

Konkursfestigkeit und Publizität der Sicherungszession

OGH vom 30. 11. 2006, 6 Ob 116/05k = Zak 2007/80

Wann und wie lange eine Sicherungszession gültig ist, sind die für Praxis wie Wissenschaft zentralen Fragen dieses Rechtsinstituts. Der Beitrag beantwortet diese Fragen im Lichte einer grundlegenden aktuellen OGH-Entscheidung über Gültigkeitsvoraussetzungen und Konkursfestigkeit der Sicherungszession. Der Autor gibt dabei auch Ratschläge für die Vertragsgestaltung in der Praxis.

1. Entscheidungssachverhalt und Probleme

Die spätere Gemeinschuldnerin hatte 1995 eine Betriebsliegenschaft vermietet und die daraus resultierenden Mietzinsforderungen im Zuge einer Kreditaufnahme der nunmehr beklagten Bank 1999 zur Sicherung abgetreten. In den Geschäftsbüchern waren die Mieteinnahmen nicht erfasst, sodass kein Buchvermerk gesetzt, sondern der Mieter von der Abtretung verständigt wurde. Im April 2002 wurde der Konkurs eröffnet.

Die Entscheidung im vom Masseverwalter gegen die kreditgewährende Bank (Zessionar) geführten Verfahren ist eine wahre zessionsrechtliche Fundgrube. Der OGH beschäftigte sich eingehend vor allem mit der Gültigkeit der Sicherungszession (dazu unten Pkt 2. bis 4.) und den Auswirkungen der Konkurseröffnung auf die Sicherungsabtretung (dazu unten 5.).

2. Publizität der Zession

Gegen die Gültigkeit der Abtretung wurde vor allem eingewendet, die Sicherungszession hätte in den Geschäftsbüchern der Zedentin vermerkt werden müssen, eine Drittschuldnerverständigung habe wegen der Buchführungspflicht der Zedentin nicht ausgereicht.

Dieser Einwand lässt sich auf den OGH selbst zurückführen: Beginnend mit der Entscheidung 5 Ob 2155/96i hat der OGH nämlich immer wieder die früher einhellige Auffassung, dass zwischen Drittschuldnerverständigung und Buchvermerk gewählt werden könne, in Zweifel gezogen, die Tauglichkeit der Drittschuldnerverständigung bei Buchforderungen hinterfragt und obiter einen **Vorrang des Buchvermerks überlegt**¹⁾. Teile der Lehre haben sich dem angeschlossen²⁾.

Die Folge dieser Kette höchstgerichtlicher obiter dicta war neben einem begrüßenswerten Diskurs über die Publizitäts-

frage freilich auch die akute Bedrohung der Drittschuldnerverständigung. Wer setzt schon Publizitätsakte, deren Wirksamkeit der OGH bei jeder Gelegenheit bezweifelt³⁾? Umso erfreulicher ist daher die nun vorliegende Entscheidung, in der sich der OGH der Problematik eingehend widmet und die **Publizitätserfordernisse abschließend** erörtert.

Nach einem ausführlichen Referat der Rsp und Literatur⁴⁾ „sieht sich der erkennende Senat auch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht veranlasst, von der [...] ständigen Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegenden Auffassung abzugehen, wonach bei Buchforderungen die **Drittschuldnerverständigung** zur Übertragung der sicherungsweise abgetretenen Forderung auf den Zessionar **alternativ zum Buchvermerk** ein tauglicher Modus ist.“ Die Drittschuldnerverständigung ermögliche nach wie vor die verlässliche Feststellung der Sicherungszession. Mehr noch: „Angesichts der im Schrifttum geäußerten Kritik war schon die Meinung, es könnte zum Judikaturwandel kommen, riskant.“

Tatsächlich hat der OGH auch nie einen Fall wegen Subsidiarität der Drittschuldnerverständigung entschieden, sondern sich auf obiter dicta beschränkt. Trotzdem haben manche die Drittschuldnerverständigung schon voreilig für tot erklärt⁵⁾, sodass es wichtig ist, dass die neue Entscheidung Zweifel ausräumt: **Die Drittschuldnerverständigung war, ist und bleibt ein tauglicher Publizitätsakt bei der Sicherungszession.** Sie bewirkt Publizität dadurch, dass in der Person des Zessus eine Auskunftsquelle geschaffen wird, die am besten um das Bestehen einer Forderung und die Person des Gläubigers wissen muss und objektiv Auskunft geben kann. Weigert sich der Zessus, Auskunft zu erteilen, wird das Vertrauen eines vernünftigen Dritten zumindest erschüttert; gibt er falsche Auskünfte, kann er schadenersatzpflichtig werden (§ 1396 Satz 2).

