dass durch den Überschuss eine unabhängige Forderung begründet wird. Rechtlich ist beim Kontokorrentvertrag zwischen der Verrechnung und dem Saldoanerkennnis zu unterscheiden.

Die *Verrechnung* wird als besondere Form der *invernehmlichen Aufrechnung* angesehen, sodass die Regeln der Aufrechnung auch auf den Kontokorrentkreditvertrag anwendbar sind.⁵⁶⁵

Das *Saldoanerkennnis* wird von der Rechtsprechung⁵⁶⁶ nunmehr als *Novation mit deklarativem Anerkenntnis*⁵⁶⁷ qualifiziert. Die Novation schafft einen neuen Verpflichtungsgrund, der an die Stelle der vorher bestehenden Forderungen tritt. Das deklarative Anerkenntnis ist nur eine Wissenserklärung, ein Beweismittel, das nicht verhindert, dass das Bestehen der neuen Forderung durch andere Beweise widerlegt wird.⁵⁶⁸

⁵⁶² § 1376ff ABGB.

⁵⁶³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² 109.

⁵⁶⁴ § 1378 ABGB.

⁵⁶⁵ *Avancini in Avancini/Iro/ Koziol*, Bankvertragsrecht I Rz 5/29.

⁵⁶⁶ OGH 27. 04. 2001, 1 Ob 270/ 01d, ÖBA 2001, 640ff.

⁵⁶⁷ *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht (2002), 193.

⁵⁶⁸ OGH 27. 04. 2001, 1 Ob 270/ 01d, ÖBA 2001, 640ff.

Ein konstitutives Anerkenntnis, das im Gegensatz zum deklarativen Anerkenntnis einen neuen Verpflichtungsgrund schafft, kommt nur dann in Betracht, wenn ein ernstlicher Streit oder Zweifel beigelegt werden soll, was in der Regel nicht der Fall sein wird.⁵⁶⁹

Der Kontokorrentkreditvertrag kann *formfrei* und auch *konkludent* geschlossen werden.⁵⁷⁰

IV. Netting

A. Allgemeines

Durch Netting, das besonders im *internationalen Zahlungsverkehr* und im Zusammenhang mit *derivativen Finanzinstrumenten* eine zentrale Rolle spielt, werden Forderungen und Verbindlichkeiten mit ein und derselben Gegenpartei saldiert und letztlich nur die *Nettositionen ausgeglichen*.⁵⁷¹ Der dadurch angestrebte Zweck ist eine durch die Senkung der Transaktionskosten erzielte *Erhöhung der operationellen Effizienz* sowie eine *Reduktion der Liquiditäts- und Bonitätsrisiken*.⁵⁷²

Die verschiedenen Formen des Netting haben ihre rechtliche Grundlage teilweise in den für den Kontokorrent(kredit)vertrag bzw. die Aufrechnung geltenden Vorschriften oder auch in der Novation. Zu den verschiedenen Varianten des Netting und deren rechtlicher Ausgestaltung siehe weiter unten unter C 2.

Im internationalen Zahlungsverkehr wird das Netting oft von sog. Clearing-Stellen (Zentralen Gegenparteien) vorgenommen, die die Forderungen und Gegenforderungen der beteiligten Parteien miteinander „netten“, also verrechnen und für den geordneten Ablauf verantwortlich sind (z. B. CHIPS⁵⁷³). Diese Zentralen Gegenparteien haben ihre eigenen Regelwerke (z. B. CHIPS-Rules), die die beteiligten Banken ihren Beziehungen zugrunde legen.⁵⁷⁴ Außerdem kann die Abwicklung bilateral erfolgen.⁵⁷⁵ Dann gibt es keine Zentrale Gegenpartei und die Verrechnung findet unmittelbar zwischen den Banken statt (z. B. CHAPS⁵⁷⁶).

B. Nettingvereinbarungen mit ausländischen Vertragspartnern

Es steht den Vertragspartnern weitgehend frei, das für ihre Beziehungen geltende Recht zu vereinbaren. Lediglich den zwingenden Rechtsvorschriften darf die vertragliche Vereinbarung nicht entgegenstehen.

Bei mit *derivativen Instrumenten* zusammenhängenden grenzüberschreitenden Nettingvereinbarungen ist oft vorgesehen, dass dem Vertrag entweder englisches Recht oder das Recht des Staates New York zugrunde liegen soll. So etwa auch im ISDA Master Agreement.⁵⁷⁷

⁵⁶⁹ Kals/Schauer, Allgemeines Handelsrecht (2002), 193.

⁵⁷⁰ Dullinger in Jabornegg, HGB Kommentar § 355 HGB Rz 4f.

⁵⁷¹ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 22ff.

⁵⁷² Zobl/Werlen, Rechtsprobleme des bilateralen Netting 3f.

⁵⁷³ CHIPS steht für Clearing House Interbank Payment System.

⁵⁷⁴ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 34.

⁵⁷⁵ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 35.

⁵⁷⁶ CHAPS steht für Clearing House Automated Payments System.

⁵⁷⁷ 13 (b) (i) ISDA 2002 Master Agreement.

Bei Nettingverträgen, die im Zusammenhang mit *Devisentermingeschäften* stehen, fehlen des öfteren Regelungen über das anzuwendende Recht.⁵⁷⁸ Aufklärung liefert dann das Europäische Vertragsrechtsübereinkommen (EVÜ), das auf Schuldverträge mit Auslandsbezug anzuwenden ist. Ein solcher Schuldvertrag ist auch eine Nettingvereinbarung, die zwischen den Parteien geschlossen wird und zwischen diesen Rechte und Pflichten begründet.

Generell ist der Bank dringend zu einer ausdrücklichen Rechtswahl zu raten. Fehlt eine solche, wird geprüft, ob sich das anzuwendende Recht nicht konkludent aus den Begleitumständen des Geschäftes ermitteln lässt. Es müssen dafür allerdings konkrete Anhaltspunkte vorliegen, sodass sich das maßgebliche Recht mit „hinreichender Sicherheit“ ergibt.⁵⁷⁹ Lässt sich auf diese Weise keine Rechtswahl bestimmen, so ist auf die Nettingvereinbarung das Recht jenes Staates anzuwenden, zu dem sie die engste Verbindung aufweist. Die *engste Verbindung* wird zu jenem Staat vermutet, in dem die *charakteristische Leistung* erbringende Partei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihre Hauptverwaltung bzw. ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁵⁸⁰ Ist das die Nettingvereinbarung umfassende Finanzgeschäft für eine Partei eine Dienstleistung, so erbringt diese Partei die charakteristische Leistung.⁵⁸¹ Im Falle von multilateralen Nettingvereinbarungen mit Zentraler Gegenpartei erbringt die Zentrale Gegenpartei die charakteristische Leistung, sodass ihr Sitz für das anzuwendende Recht maßgeblich ist.

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die Vertragsleistung, die nicht in Geld besteht, die charakteristische ist, was freilich im zwischen den Banken stattfindenden Devisengeschäft an Grenzen stößt. Im zwischen Banken erfolgenden Dienstleistungsverkehr gilt die Leistung der beauftragten Bankniederlassung als die charakteristische. Charakteristisch ist die Leistung der den Kredit vergebenden Bank.⁵⁸²

Lässt sich eine charakteristische Leistung so nicht ausmachen, muss der Erfüllungsort, der Sitz beider Parteien, der Ort des Vertragsabschlusses oder das geplante Zentrum der Vertragswirkungen Aufschlüsse über die engste Verbindung geben.⁵⁸³

C. Das ISDA Master Agreement

1. Netting nach dem ISDA- Master Agreement

Das Master Agreement der ISDA ist ein Rahmenvertrag, auf dessen Grundlage die Parteien einzelne derivative Geschäfte abschließen können. Für aus dem Vertrag entstehende Rechtsstreitigkeiten gilt entweder *englisches Recht* oder das *Recht des Staates New York*.⁵⁸⁴

Ein wesentliches durch den Rahmenvertrag bekämpftes Problem ist das „*cherry picking*“. Darunter versteht man das durch das Wahlrecht des Insolvenz-

⁵⁷⁸ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 72.

⁵⁷⁹ Art 3 (1) EVÜ.

⁵⁸⁰ Art 4 (2) EVÜ.

⁵⁸¹ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 82.

⁵⁸² Schwimann, Internationales Privatrecht 130f.

⁵⁸³ Schwimann, Internationales Privatrecht 134.

⁵⁸⁴ 13 (b) (i) ISDA 2002 Master Agreement.

verwalters entstehende Problem, dass dieser an bestimmten vorteilhaften Einzelverträgen festhält, den Vertragspartner aber bezüglich anderer, nachteiliger Verträge mit dessen Schadenersatzforderung auf die Konkursquote verweist.⁵⁸⁵ Im Falle der *Insolvenz* des Vertragspartners der Bank erlischt der Rahmenvertrag entweder automatisch oder kann durch Kündigung der nichtinsolventen Bank beendet werden.⁵⁸⁶ Dadurch enden auch alle noch nicht vollständig erfüllten Einzelverträge. In der Folge kommt es zum *Liquidationsnetting* (Close-out Netting): die positiven und negativen Schadenspositionen der beiden Vertragsparteien werden ermittelt und nach ihrem aktuellen Marktwert miteinander aufgerechnet. Hat die nichtinsolvente Bank einen Überschuss, zahlt sie diesen der insolventen Partei, ist der Saldo negativ, erhält sie die Quote des übersteigenden Betrages vom insolventen Vertragspartner.⁵⁸⁷

Im ISDA 2002 Master Agreement sind neben dem Close-out Netting auch andere Formen des Netting geregelt.⁵⁸⁸ Das *Zahlungsverkehrsnetting* (Payment-Netting) verrechnet *fällige* Forderungen in gleicher Währung aus demselben Einzelvertrag automatisch miteinander. Rechtlich bleiben die Verpflichtungen aus den einzelnen Finanzgeschäften gleich.⁵⁸⁹ Das bilaterale Zahlungsverkehrsnetting stellt in rechtlicher Hinsicht einen Kontokorrentvertrag dar.

Stehen sich Forderungen in unterschiedlicher Höhe, die erst in der Zukunft fällig werden, gegenüber, sehen die ISDA Regelungen eine automatische Novation vor. Dann erlöschen die Beträge bis zur Höhe der geringeren Forderung und gleichzeitig tritt anstelle der gegenseitigen Forderungen eine Verpflichtung der Partei mit der geringeren Forderung, den übersteigenden Betrag zu zahlen. Letzteres bezeichnet man als *Novationsnetting* (netting by novation).⁵⁹⁰ Die Vertragsparteien wollen die gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten nicht erfüllen, sondern sie durch eine neue Vereinbarung ersetzen.⁵⁹¹ Durch die Novation, die ausdrücklich gesetzlich geregelt ist,⁵⁹² wird die ursprüngliche Verbindlichkeit aufgehoben und gleichzeitig eine neue begründet.⁵⁹³ Der Unterschied zum Zahlungsverkehrsnetting ist, dass beim Novationsnetting *fortlaufend* und nicht erst bei Fälligkeit *verrechnet* wird.

2. Vereinbarkeit des Netting nach dem ISDA-Master Agreement mit österreichischem Recht

a. Allgemeines

Banken, die ihren Geschäften mit derivativen Instrumenten ISDA Rahmenverträge zugrunde legen, können nach diesem Vertragswerk während aufrechter Geschäftsbeziehung ihre gegenseitigen Forderungen in gleicher Währung gegeneinander aufrechnen. Dem wird auch seitens der österreichischen Gesetzesbestimmungen nichts entgegengesetzt.

⁵⁸⁵ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 63f.

⁵⁸⁶ 6 (a) ISDA 2002 Master Agreement.

⁵⁸⁷ 6 (e) (i) ISDA 2002 Master Agreement.

⁵⁸⁸ 2 (c) ISDA 2002 Master Agreement.

⁵⁸⁹ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 70.

⁵⁹⁰ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 64f.

⁵⁹¹ M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 109.

⁵⁹² § 1376 ABGB.

⁵⁹³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹² 109.

Besondere Fragen der Zulässigkeit der Kompensation stellen sich erst im Fall der Insolvenz eines Vertragspartners. Das ISDA Agreement sieht vor, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, je nach vertraglicher Festlegung, entweder die automatische Auflösung sämtlicher offener Transaktionen bewirkt oder einen Kündigungsgrund für den nichtinsolventen Partner darstellt.⁵⁹⁴ Wie während der Geschäftsbeziehung vor der Insolvenz kann prinzipiell ebenso nach Eintritt der Insolvenz genettet werden. Dabei sind allerdings die zwingenden Bestimmungen des jeweils relevanten Insolvenzrechts zu beachten, wobei zu unterscheiden ist, ob der Vertragspartner des ISDA Agreements ein Kreditinstitut⁵⁹⁵ ist oder nicht.

Ist der Vertragspartner des ISDA Agreements *kein Kreditinstitut*, so ist zunächst zu fragen, welches Gericht dazu berufen ist, das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Das auf das Konkursverfahren anzuwendende Recht richtet sich nämlich immer nach jenem Staat, in dem das *Insolvenzverfahren eröffnet* wurde.⁵⁹⁶ Zuständig für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sind die Gerichte jenes Staates, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner Interessen hat (siehe Allgemeines zum Kreditsicherungsrecht im österreichischen Recht, Sicherheiten in der Insolvenz).⁵⁹⁷

Ist der insolvente Vertragspartner aber ein Kreditinstitut, so gilt Besonderes: Die EulnsVO über das Insolvenzverfahren nimmt die *Insolvenz von Kreditinstituten* ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus.⁵⁹⁸ Für die Insolvenz von Kreditinstituten ist die *Richtlinie über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten* maßgeblich, die in Österreich in mehreren Gesetzen umgesetzt wurde. Entscheidend ist demnach das Recht des Herkunftsstaates des Kreditinstitutes, insbesondere bezüglich der Voraussetzungen der Wirksamkeit einer *Aufrechnung*.⁵⁹⁹ Die Befugnis eines Gläubigers, gegen eine Forderung des insolventen Kreditinstitutes aufzurechnen, ist zu bejahen, wenn Gleiches nach dem geltenden Recht für die Forderung des Kreditinstitutes gilt.⁶⁰⁰

Wird ein österreichisches Kreditinstitut insolvent, das seinen Geschäften mit einem anderen Kreditinstitut das ISDA Master Agreement zugrunde legt, so kann im Insolvenzverfahren österreichisches Recht zur Anwendung kommen.

Gelangt beim Konkurs der Gegenpartei österreichisches Recht zur Anwendung, so ist fraglich, ob die im ISDA Rahmenvertrag vorgesehenen Vereinbarungen bezüglich der Vertragsauflösung und der Aufrechnung der Forderungen der Bank gegen jene ihres Schuldners mit dem österreichischen Recht konform sind.

⁵⁹⁴ 6 (a) 2002 ISDA Master Agreement (Right to Terminate Following Event of Default).

⁵⁹⁵ Kreditinstitut im Sinne des Art 1 Nr 1,3 der RL 2000/12/EG.

⁵⁹⁶ Art 4 EulnsVO, § 221 Abs 1 KO.

⁵⁹⁷ Art 3 Abs 1,2 EulnsVO, § 237 Abs 1 Z 1 KO.

⁵⁹⁸ Art 1 Abs 2 EulnsVO.

⁵⁹⁹ § 81ff. BWG.

⁶⁰⁰ § 81c Abs 1 BWG, siehe auch § 223 KO.

b. Netting in der Insolvenz

Derivative Instrumente, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses noch laufen, sind zweiseitige, noch nicht vollständig erfüllte Verträge im Sinne der Konkursordnung⁶⁰¹, die für derartige Verträge, die keine Fixgeschäfte sind⁶⁰², ein Wahlrecht des Masseverwalters vorsieht. Er kann am Vertrag festhalten oder von ihm zurücktreten. Wird eine automatische oder dem nichtinsolventen Partner vorbehaltene Kündigung für den Konkursfall vereinbart, bleibt dem Masseverwalter kein Wahlrecht, was problematisch sein könnte, da § 21 KO zwingend gilt. Der OGH hält allerdings die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes für den Fall des Konkurses des Vertragspartners für zulässig⁶⁰³, was dafür spricht, dass auch der Bank im Konkurs des Schuldners eine *Kündigungsmöglichkeit* zukommt.

Will die Bank nach der Kündigung netten, so stellt sich die Frage, ob das ohneweiters möglich ist oder ob sie ihre Verbindlichkeiten vollständig in die Masse einzahlen muss, während sie ihre Forderungen nur als Konkursforderungen geltend machen kann. Wesentlich ist, ob die Forderungen des nichtinsolventen Partners aus den aufgelösten Transaktionen schon bei der Konkurseröffnung vorhanden waren – dann wäre eine Aufrechnung voraussichtlich möglich –, oder ob sie erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind.⁶⁰⁴

Die *Rechtsprechung* des OGH ist diesbezüglich *unklar*. Bei der Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung von Regressansprüchen einer Gesellschaft aufgrund einer Bürgschaft mit durch die Ausscheidung bedingten Forderungen eines scheidenden Gesellschafters verneinte der OGH die Aufrechnungsmöglichkeit.⁶⁰⁵ Durch den Konkurs des Gesellschafters, der das Ausscheiden aus der Gesellschaft bewirkt, entstehe erst der Auseinandersetzungsanspruch des Konkurschuldners. Die Gesellschaft kann ihre Forderungen gegen den Ausscheidenden nicht mit der erst nach Konkurseröffnung entstehenden Verbindlichkeit gegen den ausscheidenden Gesellschafter aufrechnen.

In anderen Entscheidungen stützt sich der OGH auf die *Kerntheorie*, die darauf abstellt, ob die fragliche Forderung ihrem Kern nach schon vor der Konkurseröffnung bestanden hat.⁶⁰⁶ Die Swap-Ausgleichsforderungen sind durch den Konkurs bedingt und bereits vor der Konkurseröffnung in ihrem Kern existent.⁶⁰⁷

c. Gläubigeranfechtung

Letztlich ist zu erörtern, inwieweit das auf der Grundlage des ISDA Vertrages im Einklang mit der österreichischen Rechtsordnung vorgenommene Netting der *Anfechtung* durch andere Konkursgläubiger oder den Masseverwalter ausgesetzt ist.

⁶⁰¹ § 21 KO.

⁶⁰² Nach dem ISDA Master Agreement ist die erfolglose Mahnung Voraussetzung zur Vertragsauflösung, was bei einem Fixgeschäft, also einem Geschäft, bei dem die Erfüllung zu einem fest bestimmten Zeitpunkt bei sonstigem Rücktritt bedungen ist, gerade nicht notwendig ist. *Koch*, ÖBA 1995, 495ff.

⁶⁰³ OGH 31. 08. 1992, 8 Ob 539/91, *ecolex* 1992, 846.

⁶⁰⁴ *Koch*, ÖBA 1995, 495ff.

⁶⁰⁵ OGH 08. 09. 1983, 6 Ob 621/83, *RdW* 1984, 11.

⁶⁰⁶ OGH 08. 01. 1980, 5 Ob 710/79.

⁶⁰⁷ *Koch*, ÖBA 1995, 495ff.

Die Anfechtung betrifft nur die Aufrechnung vor der Konkureröffnung, nicht die erst danach erfolgende Aufrechnung. Anfechtbar ist aber bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (Benachteiligungsabsicht, Begünstigung, Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit) der Erwerb einer Forderung bzw. das Eingehen einer Verbindlichkeit in der Absicht, nach Konkurseintritt aufrechnen zu können. Es ergeben sich *keine besonderen Anfechtungsprobleme*.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Koch, ÖBA 1995, 495ff.

TEIL 3

RECHTLICHE EINORDNUNG

KREDITRISIKO MINDERNDER TECHNIKEN

IN BEZUG AUF BASEL II

Kapitel 1: Allgemeines zum EU-RLV und Basel II

I. Einleitung

Die folgenden Ausführungen basieren auf dem derzeit letzten Stand der Entwicklungen zu einer EU-Richtlinie, der im Vorschlag der Richtlinie 2000/12/EG, COM(2004)486final, vom 14. Juli 2004 (in weiterer Folge „EU-RLV“) dargestellt ist.

Ziel dieses dritten Teils des Leitfadens ist es, darzustellen, welche Vorschriften des EU-RLV für welche Sicherheiten relevant sind und welche Kreditsicherheiten unter welchen Voraussetzungen bei der Berechnung des Eigenmittelerfordernisses berücksichtigt werden können. Außerdem findet sich am Schluss in Kapitel 8 ein Überblick über die Berechnungsmethodiken der Eigenmittelerfordernisse, die zur Anwendung kommt, wenn Kreditsicherheiten Eigenmittel mindernd hinzugezogen werden dürfen.

Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse sind einerseits die in Teil 1 dieses Leitfadens beschriebenen grundlegenden Gedanken zur Kreditrisikominderung im EU-RLV im Allgemeinen, andererseits die rechtliche Analyse der einzelnen Sicherungsarten in Teil 2, sodass bezüglich etwaiger Details auf diese Teile zu verweisen ist. Vorab werden grundsätzliche Überlegungen zur Anrechenbarkeit von Kreditsicherheiten beschrieben, die für alle Sicherungsinstrumente gleichermaßen gelten. Die nachfolgenden Kapitel orientieren sich an den im zweiten Teil dargestellten Arten von Sicherheiten. Zum Zwecke leichter Lesbarkeit sind jedoch einzelne miteinander verwandte Sicherungsinstrumente, wie etwa Bürgschaft und Garantie, in einem Kapitel zusammengefasst.

II. Einordnung in das österreichische Recht

In den folgenden Kapiteln sollen die einzelnen Bestimmungen des EU-RLV für Kreditrisiko mindernde Techniken im Hinblick auf das österreichische Recht untersucht werden. Dem EU-RLV können die Begriffe *Rechtssicherheit*, *Robustheit*, *Rechtswirksamkeit* und *Durchsetzbarkeit* der Sicherheit in *allen relevanten Rechtsordnungen* als die Grundprinzipien der Anrechenbarkeit entnommen werden. Diese Begriffe sind unbestimmt und auch in den vorhandenen Dokumenten nicht näher erläutert. Dennoch lassen sich Grenzbereiche der Anerkennungsfähigkeit abstecken. In gewissen Fällen wird es aus juristischer Sicht möglich sein, die Anerkennungsfähigkeit vorab zu verneinen, wenn beispielsweise der *Rechtswirksamkeit* oder *Durchsetzbarkeit* einer Sicherheit materiellrechtliche Bedenken entgegenstehen.

A. Rechtswirksamkeit

Grundvoraussetzung für die spätere Verwertbarkeit einer Sicherheit ist, dass sie zunächst überhaupt *rechtswirksam entsteht und Bestandskraft aufweist*. Einer Sicherheit ist immer ein Sicherungsvertrag (z. B. die Sicherungsabrede bei der Zession, die Vorbehaltsabrede beim Eigentumsvorbehalt, der Bürgschafts- oder Pfandvertrag, etc) zugrunde zu legen. Ist dieser *Vertrag nichtig, anfechtbar* oder *vernichtbar*, stellt er in der Regel keine taugliche Grundlage für eine Sicherheit dar. Mangels rechtswirksamen Entstehens bzw. Bestandskraft kann eine Sicherheit auch nicht verwertet werden.

B. Verwertung

Das rechtswirksame Entstehen einer Sicherheit alleine reicht nicht aus, um den Anforderungen des EU-RLV gerecht zu werden. Vielmehr müssen auch andere Voraussetzungen, die alle im weiteren Sinn die Verwertbarkeit der Sicherheit betreffen, erfüllt sein.

1. Robustheit

Aus dem Kontext und dem Zweck der Eigenkapitalvorschriften lässt sich schließen, dass mit dem Erfordernis der *Robustheit* von Sicherheiten unter anderem ihre Durchsetzbarkeit in der Krise des Kreditnehmers gemeint ist. Wenn also der Kreditnehmer insolvent wird, soll die Sicherheit nicht aufgrund insolvenzrechtlicher Vorschriften hinfällig werden. Des Weiteren sind Sicherheiten dann als wenig robust einzustufen, wenn sie nach rechtswirksamer Entstehung ohne das Zutun der Bank zum Erlöschen gebracht werden können oder sich ihr Wert aus rechtlicher Sicht verschlechtern kann. Vor allem im Bezug auf Einwendungen und den Untergang eines Pfandrechts kann daher die Robustheit als Kriterium der Anerkennung als kreditrisikomindernd problematisch sein.

2. Durchsetzbarkeit

Die Frage der Durchsetzbarkeit stellt sich oft dann, wenn der Sicherheit mehrpersonale Vertragsverhältnisse zugrunde liegen, wie bei der Zession, dem Eigentumsvorbehalt, der Bürgschaft oder der Garantie. Hier kann die Sicherheit zwar rechtswirksam entstanden sein, ihrer Durchsetzbarkeit stehen aber eventuell Einwendungen eines Dritten entgegen. Bei zweipersonalen Verhältnissen, bei denen der Kreditnehmer auch gleichzeitig die Sicherheit bestellt, spielen Einwendungen eine untergeordnetere Rolle.

Ein anderer Aspekt der mangelnden Durchsetzbarkeit ist etwa die Gefahr, dass eine rechtswirksam entstandene Sicherheit ohne das Zutun der Bank wieder erlischt (siehe auch Robustheit).

3. Durchsetzbarkeit in allen relevanten Rechtsordnungen

Wenn der EU-RLV von *Durchsetzbarkeit in allen relevanten Rechtsordnungen* spricht, ist damit wohl gemeint, dass unter Umständen eine in Österreich bestellte Sicherheit bei ihrer rechtlichen Beurteilung nicht dem österreichischen, sondern einem *anderen Recht* unterliegt. In diesem Fall ist nicht die Durchsetzbarkeit der Sicherheit nach österreichischem, sondern nach dem entsprechenden anderen Recht entscheidend.

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, bei denen eine der Parteien nicht in Österreich ansässig ist, unterliegt das anzuwendende Recht primär der freien Vereinbarung. Oft kann die Bank auf diese Vereinbarung bei der Bestellung einer Sicherheit jedoch keinen Einfluss nehmen, wie dies bei der Zession der Fall ist. Hier muss die Bank, nach derzeitiger Rechtslage, die abgetretene Forderung mit jenen Eigenschaften übernehmen, mit denen sie ihr abgetreten wurde. Dies kann auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer bestellten Sicherheit haben. In den weiteren Ausführungen wird die derzeitige österreichische Rechtslage unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bestimmungen erläutert.

Im Zusammenhang mit der Frage der Durchsetzbarkeit in allen relevanten Rechtsordnungen stellt sich in der Regel auch das Problem der *Gerichtszuständigkeit*. Dieses Problem ist vom anzuwendenden Recht getrennt zu beurteilen, denn es kann auch sein, dass ein inländisches Gericht zuständig ist, und damit inländisches Verfahrensrecht anzuwenden ist, dass aber die streitige Rechtsfrage nach ausländischem Recht zu beurteilen ist. Dasselbe gilt vice versa. Es kann somit vorkommen, dass ein Gericht eine Rechtsfrage nach fremdem Recht zu beurteilen hat. Dass ein Gericht eines Landes mitunter ein und das selbe Recht anders beurteilen könnte, als dies ein Gericht eines anderen Landes tun würde, muss dabei bedacht werden.

Die Regeln über die *internationale Zuständigkeit* geben Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht in einer Rechtsache mit Auslandsbezug zur Entscheidung berufen ist.⁶⁰⁹ Ihre Zuständigkeit haben die angerufenen Gerichte in der Regel selbst zu überprüfen. Erachtet sich ein Gericht für eine Rechtsache als zuständig, so klärt dieses sodann, welche Rechtsordnung es für die zu entscheidenden Rechtsfragen anzuwenden hat. Bei der Klärung dieser Frage hat es die Regeln des *internationalen Privatrechts* anzuwenden.

a. Internationale Zuständigkeit

Beispiel 1: Eine Bank XY vergibt einen Kredit an einen österreichischen Unternehmer Ö. Zum Zwecke der Besicherung des Kredites lässt sich die Bank XY alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen sicherungsweise zedieren und vermerkt diese Zession in den Büchern des Unternehmens Ö. Ö schließt in weiterer Folge Kaufverträge mit einem Unternehmer T aus der Tschechischen Republik ab.

