

# Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht – Eigentumsvorbehalt, Hypotheken, Sicherungszession

Martin Spitzer

**Der Beitrag analysiert die wichtigsten neuen Rechtsprechungslinien im Kreditsicherungsrecht: Die aktuellen Entwicklungen zum Eigentumsvorbehalt, im Hypothekenrecht und bei der Sicherungszession werden vorgestellt und in das kreditversicherungsrechtliche Gesamtgefüge eingeordnet.**

Stichwörter: Kreditsicherungsrecht; Eigentumsvorbehalt; Hypotheken; Sicherungszession; Buchvermerk.

JEL-Classification: G 21, K 11, K 12.

This article presents the latest case law relating to credit security law: Important developments concerning retention of title, mortgage law and security assignment of claims are analysed and put into perspective.

## 1. Einleitung

Das Kreditsicherungsrecht ist ein Rechtsgebiet mit überragender praktischer Relevanz, das auf Grund seiner dogmatischen Komplexität und der Inhomogenität der betroffenen Interessen (Sicherheitenbesteller – Gläubiger – Rechtsverkehr) immer wieder für schwierige Fragestellungen sorgt. Auch wenn die wichtigsten Kreditsicherungsmittel seit langer Zeit in Gebrauch sind, lohnt sich bei einem nicht nur so relevanten, sondern auf Grund kautelarjuristischen Einfallsreichtums gleichermaßen dynamischen Rechtsgebiet von Zeit zu Zeit eine Bestandsaufnahme. Der vorliegende Beitrag zeichnet deshalb die wichtigsten Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht anhand von OGH-Entscheidungen der letzten Jahre nach [1].

Am Beginn steht der Eigentumsvorbehalt (2). Danach wird auf eine Entwicklung im Hypothekenrecht hingewiesen, die in der Praxis für Aufsehen gesorgt hat und vor allem den Vertragsverfasser herausfordert (3). Am Ende rückt mit der fast schon legendären Asterix-Entscheidung die Sicherungszession in den Mittelpunkt und damit die (neuen) Anforderungen, was die EDV-Buchhaltung sowie die

Position und den Inhalt von Buchvermerken betrifft (4).

## 2. Eigentumsvorbehalt

Beim Eigentumsvorbehalt hat sich in den letzten Jahren erstaunlich viel getan. Die Ausgangssituation ist bekannt: Der Vorbehaltskäufer erwirbt durch den Kaufvertrag ein Recht zum Besitz gegenüber dem Verkäufer, der nach dem gesetzlichen Konzept die Herausgabe der Sache erst (wieder) verlangen kann, wenn der Käufer in Verzug gerät und der Verkäufer den Vertrag deswegen beseitigt. Zwei Entscheidungen sind in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse: In 9 Ob 11/11z hat sich der OGH umfangreich mit zwei grundsätzlichen Fragen des Eigentumsvorbehalts beschäftigt: Einerseits ging es um die Zulässigkeit von Entziehungsklauseln, also Vereinbarungen, nach denen dem Vorbehaltskäufer die Ware wieder weggenommen werden kann, ohne dass der Verkäufer vom Vertrag zurücktritt [2]. Andererseits hat der OGH zu den Anforderungen an die Verwertung von Vorbehaltsgut Stellung genommen. Zu beiden Themen finden sich allerdings bereits Stellungnahmen in der Literatur [3].

Das Augenmerk kann hier daher auf eine andere Entscheidung gelegt werden, die sich intensiv mit der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts auseinandersetzt. In dem Zusammenhang bietet sich auch ein Seitenblick auf aktuelle insolvenzrechtliche Einflüsse an.

### 2.1. Herausgabebegehren

#### 2.1.1. Ausgangspunkt

Die E 8 Ob 94/09w dreht sich um den Verkauf einer Lüftungsanlage an die spä-



Photo: privat

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, WU Wien;  
e-mail: martin.spitzer@wu.ac.at

tere Gemeinschuldnerin unter Eigentumsvorbehalt [4]. Gerät der Käufer in Verzug, hat der Vorbehaltsverkäufer eine Wahlmöglichkeit: Er kann – mangels anderer Vereinbarungen [5] – vom Vertrag nach Setzung einer angemessenen Nachfrist zurücktreten [6], was zur Rückabwicklung Zug um Zug führt: Der Verkäufer bekommt dann seine Sache zurück (§§ 366, 1435 iVm § 921 S 1 ABGB, § 44 IO), der Käufer schon geleistete Kaufpreisteile (§§ 1435 iVm § 921 S 1 ABGB). Zusätzlich können Benützungsentgelte gebühren [7]. Der Verkäufer kann aber natürlich ebenso gut am Vertrag festhalten und weiterhin seinen Anspruch auf Zahlung des (Rest-)Kaufpreises geltend machen. In 8 Ob 94/09w hat sich nun das Problem des Verhältnisses der beiden Ansprüche zueinander gestellt, weil die beiden einander eigentlich widersprechenden Begehren zusammengebracht wurden.

[1] Der Beitrag ist die konsolidierte Fassung von Vorträgen, die der Verfasser im November 2012 beim von der Österreichischen Bankwissenschaftlichen Gesellschaft (BWG) veranstalteten Bankrechtsforum in Wien, im April 2013 bei der Salzburger Juristischen Gesellschaft und im Mai 2013 beim Linzer Bankrechtsinstitut gehalten hat.

[2] Grundlegend *Mayrhofer*, Abzahlungs-geschäft 202.

[3] Jüngst ausf *Spitzer*, ÖBA 2013, 473.

[4] OGH 18.2.2010, 8 Ob 94/09w = ÖBA

2010/1647 (541) = EvBl 2010/97 (*Widhalm-Budak*) = ZIK 2011/39 (25).

[5] *P. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup> § 918 Rz 9, siehe schon FN 3.

[6] Dieser Rücktritt unterliegt heute allgemeinen Regeln (§ 918 ABGB). Die frühere Überlagerung durch Art 8 Nr 21 der 4. EVHGB (kein Rücktritt nach § 918 bei Kreditierung) ist durch die UGB-Reform beseitigt worden. Vgl *P. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup> § 918 Rz 11; OGH 28.9.2009, 2 Ob 109/09g = JBI 2010, 184.

[7] *F. Bydlinski* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 515 ff.

Der Verkäufer hat nämlich zunächst seine Restkaufpreisforderung im Konkursverfahren als Konkursforderung angemeldet und nach Bestreitung durch den Masseverwalter im April 2005 in einem Prüfungsprozess die Feststellung der Kaufpreisforderung als Konkursforderung (§ 110 IO) begehrt. Im Juni 2005 brachte der Verkäufer dann eine zweite, gesonderte Klage ein, mit der er die Herausgabe der Lüftungsanlage begehrt. Diese Klage wurde rechtskräftig abgewiesen, die Gründe dafür sind nicht bekannt [8]. Im Prüfungsprozess wendete der Beklagte nun ein: Da der Herausgabeanspruch hinsichtlich der Vorbehaltsware den Rücktritt vom Vertrag voraussetze, sei die Klägerin durch Geltendmachung der Aussonderung im zweiten Verfahren vom Vertrag zurückgetreten. Somit gebe es keinen Rechtsgrund mehr für einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung (hier in Gestalt des Prüfungsbegehrens), sodass notwendig die Feststellung der restlichen Entgeltforderung scheitern müsse. Die Klägerin habe sich durch ihren Rücktritt eben festgelegt und könne nicht jetzt, nach Scheitern des Aussonderungsprozesses, wieder auf die Kaufpreiszahlung umsteigen.