3. Verständigung bei Zession zukünftiger Forderungen

An der Zulässigkeit der Drittschuldnerverständigung hätte man im vorliegenden Fall auch aus einem anderen Grund zweifeln können. Es handelte sich um die Sicherungszession künftiger Forderungen, bei der die Vorausverständigung von Teilen der Lehre – insbesondere im Gefolge *Iros* – für unzulässig gehalten wird⁶⁾. Der OGH konnte sich die Frage im konkreten Fall ersparen und hat – mE zutreffend und im Einklang mit seiner bisherigen Rsp – die Verständigung im konkreten Fall schon deshalb für zulässig erachtet, weil es sich nur um künftige Forderungen aus einer eindeutig identifizierten, ja sogar schon **bestehenden Geschäftsbeziehung** handelte.

Der Autor:

Dr. Martin

Spitzer

ist als Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien tätig. Er hat sich in seinen bisherigen Veröffentlichungen neben dem Kreditsicherungsrecht vor allem mit Fragen des Schuldrechts und des Erbrechts befasst.



Kontakt: martin.spitzer@univie.ac.at.

Publikationen:

Enteignung des Pfandbestellers durch das UGB? RdV 2006, 678; Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 695; Die Bankgarantie im österreichischen Recht, in: Graf von Westphalen/B. Jud, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr (2005) 385-426 (mit B. Jud); Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004).

Tatsächlich haben auch die Gegner der Vorausverständigung gegen die Abtretung einer Forderung aus einem bereits vorhandenen Dauerschuldverhältnis nichts einzuwenden, sie wenden sich gegen Globalisierungszessionen künftiger Forderungen⁷⁾. Dort ist mE auch wirklich Vorsicht geboten, Publizität durch Verständigung von Personen schaffen zu wollen, die noch nicht einmal als Schuldner „angelegt“ sind⁸⁾. Hat man erkannt, dass die durch die Verständigung bewirkte Publizität an der Person des Zessus als Auskunftsource hängt, liegen Bedenken nahe, wenn die Publizität durch eine un-

bekannte Auskunftsource geschaffen werden soll, die ein Gläubiger erst ausfindig machen müsste, um sich einen Eindruck über den Haftungsfonds des Zedenten zu verschaffen. Gefährdet wären Gläubiger, die im **Vertrauen auf künftige Forderungen** kreditieren⁹⁾. Das ist keineswegs praxisfern. Hat der Schuldner ein prall gefülltes Warenlager, besteht meist Hoffnung, dass er dieses ertragreich verkaufen kann; die daraus entstehenden Forderungen sind wiederum Haftungsfonds für dritte Gläubiger. Wenn nun schon die Verständigung eines bloß potenziellen Drittschuldners ausreicht, wird die Möglichkeit des Gläubigers, von der Zession zu erfahren, drastisch beschnitten, da er dazu zuerst alle Personen kennen müsste, die später Zessus sein könnten. Diese müsste er dann mit erheblichem Aufwand „abklappern“, um sich ein vollständiges Bild vom Haftungsfonds zu machen.

Dem kann man nicht entgegenhalten, der Gläubiger müsste den Geschäftspartner ja bei jeder Sicherungszession kennen, um Gewissheit über den Haftungsfonds erlangen zu können¹⁰⁾. Die Fälle sind verschieden: Wer auf eine schon existente Forderung vertraut, hat es in der Hand, sich Gewissheit zu verschaffen, eine angebliche Forderung ohne Schuldner ist dubios. Iro kritisiert aber gerade, dass es im Gegensatz dazu keineswegs dubios ist, auf künftige Forderungen zu vertrauen. Diese jüngst von Neumayr¹¹⁾ geteilten Bedenken, aus der Vorausverständigung eines unbekannten potenziellen Geschäftspartners Publizität zu konstruieren, erscheinen daher sehr gewichtig¹²⁾, die Diskussion nicht abgeschlossen¹³⁾.

4. Verständigung durch den Zessionar

Schließlich hätte man an einer wirksamen Verständigung Zweifel hegen können, weil sie durch den Zessionar erfolgte¹⁴⁾.

