

des § 933b ABGB auch nicht per analogiam ausgesetzt; die gesetzliche Einschränkung auf unternehmerische Vormänner wurden ganz bewusst und sachlich begründet getroffen¹¹⁷).

Nach manchen scheidet eine (analoge) Anwendung von § 933b ABGB auch dann aus, wenn der *Endabnehmer* der Leistung ein *Unternehmer* war¹¹⁸), was nicht überzeugt¹¹⁹). Dass Art 4 der dem GewRÄG zugrunde liegenden RL enger gefasst ist, ergibt sich schlicht aus ihrer Beschränkung auf den *Verbrauchsgüterkauf*.

§ 933b ABGB knüpft bloß an die *Gewährleistung* durch den Übergeber an. Wenn der Übernehmer

seine Ansprüche wegen des Mangelschadens erfolgreich auf *Schadenersatz* (§ 933a ABGB) stützt – was wohl nur dann von praktischer Bedeutung ist, wenn seine Gewährleistungsrechte bereits nach § 933 ABGB verjährt sind –, stellt sich daher ebenfalls die Analogiefrage, wobei der ohne Verschulden einstandspflichtige Vormann jedenfalls in den Genuss der absoluten Fünfjahresfrist käme. Deshalb und weil die Position des Vormanns keine andere wäre, wenn zwischen Übergeber und Übernehmer längere, noch offene Fristen vereinbart wurden, ist die Analogie zu bejahen¹²⁰).

Korrespondenz: o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht, Universität Graz, Universitätsstraße 15 D/4, A-8010 Graz, Österreich; peter.bydlinski@uni-graz.at.

¹¹⁷) Siehe EB RV 422 BlgNR 21. GP 22; *Fischer-Czermak*, FS Krejci 1167 (1178 f).

¹¹⁸) *Faber*, Handbuch 196 f; *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933b Rz 9.

¹¹⁹) Für Analogie etwa *Krejci*, VR 2001, 201, (211); siehe auch *Augenhofer*, Skizzen zum Händlerregress und zur „Direktklage“, FS Krejci (2001) 1021 (1028).

¹²⁰) Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit etwas anderer Argumentation, *Kletečka*, Gewährleistung neu § 933b Rz 9 ff; *Reischauer*, JBl 2002, 137 (160); *Welser/Jud*, Gewährleistung § 933b Rz 19; vgl auch *Faber*, Handbuch 200 f.

Univ.-Ass. Dr. Martin Spitzer, Wien

Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung

Der Beitrag untersucht die Frage, wann bei Verständigung des Drittschuldners die Sicherungszession oder Verpfändung einer Forderung wirksam wird, und zieht dabei die Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Empfangstheorie in Zweifel. Dazu wird auch auf die Rechtsfolgen der Rückerlangung der Pfandsache durch den Pfandschuldner und die Entfernung von Pfandzeichen bei symbolischer Verpfändung eingegangen.

Deskriptoren: Sicherungszession; Drittschuldner; Drittschuldnerverständigung; Publizität; Pfandzeichen; Empfangstheorie; Verpfändung durch Zeichen; Rückstellung der Pfandsache. §§ 427, 452, 467, 862a, 1395, 1396 ABGB; §§ 407, 1280, 1281, 1282 BGB.

Übersicht:

- A. Einleitung
- B. Problemstellung
- C. Stellungnahme
 - I. Zessionsrechtlicher Ausgangspunkt
 - II. Empfangstheorie
- III. Anwendung der allgemeinen Regeln auf Sicherungsgeschäfte
- IV. Missbrauchsproblem
 - 1. Parallele: Entfernung der Zeichen (*Klang*)
 - 2. Eingeschränkte Parallele: Entfernung der Pfandzeichen (*P. Bydlinski*)
 - a) Rückstellung der Pfandsache und Zurückgelangen gegen den Willen des Gläubigers
 - b) Entfernung der Pfandzeichen
 - c) Kritik der Auffassung *P. Bydlinskis*
 - d) Anwendung auf das Zustandekommen der Sicherungszession
- V. Vergleich mit Deutschland
- D. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

Die Abtretung von Forderungen ist ein formfreies Verfügungsgeschäft, das nicht der Zustimmung des debitor cessus bedarf. Da seine Rechtsposition inhaltlich nicht verändert wird, ist nicht einmal die Verständigung von der erfolgten Zession notwendig, der debitor cessus ist allerdings, „solange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird, berechtigt, den ersten Gläubiger zu bezahlen“ (§ 1395 S 2 ABGB). „Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Übernehmer bekannt gemacht worden ist“ (§ 1396 S 1 ABGB).

Anderes gilt bei der Sicherungszession, welche die hA den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften unterwirft, um deren Umgehung zu vermeiden¹). Analogiebasis ist § 452 ABGB, der die Ver-

¹) Zur analogen Anwendung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften auf die Sicherungszession s nur

pfändung von beweglichen Sachen regelt, „welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen“, worunter auch Forderungen subsumiert werden. Für solche Sachen schreibt § 452 ABGB Zeichen vor, „woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann“. Welche Zeichen das bei Rechten sein sollen, regelt das ABGB nicht²⁾, nach hA bedarf es entweder der Verständigung des Drittschuldners oder (bei Buchforderungen) alternativ³⁾ des Buchvermerks⁴⁾. Der Publizitätsakt soll Dritte davor schützen, auf einen Haftungsfonds zu vertrauen, aus dem sie sich gar nicht befriedigen können. Daher wird der Zweck der Drittschuldnerverständigung darin gesehen, dass der Drittschuldner danach Dritten auf Anfrage Auskunft über eine Verpfändung oder Übertragung der Rechtszuständigkeit geben und so nicht gerechtfertigtes Vertrauen zerstören kann. Weigert sich der Drittschuldner zu reden, ist das Vertrauen eines vernünftigen Dritten zumindest erschüttert; gibt er eine falsche Auskunft, kann es zur Sanktion des § 1396 S 2 ABGB kommen: einer Haftung des debitor cessus für seine falsche Auskunft. Durch diese Haftung wird die Publizität vervollkommen⁵⁾.

B. Problemstellung

Während der Buchvermerk und seine Voraussetzungen in der Literatur ausführlich diskutiert

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹² II (2001) 120.

²⁾ Der Regelungsbestand zum Rechtspfand ist insgesamt eher spärlich ausgefallen, § 452 ABGB geht offenkundig von körperlichen Sachen aus, vgl auch Frotz, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Gutachten zum 4. ÖJT (1970) 225 ff.