Mit dieser in sich durchaus schlüssigen und *prima facie* wohl auch einleuchtenden Ansicht hatte der Bekl beim OLG Wien als Berufungsgericht Erfolg. Der Kläger habe seinem Zahlungsbegehren eben durch das spätere Aussonderungsbegehren, das als Rücktritt zu werten sei, die Basis entzogen. Einen einmal gewählten Rücktritt kann man schließlich nicht einfach wieder ungeschehen machen.

„*Secunda facie*“ stellt sich aber doch die grundsätzliche Frage, wie sich der Kaufpreisanspruch (in welcher Gestalt immer, also als Zahlungsbegehren, aber auch im Prüfungsprozess) und ein Herausgabeverlangen zueinander verhalten.

## 2.1.2. Konkurrierende Begehren

### 2.1.2.1. Zahlungsanspruch vs Herausgabeanspruch

Fest steht jedenfalls, dass die Geltendmachung des Zahlungsanspruches einen zukünftigen Rücktritt und das daraus resultierende Herausgabeverlangen nicht hindert [9]. Dass eine Geltendmachung des Kaufpreisanspruchs zum Wegfall der

Sicherung gerade dieses Anspruches führen würde [10], ist natürlich undenkbar. Ein späterer Rücktritt ist daher – wenn die Voraussetzungen dann (noch) vorliegen – selbstverständlich möglich. Das gilt auch dann, wenn der Zahlungsanspruch in der Insolvenz geltend gemacht wird. Durch die Geltendmachung der Kaufpreisforderung vergibt sich der Verkäufer also nichts.

### 2.1.2.2. Herausgabeanspruch vs Zahlungsanspruch

Mit dem Herausgabebegehren ist die Sache etwas komplizierter: Tatsächlich gibt es nämlich einen Rechtssatz, der besagt, dass im Zweifel ein Rücktritt vom Vertrag vorliegt, wenn der Vorbehaltsverkäufer seine Sache zurückverlangt [11]. Das leuchtet ein, weil ohne Rücktritt ja kein Herausgabeanspruch besteht. Ordnet man diesen Rechtssatz allerdings in einen breiteren, rechtsgeschäftlichen Zusammenhang ein, zeigt sich, dass der Rücktritt als Gestaltungsrecht natürlich durch eine Willenserklärung ausgeübt wird. Gibt es – wie in der E über die Lüftungsanlage – keine ausdrückliche Rücktrittserklärung, kann die Frage nur sein, ob das Herausgabeverlangen, eben weil es ohne Rücktritt nicht erfolversprechend ist, als Rücktrittserklärung verstanden werden kann. Damit stellt sich die Frage nach dem Erklärungswert des Herausgabeverlangens als konkludente Willenserklärung. Die Antwort darauf liegt in § 863 ABGB, aus dem sich ergibt, dass der Satz vom „Rücktritt durch Rückforderung“ ein Lippenbekenntnis ist. Eine konkludente Willenserklärung darf ja nur angenommen werden, wenn bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund übrig bleibt, am Erklärungswert zu zweifeln.

Solche Gründe liegen nach Ansicht der Gerichte aber oft vor. Tatsächlich finden sich nur wenige Fälle, in denen der OGH einen Rücktritt bejaht hat. Wie hoch die Anforderungen sind, illustriert die E 1 Ob 2297/96t [12], in der der Kaufvertrag für den Fall des Verzuges nur zwei Möglichkeiten vorsah: Terminsverlust und sofortige Zahlung der ganzen Restschuld einerseits, Rücktritt und sofortige Aushändigung der Kaufsache andererseits. Der Verkäufer hat sich vor diesem Hintergrund entschlossen,

die Sache in „Sicherungsverwahrung“ zu nehmen, was für ihn bedeutet hat, sie eigenmächtig vom Vater der Käuferin zurückzuholen. Diesen Vorgang hat der OGH als Rücktritt vom Vertrag gewertet. Ausschlaggebend dürfte dabei aber vor allem gewesen sein, dass bei dieser Nacht- und Nebel-Kommandoaktion nicht viel gesagt wurde, was Zweifel iSd § 863 ABGB begründen hätte können. Sonst ist die Rsp mit der Annahme eines Rücktritts nämlich vorsichtig und interpretiert das Herausgabeverlangen eher als Bitte, der der Käufer aber nicht entsprechen muss. So etwa, wenn der Verkäufer die Rückgabe der Sache „zur Abgeltung der gegen den Käufer bestehenden Forderung“ verlangt [13] oder sogar, wenn eine geheim eingebaute elektronische Sperre aktiviert wird, die ohne ebenfalls geheimen Code nicht wieder deaktiviert werden kann [14].

Zweifel am Erklärungswert sollen immer schon dann bestehen, wenn Begehren auf Zahlung einerseits und auf Herausgabe andererseits gleichzeitig erhoben werden [15]. Das gilt insbesondere auch in der Insolvenz, eine Situation, in der die Geltendmachung der Forderung und gleichzeitige Stellung eines Aussonderungsbegehrens praktisch häufig ist. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn – wie in unserem Fall – einem Zahlungsbegehren ein Herausgabebegehren folgt und das Zahlungsbegehren aufreht bleibt [16].

Das bedeutet für den Lüftungsanlagen-Fall, dass auf Grund der Strenge des Maßstabes des § 863 ABGB und der damit korrespondierenden Großzügigkeit bei der Annahme von Zweifeln am Erklärungswert das Herausgabebegehren – nach Ansicht des OGH – nicht zum Rücktritt vom Vertrag geführt hat. Daran soll auch der Umstand nichts ändern, dass das Herausgabebegehren nicht etwa nur außergerichtlich gestellt, sondern in einem Gerichtsverfahren mit Anwaltszwang formuliert wurde. Es sei nämlich zu bezweifeln, dass die Einbringung der Aussonderungsklage „*eindeutig in einer Richtung zu verstehen sei*“. Damit kommt man dem anwaltlich vertretenen Kläger natürlich sehr entgegen, allerdings ist dann eines zu bedenken: Unter Zugrundelegung dieser Ansicht, ist die Aussonderungsklage unschlüssig und schon des-

[8] Leicht vorstellbar wäre bei der Lüftungsanlage ein Einbau und die daraus resultierende Sonderrechtsunfähigkeit.

[9] PIB 23.5.1916, JB 246.

[10] Zur Diskussion, welchen Anspruch der Eigentumsvorbehalt sichert, *Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 21 Rz 134 ff.

[11] Vgl etwa OGH 28.10.1997, 1 Ob 2297/96t = ÖBA 1998, 798 (*Bollenberger*); RS0020454.