ME kommt es freilich grundsätzlich nicht darauf an, wer die Drittschuldnerverständigung vornimmt¹⁵⁾. Die Drittschuldnerverständigung darf nämlich nicht mit einem sachenrechtlichen Übertragungsakt verwechselt werden, der natürlich vom Vormann gesetzt werden müsste. Die Notwendigkeit der Drittschuldnerverständigung ergibt sich dementsprechend nicht aus dem Moduserfordernis des § 380 ABGB, sondern allein aus dem Aspekt des Gläubigerschutzes. Zweck ist, dem Zessus Gewissheit über die Tatsache der Zession zu verschaffen, damit er interessierten Dritten Auskunft geben kann. Wenn dies einem vertrauenswürdigen Zessionar (zB der Hausbank des Zedenten) gelungen ist, besteht kein Grund, die Publizität zu verneinen. Angenehmer Nebeneffekt für den Zessionar ist dabei, dass er nicht auf die Mitwirkung des Zedenten angewiesen ist, sondern sein **Vorrecht allein begründen** kann.

Der OGH hielt die Verständigung durch den Zessionar jedenfalls schon deshalb für zulässig, weil Zedentin und Zessionar im Kreditvertrag vereinbart hatten, dass der Zessionar die Verständigung übernehmen sollte. **Für die Praxis empfiehlt sich daher, in der Zessionsvereinbarung den Passus aufzunehmen, dass die Verständigung des Drittschuldners durch den Zessionar erfolgen kann.**

5. Konkursfestigkeit

Geht man von der Gültigkeit der Sicherungszession aus, stellt sich die Frage nach der Auswirkung der Konkursöffnung.

Forderungen eines Gemeinschuldners sind grundsätzlich Forderungen der Konkursmasse. Hat der Gemeinschuldner einzelne Forderungen bereits – anfechtungsfest – abgetreten, sind sie aus seinem Vermögen ausgeschieden und fallen nicht in die Masse. Die Abtretung zukünftiger Forderungen ist jedoch ein Sonderfall: Es werden Forderungen abgetreten, die noch nicht entstanden sind. Da die Abtretung erst wirkt, wenn es auch eine Forderung gibt, ist die Zession künftiger Forderungen ein **Rechtserwerb in Etappen**. Es stellt sich daher die Frage, wie weit die Sicherungszession „in den Konkurs hineinreicht“.

Der OGH folgt der von Koziol begründeten Ansicht, die **Abtretung einer dem Grunde nach schon vorhandenen (angelegten) künftigen Forderung** sei konkursfest, wenn diese Forderung dann auch tatsächlich **einredefrei entsteht**¹⁶⁾.

Im konkreten Fall der Abtretung zukünftiger Mietzinsforderungen hätte man eine Analogie zu § 1102 überlegen können, nach dem die Wirkung von Bestandzinsvorauszahlungen dadurch eingeschränkt wird, dass sie späteren Hypothekargläubigern und Erwerbern der Liegenschaft gegenüber unwirksam sind. § 1102 wird nach hA auf Vorauszessionen sinngemäß angewendet¹⁷⁾. In beiden Fällen geht es jedoch um den Schutz dritter Erwerber.

Daraus lässt sich für den Konkurs aber nichts gewinnen, bei dem es nicht um Verkehrsschutz, sondern um die Verteilung der Masse geht.

Der Zessionar steht im Konkurs daher besser als bei einer Veräußerung der Bestandsache.

Koziol weist auf diese Diskrepanz hin¹⁸⁾. Auf Grund der verschiedenen Interessenlagen ist diese Verschiedenbehandlung aber nicht durch eine Analogie zu § 1102

zu beseitigen, sondern mit *Koziol* und dem OGH davon auszugehen, dass die Vorausabtretung konkursfest war¹⁹⁾.

Hinweise & Anmerkungen

- 1) 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*, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung. Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s, ÖBA 2005, 886.
- 2) *Iro*, EDV-Buchhaltung: Anforderungen an den Zessionsvermerk, RdW 1998, 5; *Wilhelm*, Anm zu OGH in *ecolex* 1998, 24; *Riedler*, Gedankensplitter zur aktuellen Judikatur rund um Sicherungszessionen, ÖBA 2000, 583.
- 3) Kritik schon bei *Koziol*, Anm zu OGH in ÖBA 2004/1233 (Punkt 7); *Spitzer*, ÖBA 2005, 886 f.
- 4) Aus der Reihe der Befürworter vor allem *Karollus*, Anm zu OGH in ÖBA 1998, 392 (395); ÖBA 1999, 331; aber auch *Zepke*, Kein wirksamer Zessionsvermerk bei Nichtaufscheinen in den OP-Listen? ZIK 1998, 19; *Ertl*, Die Geheimpublizität der elektronischen Sicherungszession, JBL 2002, 197; zuletzt *Lurger*, Die Zession im sachenrechtlichen Übertragungssystem des ABGB, FS Welser

