
18/2016

S. 341-360, ART.-NR. 655-689

Oktober 2016

Zak

Z I V I L R E C H T A K T U E L L

Herausgeber: Georg E. Kodek, Matthias Neumayr

THEMA

- » **Martina Eliskases:** ErbRÄG 2015 – Das neue Pflichtteilsrecht
- » **Christoph Kronthaler:** Wer trägt die Kosten für die Ausstellung der Löschungsquittung?

GESETZGEBUNG

- » Aktuelle Gesetzesvorhaben

RECHTSPRECHUNG

- » Solidarhaftung nach Betriebsübergang – Regressanspruch des neuen gegen den alten Betriebsinhaber?
- » Vermietung von Geschäftsobjekt als Flüchtlingsunterkunft keine genehmigungspflichtige Widmungsänderung
- » Kein Einwendungsausschluss wegen Säumnis nach Zustellung durch Hausanschlag



Univ.-Ass. Mag. Christoph Kronthaler

Wer trägt die Kosten für die Ausstellung der Lösungsquittung?

» Zak 2016/660

Wird – wie in der Praxis überaus häufig – zu Kreditsicherungszwecken eine Hypothek im Grundbuch einverleibt (§ 451 ABGB), benötigt der Pfandbesteller nach dem Erlöschen der besicherten Forderung eine Lösungsquittung, um das ansonsten formell weiterhin bestehende Pfandrecht¹ aus dem Grundbuch löschen zu lassen. Der folgende Beitrag untersucht die Frage, wer die Kosten für die Ausstellung der Lösungsquittung zu tragen hat, wenn keine vertragliche Regelung über die Kostentragung besteht.

1. Ausgangslage

Da Pfandrechte vom Entstehen und Bestand des zu sichernden Rechts abhängig sind (Akzessorietätsprinzip; vgl § 469 ABGB), entfällt gleichzeitig mit dem Erlöschen der besicherten Forderung auch das Recht zur Befriedigung aus der Pfandsache.² Bei beweglichen körperlichen Sachen ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Pfand an den Pfandbesteller zurückzustellen. Der Hypothekargläubiger hat demgegenüber eine einverleibungsfähige, den §§ 31 f GBG entsprechende³ Lösungsquittung auszustellen (§ 1369 ABGB).

Bis zur Einverleibung der Löschung der Hypothek im Grundbuch bleibt diese formell weiter bestehen; es kommt daher beim Grundpfandrecht zu einer Durchbrechung des pfandrechtlichen Akzessorietätsprinzips (§ 469 ABGB). Aus der Sicht des bisherigen Hypothekarschuldners ist es jedoch nicht ohne Gefahr, eine materiell erloschene Hypothek einfach im Grundbuch zu belassen. Denn der mangels Löschung weiterhin im Grundbuch aufscheinende Pfandgläubiger könnte die getilgte oder sonst erloschene Hypothekarforderung einem Dritten zedieren und diesem – aufgrund des negativen Publizitätsprinzips – gutgläubig das verbücherte Grundpfand verschaffen.⁴ Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass der spätere Erwerber in Bezug auf den Grundbuchstand als redlich anzusehen war. Die Entgeltlichkeit spielt beim gutgläubigen Pfandrechterwerb dagegen nach hM keine Rolle.⁵

Der Anspruch auf Ausstellung der Lösungsquittung ergibt sich nach überwiegender Ansicht⁶ unmittelbar aus § 1369 ABGB,

wonach „*der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen [muss], die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypothekenbüchern bewirken zu können*“.

Neben § 1369 ABGB wurde in der bisherigen literarischen Diskussion⁷ wiederholt auch § 1426 ABGB als relevant erkannt: Nach dieser Bestimmung ist der „*Zahler [...] in allen Fällen berechtigt, von dem Befriedigten eine Quittung, nämlich ein schriftliches Zeugnis der erfüllten Verbindlichkeit, zu verlangen*“. Die Kosten der Quittung hat, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart wurde, der Gläubiger zu tragen (§ 1426 S 3 ABGB).

