

# TE OGH 2006/11/30 6Ob116/05k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.11.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Martin S\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der R\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* gegen die beklagte Partei O\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Saxinger Chalupsky Weber & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, und die auf ihrer Seite beigetretenen Nebenintervenienten 1. Franz H\*\*\*\*\*, und 2. Gertrude H\*\*\*\*\*, vertreten durch Ramsauer & Perner Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen 138.843,46 EUR sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 10. März 2005, GZ 1 R 189/04a-33, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wels vom 19. August 2004, GZ 5 Cg 149/03s-27, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, binnen 14 Tagen der beklagten Partei deren mit 2.031,59 EUR (darin 338,60 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten und den Nebenintervenienten deren mit 2.458,32 EUR (darin 409,72 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Masseverwalter in dem am 30. 4. 2002 mit Beschluss des Landesgerichts Wels eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der R\*\*\*\*\* GmbH (künftig: Gemeinschuldnerin).

Am 30. 5. 1995 vermietete die Gemeinschuldnerin dem Verein „C\*\*\*\*\*“ (künftig: Verein) ein Betriebsobjekt auf ihrer Liegenschaft in W\*\*\*\*\*, für die Dauer von fünf Jahren ab 1. 6. 1995. Der Mieter konnte den Bestandvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jederzeit kündigen. Der vereinbarte monatliche Mietzins betrug ab 1. 2. 1996 118.000 S. Ende des Jahres 1999 wurden zwischen Vermieterin und Mieter schriftlich Änderungen in Bezug auf Investition und bauliche Veränderung festgehalten, weiters, dass in Verbindung mit der Unterzeichnung des neuen Mietvertrags die Verlängerung der Kaution in Form einer Bankgarantie erforderlich sei und ansonsten alle Bestimmungen in dem Mietvertrag vom 30. 5. 1995 gelten. Mit Schreiben vom 26. 9. 2000 teilte der Mieter der Gemeinschuldnerin mit, dass er mit der Änderung betreffend Garantie und einer Kündigungsfrist von 12 Monaten auf beiden Seiten im neuen Mietvertrag einverstanden sei. Am 30. 5. 1995 vermietete die Gemeinschuldnerin dem Verein „C\*\*\*\*\*“ (künftig: Verein) ein Betriebsobjekt auf ihrer Liegenschaft in W\*\*\*\*\*, für die Dauer von fünf Jahren ab 1. 6. 1995. Der Mieter konnte den Bestandvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jederzeit kündigen. Der vereinbarte monatliche Mietzins betrug ab 1. 2. 1996 118.000 Sitzung Ende des Jahres 1999 wurden

zwischen Vermieterin und Mieter schriftlich Änderungen in Bezug auf Investition und bauliche Veränderung festgehalten, weiters, dass in Verbindung mit der Unterzeichnung des neuen Mietvertrags die Verlängerung der Kaution in Form einer Bankgarantie erforderlich sei und ansonsten alle Bestimmungen in dem Mietvertrag vom 30. 5. 1995 gelten. Mit Schreiben vom 26. 9. 2000 teilte der Mieter der Gemeinschuldnerin mit, dass er mit der Änderung betreffend Garantie und einer Kündigungsfrist von 12 Monaten auf beiden Seiten im neuen Mietvertrag einverstanden sei.

