

# Sicherungszession und Drittschuldner- verständigung bei Wissenszurechnung

## Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s

Martin Spitzer

**Der OGH hat kürzlich entschieden, daß die Drittschuldnerverständigung als Publizitätsakt für die Verpfändung oder Sicherungszession von Forderungen ein nach außen tretendes Zeichen erfordert und daher die faktische Kenntnis des Zessus von der Abtretung, die er durch die Zurechnung von Organwissen erlangt hat, nicht ausreicht. Der Beitrag untersucht kritisch das der Entscheidung zugrundeliegende Verständnis der Drittschuldnerverständigung und kommt zum Ergebnis, daß diese formfrei auch durch Wissenszurechnung erfolgen kann, entscheidend ist die Schaffung einer Auskunftsöglichkeit in Gestalt des Zessus (§ 452 ABGB). Dabei wird auch untersucht, wer die Verständigung wirksam vornehmen kann. Außerdem wird auf das Sonderproblem des „befangenen“ Drittschuldners, der ein besonderes Naheverhältnis zum Zedenten hat, eingegangen und die Zulässigkeit der Drittschuldnerverständigung wegen der Haftung des Zessus nach § 1396 ABGB auch in diesen Fällen bejaht.**

Stichwörter: §§ 427, 452, 943, 1396 ABGB; Sicherungszession; Drittschuldnerverständigung; Buchvermerk; Wissenszurechnung; Verpfändung durch Zeichen; Verpfändung von Forderungen; Zessus; Vertrauenshaftung; Anerkenntnis.

JEL-Classification: G 21, K 12.

In a recent decision the Austrian Supreme Court held that notification of the third party debtor as a requirement for the assignment or pledge of claims for security has to be an act which can be perceived by the public. Factual knowledge of the third party debtor of the assignment or pledge is not sufficient. This paper analyses the understanding of the function and reason of the notification requirement that underlies this decision. It

concludes that the notification of a third party debtor can be informal and that attribution of knowledge is indeed sufficient. The criterion to be met is that the third party debtor is enabled to provide information to third parties (mainly creditors of the assignor/pledgor) about the assignation or pledge of the claim against him (section 452 Austrian Civil Code). Hence it is irrelevant whether notification is attended to by the assignor/pledgor or the assignee/pledgee. The paper also deals with third party debtors that are biased because of, e.g. economic or other, ties with the assignor/pledgor. It comes to the conclusion that the assignment or pledge by means of notification of the third party debtor is nonetheless admissible because of the debtor's liability arising from section 1396 Austrian Civil Code.

### 1. Einleitung und Problemstellung

Die Verpfändung, aber auch die Sicherungszession [1] von Forderungen ist gemäß § 452 ABGB [2] an einen Publizitätsakt gebunden. Dieser besteht entweder in der Verständigung des Drittschuldners oder (bei buchführungspflichtigen Sicherheitenbestellern) auch in einem Vermerk in den Geschäftsbüchern.

In manchen Konstellationen kann auf die Drittschuldnerverständigung nach Lehre und Rechtsprechung allerdings verzichtet werden, da sie keinen Sinn hätte; so, wenn Pfandgläubiger und Drittschuldner identisch sind [3], was bei der Verpfändung von Ansprüchen des Bankkunden gegen die Bank an diese selbst der Fall ist [4]. Eine Verständigung ist dabei nicht erforderlich, „da das Kredit-

[1] Zur analogen Anwendung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften auf die Sicherungszession siehe nur *Koziol / Welser*; *Bürgerliches Recht*<sup>12</sup> I 120.

[2] In der Folge sind Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des ABGB.

[3] Hier kommt in Anbetracht des § 1445 freilich nur die Verpfändung in Frage.

[4] Ein Fall des *pignus debiti*; dazu *Oert-*



Photo: privat

Univ.-Ass. Dr. Martin Spitzer, Institut für Zivilrecht, Universität Wien; e-mail: martin.spitzer@univie.ac.at

institut als Schuldner ohnedies von der Verpfändung Kenntnis hat und daher interessierten Dritten darüber Auskunft geben kann. Der Drittschuldnerverständigung kommt hier somit keine Funktion zu“ [5], das Sicherungsgeschäft ist ausreichend publik und damit wirksam.

### 2. Anlaßfall

Der OGH hatte sich in einem Anfechtungsprozeß zu 4 Ob 100/04s [6] mit einer anderen Konstellation zu beschäftigen, bei der die Notwendigkeit der Drittschuldnerverständigung releviert wurde. Die M-KEG trat ihre Forderung gegen die M-GmbH der (nunmehr beklagten) Bank zur Sicherung ab. Ein Buchvermerk wurde nicht gesetzt, eine gesonderte Verständigung der GmbH durch die KEG erfolgte ebenfalls nicht, allerdings war der Komplementär, der die KEG bei der Abtretung vertrat, gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH. Zur Gültigkeit der Sicherungszession meinte der OGH, dieser Fall sei nicht mit der

*mann*, AcP 8, 61.

[5] *Iro* in *Iro / Koziol*, ABB-Kommentar Z 49 Rz 9; so zum deutschen Recht auch *Wiegand* in *Staudinger*, BGB § 1280 Rz 5; *Damrau* in *MüKo VI* § 1280 Rz 7; *Reichsgericht* in *RGZ* 116, 198.

[6] OGH vom 6. 7. 2004 in *ÖBA* 2004/1233 mit Anm von *Koziol* = *EvBl* 2005/40 = *ecolex* 2004/439 = *ZIK* 2005, 97.

eben referierten Konstellation zu vergleichen, wo Drittschuldner und Pfandgläubiger identisch sind, da dort nur zwei Rechtssubjekte (Bank und Bankkunde), im gegenständlichen Fall allerdings drei (Bank, KEG, GmbH) beteiligt seien. KEG und GmbH seien als selbständige Rechtssubjekte nur insoweit „identisch“, als ein und dieselbe Person bei beiden Organfunktion habe. „Keinesfalls kann das bloße Wissen einer Person, die Organstellung zugleich beim Drittschuldner (hier: M-GmbH) und beim Pfandbesteller (hier: Gemeinschaftsdnerin) besitzt, auszeichnen (gemeint wohl: ausreichen), um die erforderliche Publizität herzustellen.“ Das bloße Wissen dieser Person sei nämlich kein nach außen in Erscheinung tretendes Zeichen, wie es von § 452 gefordert würde, die Sicherungszession daher mangels Publizität unwirksam.

Für den OGH waren offenbar zwei Aspekte maßgebend: die Anzahl der beteiligten Rechtssubjekte einerseits und das „Erscheinungsbild“ der Drittschuldnerverständigung andererseits. Ausgehend vom Problem der Wirksamkeit der Sicherungszession im vorliegenden Fall, stellen sich einige grundsätzliche Fragen der Publizität durch Drittschuldnerverständigung. Das Folgende bezieht sich sowohl auf die Sicherungszession als auch auf die Verpfändung von Forderungen.

### 3. Stellungnahme

#### 3.1. Publizitätserfordernis

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen wird durch körperliche Übergabe erworben (§ 451): wenn die Übergabe untunlich – oder wie bei Forderungen unmöglich [7] – ist, bedarf die Verpfändung nach hA eines Zeichens, „woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann (§ 452)“ [8]. Welche Zeichen das bei Rechten sein sollen, regelt das ABGB nicht [9], nach hA bedarf es entweder der Verständigung des Drittschuldners oder bei Buchforderungen alternativ des Buchvermerks [10]. Nach wie vor spielt der OGH bei Buchforderungen mit dem Gedanken eines Primats des Buchvermerks vor der Drittschuldnerverständigung [11]. Es gibt bisher allerdings entgegen dem von der Literatur bisweilen erweckten Eindruck [12] keine Entscheidung, die dies ausdrücklich sagt. Der OGH hat die Frage, ob bei buchführungspflichtigen Zedenten nur der Buchvermerk ausreichende Publizität bietet, bisher stets offen gelassen. *Erstmals* hat der 3. Senat [13] in einem offenbar bewußt aufgenommenen obiter dictum [14] in der Entscheidung 5 Ob 2155/96i [15] die hA in *Zweifel gezogen*, daß die *Drittschuldnerverständigung bei Buchforderungen ein tauglicher Publizitätsakt* sei; in der Entscheidung 1 Ob

406/97f [16] hat der 1. Senat – ebenfalls obiter – Sympathie für diesen Standpunkt erkennen lassen [17] und diese – freilich überzeichnend – bei nächster Gelegenheit wieder obiter in 1 Ob 308/98w [18] und 1 Ob 290/00d [19] bekräftigt; der 6. Senat hat in 6 Ob 174/00g die Tendenz bestätigt [20], der 8. Senat hat in 8 Ob 4/04b und 8 Ob 55/04b [21] gleichgezogen; zuletzt wurde die Frage explizit in der hier behandelten Entscheidung offengelassen [22].