[12] ÖBA 1998, 798 (*Bollenberger*).

[13] OGH 7.3.1985, 7 Ob 507/85 SZ 58/39 = EvBl 1985/137 = JBl 1986, 307 (*Reidinger*).

[14] OGH 10.3.1994, 6 Ob 526/94.

[15] OGH 28.1.1987, 1 Ob 713/86 = RdW 1987, 157.

[16] Wie streng der OGH ist, sieht man auch im umgekehrten Fall, dass auf das Rück-

trittsrecht nicht einmal unbedingt dadurch verzichtet werde, dass der Verkäufer die Zwangsausgleichsquote für die Kaufpreisforderung entgegennimmt, vgl 28.5.2001, 8 Ob 184/00t zu einem Fall der Ersatzaussonderung; in diff Abgrenzung zu 12.10.1988, 9 ObA 206/88 = SZ 61/123 = RdW 1989, 200 = wbl 1989, 124, wo die Sache noch vorhanden war.

halb – nach Verbesserungsversuch [17] – abweisungsreif.

## 2.2. Insolvenzbedingter Schwebestand

Aus der Erkenntnis, dass der Verkäufer nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sei, hat der OGH im Prüfungsprozess die Konsequenz gezogen, dass mangels anderer Einwendungen die Feststellung der Restforderung als Konkursforderung zu erfolgen habe. Er hat der Prüfungsklage daher stattgegeben. *Widhalm-Budak* hat das mit dem Hinweis kritisiert [18], dass Kaufverträge unter EV, solange der Kaufpreis noch nicht voll bezahlt ist, als beiderseitig nicht erfüllte Verträge nach § 21 IO qualifiziert werden [19]. Dann hat allerdings der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht. Er kann in den Vertrag eintreten und den Restkaufpreis als Masseforderung bezahlen oder vom Vertrag zurücktreten. Tritt er zurück, stünde dem Verkäufer aber nicht einfach die Restforderung seines Kaufpreises zu – für diese wäre mit dem Vertragsrücktritt der Rechtsgrund ja gerade weggefallen –, sondern ein Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO [20].

Aus welchem Rechtsgrund der Verkäufer was erhält, hängt also von der Wahl des Insolvenzverwalters ab, die nach der E aber noch nicht stattgefunden haben dürfte. Damit befand sich das Vertragsverhältnis über die Lüftungsanlage in einer Art Schwebestand, den man durch einen Fristsetzungsantrag nach § 21 Abs 2 IO hätte beenden können. So hätte der Verkäufer Gewissheit darüber erlangt, was er verlangen soll. Die Herausgabe der Sache und Schadenersatz – dann ohne eigenen Rücktritt – oder die Zahlung des Kaufpreises als Masseforderung.

## 2.3. Exkurs: Auswirkungen des IRÄG

Das Herausgabebegehren des Vorbehaltsverkäufers steht somit nur nach Vertragsauflösung zu. Ist der Vertrag noch aufrecht, ist es in der Insolvenz des Käufers an dessen Insolvenzverwalter, über das weitere Schicksal des Vertrages nach § 21 IO zu entscheiden. Je nachdem

erhält der Vorbehaltskäufer entweder eine Masseforderung oder einen Schadenersatzanspruch. In diesem Zusammenhang bietet sich ein Hinweis auf die Auswirkungen der IO – konkret des IRÄG – auf den Eigentumsvorbehalt an, wobei nach dem Zeitpunkt des Rücktritts zu unterscheiden ist.

### 2.3.1. Rücktritt vor Insolvenzeröffnung

Wurde der Kaufvertrag schon vor Insolvenzeröffnung aufgelöst, steht dem Verkäufer in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht zu (§ 44 IO). Schon der frühere § 11 KO hat eine Zwangsstundung von Aussonderungsansprüchen vorgesehen. Während sie damals aber nur 90 Tage betrug, beträgt sie nunmehr nach § 11 IO sechs Monate, wenn die Aussonderung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte und dies nicht durch besondere Umstände auf Seiten des Aussonderungsberechtigten aufgewogen wird. Diese Sperre gilt zwanglos auch für Vorbehaltsgut.

Für die Dauer der rechtsgrundlosen Weiterbenützung steht dem Gläubiger allerdings – auch wenn das Gesetz das nicht explizit sagt – ein Entgelt zu, das eine Masseforderung bildet [21]. So wird ein Interessenausgleich gefunden, der verhindert, dass der Aussonderungsberechtigte auf seine Kosten an der Sanierung mitwirkt.

Zu bedenken ist jedoch, dass diese Fallgruppe nur einschlägig ist, wenn das Aussonderungsrecht schon besteht, wenn es also einen wirksamen Rücktritt (zB vor Insolvenzeröffnung) gegeben hat.

### 2.3.2. Kein Rücktritt vor Insolvenzeröffnung

Wurde der Kaufvertrag hingegen nicht schon vor der Insolvenzeröffnung aufgelöst, könnte sich nach diesem Zeitpunkt schon der Rücktritt schwierig gestalten [22], worauf *Riedler* unlängst hingewiesen hat [23]. § 25a IO verbietet nämlich die Vertragsauflösung in Fällen, in denen die Fortführung des gemeinschuldnerischen Unternehmens gefährdet würde, es sei denn, es liegt ein wichtiger Grund vor.

Eine Absicherung dieser Regelung findet sich in § 25b IO über die Unzulässigkeit der Vereinbarung von Auflösungsrechten speziell für den Insolvenzfall.

Die Vertragsauflösungssperre der IO, die als automatic stay [24] aus dem UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2005) [25] und dem chapter 11 des amerikanischen Insolvenzrechts bekannt ist [26], gilt ihrem Wortlaut nach – *lege non distinguente* – auch für den Rücktritt beim Eigentumsvorbehalt. Das ist auch teleologisch stimmig, soll die Vertragsauflösungssperre doch dem Insolvenzverwalter Luft verschaffen und Druck der Gläubiger abfedern. Diese Regelungsanliegen treffen bei Vorbehaltsgut nicht weniger zu als bei sonstigen Verträgen, sodass die §§ 25a, b IO auch beim Eigentumsvorbehalt zur Anwendung kommen, ein Befund, der sich auch rechtsvergleichend absichern lässt, wie ein Blick nach Deutschland zeigt. Dort räumt § 107 Abs 2 InsO dem Masseverwalter speziell beim Eigentumsvorbehalt einen zeitlichen Entscheidungsspielraum ein, in dem er sich aussuchen kann, ob er nach § 103 InsO – also der Parallelbestimmung zu § 21 IO – in den Vertrag eintritt oder nicht. Interessant ist, dass obwohl § 107 InsO das Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht explizit ausschließt, die hA dennoch im Ergebnis von einer Sperrwirkung ausgeht, um die Wahlfreiheit des Masseverwalters nicht zu beeinträchtigen [27].