Am 18. 1. 1999 nahm die Gemeinschuldnerin bei der beklagten Bank unter der Kontonummer 288-7801.66 einen Fremdwährungseinmalbarkredit in Schweizer Franken auf „Roll-over-Basis“ über einen Betrag von 19 Mio S (1.380.783,50 EUR) zur Umschuldung eines bei einer anderen Bank bestehenden hypothekarisch besicherten Kredits auf. Die Beklagte fand die von ihr eingesehenen Bilanzen für nicht gut, erachtete sich aber ausreichend besichert. Als Sicherheiten wurden Grundpfandbestellungen Dritter und die Zession des der Gemeinschuldnerin aus dem Mietvertrag mit dem Verein zustehenden Mietzinses von monatlich 118.000 S (8.575,39 EUR) vereinbart. Der Kredit wurde in Form der Abrechnung in Schilling/Euro und Gutschrift auf das Schilling/Euro-Konto Nr 281-1923/02 der Gemeinschuldnerin flüssig gemacht. Die Laufzeit wurde mit längstens 28. 2. 2018 und Endfälligkeit am 28. 2. 2018 vereinbart. Die „Roll-over-Periode“ betrug drei Monate. Der Zinssatz wurde jeweils für eine Periode von drei Monaten festgelegt. Die Belastung der Zinsen nach Ablauf der jeweiligen Zinsperiode sowie etwaiger fälliger Kapitalbeträge erfolgte jeweils zu Lasten des Kontos Nr 281-1923/02.

Mit Schreiben vom 24. 2. 1999 teilte die Beklagte dem Verein die erfolgte Zession mit und erklärte, dass der monatliche Mietzins nunmehr an die Beklagte mittels Überweisung auf das Konto Nr 281-1923/02 zu zahlen sei. Der Mieter bestätigte die Kenntnisnahme mit 3. 3. 1999.

Für die Jahre 1997 bis 2000 liegt eine EDV-geführte Buchhaltung der Gemeinschuldnerin vor. Eine vollständige Erfassung aller Geschäftsfälle ist nicht gegeben, insbesondere wurden die Mietzinsforderungen nicht erfasst und diesbezüglich keine Kundenkonten geführt. Die Mietzinsforderungen scheinen daher auch nicht in der Liste der offenen Debitorenposten auf. Buchhalterisch wurden die Mietzinszahlungen nur auf den Bank- bzw Erlöskonten erfasst. Da die Mietzinsforderungen nicht in den Büchern erfasst wurden, war ein Zessionsvermerk faktisch nicht möglich. Schon im Zeitpunkt der Kreditgewährung war die Gemeinschuldnerin zahlungsunfähig. Dies war aus den beim Firmenbuch eingereichten Bilanzen im Zusammenhang mit der mangelhaften Fortbestehungsprognose erkennbar.

Mit Vertrag vom 2. 4. 2001 überließ die Gemeinschuldnerin der T\*\*\*\*\* GmbH ihren gesamten Betrieb, insbesondere das Sachanlagevermögen und die gewerblichen Schutzrechte und ähnliche Rechte ab 1. 2. 2001. Die Übernehmerin trat mit Wirksamkeit des Vertrags in alle Verträge und Vertragsanbote ein, die dem überlassenen Betrieb zuzuordnen waren. Sie stellte die Gemeinschuldnerin von allen Verpflichtungen daraus frei. Ab der Betriebsübernahme war die Gemeinschuldnerin nur noch Besitzerin von Liegenschaften mit Mietzinseinnahmen. Aus der Bilanz zum 31. 1. 2002 ergeben sich sonstige betriebliche Erträge von 221.000 EUR, davon Mietzinseinnahmen von maximal 210.000 EUR. Demgegenüber bestanden Bankverbindlichkeiten von 6,6 Mio EUR. Am 2. 5. 2002 teilte der Verein der Gemeinschuldnerin mit, ab 1. 5. 2002 den Mietzins auf 4.000 EUR herabzusetzen und alle früheren Vereinbarungen zum 30. 5. 2002 zu kündigen. Dazu nahm der Kläger in seinem Schreiben vom 7. 5. 2002 Stellung. Er erklärte, dass der Verein nach wie vor an den Mietvertrag gebunden und eine Auflösung zum 30. 5. 