Eine Nachprüfung zeigt, daß *bisher noch kein Fall* aufgrund vermeintlicher Subsidiarität der Drittschuldnerverständigung *entschieden* wurde. Man kann daher annehmen, daß die *Drittschuldnerverständigung noch immer ein tauglicher* – wenn auch durch den OGH gefährdeter – *Publizitätsakt* ist. Findet sie statt, ist die Sicherungszession oder Verpfändung – unabhängig von einer allfälligen Buchführungspflicht des Zedenten – gültig zustandegekommen [23]. Wie auch immer sich der OGH letztendlich entscheidet, wäre es wünschenswert, dies bald zu tun. Der in Lehre und Rechtsprechung durch die Ausgangsentscheidung eingeleitete, begrüßenswerte Diskurs scheint weit genug gediehen, nunmehr wäre es an der Zeit, endgültig Stellung zu beziehen, um die Rechtsunsicherheit in der Praxis zu beenden [24]. Wer traut sich schließlich, einen

[7] Eine Übergabe ist allerdings bei Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren möglich und auch erforderlich, siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 342 f.

[8] Zur Subsumtion von Forderungen unter § 452 siehe *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 228 ff; OGH in SZ 11/15.

[9] Die Regelungen zum Rechtspfand sind überhaupt dürftig, vgl auch *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 225 ff.

[10] *F. Bydlinki* in *Klang<sup>2</sup> IV/2*, 690 FN 895a; *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 342 f; zuletzt *Neumayr* in *KBB*, § 1392 Rz 7; *PIB SZ* 11/15; *SZ* 46/24; *JBl* 1981, 542.

[11] Dazu *Sailer*, *ÖBA* 2001, 215 ff; *Riedler*, *JBl* 2002, 194; *Ertl*, *JBl* 2002, 197. Man vergleiche dagegen noch OGH in *JBl* 1986, 235, durch den Buchvermerk könne „der Modus der Verständigung des übernommenen Schuldners ersetzt werden“.

[12] Vgl *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 120.

[13] Die Diskrepanz zwischen Geschäftszahl und entscheidendem Senat ist nach *Sailer*, *ÖBA* 2001, 216 auf eine Änderung in der Geschäftsverteilung zurückzuführen.

[14] „Berücksichtigt man nun den Zweck der Publizitätsvorschrift des § 452 ABGB, nämlich (potentiellen) Gläubigern des Sicherungsgebers das Ausscheiden der abgetretenen Forderung aus dem Haftungsvermögen desselben erkennen zu lassen, dann erscheint es bei derartigen Buchforderungen überaus fraglich, ob tatsächlich die eine bloß schriftliche Verständigung des Schuldners als ausreichend anerkennende Ansicht (...) aufrecht erhalten werden kann.“

[15] *JBl* 1998, 105 (*Michor*) = *ÖBA*

1998/706 (*Karollus*) = *ZIK* 1998, 33 (*Zepke*, 19) = *ecolex* 1998, 22 (*Michor / Wilhelm*) = *EvBl* 1998/64; vgl dazu auch *Iro*, *RdW* 1998, 5; *Schulyok* in *Konecny / Schubert*, Insolvenzgesetz § 48 KO Rz 267 ff.

[16] OGH in *SZ* 71/154 = *ÖBA* 1999/726 (*Karollus*, 327) = *ZIK* 1999, 32 (*Zepke*, 16) = *RdW* 1999, 20 = *HS* 29.298.

[17] „Im hier strittigen Fall ist auf die in der genannten Entscheidung mit gewichtigen Argumenten vorgetragene Bedenken gegen die bisherige Rechtsprechungslinie nicht weiter einzugehen.“

[18] „Während früher die Auffassung vertreten wurde, dieser Publizitätsakt könne entweder in der – hier fehlenden – Vormerkung der Abtretung der Forderungen in den Büchern der nachmaligen Gemeinschaftsdnerin oder in der Verständigung des Drittschuldners durch Anbringung eines Zessionsvermerks auf der jeweiligen Rechnung von der Zession als deren Offenlegung bestehen (...), wird nun die Ansicht vertreten, wirksamer Publizitätsakt könne bei Buchforderungen nur die Vormerkung der Abtretung der Forderungen in den Büchern des Gemeinschaftsdners sein.“

[19] „Zur wirksamen Sicherungszession offener Buchforderungen (eines buchführungspflichtigen Kaufmanns – die kl Partei und die NI sind Formkaufleute) wird von der Entscheidung 5 Ob 155/96i (richtig: 5 Ob 2155/96i) wengleich obiter – ein entsprechender Vermerk in den Geschäftsbüchern des Zedenten verlangt, und zwar auch bei einer Buchführung mit Datenträgern. Die Frage, ob dies der einzige Modus sein kann, stellt sich hier nicht.“ *JBl* 2002, 187.

[20] „Die Tendenz der jüngeren ober-

gerichtlichen Rsp geht dahin, die bisher für ausreichend empfundene Drittschuldnerverständigung nicht mehr genügen zu lassen und für eine wirksame Publizität auch oder nur den Buchvermerk zu verlangen.“ *JBl* 2002, 182 (*Dullinger / Riedler*) = *ÖBA* 2001/997 (*Karollus*) = *RdW* 2001, 76 = *ZIK* 2001, 70 = *ecolex* 2001, 39.

[21] „Und kommt das Pfandrecht durch den Publizitätsakt, der bei nicht verbücherten Forderungen in der Verständigung des Drittschuldners erblickt wird, gültig zustande.“

[22] „Der in § 452 ZPO (gemeint wohl: ABGB) verwendete Begriff des Zeichens verlangt begriffsnotwendig ein nach außen hin in Erscheinung tretendes und damit sinnlich wahrnehmbares Verhalten. Ob diesem Erfordernis eine (allenfalls auch nur mündlich erfolgte) Drittschuldnerverständigung, an der zwei Personen beteiligt sind, genügt, kann offen bleiben.“

[23] Daran sollte auch festgehalten werden. Daß der Buchvermerk kein Allheilmittel ist und welche Probleme das Erfordernis des Buchvermerks bei Buchforderungen mit sich brächte, haben unter anderem *Karollus*, *Anm zu OGH in ÖBA* 1998/706; *ders.*, *ÖBA* 1999, 327 und *Ertl*, *JBl* 2002, 197 aufgezeigt.

[24] *Koziol*, *Anm zu OGH in ÖBA* 2004/1233 (unter Pkt 7) hat zuletzt – ebenfalls im Zusammenhang mit dieser Entscheidung – darauf hingewiesen, daß die Praxis durch die lang andauernde Ungewißheit belastet würde, konstatiert aber, das Höchstgericht scheine „immerhin auf etwas größere Distanz zu jener Meinung zu gehen, die eine Drittschuldnerverständigung für unzureichend hält“.

Modus zu setzen, von dem der OGH bei jeder Gelegenheit verkündet, es sei sehr ungewiß, ob er hinreiche?