³⁾ Entgegen dem von der Literatur (zB Koziol/Welser¹² II 120) bisweilen erweckten Eindruck hat der OGH noch keinen Primat des Buchvermerks bei Buchforderungen statuiert. Eine Reihe von *obiter dicta* stellt allerdings „die Rute ins Fenster“ und fragt, ob die Drittschuldnerverständigung bei Buchforderungen wirklich ausreichen soll (5 Ob 2155/96i, 1 Ob 406/97f, 1 Ob 308/98w, 1 Ob 290/00d, 6 Ob 174/00g, 8 Ob 4/04b, 8 Ob 55/04b, 4 Ob 100/04s); vgl den Überblick bei Spitzer, Sicherungssession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung. Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s, ÖBA (in Druck). ME ist ein Festhalten an der Zulässigkeit der Drittschuldnerverständigung gerechtfertigt, vgl dazu eingehend Karollus, Anm zu OGH ÖBA 1998/706; dens, Aktuelle Probleme der Sicherungssession. Besprechung der E OGH ÖBA 1999, 327; Ertl, Die Geheimpublizität der elektronischen Sicherungssession, JBI 2002, 197.

⁴⁾ F. Bydlinski in Klang² IV/2, 690 FN 895a; Koziol/Welser¹² I 342 f; PIB SZ 11/15; SZ 46/24; JBI 1981, 542.

⁵⁾ Das dogmatische Fundament ist freilich unsicher; dasselbe gilt für die Frage, ob die Haftung ein Verschulden voraussetzt. Die überwiegende Ansicht versteht die Haftung – entgegen dem Wortlaut des § 1396 ABGB, der einen Forderungserwerb nahe legt – als eine schadenersatzrechtliche Auskunftshaftung kraft Rechtsscheins auf das Vertrauensinteresse. Vgl Peter Doralt, Anm zu OGH ZfgG 1971, 402; Rummel, Anm zu OGH ÖBA 1992/308; Popp, Das Schuldanerkenntnis des Schuldners gegenüber dem Zessionar (2001); Lukas, Zession und Synallagma (2000) 191 f; Ertl in Rummel³ § 1396 Rz 2.

wurden⁶⁾, finden sich zur Drittschuldnerverständigung nach § 452 ABGB nur dürftige Ausführungen. Meist werden die zessionsrechtlichen Grundsätze zur „vertrauenszerstörenden Anzeige“ nach § 1396 ABGB ohne weiteres auf die publizitätswirksame Verständigung nach § 452 ABGB angewendet. F. Bydlinski hält es überhaupt für eine Künstelei, zwischen der Verständigung nach § 452 ABGB und jener nach § 1396 ABGB zu unterscheiden⁷⁾. Allerdings hat schon Iro darauf hingewiesen, dass taugliche Publizität und zessionsrechtlicher Schutz durchaus auseinander fallen können⁸⁾. Am Beginn dieser Überlegungen soll daher die in diesem Umfang wohl allgemein akzeptierte Feststellung stehen, dass beide Vorschriften zumindest verschiedene Adressaten haben: beliebige Dritte bei § 452 ABGB, debitor cessus und Zessionar bei §§ 1395, 1396 ABGB. Dementsprechend verfolgen sie auch andere Zwecke: den Schutz dritter Gläubiger (des Pfandbestellers oder Zedenten) bei § 452 ABGB, den Schutz des Vertrauens des debitor cessus bei § 1396 ABGB.

In vielen Punkten wird eine Verschiedenbehandlung nicht gerechtfertigt sein⁹⁾. Hier soll nun der Frage nachgegangen werden, ob auch bezüglich des Zeitpunktes des Wirksamwerdens der Drittschuldnerverständigung Gleichklang herrscht oder ob in Anbetracht der Unterschiede eine Differenzierung zwischen Sicherungssession und sonstiger Zession geboten ist¹⁰⁾. Der Schwerpunkt liegt auf dem Wirksamwerden der Sicherungssession, die hA zum zessionsrechtlichen Vertrauensschutz wird dabei zugrundegelegt.

C. Stellungnahme

I. Zessionsrechtlicher Ausgangspunkt

Die Verständigung des Drittschuldners nach § 1396 ABGB ist nach hA eine Wissenserklärung; sie ist empfangsbedürftig und entfaltet ihre ver-

⁶⁾ Vgl etwa König, Buchvermerk und EDV-Buchhaltung, RdW 1993, 34; Teloni, Buchvermerk und Zessionsprüfung in der Bankpraxis, ÖJZ 1999, 335; Zepke, Buchvermerk für künftige Forderungen, ZIK 1999, 16; Kajaba, EDV-Buchvermerk und Sicherungssession, eclex 2001, 734; Riedler, Vorrang, Ort, Inhalt und Umfang des Buchvermerks bei der Sicherungssession im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur – zugleich eine Anm zur E OGH JBI 2002, 194.

⁷⁾ F. Bydlinski in Klang² IV/2, 690 FN 895a.

⁸⁾ Iro, Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357 (gegen die Vorausverständigung als Publizitätsakt: „Dies schließt aber nicht aus, dass solche allgemeine Verständigungen immerhin den Schuldnerschutz des § 1396 ABGB auslösen. Es besteht nämlich kein zwingender Grund für die Gleichbehandlung der Drittschuldnerverständigung iSd § 1396 ABGB und iS eines Modus nach § 452 ABGB.“).

⁹⁾ Vgl etwa zur Form der Abtretungsanzeige Spitzer, Sicherungssession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung, ÖBA (in Druck).

¹⁰⁾ Die Ausführungen zur Drittschuldnerverständigung beziehen sich gleichermaßen auf die Verpfändung von Forderungen.

trauenszerstörende Wirkung mit Zugang¹¹), es genügt also die Möglichkeit, sich mit der Erklärung vertraut zu machen, die tatsächliche Kenntnis ist nicht Voraussetzung. Die hA orientiert sich an der rechtsgeschäftlichen Empfangstheorie (§ 862a ABGB). Eine Erklärung wird danach wirksam, wenn sie in die Sphäre des Adressaten gelangt, was der Fall ist, wenn dieser sich Kenntnis verschaffen konnte¹²). Es ist nicht erforderlich, dass er das auch tatsächlich getan hat¹³).

Es stellt sich die Frage, ob dasselbe für die Publizität gelten soll, ob also auch die Publizität schon mit dem Zugang begründet und die Sicherheitenbestellung damit wirksam wird oder ob es hier auf die tatsächliche Kenntnis ankommt. Die Frage ist nicht nur bei Mehrfachsessionen, sondern auch im Hinblick auf die Notwendigkeit der Begründung von Absonderungsrechten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens¹⁴) relevant. Die meisten Literaturstellen beschränken sich auf die Feststellung, es bedürfe der Verständigung.