Im Lichte von § 25a IO, der sogar explizit von einer Rücktrittssperre spricht, kann der Vorbehaltsverkäufer daher außer aus wichtigem Grund bis zum Fristende nicht zurücktreten. Im Ergebnis ist es daher ohne Belang, ob der Rücktritt schon vor der Insolvenzeröffnung erklärt wurde oder nicht, da im einen Fall das Aussonderungsrecht, im anderen schon das Rücktrittsrecht sistiert wird.

## 3. Hypotheken

Im Hypothekenrecht beschäftigten den OGH vor allem Fragen der Pfandverwertung. Wie auch beim Eigentumsvorbehalt [28], schlägt die Rsp dabei

[17] *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> Rz 374.

[18] *Widhalm-Budak*, EvBl 2010/97.

[19] *Gamerith* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 21 Rz 11 ff; *Kepplinger*, Synallagma 320; *Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 21 Rz 132 ff. Im konkreten Fall war noch die KO anwendbar. In den hier relevanten Bereichen hat das IRÄG 2010 aber keine Neuerungen gebracht. Vgl aber sogleich zur Aussonderungs- und Vertragsauflösungssperre unten Kapitel 2.3.1.

[20] *Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 21 Rz 158.

[21] EB RV 612 BlgNR XXIV. GP 10.

[22] Zur Beurteilung von Entziehungsklauseln (Rücknahmeklauseln), bei denen der Vertrag aufrecht bleibt, die Sache aber an den Vorbehaltsverkäufer zurückzustellen ist s *Spitzer*, ÖBA 2013, 473.

[23] *Riedler*, ÖJZ 2011, 904; *ders* in Apathy/Iro/Koziol, BVR IX/2<sup>2</sup> Rz 3/29 ff; diesem folgend *Spitzer*, ÖBA 2013, 473.

[24] Vgl *Jackson*, Bankruptcy Law 157 ff.

[25] Abrufbar unter <http://www.uncitral.org/uncitral/publications/publications.html>.

[26] *Riedler*, ÖJZ 2011, 904 (906); EB RV 612 BlgNR XXIV. GP 12 f.

[27] *Ott/Vuica*, MüKo InsO II<sup>2</sup> § 107 Rz 17a; *Marotzke* in HK InsO<sup>6</sup> § 107 Rz 32; zum Zusammenspiel mit § 103 InsO und der Frage, ob ein Rücktritt wegen vorinsolvenzlicher Pflichtverletzung überhaupt möglich ist (deren Verneinung aber im hier interessierenden Aspekt zum selben Ergebnis führt) *Wegener* in Uhlenbruck, InsO<sup>13</sup> § 107 Rz 17.

[28] OGH 28.6.2011, 9 Ob 11/11z, siehe dazu FN 3.

eine durchaus strenge Linie ein. *Sedes materiae* ist § 1371 ABGB, der sicherstellen soll, dass die Interessen des Sicherheitenbestellers bei der Verwertung gewahrt bleiben. § 1371 normiert ua das Verbot der Veräußerung des Pfandes „nach Willkür“ des Pfandgläubigers, ein Verbot mit nach hA überraschend großem Anwendungsbereich, weil schon die abstrakte Gefahr der Verkürzung des Schuldners eine Verwertungsart willkürlich und damit unzulässig macht. Willkür ist daher etwa auch die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur „bestmöglichen“ Verwertung [29] oder zur Einhaltung der *diligentia quam in suis* [30]. In beiden Fällen ist nämlich nicht sichergestellt, dass der Pfandbesteller nicht verkürzt werden kann. Die hinter diesem strengen Konzept stehende Befürchtung des Gesetzgebers ist, dass ein Pfandgläubiger, der reichlich Deckung seiner Forderung hat, am Erzielen eines superfluums, also eines die gesicherte Forderung übersteigenden Erlöses, nicht mit der nötigen Begeisterung arbeitet [31]. Das Pflichtenprogramm des Pfandgläubigers wird also zum Schutz des Pfandbestellers vor Verschleuderung [32] so intensiv ausgestaltet.

§ 1371 ABGB verfolgt allerdings noch einen weiteren Schutzzweck: Der Pfandbesteller soll vor leichtfertigen Zusagen in Schutz genommen werden, die er in der Hoffnung tätigt, seine Schuld ohnehin abtragen zu können. Das ist etwa der Grund, warum die *lex commissoria* verboten ist, also die vor Fälligkeit der gesicherten Forderung getroffene Vereinbarung, dass das Pfandstück dem Gläubiger zufällt, wenn der Schuldner nicht bezahlt [33]. Steht die Vereinbarung einer solchen Klausel vor Fälligkeit noch „der Natur des Pfandvertrages entgegen“ (§ 1371 S 1 ABGB), ist eine Vereinbarung nach Fälligkeit eine unproblematische Leistung an Zahlungs Statt (§ 1414 ABGB).

Es verwundert nicht, dass bei einem Schutzkonzept, wie es § 1371 ABGB vorsieht, Umgehungsversuchen besonders kritisch begegnet wird [34]. Schon in SZ 4/114 wurde es daher als Verstoß gegen § 1371 ABGB gewertet, dass der Pfandgläubiger zur Veräußerung der Liegenschaft bevollmächtigt wurde und

von seiner Vertretungsmacht gleich im Wege des Selbstkontrahierens Gebrauch gemacht und die Liegenschaft genau um den Kreditbetrag gekauft hat.

Der OGH hat diese Rechtsprechung bereits vor gut zehn Jahren wiederbelebt [35] und konsequent verfeinert. Die letzte einschlägige Entscheidung datiert aus dem Jahr 2010 [36] und betrifft das Hypothekenrecht, in dem Verkaufsvollmachten sich immer noch einer gewissen Beliebtheit erfreu(t)en. Die Position der Rsp ist dabei relativ streng: „Wird einer für den Liegenschaftseigentümer einschreitenden Bank eine umfassende Vollmacht zur Vorbereitung und Durchführung des privaten Verkaufs einer Liegenschaft erteilt, die der hypothekarischen Sicherung eines gewährten Kredits dient, deutet das auf eine Umgehung der Verbotsnorm des § 1371 ABGB hin“. Die Gerichte haben dafür robuste Schutzmaßnahmen entwickelt. Sie berücksichtigen die Umgehung von § 1371 ABGB nämlich im Rahmen ihrer grundbücherlichen Prüfpflicht [37]. Bestehen Bedenken gegen die Befugnis zum Einschreiten (§ 94 Abs 1 Z 2 GBG), sind die Gerichte auf Grund dieser Pflicht nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die begehrte Eintragung zu verweigern [38]. Diese Bestimmung wird nun auch auf Fälle angewendet, in denen eine Umgehung von § 1371 ABGB befürchtet wird, wobei die Grenzen der Zulässigkeit eng gezogen werden. Dabei ist zusätzlich zu bedenken, dass die Rechtsprechung nicht erst die Eintragung des Verkaufes verweigert, also Hürden nicht nur für das eigentliche Veräußerungsgeschäft vorsieht, sondern § 1371 ABGB schon für die Anmerkung der Rangordnung gelten lassen will, sodass die Auswirkungen dieser Judikaturlinie noch vergrößert werden.