Es geht bei der Drittschuldnerverständigung um die *Offenkundigkeit der Sicherheit*. § 452 will es Dritten (Gläubigern des Zedenten oder Pfandbestellers) ermöglichen, die Verpfändung „leicht und sicher“ festzustellen [25], sie sollen nicht auf einen Haftungsfonds vertrauen, aus dem sie sich gar nicht befriedigen können. Die Vorstellung geht dahin, daß der Drittschuldner nach Verständigung auf Fragen über die Verpfändung oder Übertragung der Rechtszuständigkeit Auskunft geben kann. Daß die Drittschuldnerverständigung damit nicht dieselbe Publizität erreicht, wie sie das Faustpfandprinzip bei beweglichen körperlichen Sachen oder die Intabulation bei Liegenschaften gewährleisten, liegt auf der Hand [26], es fehlt aber – klammert man die Diskussion um den Buchvermerk hier aus, dessen tatsächliche Publizität auch nicht überschätzt werden sollte [27] – an Alternativen. Mangels „Besitzes“ einer Forderung ist Klarheit für den Dritten nur erzielbar, wenn er entweder den Gläubiger oder den Schuldner einer Forderung fragt. Vor diese Wahl gestellt, ist evident, daß der Gläubiger als Auskunftsperson der Falsche wäre, verlässliche Erkenntnisse lassen sich nur vom Schuldner erlangen [28].

### 3.2. Befangenheit des Zessus als Ausschluß für die Drittschuldnerverständigung?

Der Gültigkeit der Sicherungszession könnte im vorliegenden Fall freilich ein weiterer Grund entgegenstehen, den der OGH allerdings nicht erörtert hat: Die Drittschuldnerverständigung wird – wie erwähnt – als tauglicher Publizitätsakt angesehen, weil der Zessus die verlässlichere Auskunftsperson als der Zedent ist. Dieser könnte dazu neigen, seine Vermögenslage besser darzustellen als sie ist. Es kann nicht geleugnet werden, daß im konkreten Fall durch die doppelte Organstellung bei Zedent und Zessus die Gefahr, daß der Zessus dem Zedenten durch eine Falschaussage gegenüber Dritten den Anschein besserer Bonität verschaffen will, abstrakt größer ist als im Normalfall. Dies rechtfertigt mE allerdings nicht, die Drittschuldnerverständigung nicht zuzulassen. Erstens wäre dagegen einzuwenden, daß die Forderung bei nicht buchführungspflichtigen

Sicherheitenbestellern sonst gar nicht mehr als Mittel der Kreditbeschaffung eingesetzt werden könnte [29]. Zweitens besteht ein großes Schutzbedürfnis des Dritten, dem eine ungebührlich schwere Last auferlegt würde, wenn das Zustandekommen der Sicherungszession von internen Verhältnissen und Verflechtungen zwischen Zedent und Zessus abhängig gemacht würde, obwohl der Dritte in diese Beziehungen regelmäßig keinen Einblick haben wird. Schließlich ist ein Gläubiger vor der Gefahr einer Falschaussage des Zessus ohnehin nie gefeit. Seine eben nur typisch gegebene Objektivität ist dementsprechend auch nur ein Grund für das Abstellen auf die Aussage des Zessus.

§ 1396 stellt der Hoffnung auf Ehrlichkeit des Zessus bei seinen Auskünften über den Bestand der Forderungen allerdings auch eine *wirkungsvolle zessionsrechtliche Sanktion* zur Seite. „Hat er die Forderung gegen den redlichen Übernehmer für richtig erkannt, so ist er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen.“ Der Grundfall dieser Norm ist, daß der Zessus im Zuge einer Abtretung dem Neugläubiger erklärt, daß die gegenständliche Forderung gegen ihn wirklich besteht. Ist das entgegen seiner Erklärung nicht der Fall, soll er eben verbunden sein, den Dritten „als seinen Gläubiger zu befriedigen“. Strittig sind immer noch – wohl wegen der „ausgesuchten Dunkelheit“, die *F. Bydlinski* der Vorschrift attestiert [30] – der Inhalt dieses Anspruchs (gutgläubiger Forderungserwerb oder schadenersatzrechtliche Haftung), der dafür erforderliche Grad des Verschuldens und die dogmatische Begründung [31]. Geht man mit der nunmehr überwiegenden Meinung vom Konzept einer *Auskunftshaftung kraft Rechtsscheins* aus, bei der der Vertrauensschaden ersetzt wird, wird der Gläubiger über den Umweg des Schadenersatzrechts so gestellt, wie er bei wirksamer Abtretung gestanden wäre. Eine falsche Auskunft des Zessus führt zu einem Anspruch des „Zessionars“ gegen ihn [32].

Dasselbe gilt, wenn nach einer gültigen Sicherungszession, für die ein „befangener“ Zessus publizitätswirksame Auskunftsstelle sein soll, dieser einem „späteren“ potentiellen Sicherungszessionar erklärt, die Forderung des Zedenten gegen ihn bestehe (noch). Auch hier kommt es zur Haftung des Zessus. Daß

der „verhinderte“ Zessionar dadurch kein konkursfestes dingliches Sicherungsrecht hat, darf dabei nicht verwundern: Das Insolvenzzisiko des Drittschuldners hätte er ohnehin zu tragen gehabt. Die durch die Drittschuldnerverständigung gewährte Publizität wird daher durch § 1396 vervollständigt, weil es zur Haftung kommt, wenn der Zessus den Bestand der Forderung wahrheitswidrig bestätigt. Daher wird durch § 1396 aber zumindest das Risiko seiner Befangenheit ausgeglichen.

Allerdings ist diese Sanktion nur im allgemeinen Zessionsrecht positiviert – dort auch nicht mit dem Hintergedanken der Sicherungszession –, für das *Pfandrecht an Forderungen* gibt es *keine vergleichbare Anordnung*. Soweit ersichtlich, wird eine analoge Anwendung nicht vertreten. Allerdings wäre es nicht gerechtfertigt, danach zu unterscheiden, ob der dritte Gläubiger sich die nicht (mehr) bestehende Forderung verpfänden oder zur Sicherung abtreten läßt, so daß die Sanktion dieselbe sein muß. Sieht man § 1396 nur als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, wird es nicht weiter schwer fallen, auch beim Pfandrecht zu diesem Ergebnis zu kommen. Versteht man allerdings § 1396 als spezifisch zessionsrechtliche Norm, spricht in Anbetracht der Verwandtschaft der Sachverhalte viel für eine analoge Anwendung. Daraus ergibt sich wiederum die Antwort auf die Frage, ob die mangelnde Objektivität des Drittschuldners dazu führen kann oder gar muß, daß eine Drittschuldnerverständigung nicht publizitätswirksam ist. In Anbetracht des stets bestehenden Risikos einer falschen Information durch den Drittschuldner und der Sanktion in § 1396 besteht keine Notwendigkeit, die Drittschuldnerverständigung beim „befangenen“ Drittschuldner nicht als ausreichend anzusehen. Dies ergibt sich daraus, daß § 1396 im Detail zwar umstritten ist, eine Haftung in den hier relevanten Konstellationen allenfalls zu befürchtender wissentlicher Falschauskünfte aber ganz zweifellos nach jedem Ansatz eintritt: Die wissentliche Irreführung führt zwangsläufig nach jeder Theorie zu einer Haftung des Drittschuldners.

### 3.3. Funktion der Drittschuldnerverständigung

Der klassische Lehrbuchsatz lautet, dem Publizitätserfordernis des § 452

[25] OGH in SZ 11/15; SZ 67/78; EvBl 1997/121.

[26] So auch *Demelius*, Pfandrecht 265.

[27] Siehe bei FN 23.

[28] Vgl *Ehrenzweig*, System<sup>2</sup> I/2 436; *Koziol*, Anm zu OGH in ÖBA 2004/1233 (unter Pkt 7); zur Befangenheit des Zessus

siehe sogleich.

[29] Es sei denn, man hielte die Drittschuldnerverständigung nur dann für untauglich, wenn es sich um Buchforderungen handelt, was freilich etwas eklektizistisch wirkt.