Frotz behandelt das Problem im Zusammenhang mit der sicherungsweisen Vorausabtretung und meint, „vor Zugang der ausdrücklichen oder konkludenten Abtretungsanzeige, über deren Rechtsnatur man streiten kann, auf die aber jedenfalls die allgemeinen Willenserklärungsregeln anwendbar sind“, liege keine wirksame Sicherungssession vor, die Vorausabtretung „kann erst im Zeitpunkt der Verständigung des debitor cessus wirksam werden“¹⁵). Er kritisiert die ältere Judikatur, die „nicht den Zugang der Verpfändungs- bzw Abtretungsanzeige, sondern den Abschluß des Sicherungsgeschäfts für den maßgebenden Zeitpunkt hält. [. . .] Mit ihrem Zugang wird das Pfandrecht wirksam und dessen Rang festgelegt“¹⁶). Dieselbe Auffassung vertritt auch der OGH zur mehrfachen Sicherungssession¹⁷).

Mit Recht gilt die Auffassung, der Abschluss des Sicherungsgeschäfts sei maßgebend, als überwunden; für sie spricht nichts. Aber auch die heute hA, es komme auf den Zugang nach den Regeln der Rechtsgeschäftslehre an, wurde – soweit ersichtlich – nie näher begründet, sondern als selbstver-

ständliche Vorgabe des Zessionsrechts und der Rechtsgeschäftslehre rezipiert.

II. Empfangstheorie

Die in der Rechtsgeschäftslehre angesiedelte Frage, wodurch und wann eine Willenserklärung wirksam wird, ist von mehrfacher Bedeutung: für den Beginn der Bindungswirkung gegen den Erklärenden, damit auch für das Ende der Widerrufsmöglichkeit, für die Rechtzeitigkeit fristgebundener Erklärungen und – als Ausdruck einer Risikoverteilung – für die Frage, wer die Gefahr einer Verspätung, des Verlusts oder einer Entstellung einer Erklärung zu tragen hat. Die hinter der Empfangstheorie stehende Interessenabwägung kommt in den Motiven zum BGB anschaulich zum Ausdruck: „Die allgemeinen Grundsätze legen nahe, eine gegenüber einem Abwesenden abgegebene Willenserklärung erst dann wirken zu lassen, wenn der Abwesende von ihr Kenntnis erhalten hat. [. . .] Soviel in grundsätzlicher Hinsicht indessen auch für die hierauf abstellende Vernehmungstheorie sprechen mag: den Bedürfnissen des Verkehrs wird die Theorie nicht gerecht. [Es stünde völlig im Belieben des Empfängers,] ob und wann er die Willenserklärung wirksam werden lassen will.“¹⁸) Um diese Willkür zu vermeiden, kommt es nach der geltenden Empfangstheorie auf den Zugang an. Die Erklärung reist zwar auf Risiko des Erklärenden, der Empfänger wird aber nicht mehr geschützt, wenn die Erklärung in seine Machtsphäre gekommen ist. Ab dann geht das Unterbleiben der Kenntnis zu seinen Lasten¹⁹).

III. Anwendung der allgemeinen Regeln auf Sicherungsgeschäfte

Genau diese Risikoverteilung der Rechtsgeschäftslehre mag es im Zessionsrecht gerechtfertigt erscheinen lassen, die Zuweisung der Gefahr der Leistung an den falschen Gläubiger an § 862a ABGB zu koppeln²⁰): Geht die Erklärung verspätet zu oder geht sie vor Zugang verloren, kann der debitor cessus vom Gläubigerwechsel noch nichts wissen und deshalb weiterhin schuldbefreiend an den Altgläubiger leisten. Ist hingegen die Erklä-

¹¹) Ertl in *Rummel*³ § 1395 Rz 2; Honsell/Heidinger in *Schwimmann*² § 1395 Rz 9 f; Neumayr in KBB (2005) §§ 1395–1396 Rz 2; Schuhmacher, Zur Wirksamkeit von Abtretungsverboten in Einkaufs- und Auftragsbedingungen, wbl 1993, 281; OGH JBl 1960, 639; vgl aber Wolff in *Klang*² VI 313.

¹²) *Rummel* in *Rummel*³ § 862a Rz 1; Koziol/Welser¹² I 102; weiterführend Brinkmann, Der Zugang von Willenserklärungen (1984); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) § 26 Rz 16 ff; OGH JBl 1960, 639.

¹³) Vgl statt aller Koziol/Welser¹² I 102.

¹⁴) OGH SZ 62/23 = ÖBA 1990, 55 = wbl 1989, 227; 8 Ob 512/95; SZ 70/228; 1 Ob 308/98w; 8 Ob 194/01i; 8 Ob 4/04b; 8 Ob 55/04b; vgl zum exekutiven Pfandrecht SZ 73/197 und dazu FN 21.

¹⁵) Frotz, Kreditsicherungsrecht 219 f.

¹⁶) Frotz, Kreditsicherungsrecht 236.

¹⁷) OGH SZ 48/2; JBl 1986, 235.

¹⁸) Motive I 156 f (*Mugdan* I 438).

¹⁹) Vgl auch Zankl, Die Lebensversicherung im Pflichtteilsrecht, NZ 1985, 83 FN 18 für den Fall der Übertragung der Begünstigung aus einer Lebensversicherung: „Es wäre auch nicht einzusehen, warum man das Vertrauen des Schuldners schützen sollte, der es verabsäumt, sich Kenntnis von einer – vertrauenszerstörenden – Erklärung zu verschaffen, die bereits in seine Sphäre eingetreten ist“.

²⁰) Ob damit § 1395 ABGB ausreichend Rechnung getragen wird, der normiert, der Schuldner könne sich mit dem ersten Gläubiger abfinden, „solange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird“, muss hier dahinstehen, vgl dazu aber noch unten C.V. Zum Verhältnis dieser Norm zur Empfangstheorie Honsell/Heidinger in *Schwimmann*² § 1395 Rz 10; Ertl in *Rummel*³ § 1395 Rz 3; vgl aber Wolff in *Klang*² VI 313 f.

rung schon zugegangen, scheint es vertretbar, das Risiko der mangelnden Kenntnis dem Empfänger aufzubürden. Wie in der Rechtsgeschäftslehre drängt sich auch bei der Zession die Frage auf, was der Erklärende denn noch hätte tun sollen und wer das Risiko der Belastung mit der Zahlung an den falschen Gläubiger tragen soll.

Eine Parallele zur Verständigung nach § 1396 ABGB ist aber in § 452 ABGB nicht festzustellen. Es geht nur sekundär um die Frage, zu wessen Lasten eine Zahlung an den falschen Gläubiger gehen soll. Dass nicht mehr schuldbefreiend an den Zedenten bezahlt werden kann, ist nur die zessionsrechtliche Anknüpfung an einen Akt, der aus Publizitätsgründen gesetzt werden musste und ohne den ein Gläubigerwechsel gar nicht zustande gekommen wäre. Dieser Publizitätsakt schützt aber wiederum die Allgemeinheit, nicht die am Geschäft Beteiligten. Oben wurde dargelegt, dass die Drittschuldnerverständigung dem Maßstab des § 452 ABGB, nach dem jedermann aus dem verwendeten Zeichen die Verpfändung leicht erfahren können muss, insofern gerecht wird, als der Drittschuldner interessierten Dritten Auskunft geben kann. Ein solches Zeichen kann aber nur Erfolg versprechend sein, wenn die Auskunftsperson von den Umständen auch tatsächlich Kenntnis hat²¹⁾.