Nun stellt sich die Frage, ob die Bank nach erfolgter Zession die zedierete Forderung vor österreichischen Gerichten geltend machen kann. Zunächst ist zu klären, ob über die *Gerichtszuständigkeit* zwischen den Vertragsparteien eine *Vereinbarung* vorliegt oder nicht. Bei Vorliegen einer solchen ist dann zu fragen, ob sie gültig ist. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor oder ist diese ungültig, so kommen die *gesetzlichen Regelungen* über die Zuständigkeit zur Anwendung.

Wenn die beklagte Partei ihren Sitz in der EU hat, ist die EuGVVO maßgeblich. Grundsätzlich richtet sich demnach die *Zuständigkeit nach dem Sitz*⁶¹⁰ *des Beklagten*. Auf die Staatsangehörigkeit kommt es dabei nicht an.⁶¹¹ Bei *Zuständigkeitsvereinbarungen* reicht es aus, wenn *eine der Parteien ihren Sitz in einem Mitgliedstaat hat*.⁶¹² In diesem Fall kann eine beklagte Partei aus einem Drittland⁶¹³ sein und trotzdem die Vorschriften der EuGVVO zur Anwendung gelangen.

Bei sog. *Wahlgerichtsständen* kann der Kläger zwischen mehreren zulässigen Gerichtsständen wählen,⁶¹⁴ wie zum Beispiel bei *Klagen aus Verträgen*. Hier kann der Kläger wahlweise neben dem Gerichtsstand des *Wohnsitzes* auch

⁶⁰⁹ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht 64.

⁶¹⁰ Wenn in weiterer Folge vom Sitz der beklagten Partei die Rede ist, so ist damit entweder der Sitz einer juristischen Person oder der Wohnsitz/gewöhnliche Aufenthalt einer natürlichen Person gemeint. Unter „Mitgliedstaat“ sind EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark zu verstehen.

⁶¹¹ Art 2 Abs 1 EuGVVO.

⁶¹² Art 23 Abs 1 EuGVVO.

⁶¹³ Unter Drittland versteht man ein Nicht-EU-Mitglied.

⁶¹⁴ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht 110.

den Gerichtsstand des *Erfüllungsortes* wählen.⁶¹⁵ Ebenso kann bei Klagen aufgrund eines Vertrages in Verbindung mit einer Klage wegen dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen auch der Gerichtsstand gewählt werden, welcher durch die *unbewegliche Sache* begründet wird.⁶¹⁶

Für die Geltendmachung des *dinglichen Rechts* an unbeweglichen Sachen selbst gilt immer jener Gerichtsstand, der durch die Lage der unbeweglichen Sachen begründet ist, ebenso wie bei Rechtsstreitigkeiten aufgrund von *Miet- und Pachtverträgen*.⁶¹⁷

Besondere Regeln bestehen überdies bei Versicherungssachen,⁶¹⁸ Verbrauchersachen⁶¹⁹ und bei Arbeitsverträgen. Während die Bank einen *Verbraucher ausschließlich* in jenem Mitgliedstaat klagen kann, in dem dieser seinen *Wohnsitz hat*,⁶²⁰ kommt ihr im Hinblick auf die Geltendmachung einer abgetretenen Forderung aus *Versicherungsverträgen* ein Wahlrecht zu. Sie darf die Versicherung auch an jenem Ort verklagen, an dem *sie selbst* ihren *Sitz* hat *oder* an jenem, an dem die *Versicherung eine Niederlassung oder ihren Sitz* hat. Wenn die Bank abgetretene Forderungen aus einem *Arbeitsverhältnis* geltend macht, so kann sie den Arbeitgeber am *Sitz des Arbeitgebers* oder am *Arbeitsort* klagen.⁶²¹

In *Abbildung 14* soll ein kurzer graphischer Überblick über die Zuständigkeitsprüfung eines Gerichtes nach dem EuGVVO gegeben werden.⁶²²

⁶¹⁵ Art 5 Z 1 EuGVVO.

⁶¹⁶ Art 6 Z 4 EuGVVO.

⁶¹⁷ Art 22 EuGVVO; man spricht in diesem Zusammenhang auch von Zwangsgerichtständen.

⁶¹⁸ Art 8–14 EuGVVO.

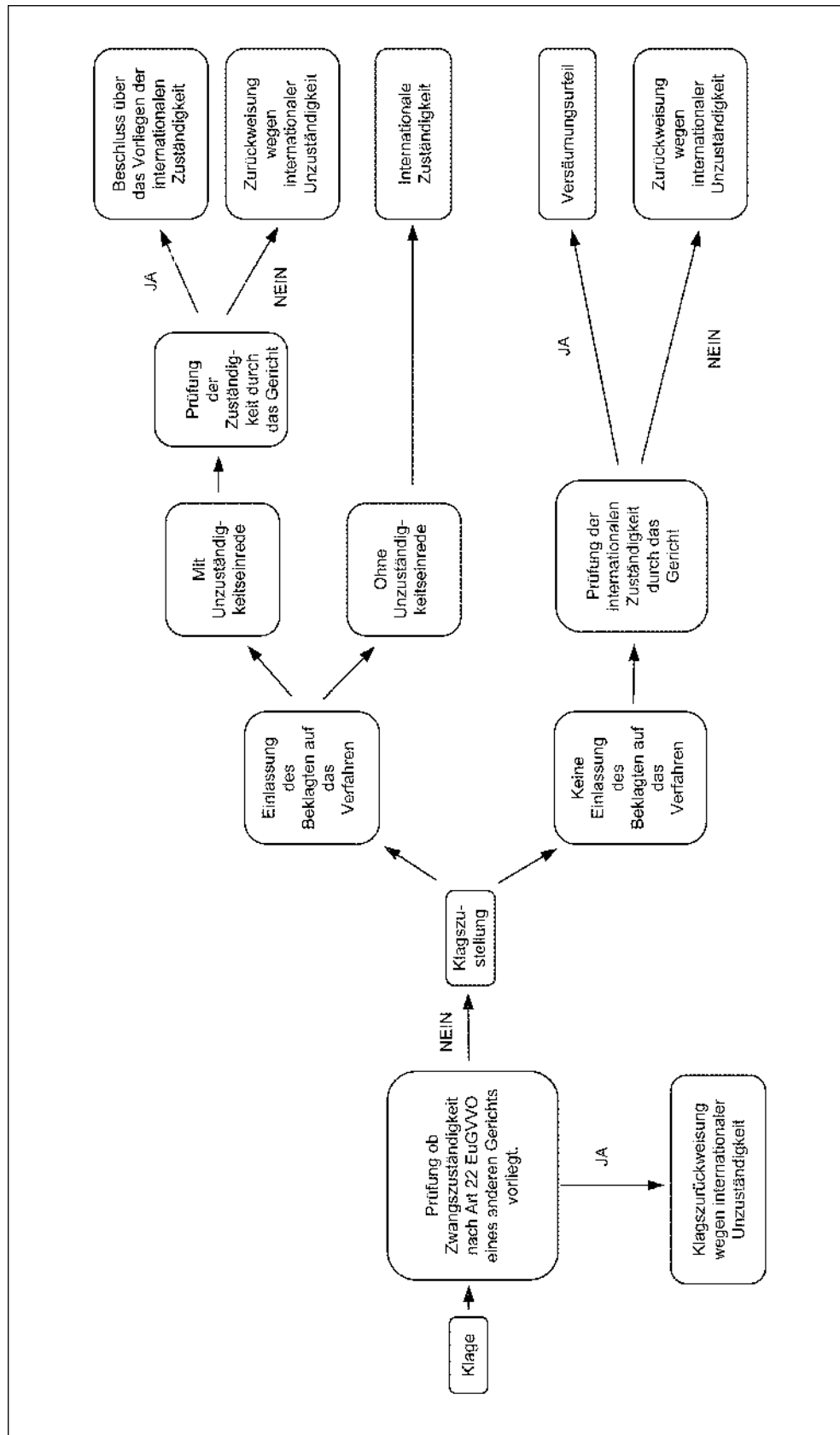
⁶¹⁹ Art 15–17 EuGVVO.

⁶²⁰ Art 16 Abs 2.

⁶²¹ Art 18–21 EuGVVO.

⁶²² *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 75.

Abbildung 14



b. Internationales Privatrecht (IPR)

Bei den Regeln des internationalen Privatrechts handelt es sich um Verweisungsnormen, die darüber Auskunft geben, welches nationale Recht anzuwenden ist. Das anzuwendende Recht, nach dem eine Rechtsfrage zu beurteilen ist, wird auch als das *Statut* bezeichnet. Für Österreich wichtig sind dabei die Regeln des *EVÜ* (Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht), die vorrangig vor den Regeln des *IPRG* (Internationales Privatrechtsgesetz) anzuwenden sind.

Grundsätzlich kann das Statut, nach dem ein schuldrechtlicher Vertrag oder Teile davon rechtlich beurteilt werden soll, *vertraglich frei vereinbart* werden.⁶²³ Dies gilt auch für den *Sicherungs-* und *Kreditvertrag*. Fehlt eine solche gültige Vereinbarung, gelangen subsidiär die gesetzlichen Regeln des *EVÜ* und *IPRG* zur Anwendung. Demnach richtet sich das Statut eines Vertrags⁶²⁴ grundsätzlich nach dem Recht jenes Staates, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat,⁶²⁵ welches die „*charakteristische Leistung*“⁶²⁶ des jeweiligen Vertrages zu erbringen hat. Unter charakteristischer Leistung versteht man in der Regel jene Leistung, die nicht in Geld besteht. So gilt zum Beispiel mangels abweichender Vereinbarung beim Bürgschaftsvertrag das Recht am Sitz des Bürgen.⁶²⁷

Bei der Beurteilung von *dinglichen Rechten* (Eigentumsrecht, Pfandrecht) an beweglichen oder unbeweglichen Sachen gilt das Recht jenes Staates, in dem sich die Sache befindet.

4. Zeitnahe Verwertung

Ein weiteres grundlegendes Prinzip für die Anrechenbarkeit von Sicherheiten ist die *rasche, zeitnahe Verwertbarkeit*. Dabei ist jedoch eine grundsätzliche Einteilung der Sicherungsinstrumente in rasch und weniger rasch verwertbare weder möglich noch sinnvoll. Zu viele Faktoren beeinflussen die Dauer zwischen Eintritt des Sicherungsfalls und dem Zeitpunkt des Zahlungseingangs aus der Verwertung. Es können daher hier lediglich juristische Probleme aufgezeigt werden, die Einfluss auf Verwertungsdauer der Sicherheit haben.

⁶²³ Art 3 Abs 1 *EVÜ*; dies gilt nur für Verträge, in denen zumindest eine Vertragspartei nicht „österreichisch“ ist.

⁶²⁴ Nach Art 3 Abs 1 *EVÜ* kann das Statut frei vereinbart werden.

⁶²⁵ Schuldentstehungstatut, siehe *Schwimmann*, Internationales Privatrecht 2001, 128.

⁶²⁶ Art 4 Abs 2 *EVÜ*.

⁶²⁷ *Czernich* in *Czernich/Heiss*, Kommentar, *EVÜ* Art 4 Rz 138.

Kapitel 2: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen in Zusammenhang mit Basel II

I. Allgemeines

Ein Pfandrecht vermittelt der Bank das Recht auf bevorzugte Befriedigung aus einer bestimmten Sache für den Fall, dass der Kreditnehmer seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt. Ist ein Pfandrecht wirksam entstanden, vermittelt es der Bank daher eine sehr starke (auch im Sinne von *robuste*) Gläubigerposition. Gegenstand des Pfandrechts an beweglichen Sachen können körperliche Sachen wie Gold, Sparbücher, Wertpapiere, Fahrzeuge, Schiffe und Rohstoffe sein, aber auch unkörperliche Sachen wie Forderungen oder obligatorische Rechte. Das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen dagegen wird als Hypothek im nächsten Kapitel behandelt.

Die Forderungsverpfändung (z. B. von Bargeldeinlagen, nicht aber von Sparbüchern) folgt in Österreich besonderen Regeln. Da auch der EU-RLV besondere Anforderungen an Forderungen als Sicherheiten stellt, ist diesem Thema ein eigenes Kapitel gewidmet (siehe Teil 3, Kapitel 4 dieses Leitfadens).

Neben dem *Pfandrecht* ist auch eine *Sicherungsübereignung* als Sicherungsinstrument denkbar. Hinsichtlich des wirtschaftlichen Zwecks ist die Sicherungsübereignung mit dem Pfandrecht von beweglichen Sachen vergleichbar. Für sie gelten in Bezug auf die Anrechenbarkeit als Kreditrisiko mindernde Technik im Sinne des EU-RLV dieselben Anforderungen und Regelungen wie für das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Auf die Besonderheiten der Sicherungsübereignung wird im Unterabschnitt Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt gesondert hingewiesen.

Im Zusammenhang mit dem EU-RLV kommt vor allem den *Finanzsicherheiten* besondere Bedeutung zu. Dabei ist insbesondere die Verpfändung von Wertpapieren, wie Aktien, Anleihen und Anteilen an Investmentfonds, sowie von Bargeldeinlagen und Gold erwähnenswert. Die Verpfändung von Gold und Sparbüchern folgt anderen Regeln als die Verpfändung von Wertpapieren. Als Sicherheiten können auch *sonstige physische Sachen*⁶²⁸ dienen.

Im Folgenden wird dementsprechend zwischen Finanzsicherheiten und sonstigen physischen Sachen unterschieden. Dies ist auf der einen Seite dadurch bedingt, dass der Brüsseler Richtlinienvorschlag, nach dessen Definition die Unterscheidung getroffen wird, spezifische Kriterien für die Anrechenbarkeit von finanziellen Sicherheiten festlegt. Auf der anderen Seite ergibt sich aus den Vorschriften des Finanzsicherheitengesetzes und anderen gesetzlichen Bestimmungen die Notwendigkeit einer getrennten Behandlung.

II. Finanzsicherheiten

A. Allgemeines

Die Definition von Finanzsicherheiten im EU-RLV unterscheidet sich von jener der Finanzsicherheiten-Richtlinie, die in Österreich durch das Finanzsicherheitengesetz (FinSG) umgesetzt wurde. Im EU-RLV werden nämlich nicht nur

⁶²⁸ Dies ist die Terminologie, die der EU-RLV verwendet. Nach dem österreichischen Recht handelt es sich dabei um alle beweglichen Sachen, die nicht unter die speziell behandelten Kategorien der Finanzsicherheiten und Forderungen als Sicherheiten fallen.

vom FinSG umfasste Wertpapiere und Bareinlagen, sondern auch Gold und Sparbücher als Finanzsicherheiten betrachtet. Das FinSG ist weiters nur auf den Interbankenverkehr anwendbar, während die Bestimmungen des EU-RLV über Finanzsicherheiten auch alle anderen möglichen Sicherungsgeber bzw. Kreditnehmer umfassen. In den folgenden Ausführungen zum EU-RLV soll deswegen bei den rechtlichen Mindestanforderungen zwischen Sparbüchern und Gold auf der einen und Wertpapieren auf der anderen Seite unterschieden werden; die sonstigen Zulässigkeitskriterien und Mindestanforderungen, wie etwa operationale Anforderungen, gelten für beide gleichermaßen.

B. Zulässigkeit

Der EU-RLV nennt taxativ all jene Instrumente (vgl. *Abbildung 3*), die als Sicherheiten in allen Ansätzen anwendbar sind. Dazu zählen Bargeld und bargeldähnliche Instrumente⁶²⁹, Schuldverschreibungen von Staaten, Notenbanken, Kreditinstituten und sonstigen Emittenten, bestimmte Schuldverschreibungen mit kurzer Laufzeit, Aktien und konvertierbare Anleihen, wenn sie einem Hauptindex angehören, Gold und Anteilsscheine an bestimmten Investmentfonds. Die Schuldverschreibungen müssen ein gewisses Mindestrating aufweisen, das von der Art des Emittenten abhängt. Unter bestimmten Voraussetzungen können auch nicht geratete Schuldverschreibungen für zulässig erklärt werden. Diese müssen aber auf jeden Fall an einer anerkannten Börse gehandelt werden, vorrangig und von einem Kreditinstitut emittiert worden sein.

Wenn die Bank den umfassenden Ansatz zur Berücksichtigung von Sicherheiten gewählt hat, sind darüber hinaus auch Aktien und wandelbare Anleihen, die zwar an einer anerkannten Börse gehandelt werden, nicht aber an einem Hauptindex enthalten sind, zulässige Sicherheiten. Auch für Investmentfondsanteile gelten weniger strenge Kriterien.

C. Kriterien für die Anrechenbarkeit von Wertpapieren als Sicherheit

1. Allgemeines

Während bei der Verpfändung und Verwertung von Wertpapieren im Interbankengeschäft die Bestimmungen des FinSG zur Anwendung gelangen, folgt die Verpfändung von Wertpapieren durch und von Nicht-Banken den allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Die Unterschiede liegen dabei insbesondere in der Verwertung der Sicherheit, die nach dem FinSG vereinfacht möglich ist.

Wertpapiere können, neben der Verpfändung, auch sicherungsweise übereignet werden (siehe Teil 3, Kapitel 5 dieses Leitfadens).

2. Rechtswirksames Entstehen

Wenn Wertpapiere physisch auf Papier verkörpert sind, so ist die körperliche Übergabe dieser, gemäß dem Faustpfandprinzip, als tauglicher *Modus* möglich. Zumeist sind sie aber in einem Depot bei einer Wertpapiersammelbank gelagert. Dann kann durch eine *Verständigung der Depotbank* der notwendige Übertragungsmodus gesetzt werden.⁶³⁰ Das Selbe gilt für die Verpfändung von Wert-

⁶²⁹ Denkbar wären hier certificates of deposit bzw. kurzfristige Kassenobligationen, vgl. *Chini-Frölichsthal*, BWG², §22 FN 63.

⁶³⁰ § 1 Abs 3 DepG.

papieren, die nicht als physische Dokumente, sondern nur als Gutschrift auf einem Konto eines *Wertpapierdepots* (sog. Effktingiro) existieren.⁶³¹ Oftmals sind Wertpapiere nicht einzeln, sondern in Sammelurkunden verkörpert. Für sie gelten hinsichtlich der Begründung von dinglichen Rechten die selben Regeln wie für die Girosammelverwahrung⁶³² (Verfügung durch Anweisung).

Führt die besicherte Bank das Wertpapierdepot des Kreditnehmers selbst, so erlangt die Bank in der Regel aufgrund der zumeist vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Banken (ABB) ein Pfandrecht an den im Depot befindlichen Wertpapieren.⁶³³

3. Verwertung

Wurden die Wertpapiere von *Nicht-Banken* als Pfand hingegeben, gelangt das FinSG nicht zur Anwendung und die Bank muss die Wertpapiere nach den Regeln des HGB frei verwerten. Demzufolge kann die Bank die verpfändete Sache nach Eintritt der Fälligkeit und eine Woche (bzw. einen Monat)⁶³⁴ nach Androhung des Verkaufs verwerten. Der Verkauf kann entweder durch eine *öffentliche Versteigerung*, durch einen *Freihandverkauf* über eine befugte Person (Handelsmakler oder zur öffentlichen Versteigerung befugte Person), sofern die Sache einen Börsen- oder Marktpreis hat, oder, nach *Vereinbarung*, auch durch jemand anderen, insbesondere durch den Pfandgläubiger selbst, erfolgen. Die Vereinbarung, dass sich die Bank die Wertpapiere nach Fälligkeit aneignen darf, ist jedoch nichtig.

Seit dem Inkrafttreten des FinSG gelten für den *Interbankenverkehr*⁶³⁵ hinsichtlich der Verwertung von Finanzsicherheiten im Sinne des FinSG neue Regeln. Demnach können *Wertpapiere* aufgrund einer *Vereinbarung frei und ohne Androhung oder Exekutionstitel verwertet* werden. Es kann auch, anders als nach dem Verbot der Verfallsklausel nach § 1371 ABGB,⁶³⁶ vereinbart werden, dass die Bank sich die Wertpapiere bei Kreditausfall *aneignen* kann. Im Falle des *Konkurses* der anderen Bank kann die durch Finanzsicherheiten besicherte Bank mit den eigenen Verbindlichkeiten *aufrechnen*.⁶³⁷

Im Hinblick auf das Kriterium der *zeitnahen Verwertung* ist die österreichische Rechtslage günstig. Es ist weder nach dem FinSG noch nach den Verwertungsregeln des HGB ein gerichtlicher Exekutionstitel erforderlich. Nach dem FinSG kann die Bank unmittelbar zum Wertpapierverkauf schreiten oder, wenn vereinbart, sich die Wertpapiere aneignen. Die nach dem HGB notwendige Androhungsfrist des Wertpapierverkaufs von einer Woche oder einem Monat ist abschätzbar und muss berücksichtigt werden.

⁶³¹ OGH 7. 11. 1991, 6 Ob 590/91 (= ÖBA 1992, 654).

⁶³² § 24 DepG; *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rz 7/157ff.

⁶³³ *Iro/Koziol*, ABB 154ff.

⁶³⁴ § 368 Abs 1 HGB; wenn der Pfandvertrag ein 2-seitiges Handelsgeschäft darstellt, also sich die Bank von einem Kaufmann im Sinne des HGB ein Pfandrecht einräumen lässt, gilt die 1-Wochenfrist. Ist der Pfandvertrag zwischen Bank und Kreditnehmer aber nur für die Bank ein Handelsgeschäft (Kreditnehmers ist z. B. Verbraucher) dann gilt die 1-Monatsfrist des § 1234 BGB.

⁶³⁵ § 2 FinSG.

⁶³⁶ Bzw. bei Anwendung der HGB-Regeln siehe § 1229 dBGB.

⁶³⁷ § 9 FinSG.

D. Kriterien für die Anerkennung von Sparbüchern und Gold

1. Rechtswirksames Entstehen

Ein Sparbuch kann nach den Regeln, die für das Pfandrecht an körperlichen beweglichen Sachen gelten, verpfändet werden.⁶³⁸ Dazu benötigt die Bank die Gewahrsame am Sparbuch.⁶³⁹

Auch zur Verpfändung von *Gold* ist es, dem Faustpfandprinzip entsprechend, notwendig, dass die Bank die faktische Verfügungsmacht erlangt oder sie durch jemand anderen (nicht aber den Eigentümer selbst) ausüben lässt, z. B. durch einen Verwahrer (Depot).

2. Verwertung

Auch hier gelten für die Verwertung die bereits erwähnten Regeln des HGB, da auch Gold und Sparbücher als bewegliche Sachen zu qualifizieren sind. Obwohl eine Sparurkunde keinen Markt- oder Börsepreis hat, ist ein Freihandverkauf zum Nennwert zulässig.⁶⁴⁰

E. Sonstige Mindestanforderungen an Finanzsicherheiten

1. Positive Korrelation

Um eine *materielle positive Korrelation* zwischen der Sicherheit und dem Kreditnehmer zu vermeiden, werden vom Kreditnehmer emittierte Wertpapiere ebenso wenig wie die eines verbundenen Unternehmens als kreditrisikomindernd anerkannt.⁶⁴¹ Die maßgebliche Unternehmensbeteiligung ist nach den Regeln des HGB über die Rechnungslegung zu beurteilen.⁶⁴² Demnach ist dann ein Unternehmensverbund anzunehmen, wenn das Mutterunternehmen die Stimmenmehrheit besitzt, eine Beteiligung von mehr als 20% besitzt, das Recht hat, Organe des Unternehmens zu bestellen, oder auf andere Weise einen beherrschenden Einfluss auf das Tochterunternehmen hat.

Es sei darauf hingewiesen, dass bei der Bestellung von persönlichen Sicherheiten durch Dritte, die mit dem Kreditnehmer verbunden sind, das Problem der Korrelation ähnlich gelagert ist.

2. Anforderungen an das Risikomanagement

Kreditinstitute müssen, um finanzielle Sicherheiten bei der Berechnung des Eigenmittelerfordernisses ansetzen zu können, unter anderem bestimmte operationelle Mindestanforderungen erfüllen:

- Kreditinstitute haben die Sicherungsverträge ordentlich zu dokumentieren. Die Dokumentation soll einen klaren und rechtlich haltbaren Prozess der Verwertung beinhalten.

⁶³⁸ OGH 24. 03. 1988, 6 Ob 536/88 (= SZ 61/78).

⁶³⁹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Sparbuch nicht von jemand anderem bereits verpfändet worden ist. Ist es bereits von jemand anderem verpfändet worden, so käme die Übertragung durch Besitzeinweisung in Frage.

⁶⁴⁰ Gilt für Inhabersparurkunden und Rektasparurkunden; *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I Rz 9/75.

⁶⁴¹ Annex VIII, Teil 2, 1.3.1. EU-RLV.

⁶⁴² Art 4 (13) EU-RLV mit Verweis auf die Art 1 und 2 der RL 83/349/EWG, die in den §§ 244ff HGB umgesetzt wurden.

- Sie müssen die durch die jeweilige Besicherung entstehenden Risiken, wie etwa Bewertungsrisiken, Konzentrationsrisiken und Verwertungsrisiken, überwachen und mit für den jeweiligen Sicherheitstyp geeigneten und ausreichend stabilen Prozessen und Methoden kontrollieren. Diese Maßnahmen und Prozesse sollten entsprechend dokumentiert sein. Ebenso müssen die zugelassenen Sicherheiten und die jeweiligen Beleihungsgrenzen dokumentiert sein.
- Kreditinstitute sollen die Marktwerte der Sicherheiten berechnen und die Sicherheiten zumindest halbjährlich und dazwischen bei Anzeichen relevanter Verluste neu bewerten.
- Außerdem haben Kreditinstitute sicherzustellen, dass die Sicherheiten bei Fremdverwahrung von den Vermögensgegenständen des Verwahrers getrennt aufbewahrt werden.

III. Pfandrecht an sonstigen beweglichen Sachen

A. Allgemeines

Neben Wertpapieren und anderen finanziellen Sicherheiten kann sich die Bank auch ein Pfandrecht an körperlichen beweglichen Sachen, wie zum Beispiel Fahrzeugen, Warenlagern, aber auch Gemälden oder sonstigen werthaltigen Gegenständen, einräumen lassen. Die Voraussetzungen, damit die Verpfändung solcher Gegenstände Eigenmittel reduzierend angerechnet werden kann, sind, sofern diese nicht wie etwa Sparbücher oder Gold vom Richtlinien text erfasst sind, in den Vorschriften für die Verpfändung von sonstigen beweglichen Sachen (Annex VIII, Teil 1, 1.1.3. und Teil 2, 1.6. EU-RLV) zu finden. Im Folgenden sollen nun die Zulässigkeit und die Mindestanforderungen an diese Sicherheiten dargestellt werden. Dabei wird insbesondere auf rechtliche Probleme eingegangen, die sich bei der Verpfändung von gewissen körperlichen Sachen stellen.

B. Zulässigkeit

Im Unterschied zu finanziellen Sicherheiten können andere physische Sicherheiten nur dann als Eigenmittel reduzierend anerkannt werden, wenn die Bank einen IRB-Ansatz gewählt hat. Die einzelnen Arten von Sicherheiten sind darüber hinaus nur dann anrechenbar, wenn liquide Märkte, die einen ökonomisch effizienten Verkauf zulassen, vorhanden sind und öffentlich zugängliche Marktpreise existieren. Ein Kreditinstitut muss darüber hinaus zeigen können, dass nichts dagegen spricht, die verpfändeten Gegenstände zu Preisen zu verwerten, die nicht signifikant vom Marktpreis abweichen.