[30] *F. Bydlinski* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 400.

[31] Vgl *Peter Doralt*, Anm zu OGH in ZfgG 1971, 402; *Rummel*, Anm zu OGH in ÖBA 1992/308; *Popp*, Schuldanerkenntnis (2001); *Lukas*, Synallagma 191 f.

[32] Vgl zum Erfordernis konkreter Dispositionen des Dritten *Karollus*, ÖBA 1999, 329.

werde durch die Drittschuldnerverständigung genüge getan. Daraus scheint der OGH im Anlaßfall abzuleiten, daß gerade die Verständigung die Publizität darstelle und verlangt konsequent im vorliegenden Fall von der Drittschuldnerverständigung, sie müsse als „Zeichen“ begriffsnotwendig ein nach außen tretendes und damit sinnfälliges Verhalten sein, bloßes Wissen aufgrund Personenidentität reiche nicht. Daß eine Verpfändung durch Zeichen nach außen treten und erkennbar sein muß, ist in Anbetracht ihres Publizitätszweckes selbstverständlich. Kann zB eine große Maschine nicht körperlich übergeben werden und wird sie durch Anbringung einer Tafel verpfändet, muß dieses Zeichen selbstverständlich wahrnehmbar sein, weil es sonst keinen Sinn hätte. Daraus rechtfertigt die überwiegende Ansicht auch, daß bei nachträglicher Entfernung der Zeichen das Pfandrecht erlöschen soll [33].

Daß bei der Verpfändung von Forderungen allerdings ausgerechnet die Verständigung das Zeichen, mithin der sinnfällige Akt sein müßte, wovon der OGH offenbar ausgeht, trifft nicht zu [34]. Die Verständigung des Drittschuldners bewirkt für sich genommen keinerlei Publizität. Eine telephonische oder elektronische Nachricht ist für Dritte nicht wahrnehmbar, aber auch eine briefliche Verständigung tritt nicht nach außen. Selbst wenn die Verständigung zu den Akten genommen oder sonst evident gehalten wird, ist sie nicht wahrnehmbar, weil der Drittschuldner – wie auch schon *Koziol* feststellt – üblicherweise Dritten keinen Einblick in seine Buch-

haltung gewährt [35]. Man kann daher für die Publizität bei der Drittschuldnerverständigung nicht den Verständigungsakt als relevant ansehen, sondern nur – wie schon ausgeführt – die durch die Verständigung bewirkte Möglichkeit, Auskunft vom Drittschuldner zu erhalten [36]. In diesem Sinne meinte schon *Demelius* prägnant: „Sie wirkt Publizität insofern, als jeder, der dieselbe Forderung etwas später erwerben, oder sich verpfänden lassen will, die frühere Verpfändung durch Erkundigung beim Drittschuldner erfahren kann.“ [37]

### 3.3.1. Besondere Erfordernisse

Sollte es nur darum gehen, daß der Drittschuldner verlässlich Bescheid weiß, erscheint es plausibel, an die Kenntnis des Zessus (also den durch die Verständigung bewirkten Erfolg) anzuknüpfen, aber an die Verschaffung dieses Wissens keine besonderen Anforderungen hinsichtlich der Form oder des Erscheinungsbildes zu stellen [38].

Im Fall der Drittschuldnerverständigung zur Zerstörung des Vertrauens des Zessus in die Gläubigerstellung des Zedenten nach § 1396 richtet die hA keine besonderen Anforderungen, sie kann formfrei erfolgen [39], Zedent und Zessionar können sie gleichermaßen vornehmen [40], es genügt sogar jede von wem immer erlangte klare, zuverlässige Nachricht [41], daß nur mehr an den Zessionar schuldbefreiend gezahlt werden kann. Zwar ist die Drittschuldnerverständigung nach § 452, bei der es um Publizität geht, nicht grundsätzlich mit jener nach § 1396, bei der es um den

Schutz des Zessus geht, gleichzusetzen [42], vertritt man aber die Auffassung, daß es in beiden Fällen um die Kenntnis des Drittschuldners geht, spricht einiges dafür, daß beide Fälle in diesem Aspekt gleich behandelt werden.

Daher stellt sich die Frage, ob die Drittschuldnerverständigung wirklich nur der Schaffung einer Auskunftsmöglichkeit dient oder ob sie auch besondere Beweisfunktion hat. Für diese Beweisfunktion könnte sprechen, daß der OGH in seinem „Gutachten über den Eskompte offener Buchforderungen“ die leichte und sichere Feststellbarkeit der Zession verlangt [43] und damit meint, mündliche Abreden seien stets nur „mehr oder weniger umständlich“ festzustellen. „Leicht festzustellen sind Rechtsvorgänge, wie die Verpfändung offener Forderungen, nur, wenn sie urkundlich nachweisbar sind“ [44], sodaß der OGH bei der Verpfändung und Sicherungszession von Buchforderungen einen schriftlichen Beleg verlangt [45].

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen und wird von vielen Literaturstimmen kritisiert [46]. Doch selbst wenn man ihr folgt, ist mit *Koziol* zu beachten, daß ein „nicht manipulierbarer und verlässlicher Nachweis (...) aber wohl auch in der schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Zedenten zu sehen“ ist, wenn diese dem Drittschuldner zugänglich sei, sodaß bei formfreier Verständigung eine Sicherungszession gültig sei, wenn die Sicherungsvereinbarung schriftlich erfolgt sein sollte [47]. Diese Auffassung müßte mE

[33] *Ehrenzweig*, System<sup>2</sup> I/2, 498; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 340; *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 452 Rz 5, § 467 Rz 8 mwN; *Koch* in *KBB*, § 467 Rz 2; OGH in *SZ* 57/100; 67/78; 70/118. Ausnahmen werden bei Entfernung des Zeichens durch den Pfandschuldner gemacht, dies ist als Widerspruch zur Publizität bedenklich, vgl *Koch* in *KBB*, § 467 Rz 2 und zuletzt *Spitzer*, *JBl* 2005, 695.

[34] *Koziol*, Anm zu OGH in *ÖBA* 2004/1233 (unter Pkt 7): „Auf die Art der Verständigung des Drittschuldners kann es hingegen wohl kaum ankommen.“

[35] *Koziol*, Anm zu OGH in *ÖBA* 2004/1233 (unter Pkt 7).

[36] Dagegen kann man mE auch nicht einwenden, die bloße Kenntnis des Drittschuldners entbehre jedweder Publizitätswirkung, weil nur durch die Verständigung einen objektivierten Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung und damit einen bestimmten Pfandrang gebe (so OGH in *RdW* 2003/158 = *ZIK* 2002/232 = *MietSlg* 54.197). Erstens ist überhaupt die Beweiskraft der vom Zessionar oder Zedenten behaupteten Absendung der Anzeige in Zweifel zu ziehen, zweitens sieht man im vorliegenden Fall, daß es überhaupt kein Problem der Feststellbarkeit gegeben hat. Dasselbe gilt im Fall in *RdW* 2003/158, wo sowohl der Gemeinschuldner

als auch dessen Ehefrau (zu denselben Bedingungen) Pfandrechte an ihren Liegenschaften bestellten und allfällige Mieteinnahmen der Gläubigerin zur Sicherung abtraten. Eine GmbH, deren Geschäftsführerin die Ehefrau war, mietete anschließend die Liegenschaft des Ehemannes (vom Masseverwalter). Wie kann man ihre Kenntnis und damit – bei Zurechnung des Organwissens – die Kenntnis der GmbH ernsthaft bestreiten?

[37] *Demelius*, Pfandrecht 265.

[38] *Frotz*, *Kreditsicherungsrecht* 219 FN 402, 236, 252.

[39] *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1395 Rz 2; *Honsell/Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB<sup>2</sup> § 1395 Rz 6; *Neumayr* in *KBB*, § 1395–1396 Rz 2; OGH in *SZ* 26/63; *SZ* 53/33 = *EvBl* 1980/187 = *JBl* 1981, 542; *ÖBA* 1989, 1128 = *RdW* 1989, 221.