²¹⁾ In gewissem Widerspruch dazu scheint die E des OGH SZ 73/197 zu stehen. Im Hinblick auf die konkursrechtliche 60 Tage-Frist des § 12 KO ging es um die Frage des wirksamen Zustandekommens eines exekutiven Forderungspfandrechts. Drei Zeitpunkte kamen für den OGH in Frage: das Einlangen des Exekutionsantrages bei Gericht (so *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 12 Rz 8; vgl *Bartsch/Pollak*³ II [1937] 180), die Exekutionsbewilligung oder die Zustellung der Exekutionsbewilligung an den Drittschuldner. Der OGH entschied sich für die Zustellung des Zahlungsverbot (der Exekutionsbewilligung). Er verglich die Exekutionsbewilligung mit dem Verpflichtungs-, die Zustellung derselben mit dem Verfügungsgeschäft bei der Verpfändung von Forderungen und meinte: „Es ist kein Unterschied zwischen der von den Parteien herbeizuführenden Drittschuldnerverständigung und der vom Gericht vorzunehmenden Zustellung des Zahlungsverbot zu erkennen. Ein Pfandrecht an einer Forderung ohne wirksames Zahlungsverbot ist nicht denkbar. Mit der gegenteiligen Auffassung würde in die Rechte des (zahlenden) Drittschuldners eingegriffen, der ohne Kenntnis des schon begründeten Pfandrechts Zahlung leistet und wegen des Pfandrechts nochmals zahlen müsste.“ Diese E ist mE schon auf Grund § 294 Abs 3 EO zwingend: „Die Pfändung ist mit der Zustellung des Zahlungsverbot an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen“, vgl *Oberhammer* in *Angst*, Kommentar zur EO (2000) § 294 Rz 21. Andere Auffassungen zum Pfändungspfandrecht sind mit dem OGH als contra legem abzulehnen. Dass bei gerichtlicher Pfändung und vertraglicher Pfandrechtsbegründung dieselben Grundsätze gelten müssen, ist allerdings damit noch nicht gesagt. Die vom OGH vorgenommene Gleichsetzung von Titel und Exekutionsbewilligung einerseits und Modus und Zustellung andererseits erscheint mehr plakativ. Ein Rekurs darauf war in Anbetracht der eindeutigen Rechtslage auch nicht notwendig.

Die Forderung nach tatsächlicher Kenntnis des Drittschuldners als Wirksamkeitsvoraussetzung steht in auffallendem Gegensatz zur hA, ergibt sich allerdings aus der konsequenten Anwendung des Publizitätsgedankens. Dem dritten Gläubiger kann es gleichgültig sein, ob er von der Verringerung des Haftungsfonds des Zedenten nichts erfahren konnte, weil die Verständigung im Postamt liegen geblieben ist oder weil sie noch nicht aus dem Briefkasten ausgehoben wurde, publik ist die Zession in beiden Fällen nicht. Dagegen lässt sich die Haftung des debitor cessus für seine falsche Auskunft nach § 1396 S 2 ABGB nicht ins Treffen führen. Ein Einwand konstruktiver Natur ist, dass § 1396 ABGB eine ansonsten gültige Zession voraussetzt²²⁾, es bei der Sicherungszession allerdings erst um das Zustandekommen geht. Weiters könnte eingewendet werden, dass nicht immer, wenn der Schuldner trotz Zugangs nicht über die Zession Auskunft geben kann, Verschulden im Spiel sein muss; zu denken ist an die Verhinderung der Kenntnis durch höhere Gewalt. In solchen Fällen könnte man dann auch nicht zu einer Haftung auf das Vertrauensinteresse unter Berufung auf § 1396 S 2 ABGB kommen. Außerdem ist der für Ansprüche nach § 1396 S 2 ABGB notwendige Verschuldensgrad an sich umstritten, sodass sich Schutzlücken für den Gläubiger auf-tun²³⁾. Daran zeigt sich, dass eine über das Schadenersatzrecht gewährleistete Publizität aus Sicht dritter Gläubiger zu wenig ist. Am gewichtigsten erscheint in diesem Zusammenhang allerdings die Frage, ob die Publizität überhaupt über den Umweg einer Haftung des debitor cessus und damit auf dessen Kosten gehen soll.

IV. Missbrauchsproblem

Wie immer, wenn an die positive Kenntnis angeknüpft wird, drängt sich auch hier die Frage auf, ob der Betroffene (der Drittschuldner) auch absichtlich das Zustandekommen durch Verweigerung der Kenntnisnahme vereiteln kann. Während man diese Auffassung beim Rechtsgeschäft nicht gut vertreten kann, weil es eben nicht am Gekündigten liegen kann, ob seine Kündigung wirksam wird, ist diese Frage hier mE zu bejahen. Vorweg sei festgehalten, dass die praktische Bedeutung der „Kenntnisverweigerungsfälle“ freilich begrenzt ist, weil es va um Fälle geht, in denen der Drittschuldner absichtlich die Verständigung nicht zur Kenntnis nimmt, ohne zu ahnen, was ihm kundgetan werden soll. Unproblematisch erscheint daher die Konstellation, dass der Zessionar

²²⁾ Wobei es irrelevant ist, ob die Zession noch nicht zustande gekommen ist und dann vorgenommen wird oder ob der Zessionar den Zessus erst nach Vereinbarung der Zession befragt, vgl *Lukas*, Zession 191.

²³⁾ Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit: *Avancini*, ÖBA 1989, 467; Haftung nur bei grobem Verschulden: *Rummel*, ÖBA 1992, 74; *Popp*, Schuldanerkenntnis 140 ff; vgl dagegen (verschuldensunabhängig) *Spielbühler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 43; vgl auch *Lukas*, Zession 198 f.

die Zession kundtut. Der debitor cessus hat meist wohl keinen Grund, Briefen des unbekannten Neugläubigers zu misstrauen. Ein Problemfall wäre hingegen, dass der Drittschuldner, zB weil er eine Mahnung seines Gläubigers befürchtet, dessen Briefe nicht annimmt. Können Zessionar oder Zedent dem debitor cessus nicht auf irgendeinem Weg Kenntnis verschaffen, schlägt die Sicherungszession tatsächlich fehl; es hängt dann also von der Willkür des Drittschuldners ab, das Zustandekommen zu verhindern. Dieses Ergebnis mutet auf den ersten Blick seltsam an. Dies wohl va deshalb, weil es den rechtsgeschäftlichen Grundsätzen zuwiderläuft, deren Anwendbarkeit allerdings gerade in Zweifel gezogen wird.