C. Kriterien für die Anerkennung von sonstigen beweglichen Sachen als Sicherheit

1. Rechtswirksames Entstehen

In Bezug auf das rechtswirksame Entstehen eines Pfandrechts können mehrere Mängel unterschieden werden.

Einerseits sind sowohl Titel und Modus für die rechtswirksame Entstehung eines Pfandrechts unabdingbare Voraussetzungen. Fehlt Titel und/oder Modus, wird kein Pfandrecht begründet. Andererseits müssen sowohl in Bezug auf den

Titel als auch in Bezug auf den Modus bestimmte Anforderungen nach österreichischem Recht für deren Wirksamkeit erfüllt sein. So kann etwa der Pfandbestellungsvertrag nichtig sein, wodurch dieser nie wirksam entstanden ist. In Bezug auf den Modus ist prinzipiell gemäß dem Faustpfandprinzip die tatsächliche Übergabe des Pfandgegenstandes erforderlich. Nur unter bestimmten Voraussetzungen ist ein anderer Modus (etwa mittels Übergabe durch Zeichen) zulässig.

2. Robustheit

Probleme im Hinblick auf die Robustheit eines bereits entstandenen Pfandrechts könnten sich insbesondere bei der *Übergabe durch Zeichen* (siehe Teil 2, Kapitel 3 dieses Leitfadens) bei beweglichen Sachen ergeben. Bei dieser reicht es als Modus aus, wenn ein „für jedermann leicht erkennbares“ Zeichen an der Sache angebracht wird, wie etwa bei der Verpfändung von Maschinen oder bei der Forderungsverpfändung. Da die Bank hier nicht die faktische Verfügungsmacht über die Pfandsache hat, kann sie auch nicht verhindern, dass das angebrachte *Zeichen* durch den Pfandbesteller oder einen Dritten *beseitigt* oder verändert wird. Wird z. B. das an der Maschine angebrachte Hinweisschild entfernt oder werden die Buchvermerke in den Geschäftsbüchern des Zedenten⁶⁴³ manipuliert, führt dies zum *Erlöschen des Pfandrechts*, gleichgültig, ob dies mit Absicht geschieht oder nicht.⁶⁴⁴

Ebenso verliert die Bank bereits bei nur vorübergehender Zurückstellung der Pfandsache an den Pfandbesteller das Pfandrecht.⁶⁴⁵

3. Verwertung

Lässt sich eine Bank⁶⁴⁶ eine bewegliche Sache verpfänden, so gelten für die Verwertung dieses Pfandes mangels abweichender Vereinbarungen die besonderen *Vorschriften des HGB*.⁶⁴⁷ Dabei ist die Bank grundsätzlich bei der Verwertung nicht auf die Mitwirkung des Gerichts angewiesen. Es ist somit kein Exekutionstitel für die Verwertung notwendig. Vielmehr kann sie die verpfändete Sache nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung und eine Woche (bzw. einen Monat) nach Androhung des Verkaufs verwerten.

Abgesehen von der 1-Wochen- bzw. 1-Monatsfrist zwischen Androhung des Verkaufs der Pfandsache und dem Verkauf selbst, stehen der Verwertung aus juristischer Sicht keine zeitlichen Hindernisse entgegen.

⁶⁴³ Zur Forderungsverpfändung und Buchvermerk siehe Teil 2, Kapitel 5 dieses Leitfadens.

⁶⁴⁴ § 467 ABGB; OGH 24. 5. 1984, 7 Ob 566/84 (= SZ 57/100).

⁶⁴⁵ Die Zurückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt wird nach hA nur sehr restriktiv zugelassen (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I² 342f; *Hofmann in Rummel* ABGB³ § 467 Rz 5); die bloße Erlaubnis, die Pfandsache zu kontrollieren, also die Überlassung des Sparbuches zur Überprüfung im Kassasaal, ist aber unbedenklich, OGH 7. 11. 1985, 7 Ob 599/85 (= JBl 1986, 240).

⁶⁴⁶ Zur Kaufmannseigenschaft der Bank siehe § 6 HGB iVm § 5 Abs 1 Z 1 BWG, *Kalss/Schauer*, Handelsrecht Rz 2/21 und § 1 Abs 2 Z 4 HGB *Krejci*, Handelsrecht² 29f.

⁶⁴⁷ *Krejci*, Handelsrecht² 222; Bei den Bestimmungen zum kaufmännischen Pfandrecht im HGB findet sich ein umfangreicher Verweis auf Normen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Mit diesem Verweis in Art 8 Nr 14 EVHGB macht das HGB die deutschen Regelungen der §§ 1219–1221 und §§ 1228–1248 BGB zum Bestandteil des österreichischen Rechts.

4. Erstrangigkeit

Obwohl rechtlich eine *Mehrfachverpfändung* auch bei beweglichen Sachen möglich ist, sind vom EU-RLV *nur erstrangige Pfandrechte* an sonstigen beweglichen Sachen anerkannt, um die damit einhergehenden Unsicherheiten zu vermeiden. Die Mehrfachverpfändung beweglicher Sachen ist aus Sicht der Bank dann problematisch, wenn sich das Pfandrecht der Bank nicht im ersten Rang befindet. Denn dann befindet sich die Pfandsache nicht in ihrer, sondern in der Gewährsame des Pfandgläubigers im ersten Rang. Ähnlich wie bei der Übergabe durch Zeichen fehlt der Bank die faktische Möglichkeit zu verhindern, dass jemand anderer ihr Pfandrecht zum Erlöschen bringt. *Stellt* nämlich der Pfandgläubiger im ersten Rang die *Pfandsache* an den Kreditnehmer *zurück*, ist davon auszugehen, dass auch die Pfandrechte aller nachrangigen Gläubiger *erlöschen*.⁶⁴⁸

5. Anforderungen an das Risikomanagement

In Annex VIII, Teil 2, 1.6. EU-RLV werden Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Bank gestellt, die erfüllt werden müssen, um die Sicherheit Eigenmittel reduzierend ansetzen zu können. Diese umfassen neben den eben diskutierten rechtlichen Voraussetzungen auch Anforderungen an die Gestaltung von Verträgen, die Sicherheitenverwaltung, die Bewertung und die Dokumentation.

Sicherungsverträge, wie etwa ein Pfandbestellungsvertrag oder auch ein Vertrag zur Sicherungsübereignung, sollen dem Kreditinstitut einen vorrangigen Zugriff auf die Sicherheit verschaffen. Sie sollen eine detaillierte Beschreibung des Pfandgegenstands beinhalten und außerdem festlegen, auf welche Art und wie oft eine Sicherheit bewertet bzw. wiederbewertet werden muss. Das Kreditinstitut soll sich explizit zusichern lassen, dass es das Recht hat, die Sache zu besichtigen. Hat sich eine Bank eine bewegliche Sache nach österreichischem Recht (gemäß dem Faustpfandprinzip) verpfänden lassen, so ist die Bank grundsätzlich in der Lage, die Sache jederzeit zu bewerten. Problematisch ist aber das Erfordernis der *Bewertbarkeit* dann, wenn der Modus zulässiger Weise durch Zeichen oder Erklärung gesetzt wurde (besitzloses Pfand). Denn aus den gesetzlichen Regelungen ergibt sich kein Recht zur jederzeitigen Besichtigung der Pfandsache. Aus diesem Grund ist es notwendig, dass sich die Bank im Pfandbestellungsvertrag ein solches Recht zusichern lässt.

Die Bewertung des Pfandgegenstandes soll nicht nur einmal – bei der Bestellung des Pfandes – erfolgen. Vielmehr soll nach den Bestimmungen des EU-RLV eine Neubewertung zumindest einmal pro Jahr durchgeführt werden, im Bedarfsfalle auch öfter. Bei der Bewertung ist außerdem eine zukünftige Beschädigung der Pfandsache bzw. ein gänzlicher Verlust des Pfandrechts einzubeziehen.

Die *Sicherheitenverwaltung* des einzelnen Kreditinstituts hat insbesondere auf den Typ der Sicherheit Rücksicht nehmen. Zum Beispiel sollen für die Verpfändung von Fahrzeugen andere Prozesse angewandt werden als für die Verpfändung von Warenlagern. Die Prozesse sollen auf die individuellen Bewertungstechniken, die Volatilität des Wertes der Pfandsache, die Inspektion der Pfandsache und auch die Versicherung des Pfandgegenstandes gegen Beschädi-

⁶⁴⁸ Analoge Anwendung des § 467 ABGB.

gung eingehen, falls eine solche notwendig ist. Eben diese Prozesse sollen in (internen) Richtlinien so *dokumentiert* werden, dass sie für Dritte nachvollziehbar sind.

D. Besonderheiten beim Pfandrecht an bestimmten beweglichen Sachen

1. Pfandrecht an einem Warenlager

Bezüglich des rechtswirksamen Entstehens der Verpfändung eines Warenlagers ist zunächst zu hinterfragen, ob eine *körperliche Übergabe* möglich und daher erforderlich ist. Dies trifft beispielsweise bei Lagern mit sehr wenigen Gegenständen zu. Nur wenn das Warenlager umfangreich und eine reale Übergabe daher untunlich ist, kann die *Übergabe durch Zeichen* erfolgen. Bezüglich der Übergabe durch Zeichen bei Warenlagern verlangt der OGH neben dem Anbringen von Zeichen,⁶⁴⁹ dass der Sicherungsnehmer auch die faktische Verfügungsmacht über das Warenlager erhält. Dafür kommt zunächst die Übergabe aller Schlüssel zum Lager in Frage. Wenn aber der laufende Betrieb den Zugang des Sicherungsgebers erfordert, so scheint ein „Wegsperrern“ der für den Betrieb notwendigen Waren nicht sinnvoll. Für diesen Fall ist, um ein rechtswirksames Pfandrecht zu begründen, ein Vertrauensmann zu bestellen, der das Lager verwaltet.⁶⁵⁰

Anzumerken ist, dass – zusätzlich zu den eben beschriebenen Anforderungen an eine Pfandrechtsbegründung (rechtswirksames Entstehen und Robustheit) – die im Lager enthaltenen Waren sonstige physische Sicherheiten im Sinne des EU-RLV sein müssen, was den Anwendungsbereich erheblich einschränkt.

2. Fahrzeuge

Die Bank muss zur wirksamen Pfandrechtsbegründung an einem Fahrzeug die Verfügungsmacht über das Fahrzeug erlangen, z. B. indem das Fahrzeug in einer Garage abgestellt wird (*körperliche Übergabe*), zu der der Pfandbesteller keinen Zutritt hat. Die Übergabe durch Zeichen ist dafür bei Fahrzeugen nicht ausreichend.⁶⁵¹

3. Flugzeuge

Bei Flugzeugen ist davon auszugehen, dass deren Verpfändung ähnlich zu erfolgen hat wie bei Fahrzeugen, da es zur Verpfändung von Flugzeugen nach dem österreichischen Recht weder ein Register⁶⁵² (wie bei Schiffshypotheken) noch sonst eine spezielle Regelung gibt. Demnach ist auch hier sicherzustellen, dass die Bank die *faktische Verfügungsmacht* über das Flugzeug hat. Die Zulässigkeit einer Übergabe durch Zeichen erscheint zwar erwägenswert, ist aber mangels entsprechender Judikatur nicht gesichert.

⁶⁴⁹ OGH 18. 12. 1996, 3 Ob 2442/96f (= ÖBA 1998, 216).

⁶⁵⁰ OGH 18. 12. 1996, 3 Ob 2442/96f.

⁶⁵¹ OGH 25. 6. 1952, 3 Ob 411/52 (= EvBl 1952/320), *Hinteregger in Schwimann*, ABGB² § 451 Rz 8. Die Übergabe des Typenscheins, nicht aller Fahrzeugschlüssel oder der Fahrzeugpapiere ist nicht ausreichend, OGH 25. 6. 1976, 1 Ob 105/75 (= SZ 48/75).

⁶⁵² *Rechberger*, NZ 2002, 7.

4. Schiffe

Im Gegensatz zu Flugzeugen existiert für Schiffe ein entsprechendes Register. Neben dem Pfandbestellungsvertrag, der Einigung darüber, dass eine Forderung durch eine *Schiffshypothek* gesichert werden soll, ist die Eintragung in das *Binnenschiffsregister* als Modus erforderlich.⁶⁵³ Zwar wird das dadurch begründete Pfandrecht – in Anlehnung an das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen und die dafür erforderliche Eintragung ins Grundbuch – auch als „Hypothek“ bezeichnet. Aufgrund der Qualifikation von Schiffen als bewegliche Sachen ist jedoch ein analoges Heranziehen der für das Grundbuch geltenden Prinzipien nicht ohne weiters möglich.

Eine Schiffshypothek kann auch an einem in Bau befindlichen oder fertig gestellten Schiff begründet werden. Schiffshypotheken können auch als *Höchstbetragshypotheken*⁶⁵⁴ oder als *Simultanhypotheken* eingetragen werden. Die Schiffshypothek erstreckt sich neben dem *Schiffszubehör* auch auf die *Versicherungsforderungen* des Schiffseigentümers.⁶⁵⁵

⁶⁵³ *Hinteregger* in *Schwimann*, ABGB² § 451 Rz 9; § 1 Schiffsregisterordnung.

⁶⁵⁴ § 75 Abs 1 Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken.

⁶⁵⁵ *Hinteregger* in *Schwimann*, ABGB² § 457 Rz 17; § 32 Abs 1 Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken.

Kapitel 3: Die Hypothek in Zusammenhang mit Basel II

I. Allgemeines

Das folgende Kapitel bezieht sich auf Grundpfandrechte an Immobilien, die als Kreditsicherheiten nach dem EU-RLV anerkennungsfähig sind, und daher zu einer Kreditrisikominderung und folglich zu einer Reduktion der Eigenmittelanforderungen führen können.

Wie bereits in Teil 2, Kapitel 4 dieses Leitfadens dargestellt, gehören Grundpfandrechte oder Hypotheken zu den dinglichen Sicherheiten, wobei sich diese auf die Verpfändung von unbeweglichen Sachen, also Immobilien beziehen. Da die Verpfändung von bebauten oder unbebauten Liegenschaften eine häufig angewandte Form der Kreditbesicherung für Banken darstellt, gilt es zu vergleichen, ob die rechtlichen Rahmenbedingungen für Hypotheken in Österreich die Anforderungen des EU-RLV erfüllen und daher Hypotheken bei der Eigenmittelberechnung berücksichtigt werden können.

Zuerst werden in Abschnitt II die nach dem EU-RLV anerkannten Arten von Immobilien und deren entsprechende Voraussetzungen vorgestellt. Dies erfolgt getrennt nach dem Standardansatz und dem IRB-Ansatz.

Abschnitt III dieses Kapitels beschäftigt sich mit den spezifischen Kriterien bezüglich der Anrechenbarkeit der hypothekarischen Besicherung, deren Erfüllung eine Voraussetzung für die Anerkennung dieser Besicherungsart als Kreditrisiko mindernde Technik darstellt. Als kritischer Punkt müssen in diesem Zusammenhang die entsprechenden *rechtlichen Anforderungen* des EU-RLV angesehen werden, deren detaillierter Behandlung dieser Abschnitt gewidmet ist. Dabei werden diese Anforderungen an die Rechtssicherheit hypothekarischer Besicherung aus dem EU-RLV einer Analyse unterzogen und geprüft, inwieweit sie sich mit dem nationalen Hypothekenrecht decken. Weitere sonstige Mindestanforderungen in diesem Zusammenhang werden in Abschnitt IV dargestellt. Eine diesbezügliche Unterscheidung nach Standardansatz und IRB-Basisansatz ist in den Abschnitten III und IV nicht notwendig, da die darin besprochenen Anforderungen an die hypothekarische Besicherung unabhängig von den gewählten Berechnungsmethoden gelten.

Auf die Berücksichtigung von Hypotheken auf Immobilien als Kreditrisiko mindernde Technik und deren detaillierte Berechnungsmethoden wird in Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens eingegangen. Dort werden auch die Regeln zur Bewertung von Immobilien nach dem EU-RLV beschrieben.

II. Zulässigkeit

Für die Darstellung der nach dem EU-RLV zugelassenen grundbücherlichen Sicherstellung mittels Pfandrechten an Immobilien ist zwischen dem Standardansatz und dem IRB-Basisansatz zu unterscheiden. Wo es sinnvoll ist, wird dabei vergleichend auf die diesbezüglichen gegenwärtigen Anrechnungsmöglichkeiten im BWG eingegangen.

A. Besicherung mit Immobilien im Standardansatz

Als Spezifikum muss die Besicherung von Forderungen mittels Hypotheken im Standardansatz angesehen werden. Der EU-RLV spricht diesbezüglich nicht von einer Kreditrisiko mindernden Technik, sondern widmet dieser eine eigene

Forderungsklasse („exposures secured by real estate property“), die nach Annex VI, Teil 1, 9. des EU-RLV in folgende Subklassen unterteilt werden kann:

- durch *Wohnimmobilien* besicherte Forderungen;
- durch *gewerbliche Immobilien* besicherte Forderungen.

Erfüllen derartige Immobilien die in weiterer Folge dargestellten Anforderungen des EU-RLV, können sie bei der Eigenmittelberechnung berücksichtigt werden. Wie bereits erwähnt besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Standardansatz und IRB-Basisansatz darin, dass die Besicherung mit einer Immobilie im Standardansatz nicht als Kreditrisiko mindernde Technik gilt, sondern die Forderung einer eigenen Kategorie zugeordnet wird. Letztlich können jedoch beide Ansätze zu einer Verringerung der Eigenmittelanforderungen⁶⁵⁶ führen.

Generelle Bedingungen⁶⁵⁷ bezüglich der Anrechenbarkeit der erwähnten Immobilienarten sind, dass der nach genauen Regeln ermittelte Wert der Immobilie (der Sicherheit) den Forderungsbetrag des Kreditinstitutes nennenswert übersteigt⁶⁵⁸ und die spezifischen Anforderungen betreffend die Rechtsicherheit und die laufende Überwachung der Sicherheiten erfüllt werden. Auf die genannten Kriterien in diesem Zusammenhang wird im Folgenden eingegangen. Die dabei ebenfalls relevanten Bedingungen an die Bewertung von Immobilien werden in Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens dargestellt. Weitere Voraussetzungen sind, dass

- a) der Wert der verpfändeten Liegenschaft nicht wesentlich von der Bonität des Kreditnehmers abhängt und
- b) die Bonität des Kreditnehmers nicht wesentlich von der Leistungsfähigkeit der als Besicherung dienenden Liegenschaft bzw. des Projekts abhängig ist, also die Rückzahlung der Verbindlichkeit (Forderung des Kreditinstituts) nicht hauptsächlich von Cash Flows abhängt, die aus diesen Immobilien generiert werden.

Bei Forderungen, die in vollem Umfang durch Hypotheken auf *Wohnimmobilien* besichert sind, die vom Eigentümer bewohnt werden oder künftig bewohnt werden sollen oder die vermietet bzw. an Dritte zu Wohnzwecken ins Eigentum übertragen werden, kann bezüglich der Anrechenbarkeit auf Bedingung b) verzichtet werden.

Die gegenwärtige Rechtslage ermöglicht in diesem Zusammenhang, wie § 22 Abs 3 Z 3 lit a BWG normiert, eine ähnliche Anrechnungsmöglichkeit für Hypotheken auf Wohneigentum, wobei auch in diesem Fall eine eigene Forderungskategorie (bzw. ein eigener Aktivposten) vorgesehen ist.

Bei Forderungen, die in vollem Umfang durch *gewerbliche Immobilien* besichert sind, kann bezüglich der Anrechenbarkeit auf Bedingung b), nämlich dass die Bonität des Kreditnehmers nicht wesentlich von der Leistungsfähigkeit der gewerblichen Immobilie abhängig ist, verzichtet werden.

Auch in diesem Fall ergibt die derzeitige Rechtslage ein ähnliches Bild. Nach § 103 Z 10 lit f BWG stellen Forderungen, die durch Hypotheken auf Büroräume oder vielseitig nutzbare Geschäftsräume gesichert sind, eine spezifische Forderungsklasse dar.

⁶⁵⁶ Siehe dazu Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens zur Berechnung der risikogewichteten Aktiva.

⁶⁵⁷ Annex VI, Teil 1, 9. des EU-RLV.

⁶⁵⁸ Dies trifft lt. EU-RLV nur bei Wohnimmobilien zu.

Ein Sonderfall im Bereich der gewerblichen Immobilien ergibt sich aus Annex VI, Teil 1, 9. des EU-RLV. Es handelt sich diesbezüglich um Forderungen, die *Immobilien-Leasing* zum Gegenstand haben, wobei dies auf Büroräume oder vielseitig nutzbare Geschäftsräume beschränkt ist. Die Behandlung dieser Geschäfte als mit dem Leasingobjekt besicherte Finanzierungen erfolgt in diesem Zusammenhang nur, wenn der Leasinggeber uneingeschränkter Eigentümer des Leasingobjektes bleibt, bis der Leasingnehmer seine Kaufoption ausübt. Dies deckt sich auch mit der gegenwärtigen Anerkennungsmöglichkeit nach dem BWG.⁶⁵⁹ Die spezifischen *rechtlichen Anforderungen* an Leasing-Transaktionen werden in Teil 3, Kapitel 5 dieses Leitfadens dargestellt.

B. Besicherung mit Immobilien im IRB-Basisansatz

Die hypothekarische Besicherung von Forderungen von Kreditinstituten, die den IRB-Basisansatz zur Berechnung der Eigenmittelanforderungen verwenden, stellt sich, was die anerkennungswürdigen Immobilienarten betrifft, ähnlich wie jene im Standardansatz dar. Im Unterschied zum Standardansatz handelt es sich bei der zugelassenen Immobilienbesicherung im IRB Basisansatz ausdrücklich um eine Kreditrisiko mindernde Technik. Der EU-RLV spricht in diesem Zusammenhang in Annex VIII, Teil 1, 1.3.3. (a) von „real estate collateral“ (funded credit protection), somit Sicherheiten, die anrechenbar sind, und bei deren Anwendung es folglich zu einer Reduktion des Eigenmittelerfordernisses kommen kann.

Wie schon in der Einleitung angeführt, sind die anrechenbaren Immobilienarten im Standardansatz und im IRB-Basisansatz gleich. Es wird daher die grundbücherliche Sicherstellung mittels der bereits im Standardansatz dargestellten Hypotheken an *Wohnimmobilien und gewerblichen Immobilien* als Kreditrisiko mindernde Technik anerkannt.

Die Bedingung für Wohnimmobilien im Standardansatz, wonach der Immobilienwert den Forderungswert des Kreditinstitutes nennenswert übersteigen muss, ist für den IRB-Basisansatz nicht explizit gefordert. Die Berücksichtigung der übrigen bereits im Standardansatz⁶⁶⁰ zitierten Voraussetzungen erfolgt entsprechend den dort beschriebenen Ausführungen. Auf die Erfüllung der Bedingung b) kann daher für beide Immobilienarten wie bereits beim Standardansatz verzichtet werden.

Abbildung 15 stellt zusammenfassend die nach dem EU-RLV mögliche hypothekarische Besicherung mittels Immobilien nach dem Standardansatz und dem IRB-Basisansatz dar.

⁶⁵⁹ § 103 Z 10 lit c BWG.

⁶⁶⁰ Vgl. dazu Punkt A. dieses Kapitels.

Abbildung 15

	Standardansatz	IRB-Basisansatz
Hypothekarische Besicherung mit	Wohnimmobilien Gewerbliche Immobilien	Wohnimmobilien Gewerbliche Immobilien
Berücksichtigung der Risikominderung	Mittels eigener Forderungskategorie	Mittels definierter kreditrisikomindernder Technik
Mindestanforderungen	Annex VIII, Teil 2, 1.4. EU-RLV	Annex VIII, Teil 2, 1.4. EU-RLV
Unterschiedliche Berechnung der Risikogewichte	Annex VI, Teil 1, 9 EU-RLV	Annex VIII, Teil 3, 1.5. EU-RLV

III. Kriterien für die Anrechenbarkeit von hypothekarischer Besicherung

A. Allgemeines

Für die Anerkennung hypothekarischer Besicherung sind nach Annex VIII, Teil 2, 1.4. EU-RLV folgende rechtliche Rahmenbedingungen zu erfüllen:

Die verpfändeten Sicherheiten (Hypotheken) müssen unter allen anwendbaren Rechtsordnungen *rechtlich durchsetzbar* sein. Weiters sind Ansprüche aus der Hypothek ordnungsgemäß und rechtzeitig geltend zu machen. Hypotheken haben eine eindeutig durchsetzbare Sicherheit darzustellen (das heißt, dass sämtliche rechtliche Erfordernisse zur *Begründung* des Pfandrechtes erfüllt sein müssen). Nach der Sicherheitenvereinbarung und dem entsprechenden rechtlichen Verfahren muss das Kreditinstitut die Sicherheit in einem *angemessenen Zeitrahmen verwerten können*.

Diese rechtlichen Voraussetzungen werden in den folgenden Abschnitten einer detaillierten Analyse unterzogen, um festzustellen, inwieweit sie sich mit der nationalen Rechtslage decken. Dabei wird auch auf einige Sonderfragen in diesem Zusammenhang eingegangen.

B. Rechtswirksames Entstehen

Wie jedes Pfandrecht entsteht eine Hypothek durch Titel und Modus.

Als Titel kommen *Vertrag, letztwillige Verfügung, richterliche Anordnung* oder *Gesetz* in Betracht.⁶⁶¹

Der Modus wird bei unbeweglichen Sachen regelmäßig durch die *Eintragung in das Grundbuch* gesetzt. Das Grundbuchsgericht nimmt diese Eintragung vor und verlangt, dass ihm dafür, zusätzlich zum Pfandbestellungsvertrag,

⁶⁶¹ Feil, Österreichisches Hypothekarrecht² 14.

auch das Bestehen oder künftige Entstehen der zu sichernden Forderung nachgewiesen wird.⁶⁶² Die Eintragung in das Lastenblatt des Grundbuchs wird in der Regel nur für eine *ziffernmäßig bestimmte Geldforderung* vorgenommen. Im Gegensatz zum Faustpfandprinzip bei beweglichen Sachen verbleiben die Liegenschaft und deren Benützungsbefugnis weiterhin beim Eigentümer.

C. Verwertung

1. Allgemeines

Anders als bei beweglichen Sachen ist bei Hypotheken die Zulässigkeit einer außergerichtlichen Verwertung umstritten. Die gerichtliche Verwertung der Hypothek wiederum wirft vor allem in Bezug auf das Erfordernis der „*zeitnahen Verwertung*“ der Sicherheit aufgrund zahlreicher gesetzlicher Fristen einige Probleme auf.

Will die durch eine Hypothek gesicherte Bank nach der Nichtzahlung des Kreditnehmers auf die Immobilie zugreifen, hat sie mittels Schuldklage (sofern der Liegenschaftseigentümer auch ihr persönlich, mit seinem gesamten Vermögen haftender Schuldner ist) bzw. mittels Pfandrechtsklage (wenn Liegenschaftseigentümer und Kreditnehmer verschiedene Personen sind) vorzugehen. Das stattgebende Urteil bildet einen Exekutionstitel. Nach der Rechtskraft des Urteils ist zur Exekutionsführung die Vollstreckbarkeitsklausel erforderlich (dieses Erfordernis entfällt bei einem Vergleich oder einem vollstreckbaren Notariatsakt⁶⁶³). Im Anschluss daran stellt das Kreditinstitut einen Exekutionsantrag. Erst wenn diesem stattgegeben wurde, kann mit der eigentlichen Verwertung begonnen werden. Dabei kommt der Bank ein Wahlrecht zu: sie kann zwischen Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung wählen, wobei eine Zwangsverwaltung eher selten und von mäßiger Bedeutung ist.⁶⁶⁴

2. Die Zwangsverwaltung

Inwieweit durch Zwangsverwaltung den vom EU-RLV gestellten Anforderungen entsprochen wird, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Aufgrund des Wahlrechts der Bank zwischen Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und der überdies geringen praktischen Relevanz der Zwangsverwaltung soll diese Frage nicht weiter erörtert werden.