[40] Zur Verpfändung *Demelius*, Pfandrecht 265; *Avancini*, *Sparbuch* 96; *Karollus*, *ÖBA* 1999, 333; *Lukas*, Anm zu *OLG* Wien in *ÖBA* 1999, 659; *ÖBA* 1999, 662 f; OGH in *EvBl* 1991/133 = *ÖBA* 1991, 929 = *ecolex* 1991, 534 = *WBl* 1991, 303; *RdW* 2003/158; dagegen *Honsell/Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB<sup>2</sup> § 1392 Rz 22. Zum Gutgläuberschutz: *Ertl* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1395 Rz 2; krit *Neumayr* in *KBB*, § 1395–1396 Rz 2; OGH in *ecolex* 2003/305 (krit *Wilhelm*); *GIUNF* 7358; *MietSlg* 8651; OGH

vom 28. 5. 2003, 3 Ob 305/02b und vom 21. 8. 2003, 3 Ob 190/03t.

[41] Ausf *Wolff* in *Klang*<sup>2</sup> VI 313 f („es ist, wie erwähnt, eine ‚Verständigung‘ überhaupt nicht erforderlich“); *Karollus*, *ÖJZ* 1989, 202 FN 3; OGH in *SZ* 36/121.

[42] Beide Vorschriften haben unterschiedliche Adressaten (beliebige Dritte bei § 452, den Zessus bei § 1396) und verfolgen daher unterschiedliche teloi (den Gläubigerschutz bei § 452, den Schutz des Vertrauens des Zessus bei § 1396). Ausführlich zu diesem Problem *Spitzer*, *JBl* 2005, 695; so auch *Iro*, *RdW* 1989, 357; aA *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 690 FN 895a, der es für eine Künstelei hält, zu unterscheiden.

[43] Vgl oben bei FN 25.

[44] OGH in *SZ* 11/15.

[45] Ausführlich auch OGH in *SZ* 71/154 = *ÖBA* 1999/726 (*Karollus*, 327) = *ZIK* 1999, 32 (*Zepke*, 16) = *RdW* 1999, 20 = *HS* 29.298.

[46] Siehe sogleich unten.

[47] *Koziol*, Anm zu OGH in *ÖBA* 2004/1233 (unter Pkt 7), der sich in seiner Anmerkung dem OGH diesbezüglich nicht explizit anschließt, sondern auch unter Zugrundelegung der Auffassung des OGH Zweifel an der Entscheidung hegt; vgl die Kritik von *Koziol/Welser* bei FN 53.

auch der vom OGH postulierten urkundlichen Nachweisbarkeit völlig genügen. Die Publizität wird ohnehin nicht durch die Urkunde, sondern den Drittschuldner als Auskunftsstelle bewirkt, gleichzeitig wäre der Vorstellung des OGH von einem urkundlichen Nachweis Rechnung getragen.

Dieses Problem stellt sich für jene nicht, die anders als der OGH schon das Erfordernis urkundlicher Nachweisbarkeit leugnen. So meint *Frotz*, eine bestimmte Form müsse weder bei der Verständigung [48] noch bei der Sicherungsabrede [49] gewahrt sein und weist zu Recht darauf hin, daß der OGH dieses Erfordernis nicht ausreichend begründet [50]. Dem Publizitätsprinzip werde bei formloser Verpfändung, kombiniert mit der formlosen Verständigung des Drittschuldners, wie § 1280 BGB schlagend beweise [51], Genüge getan [52]. Unter dieser Prämisse wäre daher jede vertrauenswürdige Verständigung des Drittschuldners von der Zession – unabhängig vom Vorliegen einer schriftlichen Urkunde – ausreichend. *Koziol/Welser* weisen darauf hin, daß für das Erfordernis einer schriftlichen Verpfändungserklärung im Gesetz keine Deckung ersichtlich sei [53], auch *Karollus* meint, man könne darüber streiten, ob das Schriftlichkeitserfordernis wirklich zwingend ist [54].

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß es kein Formerfordernis für die Drittschuldnerverständigung gibt. Wenn der Zessus ausreichende Klarheit über die Person seines Gläubigers hat, muß dies auch für die Möglichkeit genügen, Dritten Auskunft zu geben (§ 452). Ein Erfordernis urkundlicher Nachweisbarkeit ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetz, doch selbst wenn man mit dem OGH einen solchen Nachweis für notwendig hält, ist der Kritik *Koziols* zu folgen, daß eine schriftliche Zessionsvereinbarung, die dem Drittschuldner zugänglich ist, genügen muß.

### 3.3.2. Zusätzliche Funktion der Drittschuldnerverständigung?

In Deutschland ist die Verpfändung einer Forderung, die durch formlosen Abtretungsvertrag übertragen werden kann, ausdrücklich in § 1280 BGB geregelt: Nur der Verpfänder kann den Drittschuldner verständigen. Darin liege nämlich nicht nur die Publizität [55] zum Schutz Dritter, sondern auch die Anerkennung der rechtswirksamen Verpfändung durch den Gläubiger (Pfandbesteller) [56], weshalb die Verständigung nicht durch bloße Kenntnis des Schuldners von der Verpfändung ersetzt werden könne [57]. Die Verständigung müsse daher eine Willenserklärung des Pfandbestellers sein, die allerdings auch konkludent (sogar bloßes Stillschweigen des Gläubigers auf eine Mitteilung des Schuldners, ihm sei die Verpfändung bekannt geworden, soll genügen) [58] oder im Wege der Stellvertretung durch den Pfandgläubiger erfolgen könne [59].

Denselben Eindruck erwecken *Honsell/Heidinger* zum österreichischen Recht, wenn sie meinen, die Rechtsprechung verlange für die „Übergabe“ iSv § 427 die Verständigung durch den Zedenten [60]. Ähnlich will das OLG Wien [61] nur den Zedenten selbst die Verständigung vornehmen lassen. „Dies ergibt sich aus ganz allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen, da derjenige, der ein Recht übertragen soll, eben selbst das entsprechende Verfügungsgeschäft vorzunehmen hat, mit dem sein Wille zur Übertragung des Rechts nach außen in Erscheinung tritt und damit publik wird.“ [62]

Die *hA* zur Drittschuldnerverständigung geht in eine *andere Richtung*. Sie nimmt an, daß die Drittschuldnerverständigung auch durch den Zessionar erfolgen kann, dies aus eigenem Recht [63], also nicht nur als Stellvertreter des Zedenten. Für *Demelius* ist die Mitteilung überhaupt „selbstverständlich in erster Linie Sache des Pfandgläubigers,

welcher zunächst daran interessiert ist“ [64], er fügt nur in einer Fußnote hinzu, sie könne mit gleicher Wirkung auch vom Verpfänder vorgenommen werden [65].

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Wenn die Drittschuldnerverständigung als Modus für die Sicherungszeession bezeichnet wird, darf dabei nicht übersehen werden, daß es hier nicht um die Einräumung eines dinglichen Rechts geht, zu der eine Übergabe oder Intabulation erforderlich wäre, die natürlich vom Übergeber ausgehen müßte. Die Notwendigkeit der Drittschuldnerverständigung ergibt sich eben nicht aus § 380 ABGB, ist eben entgegen der Ansicht des OLG Wien kein sachenrechtliches Problem, sondern erklärt sich *aus dem Aspekt des Gläubigerschutzes allein*, was anschaulich dadurch illustriert wird, daß nur der Sicherungscharakter die Verständigung notwendig macht, eine Zession (etwa zahlungshalber) aber ohne Verständigung auskommt [66]. Kommt es aber nur auf die Schaffung einer Auskunftsmöglichkeit an, besteht kein Grund, dem Pfandgläubiger oder Zessionar die Verständigung nicht zu gestatten, sofern er dem Drittschuldner verlässlich und überzeugend Kenntnis verschaffen kann. Dies ist bei „glaubwürdigen“ Zessionaren keineswegs unwahrscheinlich. Erhält etwa der Zessus von der (ihm vielleicht aufgrund seiner Geschäftsbeziehung zum Zedenten sogar schon bekannten) Hausbank des Altgläubigers die Nachricht, sie habe von jenem eine Forderung gegen ihn abgetreten bekommen, wird es in der Praxis oft keine Zweifel an der Zession geben. Aus der Perspektive des Sicherheitengläubigers spricht für die Zulässigkeit der Verständigung durch ihn selbst außerdem die Möglichkeit, sein Recht nach der Sicherheitsabrede „im Alleingang“ zu begründen: er ist nicht auf den guten Willen seines Schuldners (des Pfandbestellers oder Zedenten) angewiesen, für Publizität zu sorgen [67].