- (2004) 639; *Neumayr* in KBB § 1397 Rz 7 und *Spitzer*, ÖBA 2005, 886.
- 5) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² 120.
- 6) *Iro*, Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357; *Koziol*, Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745 FN 4; *Borns*, Das Schicksal der Ab- und Aussonderungsrechte an Lohn-einkünften im Konkurs, ÖBA 1995, 443; *Neumayr* in KBB §§ 1395, 1396 Rz 2; aA *Karollus*, ÖBA 1999, 334.
- 7) Vgl *Koziol*, Anm zu OGH in ÖBA 1997, 207, der meint, die Drittschuldnerverständigung sei nur möglich, wenn der künftige Drittschuldner schon vorher feststeht.
- 8) Vgl dazu OGH in SZ 71/154, mit Tendenz, die Zulässigkeit zu bejahen.
- 9) *Iro*, RdW 1989, 357.
- 10) So aber *Beig*, Die Zession künftiger Forderungen (Diss Wien, 2006) 111.
- 11) In KBB §§ 1395, 1396 Rz 2.
- 12) Zur Zulässigkeit eines Buchvermerks OGH in ÖBA 1999, 382 (*Karollus*); vgl aber noch SZ 71/154.
- 13) Interessant ist die Einschränkung des OGH in RdW 2003/158, dass eine

Vorausverständigung von Geschäftspartnern als mögliche Drittschuldner naturgemäß nur dann erfolgen könne, wenn sie als potenzielle künftige Geschäftspartner in Frage kämen. Dies spricht gegen eine schrankenlose Vorausverständigung.

- 14) Vgl *Honsell/Heidinger* in *Schwimann*² § 1395 Rz 2; OLG Wien in ÖBA 1999, 650 (krit *Lukas*).
- 15) *Karollus*, Anm zu OGH in ÖBA 1998/706; *Lukas*, Anm zu OLG Wien in ÖBA 1999, 662; ausf *Spitzer*, ÖBA 2005, 889 mwN; so nunmehr auch *Heidinger* in *Schwimann*³ § 1392 Rz 30; OGH in EvBl 1991/133.
- 16) *Koziol*, ÖBA 1998, 745; diesem folgend *Beig*, Zession 139 ff.
- 17) *Koziol*, ÖBA 1998, 756 f; aA *Beig*, Zession 123 f; OGH in SZ 63/232 (zur Zwangsverwaltung).
- 18) *Koziol*, ÖBA 1998, 757 f.
- 19) Vgl dazu noch die Ausführungen des OGH zur Anwendbarkeit von § 24 KO über Mietzinsvorauszahlungen auf die Vorauszession.

Lit: *Iro*, Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357; *Koziol*, Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745; *Karollus*, Aktuelle Probleme der Sicherungszession, ÖBA 1999, 327; *Spitzer*, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Personenidentität. Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s, ÖBA 2005, 885.

Impressum:

Herausgeber und Verleger (Medieninhaber): LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 1030 Wien, Marxergasse 25, Tel. 534 52-0, Fax DW 140 (Redaktion) – Geschäftsführung: Mag. Peter Davies, MBA – Abonentenservice: Michaela Kawan-Cigic (DW 1008, Fax DW 141) – Anzeigen: Mark Evans (DW 1116, Fax DW 141) – Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2007 – Verlags- und Herstellungsort: Wien – Die Zeitschrift erscheint 22-mal im Jahr – Einzelheftpreis 2007: € 10,-; Jahresabonnement 2007: € 109,- inkl. 10 % MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten – Bankverbindungen: Postsparkasse 710610; Raiffeisenlandesbank 494.849 – Abbestellungen sind nur zum Jahresschluss möglich, wenn sie spätestens 1 Monat vorher bekannt gegeben werden – Layout (Covergestaltung): Philipp Stöhr – Druck: Prime Rate GmbH, Megyeri út 53, H-1044 Budapest.

Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden.

Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) in allen Sprachen ein.

Mit der Einreichung von Beiträgen von Arbeitsgruppen leistet der Einreichende dafür Gewähr, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem vom Verlag geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Aufgrund der Honorierung erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres (§ 36 UrhG). Für die Verwertung durch Datenbanken gilt dieser