2. Meinungsstand in der Lehre

Die Lehre ist geteilter Meinung.⁸ Unter Hinweis auf den Willen des historischen Gesetzgebers⁹ geht Holzner¹⁰ davon aus, dass der Pfandgläubiger mangels anderer Vereinbarung die Kosten für die Ausstellung der Lösungsquittung zu tragen hat. Dies deshalb, weil die Kostentragungsregel des § 1426 S 3 ABGB nach den Materialien auch für (grundbuchfähige) Lösungsquittungen gelten solle. Im Gegensatz dazu differenziert Reischauer¹¹ zwischen der Bestätigung der Zahlung (= Quittung) und der Einwilligung in die Löschung der Hypothek (= Lösungserklärung). Der Pfandgläubiger müsse aufgrund von § 1426 S 3 ABGB nur für die Kosten der Zahlungsbestätigung aufkommen. Für eine einverleibungsfähige Lösungsquittung sei die Angabe eines Rechtsgrundes nicht erforderlich (§ 26 Abs 2 GBG e contrario). Es reiche schon aus, dass der Hypothekargläubiger in die Löschung einwilligt. Insofern bestehe auch kein Erfordernis, dass in der Lösungserklärung die Zahlung bestätigt werde. Dem Hypothekargläubiger stehe frei, „*eine Quittung nach § 1426 in einfacher Schriftform auszustellen und daneben eine Lösungsquittung nach § 1369 ABGB, in der er ohne Angabe des Rechtsgrundes in die Löschung einwilligt*“. Außerdem sei der Schluss Holzners, die Materialien hätten auch die Lösungsquittung erfassen wollen, „*mehr als gewagt*“. Die Materialien sprächen nur davon, dass die Rechtspraxis die Quittungskosten ohnehin dem Gläubiger auflasten, und verweisen dafür auf die

1 Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht, Band I¹⁴ (2014) Rz 1275.

2 ZB 3 Ob 542/93.

3 Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 469 Rz 4.

4 Koziol – Welser/Kletečka, BR I¹⁴ Rz 1276.

5 Koziol – Welser/Kletečka, BR I¹⁴ Rz 1214 mwN; aA Iro, Bürgerliches Recht, Band IV⁵, Sachenrecht (2013) Rz 10/17.

6 Iro, Sachenrecht⁵ Rz 9/29; Oberhammer/Domej in ABGB-ON^{1.02} § 469 Rz 4; Reischauer, Zwei Fragen zur Lösungsquittung bzw Lösungserklärung: Kostentragung und Zug-um-Zug-Prinzip (§§ 469, 1369 und 1426 ABGB, § 39 GBG [iVm 1425 ABGB]), NZ 2001, 362 (362 f); dagegen für § 469 ABGB

als Anspruchsgrundlage Koziol – Welser/Kletečka, BR I¹⁴ Rz 1240; Klang in Klang II² (1950) 521; RIS-Justiz RS0011461.

7 Dazu sogleich unten unter Pkt 2.

8 Für eine Tragung der Kosten durch den Hypothekargläubiger Holzner, Kein gutgläubiger Hypothekenerwerb ohne gesicherte Forderung? NZ 2000, 289 (294 FN 47); dagegen Reischauer, NZ 2001, 362 f.

9 Vgl 78 BlgHH 21. Session 1912, 284.

10 NZ 2000, 294 FN 47.

11 NZ 2001, 362 f.



„Manzsche Ausgabe, § 1426, N. 5“.¹² An dieser Stelle finde sich nur eine unter GIUNF 2586 abgedruckte Entscheidung, „die die Kosten der Lösungsquittung den Gläubiger tragen lässt“. Ansonsten sei „nur von den Kosten der Quittung die Rede“.