[48] *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 219 FN 402, 236 und 252.

[49] *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 236, 252.

[50] Diesem folgend *Apathy* in *Hadding/Schneider*, Forderungsabtretung 519.

[51] Zu § 1280 BGB siehe auch gleich unten 3.3.2.

[52] *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 236.

[53] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 343.

[54] *Karollus*, ÖBA 1999, 333.

[55] *Sosnitzka* in *Bamberger/Roth*, BGB II § 1280 Rz 1; *Damrau* in *MüKo VI* § 1280 Rz 1; *Wiegand* in *Staudinger*, BGB § 1280 Rz 1.

[56] *Sosnitzka* in *Bamberger/Roth*, BGB II § 1280 Rz 3; *Wiegand* in *Staudinger*, BGB § 1280 Rz 7.

[57] RGZ 89, 290; *Wiegand* in *Staudinger*,

BGB § 1280 Rz 5; *Damrau* in *MüKo VI* § 1280 Rz 4.

[58] RGZ 89, 290 f; *Wiegand* in *Staudinger*, BGB § 1280 Rz 5; *Damrau* in *MüKo VI* § 1280 Rz 4; aA *Sosnitzka* in *Bamberger/Roth*, BGB II § 1280 Rz 3.

[59] RGZ 79, 308; *Wiegand* in *Staudinger*, BGB § 1280 Rz 8; *Damrau* in *MüKo VI* § 1280 Rz 8.

[60] *Honsell/Heidinger* in *Schwimmann*<sup>2</sup> § 1395 Rz 2.

[61] In ÖBA 1999/13.

[62] Die (zum Vertrauensschutz vertretene) Auffassung von *Neumayr* in *KBB*, §§ 1395–1396 Rz 2, daß die Verständigung Sache des Altgläubigers sei, beruht nicht auf einer vergleichbaren Annahme, sondern darauf, daß nur so der Zessus die erforderliche Klarheit erlangen kann.

[63] OGH in *EvBl* 1991/133; offenlassend *Karollus*, Anm zu OGH in ÖBA 1998/706.

[64] *Demelius*, Pfandrecht 265.

[65] *Demelius*, Pfandrecht 265 FN 64; vgl aber FN 68, wo gemeint wird, die Denuntiation geschehe „seitens des Verpfänders oder, über die im Verpfändungsakt gelegene Erlaubnis des letzteren, seitens des Pfandgläubigers...“.

[66] Dasselbe muß auch für das Pfandrecht gelten. Daß das Pfandrecht zu den Sachenrechten gehört, macht das Pfandrecht an einer Forderung noch nicht zum dinglichen Recht, vgl *Iro*, Sachenrecht Rz 1/2.

[67] Diese Unabhängigkeit des Gläubigers nennt *Karollus*, Anm zu OGH in ÖBA 1998/706 als ein Argument, das gegen einen Primat des Buchvermerks spricht.

*Honsell / Heidinger* beziehen sich als Vertreter der Gegenansicht auf die Entscheidungen OGH in JBl 1970, 424 und „offenlassend“ in ÖBA 1989, 1128. Die erste Entscheidung, auf die sich übrigens auch das OLG Wien stützt, beschäftigt sich mit der Forderungsschenkung [68] und verlangt eine Erklärung des Zedenten. Diese Erkenntnis trifft für die Forderungsschenkung zu, sie erfließt jedoch nicht aus § 427, sondern aus der Formvorschrift für Schenkungen des § 943 [69]. Der Geschenkgeber soll vor Übereilung geschützt werden, deshalb kann die Drittschuldnererklärung nur durch ihn erfolgen. Dieser Rechtssatz ist aber keinesfalls ohne weiteres verallgemeinerungsfähig, er läßt vor allem keine Rückschlüsse auf sonstige Übergabsarten nach § 427 zu, da das hier zu behandelnde Publizitätsproblem eben den Schutz der Allgemeinheit, die „wirkliche Übergabe“ nach § 943 hingegen den Schutz des Geschenkgebers betrifft [70]. Im zweiten Fall stellt sich die Notwendigkeit der Verständigung außerdem bereits auf der Ebene des Titelgeschäftes, im ersten muß man hingegen davon ausgehen, daß die Sicherungsabrede zwar gültig zustande kommt, es allerdings zur tatsächlichen Übertragung der Rechtszuständigkeit noch eines weiteren Aktes bedarf. Der Anspruch auf Bestellung der Sicherheit resultiert unmittelbar aus der Sicherungsabrede (dem Pfandbestellungsvertrag) und verdeutlicht die Verschiedenheit des Normzweckes. Einen Schutz des Sicherheitenbestellers bewirkt die Drittschuldnerverständigung nicht, da er schon durch die Sicherungsabrede gebunden ist.

In der zweiten, die Frage „offenlassend“ Entscheidung ging es um eine Sicherungssession: Die vom Zessionar verfaßte Verständigung wurde vom Zedenten überbracht. Der OGH meint, „es besteht kein Zweifel über die Tatsache, daß die beklagte Partei (Zessus) aufgrund eines Schreibens (des Zessionars) von der Zession (...) verständigt wurde. Im übrigen kann die Benachrichtigung des Schuldners jedenfalls auch vom Zedenten wirksam erfolgen. (...) Es sei der beklagten Partei – jedenfalls durch den Zedenten – die Mitteilung (...) zugekom-

men“. Aus dieser Entscheidung läßt sich nichts für die Notwendigkeit einer Verständigung durch den Zedenten gewinnen, vielmehr scheint gar das Gegenteil der Fall zu sein. Im konkreten Fall hätte dazu nämlich schon die Boteneigenschaft des Zedenten – ohne Bildung eines eigenen Willens – genügen müssen, was mit den Überlegungen von *Honsell / Heidinger*, aber auch jenen des OLG Wien nicht vereinbar wäre [71]. Die Betonung der Rolle des Zedenten dürfte daher anders motiviert gewesen sein. Sie spielt eine Rolle für die nach § 1396 relevante Sicherheit, mit der dem Zessus die Zession bekanntgegeben wurde. Er hatte aufgrund der Beteiligung aller Parteien keinen Grund zu zweifeln und hätte deshalb an den Zessionar zahlen müssen.

### 3.3.3. Zwischenergebnis

Die Drittschuldnerverständigung hat keinen Selbstzweck, sie ist auch kein sachenrechtlicher Modus, durch sie soll Publizität zum Schutz dritter Gläubiger gewährleistet werden. Besondere Anforderungen an die Form der Verständigung sind nicht zu stellen, die für § 1396 überwiegend akzeptierten Grundsätze haben teilweise auch hier Geltung [72]. Aufgrund des Umstandes, daß die Publizität einer Sicherungssession durch eine Verständigung sowohl durch den Zessionar als auch durch den Zedenten gleichermaßen gewährleistet wird, und in Ermangelung einer § 1280 BGB vergleichbaren Norm im österreichischen Recht, kann der Drittschuldner sowohl durch den Zedenten als auch durch den Zessionar verständigt werden. Der bei der Forderungsschenkung als Warnung für den Abschluß des Titelgeschäftes notwendige Willensakt des Zedenten ist für die Verpfändung von Forderungen und die Sicherungssession nicht erforderlich.