2002 nicht möglich sei. In der Folge kam es zu mehreren Besprechungen zwischen dem Kläger und dem Verein. Am 19. 8. 2002 schloss der Kläger mit dem Verein einen neuen Mietvertrag mit einer Bestanddauer vom 1. 7. 2002 bis 30. 6. 2005 und einem monatlichen Mietzins von 7.200 EUR ab. In diesem Vertrag ist vermerkt, dass hiemit die Beendigung des derzeitigen Mietvertrags und der Abschluss eines neuen Mietvertrags mit neuen Bedingungen geregelt werde. Im Punkt III des Vertrags wird festgehalten, dass der Kläger die Kündigung des Mieters per 30. 6. 2002 akzeptiert, sodass das bisherige Mietverhältnis mit diesem Tag als aufgelöst gilt. Ab dem 2. 5. 2002 wurden die Mietzinseingänge nicht mehr dem Konto der Gemeinschuldnerin bei der Beklagten gutgeschrieben. Mit der am 29. 4. 2003 eingebrachten Klage begehrt der Kläger, die auf dem Konto Nr 281-1923/02 bei der Beklagten im letzten Jahr vor der Konkursöffnung eingegangenen Mietzinszahlungen von vier Miethalten in der Höhe von insgesamt 35.928,77 EUR und des Vereins in Höhe von 102.914,68 EUR den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und die Beklagte zur Zahlung dieser Beträge samt Zinsen zu verurteilen. Die Zession der Mietzinsforderungen gegenüber dem Verein sei nicht in den Büchern der Gemeinschuldnerin vermerkt worden und daher nicht gültig zustande gekommen. Deshalb sei die Deckung der

Beklagten inkongruent. Der Beklagten stehe nämlich kein vor Beginn der Begünstigungsfrist wirksam begründeter Anspruch zu. Die durch die unwirksame Zession und die faktischen Mietenanweisungen erfolgte Befriedigung der Beklagten werde gemäß § 30 Abs 1 Z 1, § 31 Abs 1 Z 1 KO angefochten. Auch die von der unwirksamen Zession nicht erfassten Mieteingänge würden als von der Gemeinschuldnerin zugunsten der Beklagten herbeigeführte inkongruente Deckungen und als Rechtshandlungen im Sinn des § 31 Abs 1 Z 1 KO angefochten. Die Drittshuldnerverständigung genüge nicht, sei doch die Gemeinschuldnerin buchführungspflichtig gewesen. Jede Forderung eines buchführungspflichtigen Kaufmanns sei eine Buchforderung. Die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin seien der Beklagten spätestens ab 1. 1. 1999 bekannt gewesen oder hätten ihr bei gehöriger Sorgfalt bekannt sein müssen. Die Zession habe allein durch die Konkurseröffnung ihre Wirksamkeit verloren, sodass die Verfügung über den Mietvertrag nur dem Masseverwalter zustehen könne. Der Mieter habe per 30. 5. 2002 das Mietverhältnis aufgekündigt. In der Folge sei nach langwierigen und sehr mühsamen Verhandlungen ein neuer Mietvertrag abgeschlossen worden. Dieser unterscheide sich vom ursprünglich abgeschlossenen sehr wesentlich. So habe der Mieter sämtliche Instandhaltungsarbeiten und Reparaturen, insbesondere auch an der Heizungsanlage, auf eigene Kosten selbst durchzuführen. Das Bestandobjekt werde mit Wasser aus dem Brunnen auf dem Grundstück der Nebeninterventientin versorgt. Das Wasserbezugsrecht sei erloschen. Das Risiko des Wasserbezugs habe aber nach dem neuen Mietvertrag der Mieter alleine zu tragen. Mit Vertrag vom 2. 4. 2001 überließ die Gemeinschuldnerin der T\*\*\*\*\* GmbH ihren gesamten Betrieb, insbesondere das Sachanlagevermögen und die gewerblichen Schutzrechte und ähnliche Rechte ab 1. 2. 