Zulässig sind Vereinbarungen, die nach Fälligkeit der Forderung getroffen werden. Das ist im Lichte des eben zu § 1371 ABGB Gesagten konsequent. Der Grund für die restriktive Haltung gegenüber Abreden, die vor Fälligkeit getroffen werden, liegt eben darin, dass der Pfandbesteller zu diesem Zeitpunkt seine Leistungsfähigkeit vielleicht noch überschätzt und aus dieser „wird schon nichts passieren“-Mentalität leichtfertige

Versprechen resultieren können [39]. Als problematisch erweisen sich damit grundsätzlich nur Vollmachten, die vor Fälligkeit ausgestellt wurden.

Das Gericht trifft diesbezüglich zwar eine Prüfpflicht (§ 94 GBG). Dabei ist aber zu bedenken, dass das Grundbuchverfahren ein akten- und urkundenkonzentriertes Verfahren ist, sodass die Prüfung nicht durch Einvernahmen oder aufwendige Beweiserhebungen erfüllt wird, sondern sich primär auf den Antrag, den Grundbuchsstand und die vorgelegten Urkunden beschränkt [40]. Das wäre noch kein Hindernis. Wenn der OGH einen Nachweis dafür verlangt, dass die Vollmacht nach Fälligkeit ausgestellt wurde, sollte dieser Anforderung ja auch bei einem Aktenverfahren relativ leicht Rechnung getragen werden können. Allerdings macht es der OGH dem Hypothekargläubiger schwer: In der aktuellen E hält er nämlich die bloße Bestätigung der bereits eingetretenen Fälligkeit in der Vollmacht für unzureichend; auch eine eingebrachte Klage reiche nicht, weil sie ja nichts über die Fälligkeit aussage. Auf der sicheren Seite wäre man bei konsequenter Anwendung dieser Ansicht fast nur mit einem vollstreckbaren Titel [41].

So richtig die Rsp mit der grundsätzlichen Erstreckung von § 1371 ABGB auf Umgehungsversuche liegt, so schwierig macht sie es den Parteien mit diesem Erfordernis, das mE zu streng und vor allem systemwidrig ist. Wenn aus der vorgelegten Vollmacht hervorgeht, dass sie für fällige Forderungen ausgestellt wurde, müsste das Gericht sich in einem Urkundenverfahren damit eigentlich zufrieden geben. Sympathie für diesen Standpunkt hat auch *Holzner*, der eine zweifelsfreie Erklärung des Pfandschuldners in der Vollmachtsurkunde genügen lassen möchte [42] und vermutet, dass die auffallend restriktive Linie des OGH darauf zurückzuführen ist, dass im Ausgangsfall die Formulierung der Vollmacht unklar war [43].

In der Literatur wurde aus all dem schon das Fazit gezogen, dass Verkaufsvollmachten im Grundbuchverfahren nunmehr praktisch wertlos sind

[29] OGH 5.7.1950, 1 Ob 112/50 SZ 23/139; OGH 15.1.2002, 5 Ob 295/01w = ÖBA 2002/1076 = RdW 2002/641.

[30] OGH 21.2.1973, 1 Ob 13/73 SZ 46/24.

[31] *Spitzer*, Pfandverwertung 36.

[32] OGH 6.5.1950, 1 Ob 112/50 = SZ 23/139; OGH 21.11.1996, 6 Ob 2031/96m; OGH 15.1.2002, 5 Ob 295/01w = ÖBA 2002/1076 = RdW 2002/641.

[33] *Spitzer*, Pfandverwertung 2 ff.

[34] *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR IX/22 Rz 2/19.

[35] OGH 15.1.2002, 5 Ob 295/01w = SZ 2002/2 = ÖBA 2002/1076 (941) = *ecolex* 2002, 592 = *wobl* 2002, 338; RIS-Justiz RS0116128.

[36] OGH 11.2.2010, 5 Ob 258/09s = ÖBA 2010/1648 (542) = *Zak* 2010, 175 = *wobl* 2010/109 (232) (*Holzner*) = *ecolex* 2010, 555 (*Kiechl*, 742) = RdW 2010, 503.

[37] Vgl *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR IX/22 Rz 2/19.

[38] *Kodek* in *Kodek*, GBG § 94 Rz 44.

[39] *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR VIII/12 Rz 1/182.

[40] Zu Sonderwissen bei § 94 Abs 1 Z 2

siehe *Kodek* in *Kodek*, GBG § 94 Rz 39 ff.

[41] OGH 14.7.2008, 5 Ob 139/08i.

[42] *Holzner*, Anm zu OGH 5 Ob 258/09s, *wobl* 2010, 233.

[43] In der Vollmacht war die Rede davon, dass aus dem Kreditgeschäft bereits fällige Forderungen aushafteten und die Vollmacht „in diesem Zusammenhang“ erteilt worden war, sodass unklar war, dass die Verkaufsvollmacht ausschließlich für fällige Forderungen gelten sollte.

[44]. Versteht man das Erfordernis, dass nachgewiesen werden muss, dass die Vollmacht nach Fälligkeit ausgestellt wurde, sinnvoll, bleibt in diesem Bereich freilich durchaus ein Anwendungsbereich übrig, wenngleich die Bereitschaft des Eigentümers zur Ausstellung solcher Vollmachten nach Pfandreife vielleicht nachlässt. Für Verkaufsvollmachten vor Fälligkeit wird der Spielraum hingegen sehr eng. Schlechthin unzulässig sind sie nicht, allerdings müsste darin Vorsorge für die Einhaltung des Standards des § 1371 ABGB getroffen werden, also dem Sicherheitenbesteller die Möglichkeit der Optimierung des Erlöses gegeben werden (etwa durch Einschaltung eines SV zur Ermittlung des Verkehrswertes oder die Namhaftmachung von Kaufinteressenten [45]).

Während das keine besonders guten Nachrichten für Gläubiger sind, hat sich die Lage anderswo verbessert. Das gilt in besonderem Maß für die Sicherungszession, mit der sich der OGH in seiner Asterix-E zu beschäftigen hatte [46], die schon auf Grund des Sachverhaltes fast legendär geworden ist.

#### 4. Sicherungszession

Mittels EDV-Buchvermerk hatte die spätere Gemeinschuldnerin Forderungen zur Sicherung abgetreten. Nach der Insolvenzeröffnung änderte der Masseverwalter den Zessionsvermerk auf „zediert an Asterix“. Dass das überhaupt ohne weiteres möglich war, war der erste bemerkenswerte Umstand, dass diese Änderungen nicht vom Computerprogramm archiviert und damit nachvollziehbar gemacht worden sind, der zweite.

Der OGH hat sich in dieser E sehr umfassend mit grundsätzlichen Fragen der Sicherungszession auseinandergesetzt. Es finden sich Ausführungen zu den Anforderungen an den Buchvermerk und damit auch an die Buchhaltungssoftware: Schadet die softwareseitig bestehende Möglichkeit einer Manipulation (dazu 4.1.)? Es finden sich Gedanken zur Frage, was gilt, wenn der manipulierbare Vermerk auch tatsächlich manipuliert wird: Wird dann auch die Sicherung unwirksam (dazu 4.2.)? Schließlich gibt der OGH Auskunft zum Inhalt des Buchvermerks (dazu 4.3.).