### 3.4. Wissenszurechnung

Nimmt man an, daß die Drittschuldnerverständigung formfrei erfolgen kann und daß es sogar genügt, wenn der debitor cessus ausreichend Klarheit über die Person seines Gläubigers hat, weil er dann „publizitätswirksam“ Dritten Auskunft

geben kann, stellt sich die Frage, ob der Zessus eine solche Kenntnis im Fall der hier behandelten Entscheidung erlangt hat, ob also die GmbH Auskunft von der Abtretung der Forderungen durch die KEG an die Bank geben konnte. Dies hängt von der Beurteilung der Rolle des Geschäftsführers ab.

Der OGH wies in diesem Zusammenhang darauf hin, daß nicht nur zwei, sondern drei Personen beteiligt seien. Es wird allerdings nicht recht klar, worauf der OGH damit hinauswill. Es stimmt natürlich, daß am gegenständlichen Fall drei selbständige Rechtssubjekte beteiligt sind und eine rechtliche „Identität“ von Zedent und Zessus natürlich nicht bestanden hat, andernfalls es ja zur Konfusion gekommen wäre. Zedent und Zessus hatten allerdings beide das gleiche geschäftsführende Organ. Entscheidend ist aber, ob der Drittschuldner in die Lage versetzt wurde, Auskunft zu geben. Die Anzahl der beteiligten Rechtssubjekte spielt dafür keine Rolle.

Unstrittig ist, daß der Geschäftsführer der GmbH Kenntnis von der Abtretung hatte, da er ihr selbst als Komplementär der KEG zugestimmt hatte. Die Frage ist daher, ob auch die GmbH von der Zession wußte. Unstrittig ist auch, daß es keinerlei Drittschuldnerverständigung gegeben hat. Die Kenntnis der GmbH ist daher nur dann zu bejahen, wenn ihr das Wissen ihres Geschäftsführers zugerechnet wird. Es geht also um die *Zurechnung von Organwissen* [73]. Der OGH neigt dazu, einer juristischen Person das Wissen organschaftlicher Vertreter der juristischen Person grundsätzlich zuzurechnen [74], selbst wenn es sich um privates Wissen handelt, also Wissen, das außerhalb des jeweiligen Tätigkeitsbereiches erlangt wurde [75]. Dasselbe Bild bietet die Literatur [76]. Es ist daher nicht notwendig, das Organwissen näher zu qualifizieren, es kann jedenfalls davon ausgegangen werden, daß die GmbH von der Zession Kenntnis hatte.

### 3.5. Sachentscheidung im Ausgangsfall

Damit war die erforderliche Publizität aber zweifellos gegeben, wenn man

[68] Vgl dazu *Stanzl* in Klang<sup>2</sup> IV/1, 614.

[69] So auch *Karollus*, Anm zu OGH in ÖBA 1998/706; *Lukas*, ÖBA 1999, 662.

[70] Dazu *Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 179, zur Forderungsschenkung 116 f.

[71] Folgte man diesem Ansatz, müßte der Wille doch durch den Zedenten selbst (eventuell im Wege der Stellvertretung durch den Zessionar) gebildet werden, es dürfte aber nicht genügen, daß der Zedent den vom Zessionar gebildeten Willen ausrichtet, wenn man nicht in die Botenschaft eine konkludente Zustimmung zur überbrachten Nach-

richt hineininterpretieren wollte.

[72] Dies erscheint freilich im Hinblick auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Drittschuldnerverständigung zweifelhaft. Der Zugang verschafft noch keine Kenntnis, ohne Kenntnis fehlt es aber an der Publizität. Dazu *Spitzer*, JBl 2005, 695.

[73] Hier geht es also um einen Kernbereich der Wissenszurechnung, nämlich die Behandlung des vertretungsbefugten Organs. Zum weiteren Problem der Wissenszurechnung *Iro*, ÖBA 2001, 3 und 112.

[74] Auch wenn das Organ mit der

konkreten Angelegenheit nicht befaßt war: SZ 52/167; RdW 198, 74; SZ 60/204; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht Rz 2/195. Zum Meinungsstand in Deutschland vgl *Iro*, ÖBA 2001, 6 ff.

[75] OGH in RdW 1997, 275; *Iro*, ÖBA 2001, 10 mwN.

[76] *Kastner / Doralt / Nowotny*, Gesellschaftsrecht 384; *Koppensteiner*, GmbHG § 18 Rz 24; *Strasser* in Schiemer / Jabornegg / Strasser, AktG §§ 71–74 Rz 25; *Iro*, ÖBA 2001, 9.

der überzeugenden Ansicht folgt, ein urkundlicher Nachweis der Zession sei nicht erforderlich. Dieses Ergebnis erscheint auch folgerichtig. Was hätte der Geschäftsführer/Komplementär zur Drittschuldnerverständigung im konkreten Fall denn tun sollen? Will man von ihm nicht verlangen, sich selbst die Zession zu verkünden, muß die Wissenszurechnung genügen. Daß ein besonderer Verständigungsakt – insbesondere in Anbetracht der Formfreiheit – hier nicht sinnvoll ist, soll nicht dazu verleiten, für die Publizität einen Buchvermerk zu verlangen. Dies führte ua dazu, daß nicht buchführungspflichtige Altgläubiger ihre Forderungen in diesem Fall überhaupt nicht als Sicherheit und damit als Finanzierungsinstrumente verwenden könnten.

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung wäre im vorliegenden Fall die Sicherungszession der Forderung der KEG gegen die GmbH an die Bank wirksam gewesen, weil der Geschäftsführer der GmbH als in die Abtretung einwilligender Komplementär der KEG Kenntnis von der Abtretung hatte. Dieses Wissen ist der GmbH zuzurechnen. Daher ist die Auskunft an Gläubiger der KEG, die Erkundigungen bei der GmbH als Drittschuldner einholen, möglich und die erforderliche Publizität gewährleistet. Eine „Befangenheit“ des Zessus spielt keine Rolle: Da das Risiko einer falschen Auskunft immer besteht und § 1396 den Zessionar sowie nach der hier vertretenen Auffassung auch den Pfandgläubiger im Vertrauen auf eine falsche Auskunft schützt, besteht kein Grund, die Drittschuldnerverständigung als Publizitätsakt als unzureichend anzusehen.

Doch selbst wenn man wie der OGH einen schriftlichen Beweis fordert, wäre – wie *Koziol* darlegt – zu prüfen gewesen, ob die Abtretungsvereinbarung zwischen KEG und Bank nicht diese Funktion erfüllen hätte können. Die Drittschuldnerverständigung hätte aber auch in einer solchen Konstellation formfrei – auch durch Wissenszurechnung – erfolgen können.

#### 4. Zusammenfassung der Ergebnisse

**4.1.** Für die Verpfändung oder Sicherungszession von Forderungen sind sowohl die Drittschuldnerverständigung als auch der Buchvermerk taugliche Publizitätsmittel.

**4.2.** Die Publizitätswirkung der Drittschuldnerverständigung – und damit der Schutz des Vertrauens Dritter – liegt nicht im Erklärungsakt, sondern in der durch die Kenntnis des Drittschuldners geschaffenen Auskunftsmöglichkeit.

**4.3.** Da nicht der Erklärungsakt, sondern die Möglichkeit der Auskunft durch den Drittschuldner die Publizität bewirkt, sind an die Schaffung dieser Auskunftsmöglichkeit keine besonderen Anforderungen zu stellen. Sie kann formfrei sowohl durch den Zedenten als auch den Zessionar erfolgen. Eine Verständigung durch den Zedenten selbst ist nicht nötig, da es einer Anerkennung der rechtswirksamen Verpfändung oder Zession nicht bedarf. Mit der Übertragung dinglicher Rechte (die nur durch den Berechtigten erfolgen kann) hat die Drittschuldnerverständigung nichts zu tun.

**4.4.** Bei der Sicherungszession bedarf es weder für den Titel noch für den Modus eines urkundlichen Nachweises. Wer einen solchen mit dem OGH fordert, kann ihn freilich auch in einem schriftlichen Titelgeschäft erblicken, sodaß auch unter diesem Aspekt einer formfreien Drittschuldnerverständigung nichts im Wege steht.