1. Parallele: Entfernung der Zeichen (Klang)

Auf den zweiten Blick wird freilich klar, dass die Abhängigkeit des Sicherungsrechts vom guten Willen eines anderen bei der Publizität durch Zeichen, um die es ja auch bei der Forderungsverpfändung und Sicherungszession geht, keinen Ausnahmefall darstellt. Der Grundfall des § 452 ABGB, die Verpfändung einer körperlichen Sache, die keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulässt, durch Anbringung eines Pfandzeichens, ist nämlich noch viel „störungsanfälliger“, da die Sache in der Sphäre des unmittelbar betroffenen Sicherheitenbestellers bleibt und damit seinem Zugriff unterliegt. Bei der Verpfändung durch Anbringen von Zeichen führt das Abhandenkommen der Zeichen aber nach hA zum Erlöschen des Pfandrechts. Hier interessiert va die mit der vorliegenden Problematik vergleichbare Konstellation der eigenmächtigen Entfernung des Zeichens durch den Pfandschuldner, der abstrakt ein weit größeres Interesse an solchen Manipulationen haben wird als der unbeteiligte debitor cessus. Es soll versucht werden, zu den dort herrschenden Grundsätzen eine Parallele zu ziehen.

*Klang*²⁴⁾ meint zur Entfernung der Zeichen: „Die zur Verpfändung dienenden Zeichen müssen dauernd angebracht sein. Ihre nachträgliche Entfernung, mag sie absichtlich oder durch Zufall geschehen, benimmt der Pfändung²⁵⁾ ihre Wirkung“²⁶⁾. Dies legt nahe, dass es auf die Ursache des Abhandenkommens des Zeichens nicht ankommt. Denselben Eindruck erweckt der OGH in SZ 57/100²⁷⁾, wenn er im Gefolge *Klangs* – und ohne näher zu unterscheiden – festhält: „Das

Pfandrecht ist deshalb nur so lange wirksam, als die Zeichen auch in der Folge in einer dem Gesetz entsprechenden Weise für jedermann erkennbar bleiben. [. . .] Die nachträgliche Entfernung der Zeichen macht die Verpfändung ebenso wirkungslos wie die Unterlassung ihrer Anbringung.“ Auch *Pimmer* spricht vom Erlöschen²⁸⁾, dasselbe gilt für *Spielbüchler*²⁹⁾, *Sailer*³⁰⁾, *Iro*³¹⁾, *Eicher*³²⁾, nunmehr auch *Hinteregger*³³⁾ und zuletzt *Koch*³⁴⁾.

Wer das Pfandrecht auch bei eigenmächtiger Entfernung der Zeichen durch den Schuldner erlöschen lässt, dürfte in der hier vorliegenden Konstellation der Verhinderung des „Anbringens“ der Zeichen keine Schwierigkeiten haben. Das „Risiko“ des widerspenstigen Pfandbestellers ist viel größer als jenes des kenntnisverweigernden Drittschuldners, der kein eigenes Interesse an der Sache hat. Bürdet man dem Sicherheitengläubiger jenes auf, kann er – *argumento a maiori* – auch dieses verkraften.

2. Eingeschränkte Parallele: Entfernung der Pfandzeichen (P. Bydlinski)

Für die umgekehrte Ansicht gelingt der (Größen-)Schluss nicht. Vertritt man nämlich die Auffassung, die eigenmächtige Entfernung des Zeichens durch den Pfandschuldner führe nicht zum Erlöschen des Pfandrechts, ist für das hier erörterte Problem noch nichts gewonnen:

a) Rückstellung der Pfandsache und Zurückgelangen gegen den Willen des Gläubigers

Grundlegende Bedenken gegen das Erlöschen des Pfandrechts in dieser Konstellation hat vor allem *P. Bydlinski*; diese werden von *Petrasch*³⁵⁾ und *Hofmann*³⁶⁾, aber auch *Koziol/Welser*³⁷⁾ geteilt³⁸⁾.

²⁸⁾ *Pimmer* in *Schwimann*¹ (1987) § 452 Rz 9; § 467 Rz 9, er differenziert nicht weiter nach der Ursache. Dies lässt in Anbetracht der Zitierung der die gegenteilige Auffassung vertretenden Arbeit von *P. Bydlinski*, Durchbrechungen des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht? ÖJZ 1986, 327 (dazu gleich unten), den Schluss zu, dass es nicht darauf ankommen soll, wer die Zeichen entfernt.

²⁹⁾ In *Rummel*³ §§ 357–360 Rz 3, § 427 Rz 6, § 428 Rz 2; ders., Anm zu OGH ÖBA 1998/692.

³⁰⁾ ÖBA 2001, 221.

³¹⁾ Sachenrecht² Rz 12/5.

³²⁾ Mobiliarpfandrecht 159 ff.

³³⁾ In *Schwimann*³ § 467 Rz 8; aA (verschuldensabhängig) noch in *Schwimann*² § 467 Rz 8.

³⁴⁾ In KBB § 467 Rz 2.

³⁵⁾ In *Rummel*² § 467 Rz 4 („hier schadet unrechtmäßiges Schuldnerverhalten nicht“).

³⁶⁾ In *Rummel*³ § 467 Rz 4.

³⁷⁾ *Koziol/Welser*¹² I 341 (bei FN 19) sagen zwar nur, das Pfandrecht bleibe bestehen, wenn die Pfandsache dem Gläubiger gegen seinen Willen abhanden komme, ohne darauf einzugehen, durch wen das geschieht; der Verweis auf *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 333 lässt allerdings darauf schließen, dass dies auch bei Wiedererlangung durch den Pfandbesteller gelten soll.

³⁸⁾ Siehe aber auch schon *Gschnitzer*, Sachenrecht (1968) 197; *Klang* in *Klang*² II 517 spricht den Fall nicht ausdrücklich an, dasselbe gilt für *Ehrenzweig*, System² I/2, 497.

²⁴⁾ In *Klang*² II 436.

²⁵⁾ Gemeint ist die Verpfändung, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht.

²⁶⁾ Vgl zum „Erlöschen“ grundlegend die Lehre *Spielbüchlers* in *Rummel*³ §§ 357–360 Rz 3, § 427 Rz 6, der ein Ruhen des Pfandrechts annimmt; diesem folgend *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 142. Das Pfandrecht kann wieder aufleben, aber: „Überrascht freilich ein Konkurs das Pfandrecht in einem solchen Ruhezustand, macht er ihm den Garau.“ (*Spielbüchler*, Anm zu OGH ÖBA 1998/692).

²⁷⁾ Siehe auch schon OGH 7 Ob 569/56 und OGH 2 Ob 819/54.