2001. Die Übernehmerin trat mit Wirksamkeit des Vertrags in alle Verträge und Vertragsangebote ein, die dem überlassenen Betrieb zuzuordnen waren. Sie stellte die Gemeinschuldnerin von allen Verpflichtungen daraus frei. Ab der Betriebsübernahme war die Gemeinschuldnerin nur noch Besitzerin von Liegenschaften mit Mietzinseinnahmen. Aus der Bilanz zum 31. 1. 2002 ergeben sich sonstige betriebliche Erträge von 221.000 EUR, davon Mietzinseinnahmen von maximal 210.000 EUR. Demgegenüber bestanden Bankverbindlichkeiten von 6,6 Mio EUR. Am 2. 5. 2002 teilte der Verein der Gemeinschuldnerin mit, ab 1. 5. 2002 den Mietzins auf 4.000 EUR herabzusetzen und alle früheren Vereinbarungen zum 30. 5. 2002 zu kündigen. Dazu nahm der Kläger in seinem Schreiben vom 7. 5. 2002 Stellung. Er erklärte, dass der Verein nach wie vor an den Mietvertrag gebunden und eine Auflösung zum 30. 5. 2002 nicht möglich sei. In der Folge kam es zu mehreren Besprechungen zwischen dem Kläger und dem Verein. Am 19. 8. 2002 schloss der Kläger mit dem Verein einen neuen Mietvertrag mit einer Bestanddauer vom 1. 7. 2002 bis 30. 6. 2005 und einem monatlichen Mietzins von 7.200 EUR ab. In diesem Vertrag ist vermerkt, dass hiemit die Beendigung des derzeitigen Mietvertrags und der Abschluss eines neuen Mietvertrags mit neuen Bedingungen geregelt werde. Im Punkt römisch III des Vertrags wird festgehalten, dass der Kläger die Kündigung des Mieters per 30. 6. 2002 akzeptiert, sodass das bisherige Mietverhältnis mit diesem Tag als aufgelöst gilt. Ab dem 2. 5. 2002 wurden die Mietzinseingänge nicht mehr dem Konto der Gemeinschuldnerin bei der Beklagten gutgeschrieben. Mit der am 29. 4. 2003 eingebrochenen Klage begeht der Kläger, die auf dem Konto Nr 281-1923/02 bei der Beklagten im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung eingegangenen Mietzinszahlungen von vier Mietern in der Höhe von insgesamt 35.928,77 EUR und des Vereins in Höhe von 102.914,68 EUR den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und die Beklagte zur Zahlung dieser Beträge samt Zinsen zu verurteilen. Die Zession der Mietzinsforderungen gegenüber dem Verein sei nicht in den Büchern der Gemeinschuldnerin vermerkt worden und daher nicht gültig zustande gekommen. Deshalb sei die Deckung der Beklagten inkongruent. Der Beklagten stehe nämlich kein vor Beginn der Begünstigungsfrist wirksam begründeter Anspruch zu. Die durch die unwirksame Zession und die faktischen Mietenanweisungen erfolgte Befriedigung der Beklagten werde gemäß Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer eins, Paragraph 31, Absatz eins, Ziffer eins, KO angefochten. Auch die von der unwirksamen Zession nicht erfassten Mieteingänge würden als von der Gemeinschuldnerin zugunsten der Beklagten herbeigeführte inkongruente Deckungen und als Rechtshandlungen im Sinn des Paragraph 31, Absatz eins, Ziffer eins, KO angefochten. Die Drittshuldnerverständigung genüge nicht, sei doch die Gemeinschuldnerin buchführungspflichtig gewesen. Jede Forderung eines buchführungspflichtigen Kaufmanns sei eine Buchforderung. Die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin seien der Beklagten spätestens ab 1. 1. 1999 bekannt gewesen oder hätten ihr bei gehöriger Sorgfalt bekannt sein müssen. Die Zession habe allein durch die Konkurseröffnung ihre Wirksamkeit verloren, sodass die Verfügung über den Mietvertrag nur dem Masseverwalter zustehen könne. Der Mieter habe per 30. 5. 2002 das Mietverhältnis aufgekündigt. In der Folge sei nach langwierigen und sehr mühsamen Verhandlungen ein neuer Mietvertrag abgeschlossen worden. Dieser unterscheide sich vom ursprünglich abgeschlossenen sehr wesentlich. So habe der Mieter sämtliche Instandhaltungsarbeiten und Reparaturen,