Tatsächlich ist in der 18. Auflage der Großen Manzchen Gesetzesausgabe zum ABGB¹³ aber nicht schlicht von den „Kosten der Quittung“ die Rede, sondern findet sich dort nachfolgende, im Ergebnis wesentlich weitergehende und deshalb originalgetreu wiederzugebende Aussage: „Die Kosten der Quittung (Stempel) trägt der Gläubiger.“ Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass nach stRsp zur Zeit des Herrenhausberichts bloß eine gestempelte Urkunde „ohne Weiteres zur Erwirkung der Pfandrechtslöschung“ tauglich war und eine Quittung in einfacher Schriftform gerade nicht für die Einverleibung der Löschung genügte.¹⁴ In der vom Herrenhausbericht erwähnten „Manzchen Ausgabe, § 1426, N. 5“ aus dem Jahr 1906 wird überdies auch auf die Entscheidung des OGH vom 14. 6. 1899 mit der GZ 6178¹⁵ Bezug genommen, nach welcher der Gläubiger die gesamten Kosten für die Ausstellung „einer lösungsfähigen Quittung“ zu tragen hat.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass zur Begründung der Kostentragungsregel in § 1426 S 3 ABGB nicht nur – wie *Reischauer*¹⁶ behauptet – auf die durch höchstgerichtliche Entscheidung belegte Rechtspraxis verwiesen wird. Vielmehr werden vom historischen Gesetzgeber zusätzlich zwei alternative „Kostentragungsmodelle“ in ausländischen Rechtsordnungen (§ 369 BGB und Art 1248 Code civil)¹⁷ explizit abgelehnt. § 369 BGB besagt dem Grundsatz nach, dass der Schuldner die Kosten der Quittung zu tragen hat. Was unter einer Quittung iSd § 369 BGB zu verstehen ist, wird in § 368 BGB definiert und umfasst auch notariell beglaubigte, lösungsfähige Quittungen.¹⁸ Daraus lässt sich mE ohne Zweifel ableiten, dass der Gesetzgeber die Kosten für die Ausstellung von Lösungsquittungen dem Gläubiger auferlegen wollte.

Für die Ansicht *Reischauers* spricht allenfalls, dass es sich nach der heute herrschenden, ursprünglich auf die Entscheidung des OGH vom 21. 11. 1900 mit der GZ 11397¹⁹ zurückgehenden Lehre²⁰ beim Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache um eine Holschuld handelt und daher die Kosten für die Pfandrückgabe vom Pfandbesteller zu tragen sind. Es wäre nun aber nicht wirklich einsichtig, wenn der Pfandbesteller zwar bei beweglichen Sachen die Kosten für die Rückgabe der Pfandsache tragen müsste, ihm aber bei unbeweglichen Sachen sämtliche Kosten abgenommen würden, weil

der Rückstellungsanspruch des Faustpfandgläubigers bei der Hypothek dem Anspruch auf Ausfolgung einer Lösungsurkunde entspricht.²¹ Dagegen kann wohl auch nicht der Wortlaut des § 1369 ABGB ins Treffen geführt werden, wonach der Pfandgläubiger „dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, [das Handpfand] zurückgeben [muss]“, weil damit nicht gesagt ist, an welchem Ort die Rückgabe zu erfolgen hat. Nach dem im Gesetz für die Zurückstellung der Pfandsache verankerten Zug-um-Zug-Prinzip handelt es sich dabei wohl um jenen Ort, an dem der Pfandschuldner verpflichtet ist, seine Schuld zu tilgen. Früher war dies gem § 905 Abs 2 ABGB aF der Wohnsitz des Pfandbestellers („qualifizierte“ Schickschuld),²² seit der Neuregelung durch das ZVG²³ liegt der Erfüllungsort bei Geldschulden aber am Wohnsitz des Gläubigers (§ 907a ABGB; Bringschuld).²⁴ Insoweit hat die schon bislang hL²⁵ seit dem Inkrafttreten des ZVG an Überzeugungskraft gewonnen.