3. Gerichtliche Zwangsversteigerung

Die gängigere Verwertungsart ist die Zwangsversteigerung. Die Bank stellt einleitend einen Antrag auf Bewilligung der Zwangsversteigerung. Frühestens 3 Wochen nach der Bewilligung erfolgt eine Schätzung der Immobilie. In der Folge findet die Versteigerung statt, die ihrerseits frühestens 3 Monate nach der Bewilligung der Zwangsversteigerung und frühestens einen Monat nach Fixierung eines Versteigerungstermins durch das Gericht durchgeführt werden kann. Nach erfolgter Versteigerung können Rechtsmittel erhoben (Widerspruch, Rekurs) oder binnen 14 Tagen nach Zuschlagserteilung ein Überbot vorgebracht werden.

⁶⁶² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 342.

⁶⁶³ § 54 Abs 2 S 2 EO.

⁶⁶⁴ *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht³ 108.

Der abschließende Verfahrensschritt ist die Meistbotsverteilung, die 4 Wochen im Vorhinein bekannt gemacht werden muss. Das Meistbotsverteilungsverfahren endet mit einem Verteilungsbeschluss, gegen den abermals Rechtsmittel erhoben werden können. Erst nachdem der Beschluss Rechtskraft erlangt, wird an die Gläubiger ausgezahlt.

Es ist leicht ersichtlich, dass einige Monate vergehen, bis die Bank den Versteigerungserlös erhält. Neben dem vorhin erwähnten Urteil gelten noch andere Akte und Urkunden als Exekutionstitel (§ 1 EO), so etwa vollstreckbare Notariatsakte. Durch einen solchen *vollstreckbaren Notariatsakt*, in dem der Verpflichtete sein Einverständnis zu dessen sofortiger Vollstreckbarkeit erklärt⁶⁶⁵, kann nach Fälligkeit der gesicherten Forderung unmittelbar Exekution in die Liegenschaft geführt werden,⁶⁶⁶ was insbesondere der *Raschheit* und *Rechtssicherheit* dient.⁶⁶⁷

4. Außergerichtliche Verwertung

Eine außergerichtliche Verwertung könnte wesentlich schneller abgewickelt werden als eine gerichtliche Zwangsversteigerung. Deren Zulässigkeit ist jedoch, wie bereits erwähnt, umstritten. Sollte eine vertragliche Klausel über die außergerichtliche Verwertung unzulässig sein und fällt sie daher weg, ist immer noch die gerichtliche Verwertung möglich.

D. Spezialfragen

1. Rang

Gemäß EU-RLV können auch nachrangige Pfandrechte an einer Immobilie Kreditrisiko mindernde Wirkung haben. Allerdings müssen vorrangige Pfandrechte seitens Dritter bei der Bewertung der Hypothek berücksichtigt werden.⁶⁶⁸

2. Bestandteile

Ob bei der Berechnung des Ausmaßes der Kreditrisikominderung beim Pfandrecht an der Immobilie auch Bestandteile und Zubehör zu berücksichtigen sind, ist im EU-RLV nicht geregelt.

Bestandteile und Zubehör (z. B. Maschinen⁶⁶⁹) sind an sich bewegliche Sachen, die jedoch mit der Liegenschaft in bestimmter (fortdauernder) Verbindung stehen, etwa weil sie mit dieser tatsächlich verbunden sind oder ihrem Gebrauch dienen. Im Zweifel gelten sie als mitverpfändet und daher vom Liegenschaftspfandrecht umfasst. Jedoch erlischt das Pfandrecht an den genannten beweglichen Sachen, sobald diese von der Liegenschaft entfernt werden. Deswegen wird in den meisten Fällen die geforderte Robustheit nicht gegeben sein, weshalb deren Wert nicht bei der Bewertung der Liegenschaft zu berücksichtigen sein wird.

⁶⁶⁵ § 3 lit d NO.

⁶⁶⁶ Feil, Österreichisches Hypothekarrecht² 251.

⁶⁶⁷ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁵ § 3 NO Rz 8.

⁶⁶⁸ Annex VIII, Teil 3, 1.5.1. (a) EU-RLV.

⁶⁶⁹ Für Maschinen gelten allerdings Besonderheiten; siehe § 297a ABGB.

Überdies ist zu bedenken, dass bei den beweglichen Sachen im Standard- und IRB-Basisansatz lediglich wenige und genau bestimmte Gegenstände als Sicherheit anerkannt werden.

3. Superädifikate

Superädifikate sind Bauwerke, die auf fremdem Grund in der *Absicht* errichtet sind, dass sie *nicht stets darauf bleiben* sollen.⁶⁷⁰ Sie gelten, ungeachtet der Bauweise, als *beweglich* und sind keine unselbständigen Bestandteile der Liegenschaft.⁶⁷¹ Sie werden auch nicht im Grundbuch eingetragen. Jedoch sind ihre Ersichtlichmachung im Grundbuch sowie die Einreihung des Superädifikatsvertrages in die Urkundensammlung des Grundbuchesgerichtetes nach dem Urkundenhinterlegungsgesetz (UHG) möglich.

Ein Pfandrecht am Grundstück erstreckt sich nicht auch auf das Superädifikat. Ist daher eine Liegenschaft mit einem Superädifikat belastet, so ist das bei der Bewertung entsprechend zu berücksichtigen.

Darüber hinaus kann an einem Superädifikat selbst ein Pfandrecht begründet werden. Der dafür erforderliche Modus ist die Urkundenhinterlegung des Pfandbestellungsvertrages nach dem UHG. Die Anerkennung der Verpfändung von Superädifikaten als kreditrisikomindernde Technik nach dem EU-RLV erscheint aufgrund deren Eigenschaft als bewegliche Sachen bei wörtlicher Auslegung dann möglich, wenn die Bedingungen für die Anerkennung von sonstigen beweglichen Sachen erfüllt sind.

4. Baurechte

Ein Baurecht ist das *Recht, auf oder unter der Bodenfläche eines fremden Grundstückes ein Bauwerk zu haben*.⁶⁷² Das Baurecht gilt im Unterschied zum Superädifikat als *unbewegliche Sache*, das auf dessen Grundlage errichtete Gebäude als *Zubehör* des Baurechts. Das Baurecht lastet ebenso auf der Liegenschaft, ist aber im Gegensatz zum Superädifikat aus dem Grundbuch jedenfalls ersichtlich. Vom Pfandrecht an der Liegenschaft ist das Baurecht nicht mitumfasst. Ist eine Immobilie mit einem Baurecht belastet, ist das bei Bewertung der Liegenschaft entsprechend wertmindernd zu veranschlagen.

Das Baurecht selbst kann ebenfalls verpfändet werden (*Baurechtshypothek*). Da es sich beim Baurecht um eine unbewegliche Sache handelt, würde sich dessen Anerkennung als kreditrisikomindernde Technik nach den bereits beschriebenen Vorschriften für Wohn- bzw. gewerbliche Immobilien richten. Aufgrund der verschiedensten vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten und der zeitlichen Beschränkung eines Baurechts, kann die Anrechnungsfähigkeit vor allem die Robustheit betreffend nur im Einzelfall beurteilt werden.

In beiden Fällen (Verpfändung einer mit einem Baurecht belasteten Liegenschaft, Baurechtshypothek) bereiten sowohl die Bewertung als auch die Verwertung Schwierigkeiten.

⁶⁷⁰ § 435 ABGB.

⁶⁷¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹² 224.

⁶⁷² § 1 BauRG.

5. Die Höchstbetragshypothek

Bei der Höchstbetragshypothek, die § 14 Abs 2 GBG regelt, wird ein Pfandrecht an der Liegenschaft gewährt, doch mangels Feststehens eines „ziffernmäßig bestimmten“ Betrages der zu sichernden Forderung, ein Höchstbetrag eingetragen.

Der exakte Betrag, für den die Hypothek haftet, ist von der aktuellen Forderung der Bank abhängig und von der Bank im Falle der Exekution mittels Forderungsanmeldung bekannt zu geben. Im Gegensatz zur Festbetragshypothek, bei der ein ziffernmäßig genau bestimmter Betrag eingetragen wird, haftet die Höchstbetragshypothek *nicht* über den Betrag hinaus auch noch für Nebengebühren.⁶⁷³ Die absolute Haftung geht nur bis zum eingetragenen Höchstbetrag. Die Anerkennung von Höchstbetragshypotheken im Sinne des EU-RLV richtet sich nach der Anerkennung von gewöhnlichen Festbetragshypotheken.

6. Die Simultanhypothek

Ist zugunsten der Bank ein *Gesamtpfandrecht* an mehreren Liegenschaften zur Besicherung einer Forderung eingeräumt, spricht man von einer Simultanhypothek. Die Bank kann dann nach freiem Belieben wählen, welche Liegenschaften, bei gegebenen Voraussetzungen, verwertet werden sollen (*Prinzip der ungeteilten Pfandhaftung*).

Ist eine gewöhnliche Hypothek, durch die eine Forderung durch ein Pfandrecht an einer Immobilie besichert wird, anerkennungsfähig, muss dies umso mehr für eine Simultanhypothek gelten. Denn wenn die Forderung durch mehrere Liegenschaften ungeteilt gesichert wird, bedeutet dies eine Verbesserung der Verwertungschancen einer Bank.

7. Die Afterhypothek

Die Afterhypothek ist die *Verpfändung einer Hypothek*. Das Afterpfandrecht entsteht durch Eintragung in das Grundbuch und muss nicht unbedingt gemeinsam mit der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung übertragen werden.

Will der Afterpfandhypothekar (das Kreditinstitut) sein Afterpfandrecht realisieren, so hat er nach hM mit *zweifacher Klage und zweifacher Exekution* vorzugehen. Er hat zunächst Pfandrechtsklage gegen seinen Pfandschuldner zu erheben und mit dem Urteil als Exekutionstitel dessen Forderung pfänden und überweisen zu lassen. In einem weiteren Schritt erst kann er (anstelle des Hauptpfandgläubigers) die Pfandrechtsklage und Exekution gegen den Hauptschuldner führen.⁶⁷⁴

Die Afterhypothek bezieht sich somit nicht direkt auf eine Immobilie, sondern auf ein Recht. Im Hinblick auf Basel II gilt sie weder als gewerbliche Immobilie noch als Wohnimmobilie. Ihre Anrechenbarkeit nach dem EU-RLV richtet sich daher nach der Anerkennungsfähigkeit von Forderungen und nicht nach jener für Hypotheken. Die diesbezüglichen Voraussetzungen werden im nächsten Kapitel dargestellt.

⁶⁷³ Kurzbauer, Die Höchstbetragshypothek 37.

⁶⁷⁴ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I² 344.

8. Einverleibungsfähige Pfandbestellungsurkunde („EPU“)

In der *Praxis* kommt es vor, dass sich die Bank bei bestimmten Kunden mit der Übergabe einer *gerichtlich* oder *notariell beglaubigten* sowie *unterfertigten* („einverleibungsfähigen“) *Pfandbestellungsurkunde* gemeinsam mit einem aktuellen Grundbuchsauszug begnügt. Zusätzlich wird in der Regel ein (allerdings nur obligatorisch wirkendes) Belastungs- und Veräußerungsverbot vereinbart. Überdies wird die Bank dazu berechtigt, jederzeit die Eintragung einer Hypothek in das Grundbuch fordern zu können.⁶⁷⁵ Die „Besicherung“ durch eine einverleibungsfähige Pfandbestellungsurkunde birgt jedoch ein großes Risiko für die Bank. Da das Pfandrecht mangels Modus (Eintragung ins Grundbuch) nicht wirksam zustande gekommen ist, ist die Urkunde im Fall eines Konkurses des Kreditnehmers für die Bank praktisch wertlos.

Durch eine EPU wird dem „legal certainty“ Prinzip des EU-RLV nicht entsprochen, das an einer Stelle lautet: „all legal requirements for establishing the pledge shall been fulfilled“.⁶⁷⁶ Der Modus für den Erwerb eines Pfandrechtes ist bei einer EPU nicht gesetzt, die rechtlichen Voraussetzungen zur Begründung eines Pfandrechtes daher *nicht* erfüllt.

9. Die Ranganmerkung

Eine weitere beliebte Variante zur Kreditsicherung im Zusammenhang mit Hypotheken, besonders für Kredite mit kurzer Laufzeit, besteht für die Bank darin, eine *grundbücherliche Anmerkung der Rangordnung über die beabsichtigte Verpfändung* vorzunehmen und sich eine *gerichtlich* oder *notariell beglaubigte*, *unterfertigte Pfandbestellungsurkunde* sowie den *Rangordnungsbeschluss* und einen aktuellen *Grundbuchsauszug* übergeben zu lassen. Das Kreditinstitut kann sich dann jederzeit im angemerkten Rang eintragen.⁶⁷⁷ Zu beachten ist allerdings, dass die Anmerkung nach einem Jahr ihre Wirksamkeit verliert.

Diese Sicherungsart bietet für die Bank aufgrund der Anmerkung mehr Sicherheit als die Innehabung einer unterfertigten Pfandbestellungsurkunde. Ob diese Sicherheitsform allerdings geeignet ist, als Kreditsicherungsinstrument die Eigenkapitalunterlegung zu mindern bzw. überhaupt anerkannt zu werden, ist ungewiss. Interpretiert man den EU-RLV streng, liegt noch kein Pfandrecht vor, schließlich ist zur Verwertung erforderlich, dass die Bank ihr Pfandrecht einträgt und aus der Anmerkung eine Einverleibung wird.

IV. Sonstige Mindestanforderungen

A. Überwachung

In Bezug auf die laufende Überwachung der Immobilienwerte durch die Kreditinstitute legt Annex VIII, Teil 2, 1.4. EU-RLV fest, dass dies regelmäßig, mindestens aber *einmal pro Jahr* vorgenommen werden muss. Eine häufigere Überwachung wird verlangt, wenn die Marktverhältnisse für Immobilien starken Schwankungen ausgesetzt sind. Statistische Bewertungsverfahren können diesbezüglich Anwendung finden, um Schätzungen zu aktualisieren, Wertverluste von Sicherheiten und die Notwendigkeit ihrer Neubewertung zu identifizieren.

⁶⁷⁵ Marek, NZ 1993, 57ff.

⁶⁷⁶ Annex VIII, Teil 2, 1.4. EU-RLV.

⁶⁷⁷ Marek, NZ 1993, 57ff.

Die Immobilie muss von einem *unabhängigen Schätzer*⁶⁷⁸ bewertet werden, falls abzusehen ist, dass ihr Wert im Verhältnis zu den generellen Marktkonditionen beträchtlich gesunken ist.

Bei hypothekarisch besicherten Forderungen, deren Betrag 3 Millionen Euro oder 5% der Eigenmittel des Kreditinstitutes überschreitet, muss die als Sicherheit dienende Immobilie mindestens all drei Jahre von einem unabhängigen Schätzer bewertet werden.

Auf Aspekte bezüglich der Regeln für eine dem EU-RLV entsprechende Bewertung von Immobilien wird in Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens eingegangen.

B. Weitere operationale Anforderungen

Weitere operationale Anforderungen betreffen die *Dokumentation* und die *Versicherung* diverser Risiken in Zusammenhang mit Immobilien.

Entsprechend Annex VIII, Teil 2, 1.4. EU-RLV hat eine eindeutige Dokumentation bezüglich der Arten der von der Bank akzeptierten Wohnimmobilien und gewerblichen Immobilien sowie der Kreditvergabegrundsätze bei Anwendung dieser Sicherheiten zu erfolgen.

Weiters soll das Kreditinstitut Maßnahmen setzen, um sicherzustellen, dass die als Sicherheit dienenden Immobilien angemessen gegen Schäden oder Zerstörung *versichert* sind.

⁶⁷⁸ Der vom Kreditentscheidungsprozess unabhängige Schätzer soll ausreichend qualifiziert sein und eine entsprechende Erfahrung besitzen.

Kapitel 4: Die Sicherungszession und Forderungsverpfändung in Zusammenhang mit Basel II

I. Allgemeines

Die *Sicherungszession* ist die Übertragung einer Forderung in das Eigentum des Kreditinstituts unter der Bedingung, diese nur zur Sicherstellung des Kredites zu verwenden. Zweck der Forderungsabtretung zu Sicherungszwecken ist es, direkten und somit bevorzugten Zugriff auf die zedierten Forderungen zu erhalten. Ebenfalls in diesem Kontext zu behandeln ist die *Forderungsverpfändung*, bei der keine Eigentumsübertragung, sondern lediglich eine Verpfändung der Forderung erfolgt. Für sie gilt im Folgenden, wenn nicht ausdrücklich anderes erwähnt ist, dasselbe wie für die Sicherungszession.

In diesem Kapitel soll zuerst die Zulässigkeit der Anrechenbarkeit von verpfändeten bzw. abgetretenen Forderungen als Kreditrisiko mindernde Technik beschrieben werden. Danach soll auf die generellen rechtlichen Voraussetzungen und jene speziellen Anforderungen eingegangen werden, die im Sinne des EU-RLV erfüllt werden müssen, um die Sicherungszession bzw. die Forderungsverpfändung als Risiko mindernd ansetzen zu können.

II. Zulässigkeit

Die Sicherungszession und die Forderungsverpfändung werden im vorliegenden EU-RLV gleich behandelt. Beide können nur dann als Kreditrisiko mindernde Instrumente zugelassen werden, wenn die Bank zumindest den *IRB-Basisansatz* gewählt hat.

Im EU-RLV sind insbesondere der Artikel 92 sowie die Bestimmungen in Teil 1, 1.3.3. und Teil 2, 1.5. des Annex VIII von Bedeutung.

Die mögliche Anrechenbarkeit von Forderungen ist jedenfalls beschränkt auf:

- Forderungen aus gewerblichen Geschäften sowie
- Forderungen mit einer Ursprungslaufzeit von maximal einem Jahr.

Zusätzlich gelten die im Folgenden dargelegten restriktiven Mindestanforderungen.

Ausgeschlossen sind jedenfalls die Zedierung oder Verpfändung von Forderungen aus Verbriefungen, Unterbeteiligungen oder Kreditderivaten. Auch Forderungen gegen mit dem Kreditnehmer verbundene Unternehmen (einschließlich Tochtergesellschaften und Angestellte) werden nicht Eigenmittel reduzierend anerkannt.

III. Kriterien für die Anrechenbarkeit

A. Allgemeines

Im Folgenden werden einige ausgewählte Kriterien für die Anrechenbarkeit der Sicherungszession und Forderungsverpfändung als Kreditsicherheit dargestellt. Diese Kriterien umfassen sowohl die allgemeinen Anforderungen des Artikels 92 als auch die speziell für Forderungen als Kreditrisiko mindernde Techniken geltenden Bestimmungen des Annex VIII.

Für die Heranziehung von Forderungen als Sicherheit dient neben der Forderungsverpfändung vor allem das Institut der Sicherungszession. Die Zession

im österreichischen Recht umfasst, wie bereits in Teil 2 dieses Leitfadens ausgeführt, ganz allgemein die Abtretung von obligatorischen Rechten.⁶⁷⁹ Zuerst sollen die allgemeinen Anforderungen des EU-RLV, nämlich das rechtswirksame Zustandekommen und die Verwertung auch im Insolvenzfall, dargestellt werden. Danach werden die spezifischen Mindestanforderungen für die Zession behandelt.

B. Rechtswirksames Zustandekommen

Die im Kreditsicherungsrecht gebräuchliche Sicherungszession unterscheidet sich von der herkömmlichen Zession vor allem dadurch, dass zwar dem Zessionar eine Forderung abgetreten wird, dieser aber durch Vertrag (Sicherungsabrede) dazu verpflichtet ist, die Forderung nur dann auch tatsächlich einzuziehen, wenn der Zedent mit seiner Verbindlichkeit in Verzug ist. Da die Sicherungszession denselben Sicherungszweck wie eine Forderungsverpfändung verfolgt, müssen die selben *Publizitätsvorschriften*, die bei der Forderungsverpfändung notwendig sind, erfüllt sein.⁶⁸⁰ Erst mit dem Setzen des Publizitätsaktes wird die Zession/Verpfändung wirksam. Davor liegt nur ein Verpflichtungsgeschäft vor.

Bei Forderungen, die durch ein Buchhaltungssystem (sog. *Buchforderungen*⁶⁸¹) erfasst sind, ist für die *Publizität* ein Buchvermerk bei den *Konten* des Zedenten/Pfandbestellers (Debitoren) notwendig. Wird die Buchhaltung elektronisch erfasst, so ist auch ein *Vermerk in der OP-Liste* (Liste der offenen Posten/ausstehenden Forderungen) erforderlich.⁶⁸² Anhand des Buchvermerks muss einwandfrei erkennbar sein, wann und an wen die Zession erfolgte und auf welche Forderung sich der Buchvermerk bezieht.⁶⁸³ Der OGH ließ in einer Reihe von Entscheidungen⁶⁸⁴ erkennen, dass er von seiner bisherigen Ansicht, auch die Drittschuldnerverständigung allein als ausreichenden Publizitätsakt anzuerkennen, aus Publizitätsgründen abrückt.

Allerdings gilt bei der heute kaum mehr auftretenden *Sicherungszession von nicht verbuchten Forderungen* (bei fehlender Buchführung), dass die *Drittschuldnerverständigung* erforderlich ist, um den für die Entstehung des Sicherungsrechts notwendigen Modus zu setzen.⁶⁸⁵

Anzumerken ist auch, dass der OGH bei der *Beurteilung der erforderlichen bankkaufmännischen Sorgfalt* einen sehr strengen Maßstab anlegt.⁶⁸⁶ Dies könnte bedeuten, dass die Bank bei der Begründung einer Sicherungszession gründlicher sein muss als eine Nichtbank, sich aber gleichzeitig weniger gründlich vermerkte Sicherungszessionen von Nichtbanken entgegenhalten lassen muss.

In Bezug auf die *Mantelzession* sind die Erfordernisse der rechtswirksamen Entstehung einer Sicherheit und der unbedingten Möglichkeit, die Forderung einzuziehen oder weiterzuveräußern, problematisch. Die Mantelzession ist

⁶⁷⁹ Ertl in Rummel, ABGB II³ § 1393 Rz 1.

⁶⁸⁰ Harrer, Sicherungsrechte 2002, 89.

⁶⁸¹ Bei Formkaufleuten liegen regelmäßig Buchforderungen vor; Michor, eolex 1998, 22.

⁶⁸² OGH 29. 10. 1997, 5 Ob 2155/96i (= SZ 70/228); Michor, eolex 1998, 22.

⁶⁸³ Harrer, Sicherungsrechte 2002, 90.

⁶⁸⁴ OGH 29. 10. 1997, 5 Ob 2155/96i (= SZ 70/228); OGH 24.2.2000, 6 Ob 256/99m.

⁶⁸⁵ Riedler, Gedankensplitter zur aktuellen Judikatur rund um Sicherungszessionen, ÖBA 2000, 583.

⁶⁸⁶ OGH 24.2.2000, 6 Ob 235/99y (= SZ 73/37).

nur die Verpflichtung, künftig entstehende Forderungen zu übertragen. Aus dem Mantelzessionsvertrag selbst kann kein Recht zur eigenmächtigen Einziehung der Forderung abgeleitet werden. Auch können die Forderungen nicht an einen Dritten veräußert werden, da die Bank selbst nicht über die Forderung verfügt. Die rechtswirksame Entstehung einer Sicherheit in Form einer Mantelzession wird daher zu verneinen sein, denn für die Wirksamkeit der Zession ist zusätzlich ein Übertragungsakt notwendig. Dies wäre im Falle der Zession der Zessionsmodus, also bei der Sicherungszession in aller Regel der Buchvermerk.

C. Verwertung

Dingliche Sicherheiten im Sinne des EU-RLV müssen nach Artikel 92, Absatz 1 nicht nur, wie eben dargestellt, rechtswirksam zustande kommen, sondern auch durchsetzbar bzw. verwertbar sein. Annex VIII, Teil 2, 1.5 EU-RLV konkretisiert diese Anforderung und verlangt insbesondere, dass die Sicherungsabrede robust ist. Zur Frage der Robustheit von Forderungen als Sicherheiten ist insbesondere auf jene Probleme hinzuweisen, die für die Bank durch mögliche Einwendungen und Aufrechnungen des Zessus entstehen können. Einwendungen und Aufrechnungen können die Forderung als Sicherheit wertlos machen, ohne dass dies für die Bank aus der Sicherungsabrede erkennbar gewesen wäre. Durch die möglichen Einwendungen des Zessus hängt die Qualität der Sicherungszession eng mit der Qualität der Leistungen des Zedenten zusammen.

Beispiel 1: Liefert beispielsweise ein Unternehmen durchschnittlich 10% mangelhafte Waren, die Gewährleistungsansprüche auslösen, so haben auch die sicherungsweise abgetretenen Forderungen um durchschnittlich 10% weniger Wert. Punktuell können die Gewährleistungsansprüche zu Einwendungen führen, die den Wert einer Forderung beträchtlich mindern oder gar vernichten.

Es erscheint daher für die Durchsetzbarkeit und Robustheit einer zedierten Forderung sinnvoll, dass die Bank sich vom Zessus anerkennen lässt, dass aus dem Deckungsverhältnis keine einwendbaren Mängel und aufrechenbare Forderungen bestehen. Aber auch durch ein derartiges Anerkenntnis können nicht alle Einwendungen ausgeschlossen werden.

Diese Tatsache ist bei Bestimmung des anrechenbaren Wertes der zedierten bzw. verpfändeten Forderungen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist es zum Beispiel denkbar, bei der Bewertung die historisch erfassten Gewährleistungsansprüche des Kreditnehmers zu berücksichtigen, wenn diese konstant bzw. abschätzbar sind.

Ein weiteres spezifisches Kriterium zur Verwertbarkeit von Sicherungszessionen bzw. Forderungsverpfändungen ist, dass das Kreditinstitut berechtigt sein muss, die Forderung ohne Zustimmung des Zessus bzw. Pfandgebers zu veräußern oder anderweitig zu übertragen (vgl. Annex VIII, Teil 2, 1.5).

Über das Recht zur Einziehung der Forderung durch die Bank selbst wird im EU-RLV keine Aussage getroffen. Es ist nicht notwendige Voraussetzung. Wenn aber schon die Weiterveräußerung bzw. -übertragung ausreichend für die Anerkennung ist, dann sollte erst recht die unmittelbare Einziehung selbst anrechenbar sein, da bei der Einziehung durch die Bank ein höherer Erlös aus der Forderungsverwertung zu erwarten ist, als wenn sie nur den Kaufpreis

bei Forderungsverkauf unter Abzug des Selbstbehaltes erhält.⁶⁸⁷ Ob das Recht zur Einziehung der Forderung das Kriterium der Veräußerbarkeit bzw. anderweitigen Übertragung ersetzen kann, kann hier nicht abschließend beantwortet werden.

Die unbedingte Übertragbarkeit der Forderung ohne Zustimmung des Zessus ist grundsätzlich unbedenklich, da der Inhalt der Schuld unverändert bleibt und es daher keiner Zustimmung des Zessus bedarf.⁶⁸⁸ Allerdings ist auf ein eventuell vereinbartes *Abtretungsverbot* Bedacht zu nehmen, wodurch die Abtretung nur begrenzt möglich ist.

Bei der Forderungsverpfändung ist eine außergerichtliche Verwertung ohne Zustimmung des Forderungsschuldners grundsätzlich möglich, wenn eine Verwertungsabrede getroffen wurde, aufgrund derer die Bank entweder zur Einziehung der Forderung oder Veräußerung derselben ermächtigt und zur Herausgabe des überschießenden Erlöses verpflichtet ist. Ein Abtretungsverbot kann sich allerdings auch auf die Verpfändbarkeit oder auf die anschließende Verwertbarkeit der Forderungsverpfändung erstrecken. Ist daher ein solches Abtretungsverbot vereinbart, das auch die Verpfändung einschließt, ist das Kriterium der Verwertbarkeit ohne das Zustimmungserfordernis eines Dritten nicht erfüllt.