P. Bydlinski geht von der bekannten Antinomie zwischen § 451 und § 467 ABGB aus. Jener schreibt strenge Publizität zur Begründung eines Pfandrechts vor, dieser meint, das Pfandrecht erlösche, wenn der Gläubiger dem Schuldner die verpfändete Sache ohne Vorbehalt zurückstellt, und lädt damit – freilich trügerisch – zum Umkehrschluss für die Rückstellung mit Vorbehalt ein. Unter Berufung auf § 467 ABGB kommt *P. Bydlinski* zuerst zum sicher richtigen Ergebnis, dass auch bei kurzfristiger (freiwilliger!) Rückstellung der Pfandsache an den Eigentümer das Pfandrecht erlösche, der Gläubiger allerdings einen schuldrechtlichen (und damit in der Insolvenz belanglosen) Anspruch auf Neubestellung des Pfandes habe³⁹). „Wäre das Pfandrecht noch aufrecht, so könnten Dritte nur nach den Regeln der §§ 367 und 456 ABGB Eigentum oder ein Pfandrecht begründen“, was nach *P. Bydlinski* aber nicht der Fall ist⁴⁰). Diese Lösung trägt der Publizität voll Rechnung. Ihr ist vor Lösungen, nach denen das Pfandrecht aufrecht bleibt⁴¹), der Vorzug zu geben⁴²).

Das Erlöschen der Sicherheit soll nach *P. Bydlinski* jedoch nicht gelten, wenn die Pfandsache gegen den Willen des Gläubigers an den Pfandschuldner zurückgelangt, zB von ihm entwendet wird. Zwar sei dieser Fall dem vorigen „allein vom Publizitätsgedanken her und damit aus der Sicht präsumtiver dritter Gläubiger“ gleichzuhalten, gegen das Erlöschen spreche aber ein allenfalls mangelndes Verschulden des Pfandgläubigers, ohne das das Erlöschen eine Bestrafung des „vorsichtigen“ Gläubigers bedeute, der sich in weiser Voraussicht ein Faustpfand einräumen hat lassen und die Pfandsache auch nicht bewusst aus der Hand gegeben hat. Überhaupt gebe es viele Fälle, in denen das Vertrauen dritter Kreditgeber auf einen bestimmten Haftungsfonds enttäuscht werde: so etwa bei durch Besitzkonstitut übereigneten Sachen, Eigentumsvorbehaltware oder leihweiser Überlassung.

Den sich gegen dieses Argument aufdrängenden Einwand, dasselbe könne man mit gleichem Recht in jedem Publizitätsfall – zB auch bei willentlicher Zurückstellung der Pfandsache – sagen, der Gesetzgeber habe sich bei Pfand und Sicherungsübereignung eben für die Publizität entschieden,

³⁹) Darin liegt dann der Unterschied zur Rückstellung ohne Vorbehalt, die als typisierte Willenserklärung oder nach § 863 ABGB regelmäßig so zu verstehen ist, dass der Gläubiger von seinem Pfandrecht keinen Gebrauch machen will, sodass er infolge stillschweigenden Verzichts auch den Anspruch auf Rückgewähr verliert, *P. Bydlinski*, ÖBA 1986, 332; so auch *Spielbühler* in *Rummel*³ § 428 Rz 2; *Eicher*, Mobilarpfandrecht 141 f.

⁴⁰) ÖJZ 1986, 333.

⁴¹) So etwa noch OGH Rsp 1926/166.

⁴²) Einen Überblick über die in der Literatur vertretenen Meinungen gibt zuletzt *Eicher*, Mobilarpfandrecht 137 ff; *Markl/Niedermayr*, Zur Rückgabe des Mobilarpfandes unter Vorbehalt, ÖJZ 1994, 190 ff; *Vranes*, Nochmals zur Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt (§ 467 3. Alt ABGB), JBI 1996, 763.

antizipiert *P. Bydlinski* und meint, das Publizitätsprinzip bewerte den Schutz Dritter nur für typische Fälle höher, aber zB nicht, wenn dem dinglich Berechtigten die Sache entzogen wird. In diesem Fall gehe der Pfandgläubiger vor, es sei denn, das Interesse des gutgläubigen Dritten sei im Einzelfall doch wieder höher zu veranschlagen, zB wenn es der Pfandgläubiger trotz Kenntnis durch längere Zeit unterlässt, die Sache zurückzuverlangen.

b) Entfernung der Pfandzeichen

Die für die Zurückstellung der Pfandsache erarbeiteten Grundsätze wendet *P. Bydlinski* dann auf den wertungsmäßig vergleichbaren Fall des Abhandenkommens der Pfandzeichen an. Werden die Zeichen mit Zustimmung des Gläubigers entfernt, erlischt das Pfandrecht, Pendant ist die freiwillige Rückstellung der Pfandsache. Kommen die Zeichen sonst – etwa durch Eigenmacht des Pfandschuldners – abhanden, wäre die Pfandrechtsbegründung „nicht viel wert, wenn die Gefahr des Verlusts des Pfandrechts durch Beseitigung der Pfandzeichen sehr groß ist“⁴³). [Der Verkehr dürfe aber nicht generell damit rechnen, Sachen des Schuldners seien sein unbelastetes Eigentum.] Hat der Gläubiger jede erdenkliche Sorgfalt walten lassen und das Pfandrecht durch deutlich sichtbare Zeichen wirksam begründet, so wird man nicht generell vom Erlöschen des Pfandrechts infolge Entfernung der Zeichen ausgehen dürfen. Auch hier gehen besonders massive Interessen des Pfandgläubigers dem Publizitätsprinzip vor⁴⁴). In Anbetracht der erhöhten Gefahr sei freilich der Sorgfaltsmaßstab höher, die Verletzung von Kontrollmöglichkeiten führe zum Erlöschen.

c) Kritik der Auffassung *P. Bydlinskis*

P. Bydlinskis Ansicht kommt wohl zu einem im Verhältnis der Parteien untereinander ausgewogenen Ergebnis. Die Parteien stehen freilich nicht im Vordergrund des Publizitätsgedankens. Es stellt sich die Frage, ob die „Vorwerfbarkeit“ im Zweipersonenverhältnis notwendig Auswirkungen auf die Publizität haben soll. Es käme dadurch zu einer „verschuldensabhängigen Publizität“, die Treuwidrigkeit des Pfandbestellers und die Sorglosigkeit des Pfandgläubigers stünden im Wettstreit. Es mag bei der Entziehung des Faustpfandes zutreffen, dass durch ein Erlöschen des Sicherungsrechts der vorsichtige Gläubiger, der sich ein Faustpfand bestellen ließ, bestraft würde. Man müsste dann allerdings in jedem einzelnen Fall auch hinterfragen, ob der Gläubiger – trotz Verschuldens auf Schuldnerseite – selbst wirklich im-

⁴³) *Eicher*, Mobilarpfandrecht 161 und *Sailer*, ÖBA 2001, 221, bemerken, dass es stimmen mag, dass die Verpfändung durch Zeichen den Gläubiger einer erhöhten Gefahr der Veränderlichkeit aussetzt, dass dabei allerdings nicht vergessen werden darf, dass er es schließlich ist, der sich dieser Gefahr aussetzt, er könnte die Kreditierung auch unterlassen.