Nicht übersehen werden darf freilich, dass die ältere – und soweit ersichtlich noch nicht revidierte – Rsp²⁶ die Kosten für die Ausstellung der Lösungsquittung ausdrücklich dem Pfandgläubiger auferlegt. Die neuere Rsp²⁷ leitet aus § 469 ABGB einen Anspruch des Pfandschuldners auf Ausstellung einer grundbuchs-fähigen Lösungsquittung ab,²⁸ nimmt aber zur Frage, wer die Kosten zu tragen hat, nicht explizit Stellung. Insgesamt betrachtet scheint die Rsp immer noch davon auszugehen, dass mangels anderer Vereinbarung der Pfandgläubiger die Kosten für die Lösungsurkunde übernehmen muss. Für dieses Ergebnis spricht, wie gezeigt, vor allem auch der Wille des historischen Gesetzgebers in Bezug auf § 1426 S 3 ABGB.

3. Vertragsauslegung

Aufgrund der gegenteiligen Auffassung *Reischauers* erscheint es aber dennoch lohnend, kurz zu klären, was Sache wäre, wenn das dispositive Recht tatsächlich davon ausginge, dass der Pfandbesteller die Kosten für die Ausstellung der Lösungsquittung zu tragen hat.

Einer eindeutigen vertraglichen Übereinkunft über die Kostentragung²⁹ würde das dispositive Recht jedenfalls weichen. Fehlt es aber an einer solchen expliziten Regelung, muss mittels einfacher oder ergänzender Vertragsauslegung ermittelt werden, wer die Kosten für die Lösungsquittung zu übernehmen hat.

Haben sich die Parteien des Pfandbestellungsvertrags über die Kosten für die Ausstellung der Lösungsquittung überhaupt keine Gedanken gemacht und daher keine Regelung getroffen, kann es für den Rechtsanwender durchaus schwierig werden, den zunächst maßgeblichen übereinstimmenden Parteiwillen (also die „Absicht

¹² Vgl 78 BlgHH 21. Session 1912, 284.

¹³ Da der einschlägige Herrenhausbericht aus dem Jahr 1912 stammt, bezieht sich der Verweis auf die „Manzsche Ausgabe“ notwendigerweise auf die 18. Auflage aus dem Jahr 1906. Die 19. Auflage der Großen Manzchen Gesetzesausgabe zum ABGB ist erst im Jahr 1914 erschienen.

¹⁴ Vgl GIUNF 2586.

¹⁵ GIUNF 1233.

¹⁶ NZ 2001, 363.

¹⁷ „Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.“ Also frei übersetzt: Die mit der Zahlung verbundenen Kosten fallen dem Schuldner zur Last.

¹⁸ *Grüneberg in Palandt*, BGB⁷⁵ (2016) § 368 Rz 3; *Fetzer in MünchKommBGB II*⁷ (2016) § 368 Rz 4.

¹⁹ GIUNF 1189.

²⁰ *Oberhammer/Domej* in ABGB-ON^{1.02} § 469 Rz 3; *Hinteregger in Schwimann/Kodek II*⁴ (2012) § 469 Rz 8; *Koch in KBB*⁴ (2014) § 469 Rz 2.

²¹ *Klang in Klang II*² 521 f.

²² *Kietaibl* in ABGB-ON^{1.01} § 905 Rz 26; *Bollenberger in KBB*³ (2010) § 905 Rz 5. BGBI I 2013/50.

²³ *Kietaibl/Ladler* in ABGB-ON^{1.01} § 907a Rz 1.

²⁴ Vgl oben FN 20.

²⁵ GIUNF 1233; GIUNF 2586.

²⁶ RIS-Justiz RS0011461; 8 Ob 510/79; 3 Ob 542/93; 5 Ob 252/00w.

²⁷ In diesem Sinn schon *Klang in Klang II*² 521.