Überdies ist zu beachten, dass z. B. bei der *Verpfändung eines Garantieanspruches*, die mit einer *Schlechterstellung des Garanten* verbunden ist, die Zustimmung desselben notwendig sein könnte.⁶⁸⁹ Die Tauglichkeit dieser Verpfändung nach dem EU-RLV ist zu verneinen, weil die Übertragung der Forderung von einem Dritten abhängt, dem Forderungsschuldner.

Das bereits erläuterte Problem der Einwendungen, die der Zessus bzw. der Pfandgeber gegen die Bank bei Forderungseinzug haben kann, ist auch in diesem Zusammenhang wesentlich. Wenn Einwendungen gegen die Forderungseinziehung bestehen, ist auch in aller Regel mit einer Zeitverzögerung bei der Verwertung zu rechnen. Üblicherweise hat ein Einwand aus Gewährleistungsansprüchen zur Folge, dass es zu genaueren Nachforschungen kommt, um feststellen zu können, ob diese Ansprüche überhaupt zu recht bestehen. Dies ist in der Bewertung der zedierten bzw. verpfändeten Forderung zu beachten.

In Bezug auf die Verwertung von Sicherungszessionen und Forderungsverpfändungen schreibt der EU-RLV zusätzliche spezielle Mindestanforderungen (Erstrangigkeit, Aktivlegitimation) vor, die in weiterer Folge behandelt werden.

IV. Sonstige Mindestanforderungen

A. Relevante Rechtsordnung

Das anzuwendende Recht, nach dem eine Rechtsfrage zu beurteilen ist, wird auch, wie bereits erwähnt, als das *Statut* bezeichnet. Die Ermittlung des Statuts kann sich vor allem bei *grenzüberschreitenden Sicherungszessionen* als schwierig erweisen. Grenzüberschreitende (Sicherungs-)Zessionen haben mitunter zur Folge, dass die Sicherungsabrede, die ihr zugrunde liegende Forderung und/oder der für ihr Entstehen maßgebliche Modus nach einer anderen Rechtsordnung zu beurteilen ist. Je nachdem kann die Wirksamkeit oder Durchsetzbar-

⁶⁸⁷ *Avancini / Iro / Koziol*, Bankvertragsrecht II 202.

⁶⁸⁸ *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht II¹² 117.

⁶⁸⁹ *Ertl* in *Rummel*, ABGB II³ § 1393 Rz 1.

keit einer Sicherheit nach unterschiedlichen Rechtsordnungen zu beurteilen sein.

Von grenzüberschreitender (Sicherungs-)Zession spricht man, wenn die Zession eine *Auslandsberührung* aufweist, also z. B. wenn eine der Parteien ihren Sitz (bei juristischen Personen) oder gewöhnlichen Aufenthalt (bei natürlichen Personen) nicht in Österreich hat.⁶⁹⁰ Ist der Zedent mit dem Kreditnehmer nicht ident, tritt neben die kreditgebende Bank, den Kreditnehmer und den Zessus noch eine *vierte Partei* (dies könnte z. B. der Fall sein, wenn die Muttergesellschaft zu Gunsten einer Tochtergesellschaft die Sicherheitsabrede vereinbart), nämlich der Zedent der Forderungen. Aus diesem Grund müssen der schuldrechtliche Vertrag (Sicherungsabrede), der Zessionsmodus und die der Zession zugrundeliegende Forderung unterschieden werden.

*Grundsätzlich kann das Statut, das für einen Vertrag oder Teile davon maßgeblich sein soll, vertraglich frei vereinbart werden.*⁶⁹¹ Dies gilt auch für die *Sicherungsabrede*. Sie unterliegt also primär dem von den Parteien vereinbarten Recht. Fehlt aber eine Vereinbarung, wird im Zweifel an das Statut am Sitz des Zedenten angeknüpft.⁶⁹²

Das Statut zur Beurteilung des *Modus* ist, im Einklang mit der bisherigen Judikatur,⁶⁹³ durch das Statut der abgetretenen Forderung bestimmt.⁶⁹⁴ Eine vertraglich vereinbarte Rechtswahl für den Zessionsmodus ist nicht möglich.⁶⁹⁵

Das Statut der *Forderung* selbst richtet sich, mangels abweichender Vereinbarung,⁶⁹⁶ nach dem Recht jenes Staates, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat,⁶⁹⁷ welches die „charakteristische Leistung“⁶⁹⁸ des jeweiligen Vertrages zu erbringen hat. Unter charakteristischer Leistung versteht man jene Leistung, die nicht in Geld besteht.

Da sich das Statut des Modus nach dem Statut der Forderung richtet und dieses der freien Vereinbarung der Parteien unterliegt, könnte sich für Banken das Problem ergeben, dass der Modus und auch die Durchsetzbarkeit nach ausländischem Recht zu beurteilen sind, wie folgendes Beispiel zeigt:

Beispiel 2: Eine Bank XY vergibt einen Kredit an ein österreichisches Unternehmen Ö. Zum Zwecke der Besicherung des Kredites lässt sich die Bank XY alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen sicherungsweise zedieren und vermerkt diese Zession, so wie es nach herrschender Rechtsansicht erforderlich ist, in den Büchern des Unternehmens Ö. Ö schließt in weiterer Folge Kaufverträge mit einem Unternehmen T aus der Tschechischen Republik ab und vereinbart mit diesem, dass der Vertrag tschechischem Recht unterstellt sein soll. Für diesen Fall gilt, dass die Sicherungszessionsverfügung, der für die Entstehung der Zession notwendige Modus, nach tschechischem und nicht nach österreichischem Recht zu beurteilen ist. Darüber hinaus richtet sich auch die Durchsetzbarkeit des Kaufvertrages nach tschechischem Recht.

⁶⁹⁰ Schwimann, wbl 1998, 386.

⁶⁹¹ Art 3 Abs 1 EVÜ; dies gilt nur für Verträge in denen zumindest eine Vertragspartei nicht „österreichisch“ ist.

⁶⁹² Art 12 Abs 1 iVm Art 4 Abs 2 EVÜ.

⁶⁹³ OGH 13. 10. 1983, 6Ob 788/82 (= JBl 1984, 320); OGH 11. 7. 1990, 1 Ob 648/90 (= JBl 1992, 189).

⁶⁹⁴ Schwimann, Internationales Privatrecht 2001, 143f; Schwimann, wbl 1998, 385. Anderer Ansicht Lorenz in Czernich/Heiss, EVÜ Kommentar, Art 12 Rz 12ff.

⁶⁹⁵ Schwimann, wbl 1998, 385.

⁶⁹⁶ Nach Art 3 Abs 1 EVÜ kann das Statut frei vereinbart werden.

⁶⁹⁷ Sog. Schuldentstehungstatut, siehe Schwimann, Internationales Privatrecht 2001, 128.

⁶⁹⁸ Art 4 Abs 2 EVÜ.

Um den Anforderungen des EU-RLV zu genügen, ist es deswegen von Nöten, die Durchsetzbarkeit der Sicherungsabtretung von Forderungen vor dem Hintergrund der jeweils anwendbaren Rechtsordnung und des vereinbarten Gerichtsstands zu prüfen. Im Folgenden wird die Durchsetzbarkeit nach österreichischem Recht beurteilt.

B. Erstrangigkeit und Aktivlegitimation

In Annex VIII, Teil 2, 1.5. EU-RLV werden spezifische rechtliche Mindestanforderungen an die Verpfändung bzw. Abtretung von Forderungen normiert, darunter auch die Erstrangigkeit und *Aktivlegitimation*. Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass das österreichische Recht mit der Sicherungszession und der Forderungsverpfändung etablierte Rechtsinstitute zur Verfügung stellt, die vor den Gerichten geltend gemacht werden können. Hier ist die Bank aktivlegitimiert;⁶⁹⁹ ihr kommt daher das Recht zu, als Klägerin in einem Zivilprozess aufzutreten.⁷⁰⁰

Dem Erfordernis der *Erstrangigkeit* ist nach österreichischem Recht durch die (Sicherungs-)Zession insofern Genüge getan, als die *Abtretung einer Forderung nur einmal möglich* ist. Wurde also eine (Sicherungs-)Zession unter den oben genannten Voraussetzungen bereits einmal rechtswirksam vollzogen, kann sie wirksam nicht noch ein zweites Mal übertragen werden.

Bei der Forderungsverpfändung richtet sich die Erstrangigkeit nach dem *Zeitpunkt des Publizitätsaktes*. Jene Verpfändung bei der zuerst ein wirksamer Publizitätsakt gesetzt wird, geht der nachfolgenden Verpfändung vor. Zur Problematik eines wirksamen Forderungsübergangs sei auf die Ausführungen zur österreichischen Rechtslage in Teil 2 dieses Leitfadens verwiesen.

Die Erstrangigkeit ist auch im Zusammenhang mit der Stellung der Bank im Insolvenzverfahren von Belang. Im Insolvenzverfahren steht der Bank ein bevorzugter Anspruch auf Absonderung⁷⁰¹ der zedierten oder verpfändeten Forderung zu; sie kann sich aus der Forderung befriedigen.⁷⁰²

C. Klärung der Durchsetzbarkeit und Dokumentation

Die Bank hat sich über die jeweils gültige Rechtslage, die Wirksamkeit und die *Durchsetzbarkeit* der einzelnen Sicherungsverträge in allen relevanten Rechtsordnungen Sicherheit zu verschaffen. Es muss festgestellt werden, ob die Sicherungsverträge gesetzeskonform abgeschlossen wurden und sowohl formell- als auch materiellrechtlich (im Vertragsinhalt) haltbar sind. Insbesondere soll aktuellen gesetzlichen Veränderungen und Entwicklungen der Judikatur Rechnung getragen werden. Das soll, wenn erforderlich, durch ein Gutachten erfolgen.

Die Ergebnisse der rechtlichen Analyse und die Sicherungsverträge sind entsprechend zu *dokumentieren*.

⁶⁹⁹ Die Aktivlegitimation bezieht sich je nach Ausgestaltung des Sicherungsabrede bei der Forderungsverpfändung auf die Drittschuldnerklage (direkte Einziehung der Forderung beim Drittschuldner) oder die Pfandrechtsklage (auf Überweisung der Forderung gegen den Pfandschuldner).

⁷⁰⁰ Dies ist nach dem österreichischen Recht insofern unproblematisch, als man von einem formellen Parteienbegriff ausgeht. Dh, die Parteistellung hängt allein von der Bezeichnung als solche ab. Ob jemandem eine Forderung überhaupt zusteht, ist Gegenstand des Verfahrens selbst. Fehlt die Rechtszuständigkeit so führt dies zur Abweisung der Klage; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 160ff.

⁷⁰¹ §§ 48 iVm 10 Abs 2 KO.

⁷⁰² Lediglich bei Kostenersatzforderungen aus einem Gerichtsverfahren steht dem Rechtsanwalt ein gesetzliches Pfandrecht nach §§19, 19a RAO zu. Diesfalls rücken alle anderen Forderungen im Rang nach hinten.

D. Anforderungen an das Risikomanagement

In Annex VIII, Teil 2, 1.5. EU-RLV werden einige Anforderungen an das Risikomanagement der Bank gestellt, die sie erfüllen muss, wenn sie Forderungen als Sicherheit ansetzen will.

Die Bank muss über aussagekräftige *Prozesse zur Bestimmung des Kreditrisikos der Forderungen* verfügen. Ein solcher Prozess soll Analysen hinsichtlich der Geschäftstätigkeit des Kreditnehmers (z. B. Auswirkungen von Konjunkturzyklen), aber auch Analysen über die Kunden des Kreditnehmers beinhalten. In Fällen, in denen sich die Bank auf die Angaben des Kreditnehmers verlässt, um das Kreditrisiko von dessen Kunden (Schuldner des Kreditnehmers) zu bestimmen, muss die Bank die Kreditvergabepolitik des Kreditnehmers (Zedenten) überprüfen. Zweck dieser Regelung ist es, die Angaben des Zedenten hinsichtlich ihrer Aussagekraft und Zuverlässigkeit zu überprüfen.

Hinsichtlich der *Bewertung der angesetzten Forderung* ist Folgendes zu beachten:

Der anzurechnende *Wert* der verpfändeten bzw. zedierten Forderung ist von der *Höhe* derselben zu unterscheiden. Der anzurechnende Wert muss nämlich alle relevanten Faktoren, einschließlich der Inkassokosten, Konzentrationen innerhalb der einzelnen verpfändeten bzw. zedierten Forderungspools und möglicher Konzentrationsrisiken im Gesamtkreditbestand der Bank berücksichtigen. Auch mögliche Einwendungen, wie etwa Gewährleistungsansprüche, sind hierbei zu beachten. Die vom Kreditnehmer verpfändeten Forderungen sollten diversifiziert und nicht übermäßig mit dem Kreditnehmer korreliert sein. Wenn Konzentrationen bestehen, sollten die damit verbundenen Risiken bei der Festlegung von *Sicherheitsabschlägen* für den Forderungspool als Ganzes berücksichtigt werden.

Die Sicherheiten müssen einem für sie angemessenen *kontinuierlichen Überwachungsprozess* unterliegen. Vor allem sollten die Einhaltung von Klauseln in den Kreditverträgen, Umweltauflagen und andere rechtliche Anforderungen regelmäßig überprüft werden. In diesem Zusammenhang sollten auch möglicherweise bestehende Abtretungsverbote adressiert werden.

Die Bank sollte über einen dokumentierten Prozess für das Forderungsin-kasso bei Zahlungsschwierigkeiten des Kreditnehmers verfügen. Die hierfür erforderlichen Verfahren und Einrichtungen sollten vorhanden sein, auch wenn normalerweise der Kreditnehmer für das Inkasso zuständig ist.

Kapitel 5: Eigentumsvorbehalt, Leasing und Sicherungsübereignung in Zusammenhang mit Basel II

I. Einleitung

Neben der bereits besprochenen Verpfändung von beweglichen Sachen und Liegenschaften kommen auch Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen als Kreditrisiko mindernde Techniken in Betracht. Die Voraussetzungen, die durch den EU-RLV an Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung gestellt werden, sind die gleichen wie bei der Verpfändung und wurden bereits in den entsprechenden Kapiteln dargestellt. Im Folgenden sollen deswegen nur die Spezifika bezüglich des rechtswirksamen Entstehens und der Verwertung erörtert werden. Besonderes gilt für das Leasing, da der EU-RLV hier spezielle Anforderungen stellt.

II. Eigentumsvorbehalt

A. Allgemeines

Finanzsicherheiten oder Sicherheiten an sonstigen beweglichen Sachen können außer durch Verpfändung auch durch einen Eigentumsvorbehalt begründet werden (siehe Kapitel Pfandrecht). Während das Pfandrecht ein beschränkt dingliches Recht auf bevorzugte Befriedigung aus einer bestimmten Sache ist, vermittelt das Eigentum ein Vollrecht an einer Sache.

Beim *Eigentumsvorbehalt* übereignet der Verkäufer dem Käufer die Sache unter der *aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung*. Bis der Käufer den Kaufpreis zur Gänze bezahlt hat, bleibt der Verkäufer Eigentümer. Der Käufer erhält ein sog. *Anwartschaftsrecht*. Mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises wird der Käufer automatisch Eigentümer der Sache, ohne dass es noch eines besonderen Übertragungsaktes bedarf.⁷⁰³

Auch das *vorbehaltene Eigentum* kann *übertragen* werden, wie etwa beim *drittfinanzierten Kauf*. Der Verkäufer übergibt die Sache und behält sich das Eigentumsrecht vor. Eine Bank übernimmt für dieses Geschäft die Finanzierungsfunktion. Der Bank wird dafür die Kaufpreisforderung abgetreten und das vorbehaltene Eigentum zur Sicherung der Kaufpreisforderung übertragen. Dies kann durch Besitzeanweisung geschehen.

B. Rechtswirksames Entstehen

Der Eigentumsvorbehalt wird in der Regel als Nebenabrede zum Kaufvertrag vereinbart. Das rechtswirksame Entstehen des Eigentumsvorbehaltes wirft grundsätzlich keine spezifischen Probleme auf. Zu beachten ist jedoch, dass nach österreichischem Recht ein über die Kaufsache hinausgehender (erweiterter) Eigentumsvorbehalt nicht zulässig ist.

⁷⁰³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I² 371.

C. Verwertung

1. Allgemeines

Kommt der Käufer seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem Kauf- oder Darlehensvertrag nicht nach, so steht der Bank ein Rücktrittsrecht zu.⁷⁰⁴ Sodann kann die Bank ihr Eigentumsrecht geltend machen und dadurch die *Sache herausverlangen*.⁷⁰⁵

Bei der Verwertung des *vorbehaltenen Eigentumsrechts* im Konkurs des Käufers muss die Bank ebenfalls zunächst von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen, um den Kaufvertrag aufzulösen. Danach kann die Bank die *Aussonderung* der Sache aus der Konkursmasse verlangen.⁷⁰⁶ Vice versa kann der Masseverwalter vom Vertrag zurücktreten und die Sache herausgeben oder die Aussonderung verhindern, indem er am Kaufvertrag festhält und den Kaufpreis zahlt.⁷⁰⁷

2. Gutgläubenserwerb

Grundsätzlich ist der Käufer der unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache nicht befugt, diese in seinem Namen weiterzueräußern, da er nicht Eigentümer der Sache ist.⁷⁰⁸ Allerdings kann der Zweitkäufer, wenn er nicht weiß und auch nicht wissen musste, dass der Verkäufer gar nicht zum Verkauf der Sache berechtigt ist, gutgläubig Eigentum an der Sache erwerben.⁷⁰⁹ Fahrlässige Unkenntnis reicht für das Fehlen des guten Glaubens. In diesem Fall geht der Bank das Eigentumsrecht an der Sache und damit die Kreditsicherheit verloren. Die Bank hat daher entsprechende Vorkehrungen (z. B. Einbehalt des Typenschleins bei KFZ) zu treffen, um die Robustheit dieses Sicherungsinstrumentes sicherzustellen.

3. Verlängerter Eigentumsvorbehalt

Wenn von vornherein feststeht, dass die unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache weiterverkauft werden soll (Handelswaren), so bietet sich die Vereinbarung eines sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt an, der auch eine Verfügungsbefugnis mit umfasst und es dem Käufer ermöglicht, die Sache weiterzueräußern. Hierbei wird vereinbart, dass der Käufer *befugt* ist, die Sache *weiterzuverkaufen*, gleichzeitig wird die *Kaufpreisforderung* aus dem zweiten Verkauf der Sache an die Bank *abgetreten*. Damit verliert die Bank zwar das Eigentum an der Sache, aber an die Stelle des Eigentumsrechts tritt das Recht, die Kaufpreisforderung des Käufers gegen den Zweitkäufer einzuziehen.⁷¹⁰ Diese Art der Zession ist eine Sicherungszession, für die die ausgeführten Formvorschriften einzuhalten sind (siehe Kapitel Forderungsabtretung und Forderungsverpfändung).

⁷⁰⁴ Vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht (§§ 918ff ABGB).

⁷⁰⁵ § 366 ABGB (Eigentumsklage) bzw. § 37 EO (Exszindierungsklage), wenn das Vorbehaltsgut Gegenstand einer Exekution ist.

⁷⁰⁶ § 44 KO.

⁷⁰⁷ § 21 KO.

⁷⁰⁸ Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet (Niemand kann mehr Rechte weitergeben, als er selbst hat).

⁷⁰⁹ §§ 367, 371 ABGB, § 366 HGB.

⁷¹⁰ *Koziol/Welser* Bürgerliches Recht I¹² 378.

4. Risiken beim drittfinanzierten Kauf

Ähnlich wie bei der Sicherungszession stellen beim drittfinanzierten Kauf mögliche *Einwendungen des Käufers* ein gewisses Risiko für die Bank dar. Der Käufer könnte etwa Einwendungen geltend machen, die ihm aus dem Kaufvertrag zustehen,⁷¹¹ wie z. B. wegen Mängeln an der gelieferten Sache. Insofern kann also ein Käufer (zumindest für gewisse Zeit) erfolgreich eine weitere Ratenzahlung und die Herausgabe der Sache verhindern.

Nach erfolgreicher Geltendmachung des Eigentumsrechts stellt sich die Frage nach dem Schicksal der bereits bezahlten Kaufpreistraten und der zurückgeforderten Sache. Da der Kaufvertrag nach erfolgtem Rücktritt aufgelöst wird, muss die Bank die erhaltenen Raten zurückstellen,⁷¹² gegebenenfalls nach Abzug eines allfälligen Nutzungsentgeltes.⁷¹³

Die herausverlangte Sache kann nun frei verwertet werden. Da die Bank ihre eigene Sache liquidiert, ist sie dabei, anders als bei der Pfandverwertung, *keinen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen*.

III. Leasing

A. Allgemeines

An dieser Stelle ist anzumerken, dass Unternehmen, die nur das Leasinggeschäft und darüber hinausgehend kein Bankgeschäft nach § 1 BWG betreiben, Finanzinstitute sind, und daher nicht den Solvabilitätsbestimmungen des EU-RLV unterworfen sind. Diese reinen Leasinggesellschaften sind jedoch dann betroffen, wenn sie einer Kreditinstitutsgruppe angehören.

Beim Leasing kauft der Leasinggeber eine Sache, um sie anschließend einem Leasingnehmer zu verleasen. *Gesetzlich* sind Leasingverträge *nicht geregelt*, sondern Ergebnis der privatautonomen Vertragsgestaltung. Das ist auch der Grund, warum Leasingverträge in vielfältigsten Ausformungen auftreten und im Folgenden nur auf einige wenige der teilweise sehr komplexen Probleme des Leasinggeschäfts hingewiesen werden kann.

B. Zulässigkeit

Leasing wird im EU-RLV bei Verwendung zumindest des IRB-Basisansatzes⁷¹⁴ als Kreditrisiko mindernde Technik anerkannt, wobei in diesem Zusammenhang die Anforderungen nach Annex VIII, Teil 1, 1.3.3. EU-RLV relevant sind. Entsprechend diesen Bestimmungen werden Forderungen, denen Leasingtransaktionen zu Grunde liegen, genauso behandelt wie Forderungen, die durch die gleiche Art von Sicherheiten besichert werden. Beim Leasingvertrag müssen daher auch all jene Bestimmungen eingehalten werden, die für sonstige physische Sicherheiten oder Hypotheken zutreffen.

⁷¹¹ Gewährleistung, Irrtum, etc. siehe Zession, Einwendungen des Zessus.

⁷¹² § 921 ABGB; Rückabwicklung bei Rücktritt vom Vertrag.

⁷¹³ Kompensation der rückzustellenden Kaufpreisforderung mit der Nutzungsentschädigung.

⁷¹⁴ Im Standardansatz gibt es für bestimmte Leasingtransaktionen mit gewerblichen Immobilien als Ausnahme eine eigene Forderungskategorie; vgl. dazu Teil 3, Kapitel 3 dieses Leitfadens zur Hypothek.

C. Verwertung

Da die Bank beim Leasing einen Eigentumsvorbehalt an der Sache hat, richtet sich die Verwertung nach den für diesen geltenden Prinzipien. Besonderes gilt allerdings für die *Verwertung im Konkurs*.

Wenn ein Leasingvertrag als Bestandvertrag (Gebrauchsüberlassung) einzuordnen ist (siehe Kapitel Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung), tritt zunächst der Masseverwalter in den Vertrag ein.⁷¹⁵ Die Bank und der Masseverwalter haben dann die Möglichkeit, von ihrem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Die Leasingraten, die nach der Konkursöffnung anfallen, sind meist Massforderungen,⁷¹⁶ die nicht quotenmäßig, sondern vor den Konkursforderungen voll befriedigt werden. Im Falle der Kündigung des Leasingvertrages durch den Masseverwalter oder die Bank, kann die Bank ihr Aussonderungsrecht am Leasinggut geltend machen.

D. Spezielle Mindestanforderungen an Leasing

Gemäß Annex VIII, Teil 2, 1.7. EU-RLV müssen folgende Mindestanforderungen zur Anerkennung als Kreditrisiko mindernde Technik erfüllt werden:

Zum einen müssen die in den Punkten 1.4. (Hypotheken) bzw. 1.6. (sonstige physische Sicherheiten) des Annex VIII, Teil 2 EU-RLV dargelegten Bedingungen für die Anerkennung dieser Sicherheiten innerhalb einer Leasingtransaktion erfüllt sein, zum anderen wird robustes Risikomanagement beim Leasinggeber hinsichtlich des Standortes des Leasingobjekts, seiner Nutzung, seines Alters und der geplanten Nutzungsdauer vorausgesetzt.

Nach dem EU-RLV muss weiters beim Leasing insbesondere sichergestellt sein, dass *robuste rechtliche Rahmenbedingungen* für die Geltendmachung des Eigentumsrechts an der verleasten Sache seitens des Leasinggebers vorliegen. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung analog auch auf die Besicherung durch Eigentumsvorbehalt heranzuziehen ist, weil beim Leasingvertrag meist ein Eigentumsvorbehalt der Bank besteht. Insbesondere ist zu überprüfen, ob bei der Geltendmachung des Eigentumsrechts im Konkurs des Kreditnehmers nicht eventuell ausländisches Recht zur Anwendung gelangt und damit die rechtlichen Rahmenbedingungen genauer zu untersuchen sind.

Eine weitere Anforderung schreibt vor, dass die Differenz zwischen der Abschreibungsquote und der Amortisationsrate der Leasingzahlungen den mit dem Leasinggegenstand verbundenen risikomindernden Effekt nicht überschreiten darf.

IV. Sicherungsübereignung

A. Allgemeines

Finanzsicherheiten und Sicherheiten an sonstigen beweglichen Sachen können, neben der Verpfändung, auch durch Vollrechtsübertragung begründet werden. Diese sicherungsweise Übertragung des vollwertigen Eigentums nennt man Sicherungsübereignung.

⁷¹⁵ § 23 KO.

⁷¹⁶ Abhängig vom Zeitpunkt des Konkurses im Zeitverlauf des Leasingvertrages können die Leasingforderungen Masse oder Konkursforderungen sein; *Rathauscher*, Bestandrechte und Konkurs 101ff; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt 276 ff.

Bei der Sicherungsübereignung wird der Bank das *Eigentum an einer Sache* bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredits *übertragen*. Zahlt der Kreditnehmer nicht, so kann sich die Bank aus dieser Sache z. B. durch Verkauf befriedigen. Die Bank erwirbt hierbei das vollwertige Eigentumsrecht an der Sache. Sie könnte daher die Sache jederzeit einem anderen übereignen. Die Sicherungsabrede verpflichtet aber die Bank vertraglich, von diesem Recht nur dann Gebrauch zu machen, wenn der Kreditnehmer in Verzug ist.

B. Rechtswirksames Entstehen

Titel für die Sicherungsübereignung ist die *Sicherungsabrede*, *Modus* die *Übertragung der Sache*. Für die Sicherungsübereignung, die gesetzlich kaum geregelt ist, werden diverse Pfandrechtsvorschriften analog herangezogen, weil mit dem Sicherungseigentum derselbe Zweck wie mit einem Pfandrecht verfolgt wird. Demnach gilt auch bei der Sicherungsübereignung das *Faustpfandprinzip*. Es reicht daher die Übertragung durch Besitzkonstitut nicht aus. Nach vollständiger Rückzahlung des Kredits ist die Bank verpflichtet, das Eigentum wieder zurück zu übertragen. Es kann aber auch vereinbart werden, dass mit vollständiger Kreditrückzahlung das Eigentumsrecht automatisch zurückfällt.⁷¹⁷

C. Verwertung

Der Vorteil der Sicherungsübereignung gegenüber dem Pfandrecht ist, dass die Bank, wie auch beim Eigentumsvorbehalt, als Eigentümerin die gegebene Sicherheit *frei verwerten* kann und diesbezüglich keinen gesetzlichen Einschränkungen unterliegt. Im *Konkurs* des Kreditnehmers hat die Bank die Stellung eines *Absonderungsberechtigten*.⁷¹⁸

⁷¹⁷ Koziol/Welser Bürgerliches Recht I¹² 365.