#### 4.1. Rechtsfolgen der Manipulierbarkeit

Welche Auswirkungen hat die softwareseitig bestehende Möglichkeit einer Manipulation auf die Wirksamkeit der Sicherungszession? Die Publizitätserfordernisse für die Verpfändung einer Forderung und damit auch für die Sicherungszession ergeben sich aus § 452 ABGB, der die Verpfändung beweglicher Sachen regelt, „welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen“. Darunter werden auch Forderungen subsumiert. Für die Verpfändung solcher Sachen verlangt § 452 ABGB Zeichen, „woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann“. Damit hatte das ABGB zweifellos körperliche Sachen vor Augen [47], sodass der Regelungsbestand über Forderungen als Mittel der Kreditsicherung dürftig ausfällt. Dementsprechend verrät das Gesetz auch nicht, welche Zeichen die Verpfändung von Rechten braucht, nach hA bedarf es aber entweder der Drittschuldnerverständigung oder bei Buchforderungen alternativ des Buchvermerks [48].

Gerade die Verlässlichkeit des Buchvermerks wird immer wieder sehr betont. Längere Zeit machte die Rsp sogar den Eindruck, den Buchvermerk bei Buchforderungen als primäres Publizitätsmittel zu verlangen [49]. Die vorliegende Entscheidung zeigt aber, dass man ihm teilweise vielleicht zu viel zugetraut hat. Es ist daher mit Blick auf die Drittschuldnerverständigung begrüßenswert, dass die Diskussion über deren allfällige Subsidiarität eingeschlafen ist und heute (wieder) gesichert davon ausgegangen werden kann, dass beide Publizitätsmittel alternativ möglich sind [50].

Die Qualität des Buchvermerks sollte nämlich nicht überschätzt werden [51]. Der Buchvermerk war früher zweifellos ein sehr taugliches Zeichen, wurde er doch als schriftliche Eintragung in wirklichen Geschäftsbüchern aus Papier vorgenommen, sodass Manipulationen nicht nur nicht zulässig, sondern unauffällige Manipulationen auch nicht so leicht möglich waren. Auch wenn für elektronische Geschäftsbücher natürlich ebenfalls gilt, dass sie nicht manipuliert werden dürfen und dass aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und Sicherheit eine Eintragung nicht in der Weise verändert

werden darf, dass der ursprüngliche Inhalt nicht mehr feststellbar ist (§ 190 UGB) [52], ist die dadurch gewährte Sicherheit nicht dieselbe.

Während die Einhaltung des „Ratierverschots“ bei wirklichen Geschäftsbüchern nämlich verhältnismäßig leicht feststellbar ist, kann es bei elektronischen Geschäftsbüchern schwierig sein, sicherzustellen, dass Änderungen einer Eintragung auch als Änderungen erkennbar sind und der ursprüngliche Inhalt nach wie vor abrufbar ist. So war es auch in der vorliegenden E, wo über die genauen Texte der früheren Zessionsvermerke keine Gewissheit besteht. Genau das wollte der Masseverwalter auch unter Beweis stellen und damit das wirksame Zustandekommen der Sicherungszession in Zweifel ziehen.

Macht nun schon die Möglichkeit der einfachen Manipulierbarkeit den Buchvermerk unwirksam und die Zession publizitätslos? Das ist eine Frage von einiger Tragweite, weil nicht nur beim Buchhaltungsprogramm im Asterix-Fall, sondern auch bei anderen gängigen Programmen eine lückenlose Dokumentation offenbar nicht (hinreichend) stattfinden dürfte, sodass es eine Manipulationsanfälligkeit gibt. Dass dieser Umstand jedenfalls im Hinblick auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung nach § 190 UGB problematisch ist, bedarf keiner Erläuterung. Der OGH betont aber den öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Verpflichtung [53] und will deren Verletzung nicht ohne weiteres auf das Privatrecht durchschlagen lassen.

Dieses Ergebnis überzeugt, wie eine Parallele zur Verpfändung körperlicher Sachen veranschaulicht: Der Gesetzgeber hatte, wie erwähnt, bei der Verpfändung durch Zeichen in § 452 ABGB nicht primär Forderungen im Kopf, sondern körperliche Sachen, die nicht als Faustpfand übergeben werden können [54]. Solche Sachen (idR Warenlager oder große Maschinen [55]) sollen durch Anbringung von Zeichen (Hinweistafeln, Pfandzettel, Bezeichnung an der Pfandsache [56]) verpfändet werden können.

Stellt man sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob ein Publizitätsakt nur gültig ist, wenn er absolute Manipulations-sicherheit bietet, also die Möglichkeit

[44] *Kiechl*, *ecolex* 2010, 742.

[45] LG ZRS Wien 47 R 335/09a; OGH 15.1.2002, 5 Ob 295/01w = SZ 2002/2; vgl jüngst *Spitzer*, *ÖBA* 2013, 479 f.

[46] OGH 23.2.2011, 3 Ob 155/10f = *ÖBA* 2011/1718 (401, *Wolkerstorfer*) = *EvBl* 2011/92 (*Koller*) = *JB1* 2011, 508 (*Wiesinger*) = *Zak* 2011, 155 (143, *Riedler*) = *ecolex* 2011, 521 (*Scheuwimmer*) = *ZIK* 2011/151 (106, *Kaller-Pröll* 82) = *RdW* 2011, 273 =

*RZ* 2011, 225.

[47] Vgl *Frotz*, *Probleme* 225 ff.

[48] Siehe nur *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht*<sup>3</sup> 622.

[49] Vgl den Überblick bei *Spitzer*, *ÖBA* 2005, 885.

[50] OGH 30.11.2006, 6 Ob 116/05k sowie dazu etwa *Spitzer*, *Zak* 2007, 47.

[51] *Ertl*, *JB1* 2002, 197 (200).

[52] *U. Torggler* in *Straube*, *WK UGB II/*

*RLG*<sup>3</sup> § 190 Rz 47 ff.

[53] Vgl mit *ausf Nw U. Torggler* in *Straube*, *WK UGB II/RLG*<sup>3</sup> Vor § 189 Rz 3 f.

[54] S oben Kapitel 4.1.

[55] Vgl *Oberhammer/Domej* in *ABGB-ON* 1.01 §§ 451, 452 Rz 15.

[56] Vgl *Oberhammer/Domej* in *ABGB-ON* 1.01 §§ 451, 452 Rz 17.

einer späteren Manipulation ausgeschlossen ist, zeigt sich, dass auch bei körperlichen Sachen, die durch Zeichen verpfändet werden, ein Publizitätsakt kaum je irreversibel ist. Die Schilder, die am Warenlager oder auf einer großen Maschine angebracht werden, können im Lauf der Zeit abhandenkommen oder absichtlich entfernt werden. Daraus hat man aber noch nie geschlossen, dass damit ein solcher Publizitätsakt von vornherein unzulässig wäre. Solange die Publizität besteht, erreicht sie ihren Zweck. Der OGH hat aus dieser Parallele daher mE zutreffend abgeleitet, dass nicht schon der Umstand, dass das Zeichen „Buchvermerk“ manipuliert werden und die Publizität somit rückgängig gemacht werden könnte, den jeweiligen Publizitätsakt untauglich macht. Die Sicherheit kommt also auch bei einem „reversiblen“ Publizitätsakt zustande.