²⁸ Möglich wäre – neben einer alleinigen Kostenbelastung des Pfandbestellers oder -gläubigers – auch die Vereinbarung einer Kostenteilung.



der Parteien“ iSd § 914 ABGB) zu ermitteln. Führt die „einfache“ Vertragsauslegung nunmehr nicht zum Ziel und stellt sich heraus, dass der Vertrag hinsichtlich eines Nebenpunkts eine planwidrige Lücke aufweist, wäre diese primär durch das dispositive Gesetzesrecht zu schließen.³⁰ Steht aber fest, dass die Parteien die Anwendung des Dispositivrechts nicht gewollt hätten, wird eine „ergänzende“ Vertragsauslegung nötig.³¹ Da mE nicht einfach angenommen werden kann, dass der Hypothekarschuldner – in einer Situation annähernd gleicher Verhandlungsmacht³² – ohne Weiteres ihm der Höhe nach unbekannte Kosten (zB für das Erstellen der Löschungsquittung, die notarielle Beglaubigung und etwaige weitere Bearbeitungsgebühren) auf sich genommen hätte, scheidet eine so verstandene Vertragsergänzung aus. Aus diesem Grund kann *Reischauer* jedenfalls nicht darin gefolgt werden, „dass die Parteien bei Bedenken des Falles die Kostentragung seitens des Schuldners vereinbart hätten“. Wäre den Parteien eines Pfandbestellungsvertrags das Problem der Kosten für die Löschungsurkunde bereits von vornherein bekannt gewesen, mag es letztendlich durchaus richtig sein, dass sich diese wegen des notorischen Kräfteungleichgewichts zwischen dem kreditgewährenden Pfandgläubiger einerseits und dem kreditsuchenden Pfandschuldner andererseits tatsächlich darauf geeinigt hätten, dass der Kreditnehmer die Kosten trägt. Zu diesem Ergebnis gelangt man aber nicht im Weg der Vertragsergänzung: „Selbst wenn feststünde, dass sich die Parteien wegen Übermacht der einen hypothetisch auf eine einseitig belastende Regelung geeinigt hätten, dürfte der Richter nur einen angemessenen Interessenausgleich vorsehen.“³³ Die ergänzende Auslegung des unvollständigen Pfandbestellungsvertrags führt nach der hier vertretenen Auffassung also nicht dazu, dass der Pfandschuldner die gesamten Kosten übernehmen muss, weil in einer derartigen „Alles-oder-nichts-Lösung“ schwerlich eine angemessene, auf die Interessen beider Parteien Rücksicht nehmende Regelung zu erblicken ist. Vor allem wenn man bedenkt, dass die Einräumung der Hypothek in erster Linie der Befriedigung des Sicherungsinteresses des Kreditgebers (Hypothekargläubigers) dient.

4. Löschungsklage

Abschließend soll noch untersucht werden, was geschieht, wenn der Pfandgläubiger die Ausstellung einer einverleibungsfähigen Löschungsurkunde verweigert.

Im Falle der Verweigerung der Ausstellung einer Löschungsquittung durch den Hypothekargläubiger kann der Pfandbesteller nach hA³⁴ entweder deren Ausstellung gerichtlich erzwingen oder unmittelbar auf Löschung klagen. Bei der angesprochenen Klage handelt

es sich nach überzeugender Ansicht des OGH³⁵ zwar nicht um eine Löschungsklage iSd § 61 GBG, „weil sie sich nicht auf die anfängliche Ungültigkeit eines bücherlichen Rechtes, sondern auf einen später eingetretenen Aufhebungsgrund stützt“. Ordnete das dispositive Recht aber tatsächlich eine Kostentragung des Pfandschuldners an, wäre die hM³⁶ mE einem durchaus beachtlichen Widerspruch ausgesetzt.³⁷ Dieser soll durch folgendes Beispiel veranschaulicht werden:

Angenommen, der Pfandgläubiger lehnt die Ausstellung einer Löschungsurkunde gegenüber dem Pfandbesteller ab, nicht etwa deshalb, weil er nichts oder aus seiner Sicht zu wenig dafür erhält, sondern aus irgendwelchen anderen unsachlichen Gründen. Dann könnte der Pfandbesteller, wie gesagt, nach hL³⁸ und mittlerweile stRsp³⁹ seinen ehemaligen (Pfand-)Gläubiger ganz unzweifelhaft im streitigen Zivilverfahren unmittelbar auf Löschung des im Grundbuch eingetragenen Pfandrechts klagen; der unterlegene Hypothekargläubiger hätte in diesem Fall sämtliche Kosten zu tragen (§ 41 Abs 1 ZPO). Auf diesem Weg wäre es dem Pfandschuldner also möglich, die Löschung des eingetragenen Pfandrechts „kostenlos“ zu erreichen. Dieses Resultat stünde aber augenscheinlich im Widerspruch zu einer im dispositiven Gesetzesrecht angeordneten generellen Kostenübernahme durch den Pfandbesteller. Folgt man der Auffassung *Reischauers*, müsste man konsequenterweise die Möglichkeit zur Erhebung einer „unmittelbaren“ Löschungsklage ablehnen. Der Pfandschuldner könnte dann im Beispielfall nur die Ausstellung der Löschungsquittung Zug um Zug gegen Bezahlung der dafür erforderlichen Kosten verlangen.

5. Zusammenfassung

- Der Pfandgläubiger hat gem § 1369 iVm § 1426 S 3 ABGB die Kosten für die Ausstellung einer einverleibungsfähigen Löschungsurkunde zu tragen. Dafür spricht, wie gezeigt, insb der Wille des historischen Gesetzgebers.
- Davon abweichend können die Parteien allerdings jede andere Übereinkunft im Hinblick auf die Kostentragung treffen. Bei § 1426 S 3 ABGB handelt es sich um eine Norm des dispositiven Rechts.

³⁵ 6 Ob 259/67 = SZ 40/141; so bereits zuvor *Klang* in *Klang* II² 521.

³⁶ FN 34.

³⁷ Ebenso *Faber* in *Schwimmann/Kodek*⁴ (2016) §§ 1368, 1369 Rz 16.

³⁸ *Oberhammer/Domej* in *ABGB-ON*^{1,02} § 469 Rz 5; *Hinteregger* in *Schwimmann/Kodek* II⁴ § 469 Rz 8; *Klang* in *Klang* II² 521.

³⁹ 6 Ob 259/67 = SZ 40/141; 3 Ob 98/99d; anders noch *GIU* 4165.

³⁰ ZB *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 351; *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ (2014) § 869 Rz 21.

³¹ ME kann qua § 914 ABGB niemals eine Regelung zum Vertragsinhalt werden, die den Interessen einer Partei zuwiderläuft und von dieser abgelehnt worden wäre (vgl auch *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 869 Rz 25 mwN).

³² Das typische Machtgefälle zwischen Pfandbesteller und -gläubiger ist also bei der ergänzenden Vertragsauslegung auszublenden.

³³ *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 914 Rz 25; ebenso *Binder/Kolmasch* in *Schwimmann/Kodek* IV⁴ § 914 Rz 181.

³⁴ Vgl *Oberhammer/Domej* in *ABGB-ON*^{1,02} § 469 Rz 5 mwN.



Der Autor:

Univ.-Ass. Mag. **Christoph Kronthaler** ist Universitätsassistent an der Universität Salzburg (Fachbereich Privatrecht).

Publikationen:

Bestandgeberpfandrecht und außergerichtliche Pfandverwertung, *Zak* 2015/706, 408; Anmerkung zu OGH 22.10.2015, 1 Ob 141/15i, *Zak* 2016, 114; Die Informationspflichten des Versicherers vor Vertragsabschluss nach dem VAG 2016 (Teil 1), *ZFR* 2016/73,164; Die Informationspflichten des Versicherers vor Vertragsabschluss nach dem VAG 2016 (Teil 2), *ZFR* 2016/88, 224.

✉ christoph.kronthaler@sbg.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Kronthaler/Christoph