⁷¹⁸ § 10 Abs 3 KO und AO.

Kapitel 6: Persönliche Sicherheiten in Zusammenhang mit Basel II

I. Allgemeines zu persönlichen Sicherheiten

Wenn jemand die persönliche Haftung für eine materiell fremde Verbindlichkeit übernimmt, spricht man von *Interzession*. Als Beispiele können etwa Bürgschaft, Garantie und Schuldbeitritt angeführt werden, die allesamt von dem im EU-RLV verwendeten Terminus „garantie“ erfasst sind. Im Folgenden wird deshalb undifferenziert vorwiegend vom Garanten gesprochen.

Der EU-RLV stellt hinsichtlich der möglichen Eigenmittel reduzierenden Wirkung von persönlichen Sicherheiten einige Anforderungen an Interzessionen. So muss bei nicht-hinterlegbaren Sicherheiten der hinzutretende Dritte ausreichende Bonität haben, damit die erforderliche Bestimmtheit der angestrebten Sicherstellung gewährleistet ist. Vor allem im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit der Zahlung aufgrund des Sicherungsvertrages bei Zahlungsausfall des Hauptschuldners oder bei sonstigem Eintritt eines Sicherungsfalls ist die Bonität des Dritten von Bedeutung. Die diesbezüglichen Anforderungen werden in Abschnitt II. beschrieben.

Darüber hinaus fordert der Richtlinienvorschlag neben den üblichen Anforderungen (rechtswirksames Zustandekommen, etc.) speziell für persönliche Sicherheiten, dass das Kreditinstitut einen direkten Anspruch gegen den persönlich Haftenden hat, der Haftungsumfang klar bestimmt ist und anderes mehr. Abschnitt III. behandelt die weiteren Kriterien der Anrechenbarkeit, während sich die Abschnitte IV. bis VII. den einzelnen Instrumenten widmen, beginnend mit der Bürgschaft bis hin zu den Kreditderivaten.

Die Bewertung des kreditrisikomindernden Effektes von persönlichen Sicherheiten wird in Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens behandelt.

II. Zulässigkeit

Sowohl im Standardansatz als auch im IRB-Basisansatz, das bringt Annex VIII, Teil 1, 2.1. EU-RLV deutlich zum Ausdruck, werden nur bestimmte Garanten zugelassen: Zentralregierungen, Zentralbanken, Landesregierungen, kommunale Gebietskörperschaften, multilaterale Entwicklungsbanken, bestimmte internationale Organisationen, bestimmte öffentliche Einrichtungen, Kreditinstitute, sowie qualifizierte Kapitalgesellschaften. Daraus geht hervor, dass es sich lediglich um in hohem Masse stabile, oft staatsnahe Einrichtungen handeln wird, die als Garanten, Bürgen oder Sicherungsgeber zugelassen werden. Im Standardansatz sowie IRB-Basisansatz werden daher die Bestimmungen des KSchG nur selten zur Anwendung gelangen, da die als Interzedenten zugelassenen Institutionen die für die maßgeblichen Bestimmungen des KSchG erforderliche Verbrauchereigenschaft in der Regel nicht aufweisen werden.

Auf eine Ausnahme ist jedoch hinzuweisen. Bei Retailforderungen im IRB-Basisansatz sind vom Kreis möglicher Interzedenten auch Verbraucher umfasst, die sich für den Kreditnehmer der Bank verbürgen, eine Garantie übernehmen oder als Schuldner beitreten können. Dem Kreditinstitut obliegen bei derartigen Interzedenten besondere, durch das KSchG auferlegte Verpflichtungen. In jedem Fall hat die Bank § 879 ABGB zu beachten, der sittenwidrige Geschäfte

für nichtig erklärt. Dies ist vor allem bei einer Haftungsübernahme eines nahen Angehörigen des Kreditnehmers zu berücksichtigen.

III. Allgemeine Kriterien für die Anrechenbarkeit

Über die restriktive Zulassung von Interzedenten hinaus fordert der Richtlinienvorschlag, dass das Kreditinstitut einen direkten Anspruch gegen den persönlich Haftenden hat, der Haftungsumfang klar bestimmt und nicht veränderbar ist. Der Interzessionsvertrag darf keine Klauseln enthalten, die außerhalb der Einflussnahme des durch die Interzession begünstigten Kreditinstitutes liegen und dem Interzedenten die einseitige Kündigung gestatten, die Besicherungskosten aufgrund einer Verschlechterung der Kreditqualität erhöhen, den persönlich Haftenden davor bewahren, zeitnahe nach Nichtzahlung durch den Hauptschuldner eintreten zu müssen, oder den Interzedenten ermächtigen, die Laufzeit der Haftung nachträglich zu verkürzen. Keine Vertragsklausel darf dem Sicherungsgeber zusätzliche, über die gesetzlich zwingend vorgesehenen hinausgehenden, Kündigungsmöglichkeiten einräumen. Die gesetzlichen Kündigungsrechte freilich können nicht ausgeschlossen werden.

Schließlich muss die rechtliche Durchsetzbarkeit in allen relevanten Rechtsordnungen gewährleistet sein. In Übereinstimmung mit den Anforderungen von Annex VIII, Teil 2, 2.1. bzw. Art 92 EU-RLV hat das Kreditinstitut weiters alle notwendigen Schritte zu unternehmen, um die Wirksamkeit der Sicherheit zu gewährleisten und die damit verbundenen Risiken abzuschätzen. Es hat die potenziellen Konzentrationsrisiken zu steuern und muss das Zusammenwirken der diesbezüglich gewählten Absicherungsstrategien mit der Steuerung des gesamten Risikoprofils der Bank darlegen können.

IV. Bürgschaft

A. Allgemeines

Aus der Restriktion in Bezug auf den eingeschränkten Kreis von möglichen Sicherungsgebern geht hervor, dass die „gemeine Bürgschaft“ im Kontext des EU-RLV keine große Rolle spielen wird. Bei dieser Bürgschaft verbürgt sich ein Nicht-Kaufmann (im Sinne des HGB, der nur subsidiär nach erfolgloser Inanspruchnahme des Hauptschuldners haftet).

Hauptsächlich wird jedoch der Bürgschaftstyp des „Bürgen und Zahler“, der die für Kaufleute gebräuchliche Form der Bürgschaft darstellt, von Bedeutung sein.

B. Rechtswirksames Entstehen

Die Haftung als „Bürge und Zahler“ bedarf keiner besonderen Form, sofern der Bürge im Zeitpunkt der Haftungsübernahme Vollkaufmann ist. Das trifft auf Handelsgesellschaften⁷¹⁹ (z. B. AG, GmbH) schon von Gesetzes wegen zu. Vollkaufmann ist auch eine natürliche Person, deren Gewerbebetrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert,⁷²⁰ mithin sind Vollkaufleute Großgewerbetreibende.⁷²¹

⁷¹⁹ § 6 HGB.

⁷²⁰ § 4 Abs 1 HGB.

⁷²¹ *Krejci*, Handelsrecht² 33.

Entscheidend ist auch, dass das Organ zur Haftungsübernahme namens des Unternehmens befugt war. Es ist daher zwischen der Haftung einer Gesellschaft, die von einem Vertreter abgegeben wird, und der Haftung einer privaten Person für eine Gesellschaft zu unterscheiden. Bei letzterer handelt es sich nicht um eine Bürgschaft als Kaufmann, daher bedarf sie z. B. der Schriftlichkeit.

C. Verwertung

Es muss der durch eine Bürgschaft gesicherten Bank möglich sein, diese rasch zu verwerten. Das Kreditinstitut muss daher in der Lage sein, den Bürgen im Falle von Unregelmäßigkeiten bei der Zahlung des Kreditnehmers sofort belangen zu können und von ihm ohne zeitliche Verzögerung Zahlung zu erhalten, andernfalls die Sicherheitseigenschaft nicht hinreichend gewährleistet ist.

Im Falle der qualifizierten Zahlungsunfähigkeit bzw. im Konkurs des Hauptschuldners muss es dem Gläubiger-Kreditinstitut rechtlich möglich sein, den Bürgen „in a timely manner“, also zeitnahe, für die ausstehenden und fälligen Kreditverbindlichkeiten belangen zu können, ohne vorher den Hauptschuldner belangen zu müssen.

Die Ausfallbürgschaft erscheint daher nicht mit dem EU-RLV konform, sieht sie doch eine über diese Erfordernisse hinausgehende Subsidiarität vor. Der Bürge kann demnach bei der Ausfallbürgschaft erst nach erfolgloser Exekution gegen den Hauptschuldner belangt werden. Allerdings kann dieses Erfordernis bei Fördergarantien der öffentlichen Hand durch eine positive Beurteilung der Aufsichtsbehörde ersetzt werden.

Probleme bezüglich der Verwertung können sich vor allem im Hinblick auf die Akzessorietät der Bürgschaft ergeben. Da die Bürgschaft, auch jene als „Bürge und Zahler“, von der bestehenden Hauptverbindlichkeit abhängt (Akzessorietät), kann der Bürge der Bank, neben seinen eigenen Einwendungen (z. B. der Aufrechnung mit einer eigenen Forderung gegen die Bank) auch sämtliche Einwendungen des Kreditnehmers entgegenhalten, selbst wenn dieser von ihnen keinen Gebrauch gemacht hat. Der Bürge kann etwa die Ungültigkeit des Vertrages der Bank mit dem Hauptschuldner, eine Stundung oder Verjährung einwenden.⁷²² Bei der abstrakten Garantie fehlt diese Abhängigkeit vom Grundverhältnis, weshalb die Garantie für die Bank ein höheres Maß an Sicherheit bietet.

Die Bank muss überdies bei Bürgen ihren zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten ordnungsgemäß nachkommen, widrigenfalls die Gefahr einer Haftungsminde- rung des Bürgen besteht.

D. Spezialfragen

Sowohl in Bezug auf das rechtswirksame Entstehen als auch für die Verwertung der Bürgenverpflichtung von Bedeutung ist die Bestimmtheit der Haftungsübernahme des Bürgen, wie in Annex VIII, Teil 2, 2.1. EU-RLV gefordert.

Enthält der die Bürgschaft begründende Vertrag zwischen der Bank und dem Bürgen eine *Erstreckungsklausel*, die die Haftung des Bürgen auf andere, über den konkreten Anlasskredit hinausgehende, auch erst in Zukunft entste-

⁷²² Mader in Schwimann, ABGB² § 1351 Rz 10.

hende Verpflichtungen des Hauptschuldners mit der Bank erstreckt, so ist ein Haftungshöchstbetrag festzusetzen, ansonsten die Erstreckung der Bürgenhaftung unter Umständen nur die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bestehenden Verbindlichkeiten einbezieht.⁷²³

Gleiches gilt bei einer Verbürgung für einen *Kontokorrentkredit*. Bei einer derartigen Bürgschaft haftet der Bürge auch für Forderungen des Kreditgebers gegenüber dem Hauptschuldner, die bei Haftungsübernahme noch unklar sind. Ebenso wie bei Bürgschaften insbesondere mit Erstreckungsklauseln ist auch hier ein Haftungshöchstbetrag festzusetzen, widrigenfalls der unbestimmte bzw. unbestimmbare Teil nicht Bestandteil des Bürgschaftsvertrages wird.

Um nicht bei Inanspruchnahme des Bürgen aus der Unbestimmtheit resultierende Streitfragen unter Umständen langwierig klären zu müssen, empfiehlt es sich daher, die Haftung schon im Vertrag möglichst genau zu bestimmen.

V. Garantie

A. Allgemeines

Die Garantie unterscheidet sich von der Bürgschaft durch ihre Abstraktheit. Sie ist nicht vom ursprünglichen Bestehen und dem Fortbestand der Hauptforderung abhängig, und daher nicht akzessorisch. Durch die Abstraktheit bietet die Garantie der Bank ein höheres Maß an Sicherheit als eine Bürgschaft. Denn die sich absichernde Bank hat nicht – wie etwa bei der Bürgschaft – zu befürchten, dass ihr der Garant Einreden des Kreditnehmers entgegenhalten wird. Er kann dies nur ausnahmsweise bei einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Garantie durch die Bank tun.

Ansonsten können dem Kreditinstitut nur den Garantievertrag betreffende Einwendungen vorgehalten werden, z. B. die Irrtumseinrede, oder die Einrede, dass im Garantievertrag bezeichnete Dokumente nicht vereinbarungsgemäß vorgelegt wurden.

B. Rechtswirksames Entstehen

Die Garantie wird durch Vertrag begründet, der seitens der begünstigten Bank unter Umständen sogar durch Stillschweigen (konkudent) angenommen werden kann, da ihr typischerweise nur Rechte – keine Pflichten – daraus erwachsen.⁷²⁴ Für Garantieverträge werden die Bürgschaftsbestimmungen weitgehend analog herangezogen. Da als Garant nach dem EU-RLV nur ein beschränkter Kreis an Institutionen in Frage kommt, ist die Schriftform als Kriterium für das wirksame Zustandekommen der Garantie meist nicht notwendig, zu Dokumentationszwecken in der Praxis jedoch üblich.⁷²⁵

Die Haftung entsteht, sobald sich der Garant gegenüber der Bank erklärt hat und diese zustimmt. Die Annahme der Bank kann auch stillschweigend erfolgen, wie oben ausgeführt.

Zu beachten ist, dass auch bei der Garantie die Zulässigkeit bestimmter, das Grundverhältnis betreffender Einwendungen vereinbart werden kann.

⁷²³ Gruber, ÖBA 2002, 885ff.

⁷²⁴ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/67.

⁷²⁵ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/70.

C. Verwertung

Die Garantie muss für die begünstigte Bank einen direkten Anspruch gegen den Garanten begründen, um im Falle von Konkurs bzw. Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners unverzüglich auf ihn zugreifen zu können. Das wird durch die vom Grundsatz „erst zahlen, dann prozessieren“ umschriebene Garantie auch gewährleistet. Bei der Inanspruchnahme kommt es zu keinem Aufschub: liegen die formellen Voraussetzungen vor, hat die Bank unverzüglich Anspruch auf Zahlung. Selbst in Zweifelsfällen soll eine Rückabwicklung des vom Garanten der besicherten Bank Hingegebenen erst nachträglich erfolgen und dem Kreditinstitut so die vorteilhafte Rolle als beklagte Partei (des Rückabwicklungsprozesses) zukommen.

Anderes gilt bei Rechtsmissbrauch. Ruft die begünstigte Bank die Garantie ab, wohl wissend, dass das von ihr Verlangte sogleich wieder herauszugeben ist und dem Leistenden so ein Schaden entstehen kann, so handelt sie rechtsmissbräuchlich und die Leistung kann verweigert werden. Rechtsmissbrauch wird allerdings nur äußerst restriktiv angenommen. Die Rechtslage⁷²⁶ ist diesbezüglich überdies gefestigt, sodass einer hinlänglichen Robustheit keine offenkundigen Einwände entgegenstehen.

D. Spezialfragen

1. Die Patronatserklärung

Patronatserklärungen sind formfrei, wobei die Annahme durch das Kreditinstitut auch konkludent (etwa durch Auszahlung der Kreditvaluta an das Tochterunternehmen) erfolgen kann.

Bei einer sehr gebräuchlichen Form der *harten Patronatserklärung* verpflichtet sich ein Mutterunternehmen der Bank gegenüber, ein Tochterunternehmen finanziell so auszustatten, dass dieses seinen Kreditverbindlichkeiten nachkommen kann.

Obwohl Patronatserklärungen in der Praxis eine beträchtliche Rolle spielen, ist nicht klar, ob von einer gesicherten Rechtslage (Robustheit) gesprochen werden kann – zu unterschiedlich sind die Ausprägungsformen. *Weiche Patronatserklärungen* entsprechen keinesfalls den strengen Anforderungen des EU-RLV (etwa dem Kriterium, einen direkten Anspruch gegen den Besichernden zu erlangen).

Selbst *harte Patronatserklärungen* erfüllen diese Voraussetzungen kaum. Sieht man über die Tatsache hinweg, dass die Bank zunächst keinen direkten Anspruch hat, so bleibt doch anzumerken, dass ein EU-RLV konformer Vertrag den Sicherungsgeber dazu verpflichten muss, unmittelbar Zahlung zu leisten, falls der Kreditnehmer fällige Zahlungen nicht leistet. Da der Patron in der Regel wohl nur für die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber für die Zahlungsunwilligkeit einsteht, ist diesem Erfordernis nicht voll und ganz entsprochen.

Aufgrund der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Patronatserklärungen hängt die Durchsetzbarkeit von der individuellen vertraglichen Ausgestaltung ab. Die Beurteilung, ob eine Patronatserklärung die Anforderungen des EU-RLV hinreichend erfüllt, ist deswegen nur im Einzelfall möglich.

⁷²⁶ Vgl. etwa OGH 26. 11. 1996, 4 Ob 2330/96t, ÖBA 1997, 482ff.

2. Staatliche Rückbürgschaften

Wenn eine Forderung durch eine Garantie besichert ist, die ihrerseits durch eine Rückbürgschaft eines Staates, einer Zentralbank oder einer qualifizierten Gebietskörperschaft bzw. einer PSE (Public Sector Entity) oder einer Multilateralen Entwicklungsbank (vgl. Annex VIII, Teil 2, 2.2. EU-RLV) gedeckt wird, kann die Forderung als durch die Institution, die die Rückbürgschaft gegeben hat, besichert angesehen werden, sofern sie die folgenden Bedingungen erfüllt:

- die staatliche Rückbürgschaft deckt sämtliche Komponenten des Kreditrisikos der Forderung ab;
- sowohl die unmittelbare Garantie als auch die Rückbürgschaft erfüllen alle Anforderungen für Garantien aus 2.1. und 2.3. von Annex VIII, Teil 2 EU-RLV, mit der Ausnahme, dass sich die Rückbürgschaft nicht direkt auf die besicherte Forderung beziehen muss; und
- die Aufsichtsbehörde ist davon überzeugt, dass die Absicherung sicher ist und es keine Erfahrungen in der Vergangenheit gibt, die Grund zu der Annahme geben, dass die Rückbürgschaft weniger werthaltig ist als eine unmittelbare Staatsgarantie.

Bezüglich der Notwendigkeit, den (Rück-) Bürgen im Falle der qualifizierten Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zeitnahe für die ausstehenden Verbindlichkeiten belangen zu können, gelten nach Annex VIII, Teil 2, 2.3. EU-RLV für die genannten Garantiegeber erleichternde Regelungen. In der Regel wird es daher genügen, wenn das Kreditinstitut zeitnah vorläufige Zahlungen erhält, die aller Erwartung nach den ökonomischen Verlust des Kreditinstitutes gemäß einer etwaig vereinbarten proportionalen Abdeckung der Rückbürgschaft umfassen.

3. Verpfändung von Garantien

Bei der Verpfändung von Garantien ist zwischen der *Verpfändung* des aus der Garantie entspringenden *Zahlungsanspruchs* und jene *des Rechts auf Inanspruchnahme* zu differenzieren. Die Verpfändung eines Zahlungsanspruches ist eher unproblematisch, jene des Rechts auf Inanspruchnahme hingegen ist nur dann übertragbar und damit verpfändbar, wenn dem Garanten daraus kein Nachteil entsteht. Da die Garantie auch ein Vertrauensverhältnis zwischen Begünstigtem und Garanten darstellt, ist die Verpfändung des Rechts auf Inanspruchnahme als Sicherheit nur bedingt geeignet. Im Übrigen sind die Bestimmungen über die Anerkennung von Forderungen als Sicherheiten relevant, insbesondere die Bestimmbarkeit der Forderungshöhe.

4. Internationale Zusammenhänge

Fraglich ist, besonders bei der drei Parteien umfassenden Garantie, welches Recht auf den Garantievertrag anzuwenden ist, wenn der Garant einer ausländischen Rechtsordnung unterliegt. Zu beachten ist, dass auf das *Valutaverhältnis* zwischen der Bank und dem Kreditnehmer und das *Garantieverhältnis* zwischen der begünstigten Bank und dem Garanten unterschiedliche Rechtsnormen anzuwenden sein können, sofern zumindest zwei der Parteien unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen.

Die Frage, ob der Garant dem Kreditinstitut den Rechtsmissbrauchseinwand entgegenhalten kann, richtet sich nach dem auf den Garantievertrag (Garantieverhältnis) anzuwendenden Recht. Hingegen ist die materielle Berechtigung der Inanspruchnahme der Garantie nach dem Valutaverhältnis zu beurteilen.⁷²⁷ Haben die Parteien für ihr jeweiliges Vertragsverhältnis kein Recht vereinbart, geben die kollisionsrechtlichen Regeln über die anzuwendenden Normen Auskunft (Siehe Kapitel Allgemeines, Internationales Privatrecht).

VI. Schuldbeitritt

A. Allgemeines

Tritt ein neuer Schuldner neben den alten, so spricht man von einem *Schuldbeitritt*. Der Vorteil für das Kreditinstitut besteht insbesondere in der Vergrößerung seines Haftungsfonds. Zusätzlich zum ursprünglichen Schuldner kann die Bank nun auch auf den Beitretenden greifen.

B. Rechtswirksames Entstehen

Der Schuldbeitritt ist *formfrei*. Die Haftung kann durch Vereinbarung zwischen der Bank und dem Beitretenden, zwischen dem alten Schuldner (Hauptschuldner) und dem Beitretenden, oder auch durch Vertrag zwischen sämtlichen Beteiligten begründet werden.

C. Verwertung

Bei der Inanspruchnahme des beitretenden Schuldners ist zu beachten, dass ihm die *Einreden des Hauptschuldners*, wie sie im Zeitpunkt des Beitrittes bestanden, zustehen, in der Folge aber ein eigenes rechtliches Schicksal haben. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur Bürgschaft, bei der dem Bürgen zu jeder Zeit sämtliche Einreden des Hauptschuldners zustehen. Entlässt daher die Bank den Hauptschuldner aus seiner Haftung, besteht die Verbindlichkeit des Beitretenden trotzdem fort.

D. Spezialfragen

Die Abgrenzung zur Bürgschaft bereitet mitunter Schwierigkeiten. Lässt man die Bürgschaft als Sicherungsinstrument zu, so muss dies jedenfalls auch für den Schuldbeitritt gelten. Schließlich ist er nur im Zeitpunkt seiner Begründung akzessorisch, und bietet daher ein höheres Maß an Sicherheit als die Bürgschaft. Dem beitretenden Schuldner stehen nicht wie bei der Bürgschaft sämtliche Einreden des Hauptschuldners zu jeder Zeit zu, sondern bloß solche, die schon bei seinem Beitritt bestanden. Ab dann haben die beiden Verbindlichkeiten rechtlich getrennte, voneinander unabhängige Schicksale. Die adäquate Robustheit kann daher auch für den Schuldbeitritt bejaht werden.

⁷²⁷ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 3/167.

VII. Kreditderivate

A. Allgemeines

Folgende Kreditderivate können unter bestimmten Bedingungen im Standardansatz und im IRB-Basisansatz zur Minderung des Eigenmittelerfordernisses angesetzt werden: *Credit Default Swaps*, *Total Return Swaps* und *Credit Linked Notes*.

Die in Annex VIII des EU-RLV angeführte abschließende Liste der *anerkannten Sicherungsgeber* gilt auch für Kreditderivate, mit Ausnahme der *Credit Linked Notes*, die von jedermann erworben werden können.

Bei den Kreditderivaten kommen, ebenso wie bei den bereits behandelten *Interzessionsformen* (Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt), die *Mindestanforderungen* aus Annex VIII, Teil 2, 2.1. zur Anwendung.

Speziell für Kreditderivate gelten die Bestimmungen aus Annex VIII, Teil 2, 2.4. EU-RLV. So müssen die vom Kreditderivat erfassten Kreditereignisse (*Credit Events*) jedenfalls bestimmte Ereignisse, wie z. B. die Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers umfassen, die im nächsten Abschnitt aufgelistet sind.

Kreditderivate, die ein *Cash Settlement* vorsehen, sind zulässig, sofern ein adäquates Bewertungsverfahren installiert ist, um Verluste verlässlich schätzen zu können. Wenn das Recht bzw. die Fähigkeit des Sicherungsnehmers, die zugrunde liegende Verpflichtung dem Sicherungsgeber zu übertragen, für die Abrechnung notwendig ist, müssen die Bedingungen der zugrunde liegenden Verpflichtung sicherstellen, dass eine allenfalls notwendige Zustimmung nicht unbillig zurückgehalten werden kann.

Die Identität jener Parteien, die bestimmen, ob ein Kreditereignis eingetreten ist, muss klar bestimmt sein. Für diese Bestimmung darf nicht der Sicherungsgeber alleine verantwortlich sein. Der Sicherungsnehmer muss das Recht bzw. die Fähigkeit haben, den Sicherungsgeber vom Eintritt eines Kreditereignisses zu informieren.

Ein Missverhältnis zwischen der zugrunde liegenden Verpflichtung und der Referenzgröße bzw. der Verbindlichkeit, die bestimmt, ob ein Kreditereignis vorliegt oder nicht, darf nur unter bestimmten Umständen auftreten.

B. Rechtswirksames Entstehen

Kreditderivaten werden zumeist *Rahmenverträge* (etwa das 2002 Master Agreement der International Swaps and Derivatives Association (ISDA)) zugrunde gelegt, auf deren Basis die Parteien Einzelverträge abschließen. In den Rahmenverträgen werden bestimmte „Kreditereignisse“ bestimmt. Diese bezeichnen Ereignisse, aufgrund deren der Sicherungsgeber zu einer Ausgleichszahlung oder zur Zahlung eines fixen Betrages verpflichtet wird, bzw. im Fall einer *Credit Linked Note*, die Rückzahlungsverpflichtung des Sicherungsnehmers mindern. Die aktuelle Fassung des EU-RLV sieht die folgenden „Kreditereignisse“ vor:

- Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers;
- Konkurs, Insolvenz oder die Unfähigkeit des Verpflichteten seine Schulden zu tilgen oder sein schriftliches Eingeständnis zu dieser Unfähigkeit oder analoge Umstände;
- Restrukturierung des Referenzaktivums (z. B. Stundung von Zahlungen).⁷²⁸

⁷²⁸ Falls die Restrukturierung nicht als *Credit Event* definiert ist, kann das Derivat trotzdem, allerdings mit einem Abschlag von 40%, angerechnet werden.

C. Verwertung

Versteht man unter dem vom EU-RLV aufgestellten Erfordernis der Robustheit eine gesicherte Rechtslage, ist bei den Kreditderivaten bezüglich der österreichischen Rechtslage Vorsicht geboten. Diese Instrumente sind hierzulande noch relativ wenig entwickelt, viele Fragen nicht zweifelsfrei geklärt. Zur Robustheit wird erst allmählich das Finanzsicherheitengesetz (FinSG) beitragen. Es gewährleistet eine reibungslose Durchsetzbarkeit, indem es die außergerichtliche Verwertung ohne vorherige Androhung und ohne Wartefrist für zulässig erklärt, sofern dies vertraglich vereinbart wurde. Ebenso ist eine Verwertung (und auch eine Aufrechnung⁷²⁹), sofern vereinbart, im Konkurs- oder Liquidationsverfahren bzw. im Ausgleichs- oder Sanierungsverfahren des Sicherungsgebers oder des Sicherungsnehmers (Bank) möglich.⁷³⁰ Zumeist werden aber ohnehin andere Rechtsordnungen zugrunde gelegt.