⁴⁴) *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 336.

mer vorsichtig genug war. Denn genauso, wie nach *P. Bydlinski* eine Sorglosigkeit bei Kontrolle⁴⁵⁾ oder Wiederbeschaffung das Pfandrecht erlöschen lässt, müsste ein Sorgfaltsverstoß schon bei der Wegnahme eine Rolle spielen. Die Prüfung wird damit aber sehr kompliziert: Der Bestand der Sicherheit hinge von einer komplexen Abwägung von Verschuldenskomponenten ab, die sich mit dem Zweck der Publizität, Dritten einen Eindruck vom Haftungsfonds zu vermitteln, nur schlecht verträgt⁴⁶⁾. Konsequenter wäre es, anzunehmen, dass das Pfandrecht erlischt⁴⁷⁾; Dritte könnten Rechte dann unabhängig von den Gutgläubensvorschriften erwerben⁴⁸⁾.

d) Anwendung auf das Zustandekommen der Sicherungszession

Selbst unter Zugrundelegung der Auffassung *P. Bydlinskis* kann allerdings eine Antwort auf die Ausgangsfrage, ob bei der Sicherungszession und Verpfändung von Forderungen erst Kenntnis oder schon Zugang der Drittschuldnerverständigung genügen, nicht schnell gefunden werden. Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass es bei *P. Bydlinski* stets um Fälle geht, in denen ein gültig begründetes Pfandrecht anschließend zweifelhaft wird, während hier schon der Erwerb des Rechts zweifelhaft ist. Für dieses Stadium greift allerdings noch nicht die umstrittene Norm des § 467 ABGB zur Zurückstellung der Pfandsache mit oder ohne Vorbehalt ein, die das Spannungsfeld⁴⁹⁾ zum Publizitätsgedanken des § 452 ABGB erst schafft⁵⁰⁾ und als Begründung für ein Aufweichen der Publizität angeführt wird.

Ein weiterer Unterschied zur Fallkonstellation *P. Bydlinskis* besteht in den handelnden Personen. Man mag es sachgerechter empfinden, aus einer Treuwidrigkeit des Vertragspartners (Pfandbestellers) ein besonderes Schutzbedürfnis des Gläubigers abzuleiten, als bei der simplen Verweigerung

der Annahme einer Zessionsverständigung durch den unbeteiligten Drittschuldner. Eine Anwendung der von *P. Bydlinski* entwickelten Auffassung auf diesen Sachverhalt ist daher auch deshalb nicht ohne weiteres möglich⁵¹⁾.

Im Ergebnis steht die Annahme, dass die Sicherungszession ohne Kenntnis des debitor cessus nicht wirksam zustande kommt, daher mit der Auffassung von *P. Bydlinski* nicht in Widerspruch, wenngleich sich daraus – anders als bei der Gegenansicht – auch keine Argumente für die hier vertretene Meinung gewinnen lassen.

V. Vergleich mit Deutschland

Die hier entwickelte Ansicht nimmt an, dass die Drittschuldnerverständigung vom Drittschuldner auch tatsächlich zur Kenntnis genommen werden muss, um „publizitätswirksam“ zu sein, sodass also die Bestellung der Sicherheit vor Kenntnis nicht wirksam ist. Im allgemeinen Zessionsrecht lässt die hA allerdings die rechtsgeschäftlichen Regeln gelten und nimmt dem debitor cessus die Möglichkeit, schuldbefreiend an den Altgläubiger zu zahlen, wenn ihm die Erklärung zugegangen ist; auf die Kenntnis kommt es nicht an (Empfangstheorie).

Dass die in Deutschland hA genau umgekehrter Meinung ist – Kenntnis beim Vertrauensschutz, Zugang bei der Publizität –, lässt eine kurze Betrachtung der deutschen Rechtslage angezeigt erscheinen. § 407 BGB schützt den debitor cessus in seinem Vertrauen auf die Gläubigerstellung seines Altgläubigers, „es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt“. Dies wird einhellig so verstanden, dass es auf die positive Kenntnis ankommt⁵²⁾. Diese Regelung ist isoliert durchaus sachgerecht, die hA zum BGB nimmt den debitor cessus offenbar mehr in Schutz, als dies die hM in Österreich tut, wo der Wortlaut des § 1395 ABGB eine derartige Interpretation freilich durchaus auch zuließe⁵³⁾.

⁴⁵⁾ Dazu sogleich.

⁴⁶⁾ Sailer, ÖBA 2001, 221.

⁴⁷⁾ Siehe oben FN 26.

⁴⁸⁾ So ist auch Sailer, ÖBA 2001, 221, zu verstehen, wenn er meint: „Kümmert sich der neue Gläubiger rechtzeitig darum, die ihm natürlich weiter zustehende Gewahrsame wiederzuerlangen, kann ihm das nur nützen, wenn es ihm vor dem Zugriff eines dritten Pfandnehmers (Sicherungsnehmers) gelingt“. Dabei geht es eben nicht um Fälle des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs nach § 456 ABGB oder des Eigentumserwerbs nach § 367 ABGB, das Pfandrecht besteht in der Zwischenzeit gar nicht.

⁴⁹⁾ Klang in Klang² II 517; Frotz, Kreditsicherungsrecht 28 ff; ausführlich *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327 ff.

⁵⁰⁾ *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 328, lässt vorsichtige Sympathie erkennen, zwischen der (strenger) Begründung und der (großzügiger) Aufrechterhaltung eines Rechts zu unterscheiden, wenn er auch zutreffend eine ausschlaggebende Rolle in den von ihm behandelten Fallkonstellationen verneint, ÖJZ 1986, 330; vgl auch die Argumente für eine Verschiedenbehandlung von Verweigerung der Übergabe in die Gewahrsame und rechtswidriger Wiedererlangung der Gewahrsame, ÖJZ 1986, 334.

⁵¹⁾ Ein praktisches Argument mag man überdies darin erblicken, dass im Geschäftsverkehr „Drittschuldnerverständigungen“ häufig als „Einverständniserklärungen“ des Drittschuldners formuliert werden, in denen der Zessus die Zession anerkennt und Leistung an den Zessionar verspricht. Trifft diese vom Zessus verlangte Erklärung beim Zessionar nicht ein, wird er, sofern der Kredit noch nicht gewährt wurde, davon Abstand nehmen können. In solchen Fällen ist das Schutzbedürfnis des Zessionars daher häufig kleiner. Nicht zu helfen ist freilich dem Gläubiger, der ohne sich vorher abzusichern kreditiert, wenn das danach zu begründende Sicherungsrecht fehlschlägt.