## 4.2. Rechtsfolgen von Manipulationen

Von der Frage nach den Rechtsfolgen der bloßen Manipulierbarkeit ist natürlich die Frage zu trennen, was zu gelten hat, wenn der Publizitätsakt auch tatsächlich rückgängig gemacht wird.

Wiederum bietet sich die Parallele zur Verpfändung einer körperlichen Sache durch Zeichen, konkret zur Entfernung der Pfandzeichen an, zu der *Klang* meint [57], solche Zeichen müssten „dauernd angebracht sein. Ihre nachträgliche Entfernung, mag sie absichtlich oder durch Zufall geschehen, benimmt der Pfändung [58] ihre Wirkung“ [59]. Auf die Ursache des Abhandenkommens des Zeichens kommt es nicht an. Denselben Eindruck erweckt der OGH in SZ 57/100 [60], 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.“ Dies entspricht soweit ersichtlich der hL [61] und ist konsequent: Die Publizität ist eine Erfolgsverbindlichkeit. Ist sie nicht gewährleistet, erlischt das Sicherungsrecht [62]. Es verdient daher Zustimmung, wenn der OGH unter Zugrundelegung dieser Ansicht bei einer Rückgängigmachung des Buchvermerks das Sicherungsrecht untergehen lässt.

## 4.3. Ausgestaltung des Buchvermerks

Von großer praktischer Bedeutung ist schließlich noch die Ausgestaltung des Buchvermerks.

Keine Neuigkeiten bringt die Asterix-E bei der Frage, wo der Buchvermerk zu setzen ist [63]. Nach wie vor braucht es das Publizitätszeichen in den Kundenkonten und der OP-Liste [64].

### 4.3.1. Datierung

Sehr wohl etwas getan hat sich allerdings bei der Frage der Datierung des Buchvermerks [65]. Teilweise ist man davon ausgegangen, dass der Buchvermerk das Datum der Abtretungsvereinbarung wiedergeben muss (so wurde der Buchvermerk im konkreten Fall gestaltet) [66], teilweise davon, dass das Datum der Setzung des Buchvermerks erkenntlich sein muss [67], weil die Wirksamkeit des Modus nichts mit dem Datum des Titelgeschäfts zu tun habe.

Tatsächlich ist der Buchvermerk weniger Modus als Publizitätsmittel, doch könnte die Datierung des Publizitätsaktes – wie *Kaller* das vertreten hat [68] – dennoch hilfreich sein, vor allem wenn es um die Priorität bei Mehrfachzessionen geht. Der OGH sieht den Buchvermerk als Publizitätsmittel aber – mE zutreffend – sehr eng. Es geht nur um den Schutz potentieller Gläubiger und deren möglichen Eindruck vom Haftungsfonds. Unter dieser Prämisse verliert das Datum freilich überhaupt seine Bedeutung. Relevant ist für die Gruppe potentieller Gläubiger ja nicht, wann eine Forderung aus

dem Haftungsverband ausgeschieden ist, sondern dass sie ausgeschieden ist. Hinzu kommt, dass dem Gesetz – konkret § 452 ABGB – keine Grundlage für ein Datierungserfordernis zu entnehmen ist [69], sodass der OGH in der Asterix-E sich vom Erfordernis der Datierung verabschiedet. Ihm reicht ein Zeichen, „woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann“ (§ 452 ABGB). Ein weiteres Mal zieht der OGH die Parallele zur Anbringung von Pfandzeichen bei körperlichen Sachen und weist darauf hin, dass dort ja auch keine Datierung für erforderlich gehalten wird.

### 4.3.2. Angabe des Zessionars

Nimmt man den OGH beim Wort und § 452 ABGB beim Normzweck, könnte man aus der Entscheidung – freilich nur aus der weitergedachten Begründung, der OGH sagt dazu nichts – auch die Konsequenz ziehen, dass die Publizität die Angabe des Sicherheitengläubigers nicht gebietet. Relevant ist ja nur, dass für Dritte erkenntlich ist, was dem Haftungsfonds nicht (mehr) zugehörig ist, nicht aber, wer jetzt darauf „Zugriff“ hat. Aus Publizitätsgesichtspunkten ist eine solche Einschränkung daher unschädlich.

Insgesamt ist die Asterix-E somit sehr bemerkenswert. Sie hinterfragt Althergebrachtes, bemüht sich intensiv um ein teleologisches Fundament, das bei der Korrektur von Fehlentwicklungen hilft, und tut sich auf diesem Fundament leicht, Kohärenz mit den sonstigen Fällen des § 452 ABGB herzustellen. Die in der Entscheidung oftmals gezogene Parallele zur Verpfändung von körperlichen Sachen durch Pfandzeichen erweist sich als besonders sinnvoll und fruchtbringend, weil sie Wertungswidersprüchen vorbeugt.

## 5. Zusammenfassung

In der Draufsicht zeigt sich, dass der OGH die Balance im Dreieck zwischen Gläubiger, Schuldner und Rechtsverkehr hält. Die Rsp zeigt weder einen zu ein-

[57] In *Klang*<sup>2</sup> II 436.

[58] Gemeint ist die Verpfändung, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht.

[59] Vgl zum „Erlöschen“ grundlegend die Lehre *Spielbüchlers* in Rummel<sup>3</sup> § 357–360 Rz 3, § 427 Rz 6, der ein Ruhen des Pfandrechts annimmt, diesem folgend *Eicher*, *Mobilienpfandrecht* 142. Das Pfandrecht kann wieder aufleben, aber: „Überrascht freilich ein Konkurs das Pfandrecht in einem solchen Ruhezustand, macht er ihm den Garaus.“ (*Spielbüchler*, ÖBA 1998/692); vgl *Wolkerstorfer*, *Pfandrecht* 102.

[60] Siehe auch schon OGH 14.11.1956, 7 Ob 569/56 und OGH 11.11.1954, 2 Ob 819/54.

[61] *Iro*, *Sachenrecht IV*<sup>5</sup> Rz 12/5; *Koch*

in KBB<sup>3</sup>, § 467 Rz 2; *Oberhammer/Domej* in ABGB-ON 1.01 § 467 Rz 12; *Sailer*, ÖBA 2001, 211; *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> § 357–360 Rz 3, § 427 Rz 6, § 428 Rz 2; *ders*, Anm zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998/692. Vgl auch *Hinteregger* in Schwimann<sup>4</sup> § 467 Rz 8; aA (verschuldensabhängig) noch in Schwimann<sup>2</sup> § 467 Rz 8. Diese Ansicht wurde in Österreich vor allem von *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327 unter Berufung auf die bekannte Antinomie zwischen § 451 und § 467 bekämpft.