D. Spezialfragen

Der Handel mit Kreditderivaten findet weitgehend zwischen international tätigen Banken statt. *Fragen der Gerichtszuständigkeit* und des *anwendbaren Rechts* treten so in den Vordergrund.

Das ISDA Master Agreement stellt zum Beispiel den Vertragsparteien frei, ihren Verträgen mit derivativen Instrumenten entweder das (materielle) Recht des Staates New York oder englisches Recht zugrunde zu legen. Das dort geltende Recht ist daher für aus dem Vertrag entstehende Fragen und Streitigkeiten maßgeblich.

Im ISDA Master Agreement wird darüber hinaus bestimmt, je nachdem, welches Recht gewählt wurde, ob englische Gerichte oder solche des Staates New York zur Entscheidung berufen sind.⁷³¹

⁷²⁹ § 9 FinSG.

⁷³⁰ § 6 FinSG.

⁷³¹ ISDA 2002 Master Agreement 13. (b).

Kapitel 7: Netting in Zusammenhang mit Basel II

I. Allgemeines

Durch Netting, das besonders im internationalen Zahlungsverkehr und im Zusammenhang mit derivativen Finanzinstrumenten eine zentrale Rolle spielt, werden Forderungen und Verbindlichkeiten mit ein und derselben Gegenpartei saldiert und letztlich nur die Nettopositionen ausgeglichen.⁷³² Im Interbankengeschäft kommen dabei oft *Rahmenverträge* zum Einsatz, bei derivativen Geschäften z. B. das zuvor bereits erwähnte ISDA Master Agreement. Der durch das Netting angestrebte *Zweck* ist eine durch die Senkung der Transaktionskosten erzielte Erhöhung der operationellen Effizienz sowie eine Reduktion der Liquiditäts- und Bonitätsrisiken.⁷³³

Grundlage des Netting im Bankenkontext sind gesetzliche Vorschriften und vertragliche Vereinbarungen über die wechselseitige Verrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen zwei oder mehreren Vertragsparteien. Rechtsgrundlage des Netting kann auch die im ABGB geregelte Aufrechnung sein. Ebenso ist die ebenfalls im ABGB dargestellte Novation für manche Formen des Netting von Bedeutung.

Der EU-RLV kennt *zwei Formen des Netting*: Das Netting von Bilanzpositionen einerseits und Nettingvereinbarungen für Wertpapierpensions- bzw. Wertpapierleihgeschäfte, Warenverleihung bzw. -ausleihung oder andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte andererseits.

Beim *Wertpapierpensionsgeschäft* kommt es zur Übereignung von Wertpapieren unter der Vereinbarung, dass gleichwertige Wertpapiere später oder auf Verlangen zu einem bestimmten oder noch zu bestimmenden Preis zurück übereignet werden. Gleichzeitig wird dem Pensionsgeber ein Darlehen gewährt, das durch die in Pension gegebenen Wertpapiere gesichert wird. Bei der *Wertpapierleihe* verpflichtet sich der Entleiher zur Rückerstattung von gleichartigen und gleichwertigen Wertpapieren. In der Regel werden diese Geschäfte zwischen Banken getätigt, wobei die einzelnen Geschäfte Rahmenverträgen wie z. B. dem Global Master Repurchase Agreement der TBMA/ISMA,⁷³⁴ unterliegen.

Geschäfte zur Warenverleihung oder *-ausleihung* sind analog zu Wertpapierpensions- bzw. Wertpapierleihgeschäften zu verstehen, nur dass es sich beim zu Grunde liegenden Basisgut um Waren handelt.

Andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte sind dadurch charakterisiert, dass es sich um besicherte Transaktionen handelt, bei denen kurzfristige Wertänderungen durch zwischenzeitliche Ausgleichzahlungen, sog. Margins, abgedeckt werden.

Im Folgenden werden Warenleihgeschäfte und andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte grobteils undifferenziert unter dem Begriff der Wertpapierpensions- bzw. Wertpapierleihgeschäfte subsumiert.

Im nächsten Abschnitt werden die Anwendungsbereiche dargestellt, auf die sich solche Vereinbarungen bzw. Geschäfte im Kontext zur Berechnung des Eigenmittelerfordernisses beziehen müssen. In Abschnitt III werden die allge-

⁷³² M. Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen 22ff.

⁷³³ Zobl/Werlen, Rechtsprobleme des bilateralen Netting 3f.

⁷³⁴ The Bond Market Association/International Securities Market Association.

meinen Mindestanforderungen beschrieben, die diese Transaktionen im Sinne einer Anrechenbarkeit jedenfalls erfüllen müssen. Die Abschnitte IV. und V. dieses Kapitels beschäftigen sich speziell mit Nettingvereinbarungen bzw. Wertpapierpensions- und Wertpapierleihgeschäften.

II. Zulässigkeit

Netting- oder Aufrechnungsvereinbarungen zählen im Rahmen der Kreditrisikomindernden Techniken zu den hinterlegbaren Sicherheiten. Nach Artikel 92 des EU-RLV müssen die Sicherheiten ausreichend liquide und ihr Wert im Zeitablauf relativ stabil sein, um, im Hinblick auf den verwendeten Ansatz zur Berechnung der Eigenkapitalanforderungen und Kapitalerleichterungen, entsprechend bestimmbar zu sein. Weiters gilt, wie für alle Sicherheiten, dass es sich um rechtswirksam zustande gekommene Sicherheiten handeln muss, die in allen betroffenen Rechtsordnungen rechtlich durchsetzbare Ansprüche darstellen.

Gemäß Annex VIII, Teil 1, 1.1. EU-RLV sind die Kreditrisiko mindernden Techniken bezüglich Netting bzw. Aufrechnung gegenseitiger Ansprüche zwischen dem Kreditinstitut und dem Aufrechnungsgegner, Bilanzpositionen betreffend, auf gegenseitige Geldforderungen beschränkt. Diese gegenseitigen Geldforderungen dürfen sich nur aufgrund der Aufrechnung von Krediten und Einlagen des Kreditinstitutes ergeben.

Wenn sich ein Kreditinstitut für die umfassende Methode zur Berücksichtigung Kreditrisiko mindernder Techniken entscheidet (siehe Teil 3, Kapitel 8 dieses Leitfadens), können die Auswirkungen von zweiseitigen Aufrechnungsverträgen, die Wertpapierpensions- bzw. Wertpapierleihgeschäfte oder Warenverleihung/ausleihung oder andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte umfassen, anerkannt werden. Damit die entgegengenommenen Sicherheiten und die ausgeliehenen Wertpapiere oder Waren im Rahmen solcher Verträge anerkannt werden können, müssen sie sich auf für diesen Ansatz bzw. auf für das Handelsbuch des Kreditinstitutes zugelassene Sicherheiten beziehen.

III. Allgemeine Kriterien für die Anrechenbarkeit

Folgende *Mindestanforderungen* müssen beim Standardansatz und IRB-Basisansatz gemäß Annex VIII, Teil 2, 1.1. EU-RLV für die Anerkennung des Nettings von Bilanzpositionen erfüllt sein:

- die Vereinbarung muss rechtlich fundiert und in der jeweiligen Rechtsordnung durchsetzbar sein, auch für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners;
- die Bank muss jederzeit in der Lage sein, die Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber der Vertragspartei festzustellen;
- die Bank muss alle Risiken, die mit der Beendigung der Creditsicherung verbunden sind – ihre Anschlussrisiken („roll-over risks“) überwachen und steuern sowie
- die Bank muss die betreffenden Positionen auf einer Nettobasis überwachen und steuern.

Für die Anerkennung von Netting-Vereinbarungen, die sich auf Wertpapierpensions- bzw. Wertpapierleihgeschäfte, Warenverleihung oder -ausleihung oder auf andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte beziehen, gelten gemäß Annex VIII, Teil 2, 1.2. EU-RLV die folgenden *Mindestanforderungen*:

- die Vereinbarung muss rechtlich fundiert und in der jeweiligen Rechtsordnung durchsetzbar sein, auch für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners;
- die nicht-ausfallende Partei muss das uneingeschränkte und rechtlich durchsetzbare Recht haben, alle Transaktionen die von der Vereinbarung betroffen sind, im Falle des Ausfalles der Gegenpartei zeitnah zu beenden und zu verrechnen und
- die Vereinbarung muss ein Netting von Gewinnen und Verlusten aus den Transaktionen ermöglichen, die unter dieser Vereinbarung beendet oder verrechnet werden, so dass ein einziger Betrag von entweder der einen oder der anderen Partei geschuldet wird.

Darüber hinaus müssen auch die *Mindestanforderungen* für die Anerkennung als *Finanzsicherheit* gemäß Annex VIII, Teil 2, 1.3.1. EU-RLV erfüllt sein: es dürfen keine wesentliche positiven Korrelationen zwischen Kreditnehmer und dem Wert der Sicherheit vorliegen, rechtliche Sicherheit muss gegeben und auch die entsprechenden operationalen Anforderungen erfüllt sein.

Das Netting zwischen Positionen im Bank- und Handelsbuch wird nur anerkannt, wenn die aufgerechneten Transaktionen folgende Bedingungen erfüllen:

- alle Transaktionen müssen täglich mit einem Marktwert bewertet werden und
- das verwendete Sicherungsinstrument muss als Finanzsicherheit im Bankbuch anerkannt sein.

IV. Netting von Bilanzpositionen

A. Rechtswirksames Entstehen

Nettingvereinbarungen werden regelmäßig auf Grundlage eines *Rahmenvertrages* geschlossen. Es gelten für das wirksame Zustandekommen die bekannten Voraussetzungen des Vertragsrechtes. Da Netting besonders im (internationalen) Interbankenverkehr eingesetzt wird, ist auf das regelmäßig im Vertrag vereinbarte Recht Bedacht zu nehmen.

B. Verwertung

Das Finanzsicherheitengesetz (FinSG), das die Bestellung und Verwertung von Finanzsicherheiten zwischen bestimmten Finanzmarktteilnehmern⁷³⁵ regelt, bestimmt unter anderem, unter welchen Voraussetzungen die Aufrechnung von gegenseitigen Finanzsicherheiten (Barsicherheiten und Finanzinstrumenten), von Forderungen mit Verbindlichkeiten, möglich ist. Eine Verwertung durch Netting kann auf der Grundlage einer entsprechenden Vereinbarung ohne vorherige Androhung, ohne gerichtliche Bewilligung oder Zustimmung zu den Verwertungsbedingungen und ohne Wartefrist erfolgen.⁷³⁶ Diese unbürokratische, außergerichtliche Verwertungsmöglichkeit kann daher rasch abgewickelt werden.

⁷³⁵ § 1 FinSG.

⁷³⁶ § 6 FinSG iVm § 5 FinSG.

Wesentlicher Bestandteil aller Nettingvereinbarungen ist das auf sie anzuwendende Recht, das sich aus dem Vertrag (soweit zulässig) oder Kollisionsnormen ergibt. Es muss eine fundierte rechtliche Grundlage bestehen, sodass das Netting in jeder erheblichen Rechtsordnung durchsetzbar ist.

V. Netting im Rahmen von Master Agreements

Für die Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäfte gelten zunächst auch jene Bestimmungen, die auch für *Finanzsicherheiten* zutreffen (siehe die Kapitel: Pfandrecht an beweglichen Sachen, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung). Darüber hinaus gelten im Großen und Ganzen dieselben besonderen Bestimmungen wie für des *Netting von Bilanzpositionen*. Für die Warenleihe hingegen gelten die besonderen Bestimmungen über das *Pfandrecht an sonstigen beweglichen Sachen*, insbesondere das Verbot der Verfallsklausel, wonach es nach österreichischem Recht nicht möglich ist, zu vereinbaren, dass sich die Bank die Pfandsache aneignen darf (siehe Kapitel Pfandrecht an beweglichen Sachen).⁷³⁷

Beim Netting im Rahmen von Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäften werden die hingegebenen Wertpapiere herangezogen, um mit der Darlehensvaluta verrechnet zu werden. Es gilt das bereits Ausgeführte (siehe oben und Kapitel Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung) im Hinblick auf die rechtswirksame Entstehung und Verwertbarkeit in allen betroffenen Rechtsordnungen.

⁷³⁷ § 1371 ABGB.

Kapitel 8: Berechnung der risikogewichteten Aktiva

I. Allgemeines

Dieser Abschnitt gibt einen Überblick über die Berechnung des berechtigten Obligos, also des aushaftenden Betrages nach Berücksichtigung von Sicherheiten, und die Berechnung der entsprechenden risikogewichteten Aktiva nach der derzeitigen Fassung des EU-RLV, wobei ausdrücklich auf den Standardansatz und den IRB-Basisansatz Bezug genommen wird. Der fortgeschrittene IRB-Ansatz nimmt bei der Berücksichtigung von Sicherheiten eine Sonderstellung ein und es gibt diesbezüglich vergleichsweise wenig explizite Vorschriften aus dem EU-RLV. Die für die Berechnung der risikogewichteten Aktiva maßgeblichen Bestimmungen sind großteils in Teil 3 des Annex VIII EU-RLV dargestellt.⁷³⁸

Um die Auswirkung der Risikominderung zu berechnen, kann auf zwei Arten vorgegangen werden. Beim *einfachen Verfahren* zur Berücksichtigung von Sicherheiten kommt es zu einem Austausch der Risikogewichte von Obligo und Sicherheit. Beim *umfassenden Verfahren* wird der angepasste Wert der Sicherheit von der Forderung abgezogen und nur mehr der verbleibende unbesicherte Teil der Forderung wird, nach Maßgabe der Bonität des Kreditnehmers, risikogewichtet. Zur Berechnung des angepassten Wertes der Sicherheit und auch des Obligos (z. B. im Falle einer Wertpapierleihe) werden *Haircuts* angesetzt, die das Schwankungspotenzial des Sicherheitenwertes bzw. des Obligos zum Ausdruck bringen.

Der EU-RLV trifft bzgl der kreditrisikomindernden Techniken eine andere Unterteilung als die bisherige Darstellungsweise, die jener des österreichischen Rechts folgte. Statt der Gliederung in persönliche und dingliche Sicherheiten wird im EU-RLV zwischen nicht-hinterlegbaren und hinterlegbaren Sicherheiten unterschieden, worauf in weiterer Folge bewusst abgestellt wird.

Bei *nicht-hinterlegbaren* Sicherheiten (Bürgschaft, Garantie, Schuldbeitritt und Kreditderivate) kommt sowohl im Standardansatz als auch im IRB-Basisansatz das einfache Verfahren zur Anwendung. Was die *hinterlegbaren* Sicherheiten (alle anderen CRM-Techniken im Sinne des EU-RLV) betrifft, ist zwischen dem Standardansatz und dem IRB-Basisansatz zu unterscheiden: während die Bank bei Anwendung des Standardansatzes wählen kann, ob sie das einfache oder das umfassende Verfahren ansetzt, kann eine Bank im IRB-Basisansatz nur das umfassende Verfahren zur Anwendung bringen. *Abbildung 16* stellt diesen Sachverhalt zusammenfassend dar:

⁷³⁸ Die Darstellung in Annex VIII, Teil 3 EU-RLV ist nicht erschöpfend, so finden sich z. B. in Annex VII Anforderungen zur Schätzung der LGD's.

Abbildung 16

	Einfaches Verfahren	Umfassendes Verfahren
Nicht-hinterlegbare (persönliche) Sicherheiten	anzuwenden	nicht anwendbar
Hinterlegbare Sicherheiten Standardansatz	anwendbar	anwendbar
Hinterlegbare Sicherheiten IRB-Basisansatz	nicht anwendbar	anzuwenden

In den beiden folgenden Abschnitten werden das einfache und das umfassende Verfahren zur Berücksichtigung von Sicherheiten ausführlicher beschrieben. Immobilien nehmen eine Sonderstellung ein, da im Standardansatz eine eigene Forderungskategorie nach der Besicherung mit Hypotheken identifiziert wird und die Eigenmittel reduzierenden Effekte durch die Zuordnung einer Forderung zu dieser Kategorie erfolgen. Im IRB-Basisansatz hingegen werden Immobilien im Wesentlichen analog zu den anderen Sachsicherheiten behandelt. Den Hypotheken ist der abschließende Abschnitt dieses Kapitels gewidmet.

II. Einfaches Verfahren

A. Allgemeines

Das einfache Verfahren arbeitet nach dem *Substitutionsprinzip*: der besicherte Teil der Forderung erhält das Risikogewicht der Sicherheit bzw. des Sicherungsgebers, der unbesicherte Teil der Forderung behält jenes des Kredites bzw. des Kreditnehmers. Im Folgenden wird zwischen persönlichen Sicherheiten bzw. hinterlegbaren Sicherheiten, die im EU-RLV wie persönliche Sicherheiten behandelt werden, und hinterlegbaren Sicherheiten in Form von Finanzsicherheiten unterschieden, da abweichende Regelungen gelten.

B. Persönliche Sicherheiten

Das einfache Verfahren kommt bei nicht-hinterlegbaren Sicherheiten zum Einsatz, weiters bei Lebensversicherungspolizzen, Einlagen bei Dritten und bei bestimmten Wertpapieren mit Rückkaufverpflichtung des emittierenden Instituts, die nach Annex VIII, Teil 3, 1.7. EU-RLV analog zu den persönlichen Sicherheiten zu behandeln sind.

Beispiel 1: Es existiert eine Forderung von 100 EUR an ein nicht geratetes Unternehmen. Die Besicherung im Ausmaß von 40 EUR erfolgt durch eine Bankgarantie, wobei die Bank ein Risikogewicht von 20% aufweist.

Dem Substitutionsansatz folgend sind nur die unbesicherten 60 EUR mit dem Risikogewicht von 100% für nicht geratete Unternehmen zu belegen, während auf die besicherten 40 EUR ein Risikogewicht von 20% anzuwenden ist. Das Eigenmittelerfordernis berechnet sich auf Basis der risikogewichteten Aktiva, die in diesem Fall 68 EUR ($60 \cdot 100\% + 40 \cdot 20\%$) statt der 100 EUR betragen. Da es sich bei

der Bankgarantie um eine persönliche Sicherheit handelt, kommt der hier vorgestellte Substitutionsansatz sowohl im Standardansatz als auch im IRB-Basisansatz zur Anwendung.

C. Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV

Bei bestimmten hinterlegbaren Sicherheiten, den Finanzsicherheiten⁷³⁹ nach dem EU-RLV, kann die Bank das einfache Verfahren nur im Standardansatz zur Anwendung bringen. Hierbei gilt zusätzlich die Einschränkung, dass die Sicherheiten für die gesamte Laufzeit der zu Grunde liegenden Forderungen zum Zwecke der Absicherung zur Verfügung stehen müssen. Eine Laufzeitinkongruenz (die Sicherheit steht nicht während der gesamten Laufzeit der zu Grunde liegenden Forderung zur Verfügung) ist in diesem Fall nicht zulässig.⁷⁴⁰ Eine weitere Einschränkung ist darin zu sehen, dass eine Bank bezüglich der Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV nur entweder das einfache oder das im nächsten Abschnitt vorgestellte umfassende Verfahren verwenden darf: eine diesbezüglich unterschiedliche Behandlung einzelner Arten von Finanzsicherheiten ist nicht zulässig.

Es ist zu beachten, dass in der Regel das minimale Risikogewicht für den besicherten Teil des Kredites 20% beträgt. Auch wenn der Sicherheit ein Risikogewicht zugeordnet ist, das geringer als 20% ist, sind dennoch 20% als Risikogewicht anzusetzen. Als Ausnahmen von dieser Regel wären unter den Bedingungen von Annex VIII, Teil 3, 1.4.2(b)(iv) des EU-RLV Wertpapierpensions- bzw. Wertpapierleihgeschäfte mit *wesentlichen* Marktteilnehmern, die täglich bewertet und abgerechnet werden, zu nennen. In diesem Fall beträgt das minimale Risikogewicht 0%. Falls es sich nicht um einen wesentlichen Marktteilnehmer handelt, die sonstigen Erfordernisse von Annex VIII, Teil 3, 1.4.2. EU-RLV wie z. B. die tägliche Bewertung und die tägliche Abrechnung aber erfüllt sind, so beträgt das minimale Risikogewicht 10%. Gleiches gilt auch für bestimmte OTC Transaktionen.

Neben diesen beiden Ausnahmen finden sich noch weitere Sonderfälle, für die das minimale Risikogewicht von 20% nicht zur Anwendung kommt. Es handelt sich hierbei um Transaktionen, die durch Bargeld oder bargeldähnliche Wertpapiere besichert sind, wobei es jedoch zu keiner Währungsinkongruenz kommen darf. Weiters sind hierbei auch Wertpapiere von Zentralstaaten oder Notenbanken zu nennen, nachdem der Marktwert dieser Wertpapiere um 20% herabgesetzt wurde.

Beispiel 2: Es existiert eine Forderung von 100 EUR an ein nicht geratetes Unternehmen. Die Besicherung im Ausmaß von 40 EUR erfolgt durch österreichische Staatsanleihen.

Wiederum dem Substitutionsansatz entsprechend, ist der unbesicherte Teil der Forderung mit dem Risikogewicht von 100% für nicht geratete Unternehmen zu belegen. Die Besicherung ist im Ausmaß von $40 \cdot (1 - 0,2) = 32$ EUR gegeben, das heißt, es ist ein Abschlag von 20% auf den Marktwert der Anleihen vorzunehmen. Der unbesicherte Anteil im Betrag von $100 - 32 = 68$ EUR erhält ein Risikogewicht von 100%, der besicherte Anteil in der Höhe von 32 EUR ein Risiko-

⁷³⁹ Wie schon in den vorigen Ausführungen dargestellt, ist der Begriff der Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV nicht mit dem der Finanzsicherheiten-RL identisch. Im Folgenden wird dem Begriff des EU-RLV gefolgt.

⁷⁴⁰ Siehe Annex VIII, Teil 4, 2.1. EU-RLV.

wicht von 0%. In Summe berechnet sich das Eigenmittelerfordernis also auf Basis der risikogewichteten Aktiva in Höhe von $68 \cdot 100\% + 32 \cdot 0\% = 68$ EUR.

Wäre die Besicherung aus Beispiel 2 mittels Bareinlagen erfolgt, würde das Eigenmittelerfordernis z. B. nur auf Basis von risikogewichteten Aktiva in Höhe von $60 \cdot 100\% = 60$ EUR berechnet werden.

III. Umfassendes Verfahren

A. Allgemeines

Beim umfassenden Verfahren wird der angepasste Wert der Sicherheiten von der Forderung abgezogen und nur mehr der verbleibende Teil der Forderung wird mit einem Risikogewicht multipliziert. Eine Bank kann dieses Verfahren bei hinterlegbaren Sicherheiten sowohl im Standardansatz als auch im IRB-Basisansatz anwenden. Bei den nicht hinterlegbaren Sicherheiten, weiters bei Lebensversicherungspolizzen, Einlagen bei Dritten und bei bestimmten Wertpapieren mit Rückkaufverpflichtung des emittierenden Instituts kann dieses Verfahren nicht angewendet werden.

B. Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV

Die Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV sind in Annex VIII, Teil 1, 1.3.1. und 1.3.2. geregelt.

1. Anwendung von Haircuts

Beim umfassenden Verfahren wird der Wert (Marktwert) der Sicherheit bzw. der Wert des Obligos (Financial Collateral Comprehensive Method) um einen *Haircut* (Sicherheitsabschlag), der sich aus der Volatilität des Instruments ableitet, vermindert (im Falle der Sicherheiten) bzw. erhöht (im Falle des Obligos). Diese Haircuts können aufsichtliche Haircuts sein oder sie können vom Kreditinstitut selbst berechnet werden. Falls sich die Währung des Obligos von der Währung der Sicherheit unterscheidet, ist ein zusätzlicher Haircut für die Währungsinkongruenz anzusetzen. Die Haircuts sind je nach Haltedauer und Frequenz der Neubewertung noch geeignet zu skalieren, was hier allerdings nicht näher ausgeführt werden soll. Für bestimmte Geschäfte mit ausgewählten Gegenparteien kann in Ausnahmefällen ein Haircut von 0% angesetzt werden.

Es kommt laut Annex VIII, Teil 3, 1.4.2. EU-RLV der folgende Ansatz zur Anwendung:

$$E^* = \text{Max} \{0, [E_{VA} - C_{VA}]\}$$

wobei

$$E_{VA} = E \times (1 + H_E)$$

$$C_{VA} = C \times (1 - H_C - H_{FX})$$

mit

E ... Wert des Obligos

E_{VA} ... um Volatilität berichtiger Wert des Obligos

C ... Marktwert der Sicherheit

C_{VA} ... um Volatilität(en) berichtiger Marktwert der Sicherheit

H ... Haircut

H_E ... Haircut gemäß Volatilität des Wertes des Obligos

H_C ... Haircut gemäß Volatilität des Marktwertes der Sicherheit

H_{FX} ... Volatilität gemäß Währungsinkongruenzen

Das bedeutet: um den berichtigten Gegenwert des Obligos (E^*) zu berechnen, ist einerseits ein Haircut von der Sicherheit abzuziehen (H_C) und andererseits ein Haircut zum Wert des Obligos (H_E) hinzuzuzählen. Falls die Sicherheit in einer anderen Währung als die des Obligos notiert, ist der für die Währunginkongruenz geltende Haircut (H_{FX}) separat anzusetzen.

Der berichtigte Gegenwert des Obligos (E^*) ergibt sich nun aus der Differenz des berichtigten Obligos und dem berichtigten Wert der Sicherheit, wobei diese Differenz nach unten mit Null beschränkt ist. Falls die Sicherheit nicht während der gesamten Laufzeit der Forderung zur Verfügung steht, so ist diesem Umstand gesondert Rechnung zu tragen: der Wert der Sicherheit verringert sich nochmals.

Wenn ein Kreditinstitut den *Standardansatz* gewählt hat, so wird das bereinigte Obligo mit dem Risikogewicht des Kreditnehmers versehen zur Eigenmittelberechnung herangezogen. Wenn der *IRB-Basisansatz* verwendet wird, so wird der Verlust bei Ausfall (Loss Given Default, LGD) um das Verhältnis des berichtigten Obligos zum unberichtigten Obligo reduziert. Die LGD ist nach unten jedenfalls mit Null beschränkt.

Beispiel 3: Es existiert eine Forderung von 100 EUR an ein nicht geratetes Unternehmen. Die Besicherung im Ausmaß von 40 EUR erfolgt durch anrechenbare langfristige Schuldtitel, deren Volatilität beispielsweise mit 4% anzusetzen ist.

Wählt die Bank den Standardansatz ist wie folgt vorzugehen: Der Wert der Sicherheit ist um den entsprechenden Haircut auf $40 \cdot (100\% - 4\%) = 40 \cdot 96\% = 38,4$ EUR zu reduzieren. Das Obligo verringert sich durch den Abzug der korrigierten Sicherheit auf $100 - 38,4 = 61,6$ EUR. Nur mehr die verbleibenden 61,6 EUR sind mit dem Risikogewicht von 100% des nicht gerateten Unternehmens zu versehen, während die 38,4 EUR, im Gegensatz zum Substitutionsansatz, nicht mehr in die Berechnung des Eigenmittelerfordernisses eingehen.

Wählt die Bank hingegen den IRB-Basisansatz, wird die Eigenmittelreduktion durch die Anpassung der LGD erzielt. Die LGD für unbesicherte, erstrangige Forderungen beträgt 45%. Gemäß der folgenden Formel 3.1.4.2(c) ist die LGD entsprechend der Volatilität der Sicherheit anzupassen:

$$LGD^* = \text{Max} \left[0, LGD \times \frac{E^*}{E} \right]$$

Das reduziert den Verlust bei Ausfall auf $45\% \times (61,6/100) = 27,7\%$. Für die Ermittlung des Eigenmittelerfordernisses ist die angepasste Verlustquote bei Ausfall (LGD^*), neben den Werten der anderen relevanten Parameter, in die entsprechende Risikogewichtungsfunktion für Forderungen an Unternehmen einzusetzen.