insbesondere auch an der Heizungsanlage, auf eigene Kosten selbst durchzuführen. Das Bestandobjekt werde mit Wasser aus dem Brunnen auf dem Grundstück der Nebeninterventientin versorgt. Das Wasserbezugrecht sei erloschen. Das Risiko des Wasserbezugs habe aber nach dem neuen Mietvertrag der Mieter alleine zu tragen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klagebegehren. Dem Erfordernis der Publizität der Zession sei durch die Drittschuldnerverständigung Rechnung getragen worden. Bei einer laufenden Miete handle es sich um keine Buchforderung, sodass ein Buchvermerk auch nicht erforderlich gewesen sei. Sämtliche Eingänge seien einem täglich fälligen Konto gutgeschrieben worden. Dies allein schließe schon Inkongruenz aus. Eine Benachteiligungsabsicht habe nicht bestanden und sei der Beklagten auch nicht bekannt gewesen. Der Mietvertrag der Gemeinschuldnerin mit dem Verein habe eine 12-monatige Kündigungsfrist vorgesehen. Der Kläger habe diesen Mietvertrag im Einvernehmen mit dem Mieter aufgelöst und einen neuen Mietvertrag abgeschlossen, der praktisch identisch mit dem aufgelösten sei. Für die vertragswidrige Vertragsbeendigung habe es keinen sachlichen Grund gegeben, außer jenen, dass durch die einvernehmliche Vertragsauflösung und dem anschließenden Mietvertragsabschluss mit demselben Mieter zu den gleichen Bedingungen die Zession zugunsten der Beklagten hinfällig geworden sei. Die vertragswidrige Lösung des Mietverhältnisses habe nur den Zweck gehabt, die Beklagte zu schädigen. Aufgrund des bestehenden Kreditverhältnisses sei der Kläger nicht berechtigt gewesen, durch vertragswidrige Lösung des Mietverhältnisses Sicherheiten aufzugeben. Dieses Verhalten sei auch vertragswidrig. Der monatliche Mietzins habe im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses 8.575,39 EUR betragen. Der Kläger habe der Beklagten 12 Monatsmieten (102.904,68 EUR) als Schadenersatz zu zahlen. Die Schadenersatzforderung werde aufrechnungsweise gegen die Klagsforderung eingewendet. Die Nebeninterventen wandten ein, die Zession sei nur unter der Voraussetzung anfechtbar, dass das Rechtsgeschäft nachteilig gewesen sei und zu einer Verringerung der Masse geführt habe. Außerdem liege keine Sicherungszession, sondern eine Vollzession vor. Das Erstgericht erklärte die von verschiedenen Schuldern der Gemeinschuldnerin im Zeitraum vom 2. 5. 2001 bis 17. 4. 2002 an die Beklagte geleisteten Zahlungen von insgesamt 35.928,77 EUR den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam. Das Mehrbegehren, die vom Verein im Zeitraum vom 7. 5. 2001 bis 22. 4. 2002 an die Beklagte geleisteten Zahlungen von insgesamt 102.914,68 EUR den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären, wies es ab. Es sprach ferner aus, dass die Klagsforderung daher mit 35.928,77 EUR zu Recht, die Gegenforderung der Beklagten zumindest bis zu diesem Betrag zu Recht bestehe und das Klagebegehren auf Zahlung von 138.843,46 EUR sa abgewiesen werde.