**4.5.** Die Auskunftsmöglichkeit kann auch durch die Zurechnung von Organwissen geschaffen werden. Es kommt darauf an, ob der Zessus verlässlich von der Zession oder Verpfändung Bescheid weiß.

**4.6.** Die Auskunftserteilung durch den debitor cessus genügt deshalb den Publizitätserfordernissen, weil vom cessus idR eine objektive richtige (unparteiisch erteilte) Auskunft erwartet werden kann. Auch bei einer im Einzelfall vorliegenden „Befangenheit“ des Drittschuldners (durch besondere Nähe zu seinem Gläubiger) ist die Schaffung der Auskunftsmöglichkeit ein tauglicher Publizitätsakt.

**4.7.** Dies liegt daran, daß Falschauskünfte des Drittschuldners durch § 1396 sanktioniert werden, der Dritte wird so schadlos gestellt. Die Bestimmung ist nicht auf die Zession eingeschränkt, sondern muß (analog) auch auf die Verpfändung von Forderungen angewendet werden. ♦

#### Literaturverzeichnis

*Apathy, Peter*, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im österreichischen Recht, in *Hadding, Walther / Schneider, Uwe H.* (Hrsg), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (1999), 509.

*Avancini, Peter*, Das Sparbuch im österreichischen Recht (1973).

*Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II (2003), bearbeitet ua von *Sosnitza, Olaf*.

*Demelius, Ernst*, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichi-

schem bürgerlichen Recht. Mit besonderer Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1897).

*Doralt, Peter*, Anm zu OGH in *ZfgG* 1971, 402.

*Ehrenzweig, Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Band, 2. Hälfte: Sachenrecht, 2. Auflage als 7. Auflage des von *Leopold Pfaff* aus dem Nachlaß von *Josef Krainz* herausgegebenen Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts, bearbeitet von *Ehrenzweig, Adolf* (1957).

*Ertl, Gunter*, Die Geheimpublizität der elektronischen Sicherungszession, *JB* 2002, 197.

*Frotz, Gerhard*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts. Gutachten zum 4. Österreichischen Juristentag (1970).

*Iro, Gert*, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung, *RdW* 1989, 357.

*Iro, Gert*, EDV-Buchhaltung: Anforderungen an den Zessionsvermerk, *RdW* 1998, 5.

*Iro, Gert*, Banken und Wissenszurechnung. Eine Untersuchung unter Berücksichtigung bankenspezifischer Probleme I und II, *ÖBA* 2001, 3 und 112.

*Iro, Gert*, Sachenrecht, 2. Auflage (2002).

*Iro, Gert M. / Koziol, Helmut*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte. Kommentar (2001).

*Karollus, Martin*, Eingeschränkter Schuldnerschutz bei Übertragung eines Handelsgeschäfts? Überlegungen zu §§ 1395 f ABGB und § 25 Abs 1 Satz 2 HGB, *ÖJZ* 1989, 202.

*Karollus, Martin*, Anmerkung zu OGH in *ÖBA* 1998, 392/706.

*Karollus, Martin*, Aktuelle Probleme der Sicherungszession. Besprechung der Entscheidung OGH 29. 9. 1998, 1 Ob 406/97f, *ÖBA* 1999, 327.

*Kastner, Walther / Doralt, Peter / Nowotny, Christian*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage (1990).

*Klang, Heinrich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Band IV, Teilband 1 (1968), bearbeitet ua von *Stanzl, Gustav*; Teilband 2 (1978), bearbeitet ua von *Bydlinski, Franz*; Band VI (1951) bearbeitet ua von *Wolff, Karl*.

*Konecny, Andreas / Schubert, Günther*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, bearbeitet ua von *Riel, Stephan; Schulyok, Peter*.

*Koppensteiner, Hans-Georg*, GmbH-Gesetz. Kommentar, 2. Auflage (1999).

Koziol, Helmut, Anmerkung zu OGH in ÖBA 2004, 867.

Koziol, Helmut / Bydlinski, Peter / Bollenberger, Raimund (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB (2005), bearbeitet ua von Koch, Bernhard; Neumayr, Matthias.

Koziol, Helmut / Welsch, Rudolf, Grundriß des bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, Band I (2002), Band II (2001).

Lukas, Meinhard, Anmerkung zu OLG Wien in ÖBA 1999, 659.

Lukas, Meinhard, Zession und Sinalagma (2000).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland, Band VI, 4. Auflage (2004), bearbeitet ua von Damrau, Jürgen.

Oertmann, Paul, Das Pfandrecht an eigener Schuld, AcP 81 (1893), 61.

Popp, Friedrich, Das Schuldanerkenntnis des Schuldners gegenüber dem Zessionar (2001).

Reich-Rohrwig, Johannes, Das österreichische GmbH-Recht, 2. Auflage (1997).

Riedler, Andreas, Vorrang, Ort, Inhalt und Umfang des Buchvermerks bei der Sicherungszession im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur – zugleich eine Anm zur E des OGH vom 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d, JBl 2002, 194.

Rummel, Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 3. Teil: §§ 1342–1502 (2002), bearbeitet ua von Ertl, Gunter.

Rummel, Peter, Anm zu OGH in ÖBA 1992/308.

Sailer, Hansjörg, Aktuelle Probleme des Mobiliarpfandes, ÖBA 2001, 211.

Schiemer, Karl / Jabornegg, Peter / Strasser, Rudolf, AktG Kommentar, 3. Auflage (1993).

Schwimmann, Michael (Hrsg), Praxis-kommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Band 2, 3. Auflage (2005) bearbeitet ua von Hinteregger, Monika; Band 7, 2. Auflage (1997), bearbeitet ua von Honsell, Heinrich / Heidinger, Albert.

Spitzer, Martin, Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldner-verständigung, JBl 2005, 695.

Staudinger, Julius von, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 1204–1296 (Neubearbeitung 2002), bearbeitet von Wiegand, Wolfgang.

Zepke, Christian, Buchvermerk für künftige Forderungen, ZIK 1999, 16.

# KAPITALMARKT



Handbuch Kapitalmarktrecht

Band 1:

## Aufklärungspflichten Organisationspflichten Prospekthaftung

von Ernst Brandl  
und Gerhard Saria

400 Seiten, EUR (A) 49,-

Wien 2005

ISBN 3-85136-073-7

## Handbuch Kapitalmarktrecht

Herausgeber: Brandl / Kalss / Lucius / Saria

Band 1:

## Aufklärungspflichten Organisationspflichten Prospekthaftung

Von Ernst Brandl und Gerhard Saria

Die zunehmende Komplexität von Veranlagungsformen am Kapitalmarkt, der schnelle Wechsel der Marktsituationen, aber auch mangelndes Grundwissen vieler privater Anleger führen sehr oft zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, die regelmäßig in einer **Verschärfung der Aufklärungs- und Organisationspflichten** des Anlageberaters resultieren. Es gilt daher, nicht nur umfangreiche gesetzliche Bestimmungen – neben den Wohlverhaltensregeln des WAG auch den ganz neuen § 48 Börsegesetz – im Auge zu behalten, sondern besonders die Rechtsprechung zu kennen, zeigt es sich doch immer wieder, daß Gerichte oft einen strengeren Maßstab anlegen als die Verwaltungsbehörden. Dieses Werk vermittelt nicht nur eine **eingehende Interpretation der Wohlverhaltensregeln**, sondern bietet den wohl umfassendsten **Überblick über die Judikatur** des OGH und der Untergerichte, aber auch der öffentlich-rechtlichen Gerichtshöfe und der UVS – inklusive der Rechtsprechung bis Ende 2004!

SpringerWienNewYork

In jeder Buchhandlung – oder direkt beim Verlag:  
SpringerWienNewYork, A-1201 Wien, P.O. Box 89,  
T: +43 1 330 24 15-0, F: +43 1 330 24 26, E: books@springer.at

Bank Wien  
Verlag