⁵²⁾ Roth in MünchKomm BGB IIa⁴ (2003) § 407 Rz 18; Rohe in Bamberger/Roth (2003) § 407 Rz 11, 15; Stürmer in Jauernig¹¹ (2004) § 407 Rz 4; BGHZ 52, 125 = JZ 1969, 603 (Grunsky).

⁵³⁾ In Anbetracht der Wendung des § 1395 ABGB („solange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird“), die jener des § 407 BGB ganz ähnlich ist, stellt sich tatsächlich die Frage, ob sich die Empfangstheorie mit § 1395 ABGB verträgt und ob nicht wie in Deutschland der vom Geset-

Hinsichtlich der Verpfändung von Forderungen, „zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt“, normiert § 1280 BGB, diese sei „nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt“. Hier soll nach hA der Zugang genügen⁵⁴), was vom Gesetzeswortlaut mE nicht zwingend vorgegeben ist.

„Eine derartige Differenzierung läßt sich damit rechtfertigen, daß § 407 BGB eine den Schuldner schützende Vorschrift ist, die auf dem Rechtscheingedanken und dem Gutgläubensschutz beruht; daraus ergibt sich, daß die Frage nach der Wirksamkeit der Verpfändung anders [. . .] zu beurteilen ist, als diejenige nach der Bedeutung der Zahlung an den (bisher allein berechtigten) Gläubiger“⁵⁵).

Wie seltsam sich diese Verschiedenbehandlung auswirkt, zeigen die §§ 1281, 1282 BGB. Nach § 1281 BGB kann der Drittschuldner vor Fälligkeit der besicherten Forderung nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten, diese können auch nur die Leistung an beide gemeinsam verlangen⁵⁶). Nach Pfandreife kann nur mehr der Pfandgläubiger die Leistung an sich begehren, der Schuldner kann nur mehr an ihn schuldbefreiend leisten (§ 1282 BGB). Leistet er an seinen Gläubiger statt an den Pfandgläubiger, ist die Zahlung allerdings nach hA trotzdem schuldbefreiend, wenn er in Unkenntnis der Verpfändung war, was auf die in § 407 BGB positiviert zessionsrechtliche Wertung zurückgeführt wird⁵⁷). Damit kommt zwar ein Pfandrecht an der Forderung zustande, der Drittschuldner, durch den die Publizität als Auskunftsstelle gewährleistet werden soll, weiß aber nichts davon und kann zu Lasten des Pfandgläubigers auch noch schuldbefreiend an seinen Gläubiger zahlen.

Das steht nicht nur – wie die hA in Österreich – im Widerspruch zum Publizitätsgedanken (weil das Pfandrecht für Dritte nicht in Erscheinung tritt), sondern überdies auch zur Sicherungs- und Befriedigungsfunktion des Pfandrechts, da es für den Pfandgläubiger bedeutungslos bleibt, bis dem Schuldner Kenntnis verschafft wird⁵⁸). In Anbetracht dieser Inkonsequenz scheint das deutsche Publizitätsverständnis daher kein gutes Vorbild zu

sein. Dass sich an der hA in Deutschland keine Kritik geregt hat, mag damit zusammenhängen, dass die Publizität im deutschen Recht im Vergleich zum österr Recht überhaupt nur eingeschränkt Bedeutung hat, was sich auch an der Anerkennung von publizitätsloser Sicherungsübereignung und Sicherungszession zeigt, die den Modus für die Verpfändung obsolet machen.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

- Die bei der Verpfändung oder Sicherungszession von Forderungen unter Berufung auf § 452 ABGB verlangte Drittschuldnerverständigung hat den Zweck, eine verlässliche Auskunftsstelle (den Drittschuldner) zu schaffen. Sie ist nicht schlechthin mit der das Vertrauen des Drittschuldners zerstörenden Drittschuldnerverständigung nach § 1396 ABGB gleichzusetzen.
- Das Abstellen auf den Zugang der Drittschuldnerverständigung für das Wirksamwerden der Sicherungszession oder Verpfändung von Forderungen steht mit dem Grundgedanken der Publizität in Widerspruch. Die Publizität kann nicht nach der die Risikoverteilung in der Rechtsgelehrtslehre bestimmenden Empfangstheorie beurteilt werden. Es geht nicht um die Verteilung von Risiken zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger, sondern um den Schutz Dritter. Dieser Schutz ist nicht gewährleistet, solange keine Auskunftsstelle geschaffen wurde.
- Für das Wirksamwerden der Verpfändung oder Sicherungszession kommt es daher auf die Kenntnis des Drittschuldners von der Abtretung oder Verpfändung an. Auch wenn die Kenntnis vom Drittschuldner absichtlich vereitelt wird, ist die Sicherheitenbestellung unwirksam.
- In etwa vergleichbare Fälle sind die „Rückerlangung“ der als Faustpfand übergebenen Pfandsache durch den Pfandschuldner gegen den Willen des Pfandgläubigers und die treuwidrige Entfernung von Pfandzeichen (§ 452 ABGB). In beiden Fällen kommt es nach richtiger Ansicht zum Erlöschen (Ruhen) des Pfandrechts. Der Sicherheitegläubiger hat kein konkursfestes Recht, bis der publike Zustand wieder hergestellt ist. Dasselbe gilt für die Sicherungsübereignung.
- Selbst wenn man dagegen die Auffassung vertritt, dass sowohl bei der gegen den Willen des Pfandgläubigers erfolgten Rückerlangung des Faustpfandes durch den Eigentümer als auch bei der treuwidrigen Entfernung von Pfandzeichen das Pfandrecht fortbesteht, wenn der Gläubiger die nötige Sorgfalt an den Tag gelegt hat, steht dies nicht im Widerspruch zur hier vertretenen Auffassung, dass bei der Drittschuldnerverständigung nach § 452 ABGB die Kenntnis entscheidend ist.

Korrespondenz: Univ.-Ass. Dr. Martin Spitzer, Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien, Österreich; e-mail: martin.spitzer@univie.ac.at.

zeswortlaut zumindest angedeutete Schutz des Zessus ein Abgehen von dieser Theorie verlangt.

⁵⁴) Damrau in MünchKomm BGB VI⁴ (2004) § 1280 Rz 4; Wiegand in Staudinger (2002) § 1280 Rz 10;

⁵⁵) Wiegand in Staudinger (2002) § 1280 Rz 10.

⁵⁶) Details bei Wiegand in Staudinger (2002) § 1281 Rz 2.

⁵⁷) Damrau in MünchKomm BGB VI⁴ § 1281 Rz 7, § 2182 Rz 10; Wiegand in Staudinger (2002) § 1281 Rz 6; § 1282 Rz 14.

⁵⁸) Das frühere gültige Zustandekommen – auch ohne Kenntnis des Schuldners – ist allerdings für insolvenzrechtliche Fristen von Bedeutung, da der Pfandgläubiger ein gültiges Recht schon erworben hat und durch die Verschaffung der Kenntnis nur mehr die Zahlung an ihn sicherstellt.