Die eingangs wiedergegebenen Feststellungen beurteilte es rechtlich dahin, bei der Zession der Mietzinsforderungen gegen den Verein handle es sich um eine Globalsicherungszession. Bei Nicht-Buchforderungen genüge für die Einhaltung der Publizitätsform die Drittschuldnerverständigung. Die Gemeinschuldnerin sei zwar buchführungspflichtig gewesen, die Mietzinsforderungen gegen den Verein seien aber nicht in den Büchern vermerkt worden. In diesem Falle reiche die Drittschuldnerverständigung aus. Weiters sei eine Sicherungszession dann inkongruent, wenn sie nicht aufgrund eines vor der kritischen Frist begründeten vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchs zugestanden sei oder wenn der sichergestellte Anspruch, der erst während der kritischen Frist begründet worden sei, bei seiner Begründung eine solche Sicherstellung nicht vorgesehen habe. Auch das sei hier nicht der Fall, weil gleichzeitig mit dem Kreditvertrag die Sicherungszession vereinbart worden sei. Der erste Tatbestand des § 31 Abs 1 Z 2 KO betreffe nur die Sicherstellung oder Befriedigung von Konkursgläubigern, daher nicht Deckungshandlungen zugunsten von Absonderungsgläubigern. Im Konkurs des Sicherungszedenten sei der Sicherungszessionar Absonderungsberechtigter. Die Anfechtung der Befriedigung eines Absonderungsgläubigers aus den diesem haftenden Pfandsachen oder aus deren Erlös scheitere an der allgemeinen Anfechtungsvoraussetzung der Befriedigungstauglichkeit. Diese Absonderungsgläubiger würden, soweit ihre Forderungen reichen, die Konkursgläubiger und die allgemeinen Massegläubiger von der Zahlung aus diesen Sachen ausschließen. Somit scheide auch der Tatbestand „nachteiliges Rechtsgeschäft“ aus. Die Anfechtung der Mietzinszahlungen des Vereins sei daher abzuweisen. In Bezug auf die übrigen Mietzinseingänge liege Inkongruenz vor, weshalb die Anfechtung gemäß § 30 Abs 1 Z 1 KO berechtigt sei. Der Kredit sei erst im Jahr 2018 endfällig gewesen. Außerdem habe die Beklagte konkrete Einwände dazu nicht erhoben. Da die Beklagte im Konkurs des Sicherungszedenten Absonderungsgläubigerin sei, dürfe sie die zedierten Mietzinsforderungen einheben. Der Masseverwalter trete anstelle des im Konkurs befindlichen Bestandgebers in den Mietvertrag ein. Der Kläger habe die Kündigung des Mietvertrags zum 30. 6. 2002 akzeptiert und mit dem Verein einen neuen Mietvertrag abgeschlossen. Daher bestehe die Gegenforderung zu Recht. Die eingangs wiedergegebenen Feststellungen beurteilte es rechtlich dahin, bei der Zession der Mietzinsforderungen gegen den Verein handle es sich um eine Globalsicherungszession. Bei Nicht-

Buchforderungen genüge für die Einhaltung der Publizitätsform die Drittschuldnerverständigung. Die Gemeinschuldnerin sei zwar buchführungspflichtig gewesen, die Mietzinsforderungen gegen den Verein seien aber nicht in den Büchern vermerkt worden. In diesem Falle reiche die Drittschuldnerverständigung aus. Weiters sei eine Sicherungszession dann inkongruent, wenn sie nicht aufgrund eines vor der kritischen Frist begründeten vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchs zugestanden sei oder wenn der sichergestellte Anspruch, der erst während der kritischen Frist begründet worden sei, bei seiner Begründung eine solche Sicherstellung nicht vorgesehen habe. Auch das sei hier nicht der Fall, weil gleichzeitig mit dem Kreditvertrag die Sicherungszession vereinbart worden sei. Der erste Tatbestand des Paragraph 31, Absatz eins, Ziffer 2, KO betreffe nur die Sicherstellung oder Befriedigung von Konkursgläubigern, daher nicht Deckungshandlungen zugunsten von Absonderungsgläubigern. Im Konkurs des Sicherungszedenten sei der Sicherungszessionar Absonderungsberechtigter. Die Anfechtung der Befriedigung