2. Schätzung eigener Haircuts

Unabhängig davon, ob die Bank den Standardansatz oder den IRB-Basisansatz gewählt hat, kann sie nach Annex VIII, Teil 3, 1.4.2. EU-RLV entweder auf-sichtlich vorgegebene Haircuts oder selbst geschätzte Haircuts zur Anwendung bringen. Die Verwendung von eigenen Haircuts muss allerdings durch die Auf-sichtsbehörde genehmigt werden. Will die Bank eigene Schätzungen von Hair-cuts verwenden, muss sie das allerdings für *alle* Arten von finanziellen Sicher-heiten tun. Hierbei sind sowohl quantitative als auch qualitative Standards ein-zuhalten. Es ist zu beachten, dass bei der Berechnung eigener Haircuts mögliche Korrelationseffekte zwischen dem unbesicherten Obligo, den Fremdwährungen und der Sicherheit unberücksichtigt bleiben müssen.

Zu den quantitativen Kriterien betreffend die Schätzung von eigenen Hair-cuts zählen unter anderem:

- Es ist ein einseitiges Konfidenzniveau in der Höhe von 99% anzusetzen.
- Die Haltedauer liegt zwischen 5 und 20 Tagen, abhängig von der Art der Transaktion.
- Die Beobachtungsperiode, welche zur Berechnung der Haircuts herange-zogen wird, muss mindestens 1 Jahr betragen.
- Die Haircutschätzungen müssen zumindest alle 3 Monate aktualisiert wer-den.

Bezüglich der Haltedauer ist anzumerken, dass ein Kreditinstitut mit einer geeigneten Skalierung auch eine kürzere oder längere Haltedauer wählen kann.

Bei den qualitativen Kriterien sind vor allem die folgenden zu nennen: die Volatilitäten müssen im täglichen Risikomanagement verwendet werden und die interne Revision sollte das System, das zur Volatilitätsschätzung eingesetzt wird, regelmäßig einer Prüfung unterziehen.

C. Andere hinterlegbare Sicherheiten

Darunter fallen Immobilien, die eigens im nachfolgenden Abschnitt behandelt werden, Forderungen und sonstige Sachsicherheiten. Lebensversicherungspo-lizzen, Einlagen bei Dritten und spezielle Wertpapiere, bei denen es eine Rück-kaufverpflichtung des emittierenden Institutes⁷⁴¹ gibt, werden wie persönliche Sicherheiten behandelt: bei diesen Sicherheiten kommt der Substitutionsansatz zur Anwendung.

Auf Grund der im Vergleich zu den Finanzsicherheiten geringeren Liquidität von Forderungen und sonstigen Sachsicherheiten gibt es nur eingeschränkte Möglichkeiten der Verringerung des Eigenmittelerfordernisses. Forderungen und sonstige Sachsicherheiten können nur im IRB-Basisansatz zur Anwendung kommen und wirken sich daher über eine Reduktion des Verlustes bei Ausfall auf das Eigenmittelerfordernis aus. Bei diesen Sicherheiten wird ein entspre-chendes Maß an *Übersicherung* verlangt, damit eine volle LGD-Reduktion erzielt werden kann. Und selbst bei dem verlangten Maß an *Übersicherung* und darüber hinaus kann die LGD nicht bis auf 0% gesenkt werden, sondern es kommen Untergrenzen von z. B. 35% für die LGD von erstrangigen Ansprü-chen an Forderungen zur Anwendung.

⁷⁴¹ Hier ist der Institutsbegriff nach Art 4, des EU-RLV anzuwenden.

D. Master Netting Abkommen, die Repos/Wertpapier- bzw. Warenleihgeschäfte oder andere Kapitalmarkt nahe Geschäfte mit einschließen

Bei der Berechnung des berichtigten Obligos kann, wie schon bei den Finanzsicherheiten nach dem EU-RLV, unabhängig davon, ob das Kreditinstitut den Standardansatz oder den IRB-Basisansatz gewählt hat, bei Verwendung des umfassenden Verfahrens laut Annex VIII, Teil 3, 1.3.1. EU-RLV auf zwei Arten vorgegangen werden. Einerseits können aufsichtliche Haircuts verwendet werden, andererseits kann das Kreditinstitut eigene Haircutschätzungen verwenden. Eine weitere Möglichkeit ist die Verwendung eines internen Modells (Value at Risk Modell).

Es ist jedoch zu beachten: falls das Kreditinstitut eigene Haircutschätzungen oder ein internes Modell verwenden will, ist dieses von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen.

1. Verwendung von aufsichtlichen bzw. eigenen Haircuts

Zur Berechnung des Netto-Obligos des jeweiligen Wertpapiers wird vom Gesamtwert der Wertpapiere oder Waren, die unter einem Master Netting Abkommen verborgt oder verkauft wurden, der Gesamtwert der Wertpapiere oder Waren gleichen Typs die unter einem solchen Abkommen geborgt oder gekauft wurden, abgezogen. Man spricht in diesem Zusammenhang von einem Wertpapier gleichen Typs, wenn es vom gleichen Emittenten begeben wurde, das gleiche Emissionsdatum, die gleiche Restlaufzeit aufweist und den gleichen Bedingungen unterliegt.

Falls einige der Wertpapiere in einer anderen Währung als der Abrechnungswährung des Master Netting Abkommens notieren, so ist dieses Fremdwährungsrisiko gesondert zu berücksichtigen. Das berichtigte Obligo ergibt sich nun aus der Summe des unbesicherten Netto-Obligos und einem Zuschlag. Dieser Zuschlag berechnet sich als Summe der absoluten Netto-Obligos in den entsprechenden Wertpapieren multipliziert jeweils mit einem entsprechenden Haircut. Falls ein Fremdwährungsrisiko enthalten ist, erhöht sich der Zuschlag entsprechend. Das berichtigte Obligo ist nach unten mit Null begrenzt

2. Verwendung eines internen Modells

Als Alternative zu den aufsichtlichen Haircuts oder der eigenen Schätzung von Haircuts kann das Kreditinstitut auch ein internes Modell zur Berechnung des berichtigten Obligos verwenden. Im Unterschied zu den aufsichtlichen bzw. eigenen Haircuts ist es hierbei möglich, Korrelationseffekte zwischen den einzelnen Instrumenten mit einzubeziehen. Das interne Modell soll dabei die möglichen Wertänderungen des nicht besicherten Teils des Obligos schätzen. Das berichtigte Obligo ergibt sich dabei aus dem unbesicherten Teil der Forderung zuzüglich eines Zuschlags, der sich aus dem internen Modell ergibt. Dieses berichtigte Obligo ist nach unten wiederum mit Null begrenzt.

Jedes Kreditinstitut kann grundsätzlich ein internes Modell für die Haircutschätzung unabhängig davon verwenden, ob es sich für den Standard oder den IRB-Basisansatz entschieden hat. Es ist jedoch zu beachten, dass ein Kreditinstitut, das sich für den Einsatz eines internen Modells entschieden hat, dieses im Rahmen der Haircutschätzungen für alle Kontrahenten und Instrumente, mit Ausnahme unwesentlicher (immaterieller) Portfolios, für welche die aufsichts-

rechtlichen Haircuts oder eigene Schätzungen angewendet werden können, zu verwenden hat.

Kreditinstitute, die ein von der zuständigen Aufsichtsbehörde anerkanntes internes Modell für die Berechnung des Eigenmittelerfordernisses für das Wertpapierhandelsbuch haben, können dieses interne Modell auch zur Berechnung der möglichen Wertänderungen des unbesicherten Teils dieser gegenseitigen Geschäfte unter einem Master Netting Abkommen verwenden. Aber auch Kreditinstitute, die kein internes Modell für die Berechnung des Eigenmittelerfordernisses für das Wertpapierhandelsbuch haben, können extra um die Genehmigung eines internen Modells für die Berechnung des berechtigten Obligos ansuchen.

Für die Anerkennung eines solchen internen Modells ist der Aufsichtsbehörde anhand eines rigorosen Backtestings (Rückvergleich) auf Basis einer einjährigen Zeithistorie nachzuweisen, dass die Qualität der Ergebnisse des Modells den entsprechenden Anforderungen genügt. Der Output des Backtestings mündet nach dem „Ampel-Modell“ in verschiedene Multiplikatoren, die sich nach der Anzahl der Ausreißer (die tatsächlich beobachtete Wertänderung übersteigt die vom internen Modell prognostizierte Wertänderung) die im Bereich von 1 bis 1,33 liegen. Es ist der Aufsichtsbehörde nachzuweisen, dass sich die Ausreißer nicht auf einige Handelspartner konzentrieren.

Weiters muss das Risikomanagement-System der Bank, das zur Steuerung der Risiken resultierend aus den betreffenden gegenseitigen Geschäften unter einem Master Netting Abkommen verwendet wird, einigen qualitativen Anforderungen und Mindeststandards entsprechen (siehe Annex VIII, Teil 3, 1.3.1. EU-RLV).

IV. Behandlung von Hypotheken

A. Allgemeines

Das folgende Kapitel gibt einen Überblick über die Berechnungsmethoden der Risikogewichte (und somit der Eigenkapitalanforderungen) bei Berücksichtigung von Hypotheken auf Immobilien als Kreditrisiko mindernde Technik. Bevor dies getrennt nach Standardansatz und IRB-Basisansatz erfolgt, werden die im EU-RLV dargelegten Anforderungen an die Bewertung von Immobilien, die als Sicherheiten verwendet werden, vorgestellt.

B. Bewertung von Immobilien

Die folgenden Regeln zur Bewertung von Immobilien gelten sowohl bei Anwendung des Standardansatzes, als auch im IRB-Basisansatz. Nach Annex VIII, Teil 3, 1.5.1. EU-RLV müssen Immobilien, die als hypothekarische Sicherheiten verwendet werden, von einem unabhängigen Schätzer, höchstens aber mit ihrem aktuellen Marktwert oder Beleihungswert,⁷⁴² bewertet werden. Die Unabhängigkeit des Schätzers wird dabei in erster Linie auf eine nicht in die Kreditvergabeentscheidung involvierte Person abzielen. Bezüglich der im EU-RLV genannten Definitionen von Marktwert und Beleihungswert kann dazu

⁷⁴² Die Anwendung des Beleihungswertes findet nur statt, wenn die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften strenge Kriterien für dessen Bewertung enthalten.

auf die gegenwärtigen Regelungen des § 103 Z 10 lit f. BWG verwiesen werden. Demnach gilt als *Marktwert* der Preis, zu dem die Immobilie im Rahmen eines privaten Vertrags zwischen einem verkaufsbereiten Verkäufer und einem unabhängigen Käufer zum Zeitpunkt der Schätzung verkauft werden könnte, wobei die Annahme zugrunde gelegt wird, dass die Marktbedingungen eine ordnungsgemäße Veräußerung ermöglichen und dass für die Verkaufsverhandlungen ein im Hinblick auf die Art der Immobilie normaler Zeitraum zur Verfügung steht. Als *Beleihungswert* gilt der Wert der Immobilie, der von einem Schätzer ermittelt wird, welcher eine sorgfältige Schätzung der künftigen Marktgängigkeit der Immobilie unter Berücksichtigung ihrer langfristig unveränderlichen Merkmale, der normalen und örtlichen Marktbedingungen, ihrer derzeitigen Nutzung sowie angemessener Alternativnutzung vornimmt. In die Schätzung des Beleihungswertes dürfen keine spekulativen Gesichtspunkte einfließen. Der Marktwert und der Beleihungswert sind in transparenter und eindeutiger Weise zu belegen.

C. Berechnungsmethodik im Standardansatz

Wie bereits in Teil 3, Kapitel 3, II. A. dieses Leitfadens erwähnt, sind Forderungen im Standardansatz, die durch Hypotheken auf Immobilien besichert werden, durch speziell dafür vorgesehene Forderungsklassen definiert. Entsprechend den Regelungen des EU-RLV für die Berechnung der Eigenmittelanforderungen im Standardansatz werden diesen Forderungsklassen bestimmte Risikogewichte zugeordnet, die das damit verbundene Risiko zum Ausdruck bringen sollen.

Forderungen, die durch zulässige *Wohnimmobilien* besichert werden, erhalten ein Risikogewicht von 35%. Das risikogewichtete Aktivum, welches die Basis für die Berechnung der Eigenmittelanforderung einer Bankforderung (Aktivum) darstellt, ergibt sich somit durch Multiplikation des vollständig mit Wohnimmobilien besicherten Forderungsbetrages mit dem 35%-Risikogewicht.

Forderungen, die durch zulässige *gewerbliche Immobilien* besichert werden, erhalten ein Risikogewicht von 50%. Die Berechnung der risikogewichteten Aktiva stellt sich jedoch im Vergleich zu den Wohnimmobilien etwas anders dar, wobei diesbezüglich wie in § 103 Z 10 lit f. BWG vorgegangen wird. Demnach erhält jener Teil der Forderung ein Risikogewicht von 50%, der den kleineren der beiden folgenden Werte nicht übersteigt.

- a) 50% des Marktwertes der betreffenden Immobilie
- b) 60% des Beleihungswertes der betreffenden Immobilie

Der restliche Teil ist mit einem Risikogewicht von 100% zu gewichten.

Beispiel 4: Eigenmittelerfordernis für eine Forderung von 100, die mit einer zulässigen gewerblichen Immobilie besichert ist, deren geschätzter Marktwert 140 beträgt:

- Nach Methode a) werden 50% des Marktwertes mit einem Risikogewicht von 50% und der Rest der Forderung mit einem Risikogewicht von 100% versehen.
Risikogewichtete Aktiva = $70 \cdot 50\% + 30 \cdot 100\% = 65$

Beispiel 5: Eigenmittelerfordernis für eine Forderung von 100, die mit einer zulässigen gewerblichen Immobilie besichert ist, deren geschätzter Marktwert 110 und deren Beleihungswert 90 beträgt.

- Nach Methode b) werden 60% des Beleihungswertes mit einem Risikogewicht von 50% und der Rest der Forderung mit einem Risikogewicht von 100% versehen. Risikogewichtete Aktiva = $54 \cdot 50\% + 46 \cdot 100\% = 73$

Entsprechend Annex VI, Teil 1, 9.2. EU-RLV können auch Forderungen aus *Immobilien-Leasinggeschäften* unter bestimmten Umständen⁷⁴³ mit einem Risikogewicht von 50% versehen werden.

D. Berechnungsmethodik im IRB-Ansatz

Entsprechend dem EU-RLV wird die hypothekarische Besicherung mit den oben genannten Immobilien als Kreditrisikominderungstechnik zugelassen. Die Berücksichtigung dieser Technik erfolgt nicht wie im Standardansatz über direkte Risikogewichte, sondern über die Anpassung der LGD.

Während es im Fortgeschrittenen IRB-Ansatz in diesem Zusammenhang zu bankinternen Schätzungen der LGD kommt, wird die Berechnungsmethodik bezüglich der Berücksichtigung von hypothekarischen Besicherungen im IRB-Basisansatz im EU-RLV vorgegeben. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher auf die im *IRB-Basisansatz* zulässigen Reduktionen des LGD-Parameters.

Grundsätzlich muss unbesicherten, erstrangigen⁷⁴⁴ Forderungen im IRB-Basisansatz eine LGD von 45 % zugeordnet werden. Diese kann unter bestimmten Umständen bei hypothekarischer Besicherung auf 35%⁷⁴⁵ verringert werden. Dabei sind nach Annex VIII, Teil 3, 1.5.2. EU-RLV⁷⁴⁶ Kriterien wie ein entsprechender Mindestbesicherungsgrad (C*) von 30% und ein Überbesicherungsgrad (C**) von 140% zu berücksichtigen.

Die Berechnung der LGD einer durch Immobilien besicherten Transaktion durchläuft folgende Schritte:

1. Kalkulation des Verhältnisses C/E, wobei C den Wert der Immobilie und E den Forderungsbetrag darstellt.
2. Entsprechende Berücksichtigung der hypothekarischen Besicherung durch Vergleich:
 - a. Falls das Verhältnis C/E unterhalb des Mindestbesicherungsgrades C* liegt, wird die Besicherung nicht anerkannt und dem ganzen Forderungsbetrag wird eine LGD von 45% zugerechnet.
 - b. Falls das Verhältnis C/E über dem Überbesicherungsgrad (C**) liegt, wird die Besicherung voll anerkannt und dem ganzen Forderungsbetrag wird die Mindest-LGD von 35% zugerechnet
 - c. Falls das Verhältnis C/E über C*, jedoch unterhalb von C** liegt, wird dem voll besicherten Teil (C/C**) die Mindest-LGD von 35% und dem Rest (also nicht besicherten Teil) eine LGD von 45% zugerechnet.

⁷⁴³ Vgl. dazu Teil 3, Kapitel 3, II. A. dieses Leitfadens bzw. § 103 Z 10. lit c. BWG.

⁷⁴⁴ Nachrangige Forderungen in diesem Zusammenhang sind mit einer LGD von 75% zu versehen.

⁷⁴⁵ Bei nachrangigen Forderungen auf 65%.

⁷⁴⁶ Dieses Verfahren wird auch bei Besicherung durch Forderungen sowie anderen physischen Sicherheiten im IRB-Basisansatz verwendet.

Beispiel 6: Ein Forderungsbetrag (E) von 100 wird mit zulässigen Immobilien (C) im Wert von 25 besichert. Das Verhältnis C/E ergibt 25% und liegt daher unterhalb des notwendigen Mindestbesicherungsgrad (C*) von 30%. Daher ist der kompletten Forderung (100) ein LGD von 45% zuzurechnen.

Ein Forderungsbetrag (E) von 100 wird mit zulässigen Immobilien (C) im Wert von 145 besichert. Das Verhältnis C/E ergibt 145% und liegt daher über dem Überbesicherungsgrad (C**) von 140%. Daher ist der kompletten Forderung (100) die Mindest-LGD von 35% zuzurechnen.

Ein Forderungsbetrag (E) von 100 wird mit zulässigen Immobilien (C) im Wert von 50 besichert. Das Verhältnis C/E ergibt 50%, welches über C*, jedoch unterhalb von C** liegt. Somit ist dem voll besicherten Anteil der Forderung ($50/140 = 35,7\%$), also $100 * 35,7\% = 35,7$ die Mindest-LGD von 35% und dem restlichen, unbesicherten Anteil $100 - 35,7 = 64,3$ eine LGD von 45% zuzurechnen.

Neben der beschriebenen Berücksichtigung hypothekarischer Besicherung über den Parameter LGD, ist im IRB-Basisansatz auch eine *alternative Berechnungsmethodik* mit direkten Risikogewichten (50% sowohl für Wohnimmobilien, als auch für gewerbliche Immobilien) möglich. Bezüglich der Voraussetzungen dafür ist wie bei Immobilienbesicherung im Standardansatz vorzugehen.⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ Vgl. dazu Teil 3, Kapitel 3, II. A. dieses Leitfadens.

Literaturverzeichnis

- Auerbach*, Kreditderivate (2003).
- Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987).
- Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993).
- Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts nach dem InsolvenzrechtsänderungsG, 4.Auflage (1983).
- Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Kommentar, Band I §§ 1- 43 Konkursordnung, 4. Auflage (2000).
- Borns*, Das österreichische Bankenrecht (1999)
- Böhm*, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen (2001).
- Buchberger/Buchberger*, Das System der „kontrollierten“ Universalität des Konkursverfahrens nach der Europäischen Insolvenzverordnung, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (ZIK) 2000,150.
- Burghof*, Kreditderivate (2002).
- Bruckner/Schmoll/Stickler*, Basel II Konsequenzen für das Kreditrisikomanagement (2003).
- Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991).
- Bydlinski*, Die Kreditbürgschaft, 2. Auflage (2003).
- Bydlinski*, Wirksamkeit, Reichweite und Beendigung der Bürgenhaftung: Neue Entwicklungen in Österreich, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1999, 95.
- Bydlinski*, Entscheidungsbesprechung zu 1Ob681/87 Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1988,390.
- Canaris*, Einwendungsausschluß und Einwendungsdurchgriff bei Dokumentenakkreditiven und Außenhandelsgarantien, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1987, 769.
- Chini-Frölichsthal*, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz (1997).
- Czernich/Heiss*, Kommentar EVÜ, Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999).
- Czermak*, Das Besitzkonstitut beim Sale-and-lease-back-Verfahren, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1987, 232.
- Crouhy*, Risk Management (2001).
- Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002).
- Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz (2002).
- Ebenroth/Boujong/Joost*, Handelsgesetzbuch Kommentar (2001).
- Eller*, Handbuch Kreditrisikomodelle und Kreditderivate (1999).
- Feil*, Österreichisches Hypothekarrecht, 2. Auflage (1999).
- Fenyves*, Absolute Wirkung der Zahlungssperre aufgrund der Vinkulierung einer Versicherungsforderung? Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1998, 337.
- Fenyves*, Die Schuldenhaftung des Unternehmenserwerbers, *ecolex* 1990, 138.
- Fenyves*, Die „Vinkulierung“ von Versicherungsforderungen, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1991,13.
- Fischer-Czermak*, Mobilienleasing Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung (1995).

- Forster*, Ausgewählte Fragen des österreichischen Superädifikatsrechts (1997).
- Fremuth*, Das Schicksal der Schiedsvereinbarung im Zessionsfall, Dissertation Universität Wien (2002).
- Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Gutachten zum 4. Österreichischen Juristentag Band I 3. Teil (1970).
- Gamerith*, Die Teilbürgschaft, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1988, 759.
- Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG (2004).
- Göth/Tumpel*, Ertragsteuerliches zu Optionsgeschäft und Wertpapierleihe, *ecolex* 1992, 495.
- Grillberger*, Sicherungsabtretung und Abtretung zahlungshalber, *Juristische Blätter (JBl)* 1983, 574.
- Gröll*, Schutz des guten Glaubens an die Bestandteileigenschaft eines Gebäudes?, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1989, 1182.
- Gruber*, Umfang der Bürgenhaftung: Erstreckungsklausel und Globalbürgschaft, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2002, 885.
- Hadding/Schneider*, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (1999).
- Harrer*, Sicherungsrechte (2002).
- Harrer*, Neue Vertragstypen im Handelsrecht (2001).
- Horat*, Kreditderivate, *Der Schweizer Treuhänder* 11/2003, 970.
- Hoyer*, Die Simultanhypothek, 2. Auflage (1977).
- Hybler*, Kreditderivate (2003).
- Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte Kommentar (2001).
- Jabornegg*, HGB Handelsgesetzbuch Kommentar (1997).
- Jud/Högler-Pracher*, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, *ecolex* 1999, 613.
- Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht (2002).
- Kathrein*, Das Finanzsicherheiten-Gesetz, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2004, 172.
- Kieper*, Die Finanzsicherheiten Richtlinie und ihre Umsetzung, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)* 2003, 1109.
- Kletecka*, Hypothekenrecht in *Kletecka/Rechberger*, *Bodenrecht in Österreich*, CLC Schriftenreihe Band 6 (2004), 165.
- Kloos*, Kreditderivate als geeignete Finanzinstrumente für Versicherungsunternehmen, *VR* 2001, 111.
- Koch*, Nettingvereinbarungen und das österreichische Konkursrecht am Beispiel von Swap-Rahmenverträgen, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1995, 495.
- Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Loseblattausgabe.
- Kostner/Umfahrer*, GmbH, Handbuch für die Praxis, 5. Auflage (1998).
- Koziol*, Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1998, 745.
- Koziol*, Garantievertrag (1981).
- Koziol/Welser* Bürgerliches Recht, Band I: *Koziol*, 12. Auflage (2002).
- Koziol/Welser* Bürgerliches Recht, Band II: *Welser*, 12. Auflage (2001).
- Krejci*, Handelsrecht, 2. Auflage (2001).
- Kümpel*, Die Grundstruktur der Wertpapierleihe und ihre rechtlichen Aspekte, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)* 1990, 909.

- Kundi*, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen (2003).
- Kurzbauer*, Die Höchstbetragshypothek, Anwendungsbereich, Umfang und Übertragung (1999).
- Leitner*, Die Patronatserklärung, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2002, 518.
- Lukas*, Zession und Synallagma (2000).
- Mader*, Neuere Judikatur zum Rechtsmissbrauch, Juristische Blätter (JBl) 1998, 677.
- Marek*, Kreditsicherung und notarielle Abwicklung, Österreichisches Notariatszeitung (NZ) 1993, 57.
- Michor*, Sicherungszession: Obligatorischer Buchvermerk, *ecolex* 1998, 24.
- Müller*, Kreditderivate und Risikomanagement, Bankakademie (2000).
- Rabl*, Die Bürgschaft (2000).
- Rabl*, Zur Kündigung einer „unwiderruflichen“ Bürgschaft, *ecolex* 1999, 619.
- Rabl*, Unliebsame Überraschungen beim Abruf von Haftrücklassgarantien sind vermeidbar- ein kurzer Rechtsprechungsüberblick, *immolex* 1999, 216.
- Rathauscher*, Bestandrechte und Konkurs (1999).
- Rechberger*, Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandrechts in Österreich, Österreichische Notariatszeitung 1/2002, 7.
- Rechberger*, Die Immobilie in der Insolvenz in *Kletecka/Rechberger*, Bodenrecht in Österreich, CLC Schriftenreihe Band 6 (2004) 447.
- Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht, 3. Auflage (2002).
- Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 6. Auflage (2003).
- Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren, 2. Auflage (1992).
- Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht Einführung und Grundriss (2001).
- Reich-Rohrwig*, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, *ecolex* 2004, 106.
- Riedler*, Gedankensplitter zur aktuellen Judikatur rund um Sicherungszessionen, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2000, 583.
- Riedler*, Babylonische Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2003, 415.
- Rummel*, ABGB Kommentar Band 1: §§ 1–1174, 3. Auflage (2000).
- Rummel*, ABGB Kommentar Band 2, 1. Teil §§ 1175–1292, 3. Auflage (2002).
- Rummel*, ABGB Kommentar Band 2, 3. Teil: §§ 1342–1502, 3. Auflage (2002).
- Rummel*, ABGB Kommentar Band 2, 4. Teil: EheG, KSchG 3. Auflage (2002).
- Schwimmann*, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht (2001).
- Schwimmann*, Grenzüberschreitende Sicherungszession im gegenwärtigen und zukünftigen IPR, Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl) 1998, 385.
- Schwimmann*, ABGB, Praxiskommentar Band 1 §§ 1–284 ABGB und Nebengesetze, 2. Auflage (1997).
- Schwimmann*, ABGB, Praxiskommentar Band 2 §§ 285–530 ABGB und NotwegeG, 2. Auflage (1998).
- Schwimmann*, ABGB, Praxiskommentar Band 3 §§ 531–858 ABGB und Nebengesetze, 2. Auflage (1997).
- Schwimmann*, ABGB, Praxiskommentar Band 4 Wohnrecht, 2. Auflage. (2001).
- Schwimmann*, ABGB, Praxiskommentar Band 5 §§ 859–1089 ABGB und Nebengesetze, 2. Auflage (1997).
- Schwimmann*, ABGB, Praxiskommentar Band 6 §§ 1090–1292 ABGB und KSchG, 2. Auflage (1997).

- Schwimann*, ABGB, Praxiskommentar Band 7 §§ 1293–1502 ABGB, 2. Auflage (1997).
- Smid*, Europäisches Internationales Insolvenzrecht (2002).
- Teloni*, Buchvermerk und Zessionsprüfung in der Bankpraxis, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1999, 335.
- Thoß*, BGH zur Angehörigenbürgschaft, Neues für Österreich?, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2003, 793.
- Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung und alle einschlägigen Rechtsvorschriften, 5. Auflage (2000).
- Weissel*, Die mittelbare Nachteile von Kreditgeschäften nach § 31 KO, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 1992, 630.
- Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004).
- Zobl/Werlen*, Rechtsprobleme des bilateralen Netting (1994).