[62] Dabei ist nicht zu sehen, wie zwischen der Verpfändung durch Zeichen und der Rückstellung der Pfandsache unterschieden werden kann. krit etwa jüngst *Oberhammer/Domej* in ABGB-ON 1.01 § 467 Rz 12. Für einen Gleichlauf mit gelockerten Publizitätsan-

forderungen *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327; für einen Gleichlauf im Sinne strenger Publizität *Spitzer*, JBI 2005, 699 ff.

[63] Dazu *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR IX/2<sup>2</sup> Rz 5/29.

[64] RIS-Justiz RS0108639; *Wolkerstorfer*, JBI 2011, 228.

[65] Zur bisher hA und der Kritik daran *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR IX/2<sup>2</sup> Rz 5/28.

[66] OGH 6 Ob 174/00g = JBI 2002, 182 (*Dullinger/Riedler*) = ÖBA 2001, 910 (*Karollus*).

[67] Vgl *Riedler*, ÖJZ 2011, 906.

[68] *Kaller*, *Sicherungssektion* 134 f.

[69] Dem Gesetz ist zum Buchvermerk freilich überhaupt wenig zu entnehmen.

seitigen Schuldnerschutz noch eine zu liberale Begünstigung des Gläubigers und trägt mit Blick auf den Rechtsverkehr dem österreichischen Publizitätskonzept Rechnung. Im Detail kann zusammenfassend gesagt werden:

**1.** Beim Eigentumsvorbehalt kommt der OGH dem Gläubiger durch eine großzügige Auslegung bei der Formulierung seiner Begehren entgegen. So wird das Risiko minimiert, nicht nur durch ungeschickte Forderungsschreiben, sondern sogar durch ungeschickte Klagebegehren die eigene Rechtsposition zu beeinträchtigen.

**2.** Das Konzept des *automatic stay* erfasst auch den Eigentumsvorbehalt. Die §§ 11, 25a, b IO verhindern je nach Stadium des jeweiligen Geschäfts entweder schon die Auflösung des Vertrages (zB durch Rücktritt) oder doch nach Auflösung die Aussonderung der Vorbehaltsware. Diese Sperrwirkung besteht für sechs Monate, wenn sonst die Fortführung des gemeinschuldnerischen Unternehmens gefährdet würde und nicht gravierende Beeinträchtigungen des Gläubigers dem entgegenstehen.

**3.** Beim Hypothekenrecht hat der OGH das Spannungsverhältnis zwischen Verkaufsvollmachten und den Regeln über die Pfandverwertung, das ja nicht neu ist, in Erinnerung gerufen. Die Gerichte prüfen eine Umgehung von § 1371 ABGB im Rahmen ihrer grundbuchsrechtlichen Prüfpflicht und haben so ein robustes Schutzkonzept etabliert, das nicht nur die Veräußerung, sondern schon vorgelagerte Anmerkungen verhindert. Wenn die Judikatur dabei noch Ecken und Kanten abschleift, wie etwa beim Nachweis der Vollmachtserteilung nach Fälligkeit, ist dieses Konzept auch in sich stimmig.

**4.** Schließlich hat sich bei der Sicherungszession gezeigt, dass der OGH Defizite in der Organisation des Schuldners – wie untaugliche Software – nicht zu Lasten des Gläubigers wirken lässt. Im Gegenteil, zu seinen Gunsten hat der OGH sogar die Anforderungen zum Buchvermerk gelockert. Dies mE systemkonform und teleologisch stimmig, zumal dabei die Interessen des Rechtsverkehrs nicht aus den Augen verloren werden. ♦

## Literaturverzeichnis

*Apathy / Iro / Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VIII/12 (2012).

*Bartsch / Pollak / Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> (2009).

*Bollenberger*, Anm zu OGH 1 Ob 2297/96t, ÖBA 1998, 798.

*P. Bydlinski*, Durchbrechung des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht? ÖJZ 1986, 327.

*Dullinger / Riedler*, Anm zu OGH 6 Ob 174/00g, JBl 2002, 182.

*Eicher*, Ausgewählte Probleme des Mobiliarpfandrechts (1999).

*Ertl*, Die Geheimpublizität der elektronischen Sicherungszession, JBl 2002, 197.

*Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditversicherungsrechts, GA zum 4. ÖJT (1970).

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung<sup>6</sup> (2011).

*Holzner*, Anm zu OGH 5 Ob 258/09s, wobl 2010, 232.

*Iro*, Sachenrecht IV<sup>5</sup> (2013).

*Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law (1986).

*Kaller*, Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität (2007).

*Kaller-Pröll*, Anm zu OGH 3 Ob 155/10f, ZIK 2011, 82.

*Kepplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz (2000).

*Kiechl*, Verkaufsvollmachten an Pfandgläubiger sind im Grundbuchsverfahren nunmehr praktisch wertlos, ecolex 2010, 742.

*Klang*, Kommentar zum ABGB<sup>2</sup> IV/2 (1978).

*Kletečka / Schauer*, ABGB-ON.

*Kodek / Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (2013).

*Kodek* (Hrsg), Kommentar zum Grundbuchsrecht – Ergänzungsband (2009).

*Koller*, Anm zu OGH 3 Ob 155/10f, EvBl 2011/92.

*Konecny / Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2007).

*Koziol / Bydlinski / Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>3</sup> (2010).

*Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966).

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II<sup>2</sup> (2008).

*Perner / Spitzer / Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> (2012).

*Reidinger*, Anm zu OGH 7 Ob 507/85, JBl 1986, 307.

*Riedler*, Anm zu OGH 3 Ob 155/10f, Zak 2011, 143.

*Riedler*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904.

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2000).

*Sailer*, Aktuelle Rechtsprobleme des Mobiliarpfandes, ÖBA 2001, 211.

*Scheuwimmer*, Anm zu OGH 3 Ob 155/10f, ecolex 2011, 521.

*Schwimann / Kodek*, ABGB Praxiskommentar II<sup>2</sup> (1998).

Schwimann, ABGB Praxiskommentar II<sup>4</sup> (2012).

*Spielbüchler*, Anm zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216.

*Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004).

*Spitzer*, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung. Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s, ÖBA 2005, 885.

*Spitzer*, Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 695.

*Spitzer*, Konkursfestigkeit und Publizität der Sicherungszession, Zak 2007, 47.

*Spitzer*, Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut, ÖBA 2013, 473.

*Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch II/RLG<sup>3</sup> (2012).

*Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>13</sup> (2010).

*Widhalm-Budak*, Anm zu OGH 8 Ob 94/09w, EvBl 2010/97.

*Wiesinger*, Anm zu OGH 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508.

*Wolkerstorfer*, Anm zu OGH 3 Ob 155/10f, ÖBA 2011, 401.

*Wolkerstorfer*, Zur Publizität bei der Verpfändung von Forderungen (1. Teil) JBl 2011, 225.

*Wolkerstorfer*, Das Pfandrecht des Unternehmers (2012).