eines Absonderungsgläubigers aus den diesem haftenden Pfandsachen oder aus deren Erlös scheitere an der allgemeinen Anfechtungsvoraussetzung der Befriedigungstauglichkeit. Diese Absonderungsgläubiger würden, soweit ihre Forderungen reichen, die Konkursgläubiger und die allgemeinen Massegläubiger von der Zahlung aus diesen Sachen ausschließen. Somit scheide auch der Tatbestand „nachteiliges Rechtsgeschäft“ aus. Die Anfechtung der Mietzinszahlungen des Vereins sei daher abzuweisen. In Bezug auf die übrigen Mietzinseingänge liege Inkongruenz vor, weshalb die Anfechtung gemäß Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer eins, KO berechtigt sei. Der Kredit sei erst im Jahr 2018 endfällig gewesen. Außerdem habe die Beklagte konkrete Einwände dazu nicht erhoben. Da die Beklagte im Konkurs des Sicherungszedenten Absonderungsgläubigerin sei, dürfe sie die zedierten Mietzinsforderungen einheben. Der Masseverwalter trete anstelle des im Konkurs befindlichen Bestandgebers in den Mietvertrag ein. Der Kläger habe die Kündigung des Mietvertrags zum 30. 6. 2002 akzeptiert und mit dem Verein einen neuen Mietvertrag abgeschlossen. Daher bestehe die Gegenforderung zu Recht.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es führte aus, im vorliegenden Fall sei die Drittschuldnerverständigung ein im Sinn des § 452 ABGB ausreichender Publizitätsakt, werde doch die Ansicht vertreten, dass bei der Sicherungszession von Nicht-Buchforderungen die Drittschuldnerverständigung die Publizitätsform sei, wobei auch bei Globalzessionen eine Vorausverständigung des bekannten Schuldners möglich sei. Die Drittschuldnerverständigung genüge auch dann, wenn der Zedent zwar buchführungspflichtig sei, eine Buchführung aber fehle. Der Kläger stütze in seiner Berufung die Anfechtung der Mietzinszahlungen des Vereins nur noch auf die wegen Fehlens eines ausreichenden Publizitätsakts gegebene Inkongruenz (§ 30 Abs 1 Z 1 KO). Diese Anspruchsgrundlage liege nicht vor. Der Einzelschaden eines Absonderungsgläubigers könne als Masseforderung gemäß § 46 Abs 1 Z 5 KO gegen die Masse durchgesetzt werden. Laute der Anfechtungsanspruch auf Geld und rechne der Anfechtungsgegner mit einer Masseforderung auf, so sei dies zulässig. Sowohl bei der Zession als auch bei der Verpfändung künftig fällig werdender Mietzinse sei der Vermieter verpflichtet, nicht ungerechtfertigt den Mietvertrag aufzulösen, sei es durch ordentliche Kündigung, sei es durch eine Auflösungsvereinbarung. Dazu gehöre auch die Pflicht, eine gesetz- oder vertragswidrige Kündigung durch den Mieter nicht hinzunehmen. Eine Erneuerung des Mietvertrags mit dem bisherigen Mieter habe der Vermieter so vorzunehmen, dass der Sicherungsanspruch des Gläubigers nicht beeinträchtigt werde. Der Mietvertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Verein sei Ende 1999 im Sinn des § 1114 ABGB mit gewissen Modifikationen erneuert worden. Der Kläger selbst sei von einer Bindung des Mieters an den Mietvertrag in seinem Schreiben vom 7. 5. 2002 ausgegangen. Der Mietvertrag sei einvernehmlich per 30. 6. 2002 aufgelöst und ein neuer Mietvertrag ab 1. 7. 2002 abgeschlossen worden. Der Mieter hätte bei einer Kündigung mit Schreiben vom 2. 5. 2002 nur eine Beendigung des Mietvertrags per 31. 5. 2003 erreichen können. Der Masseverwalter trete bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Bestandgebers in den Bestandvertrag so ein, wie das Bestandverhältnis zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden habe. Dieser Eintritt umfasse auch Nebenabreden, die das Bestandverhältnis unmittelbar selbst betreffen. Rechtshandlungen der Vertragsparteien vor Konkurseröffnung seien nach dem Eintritt des Masseverwalters in den Bestandvertrag, soweit nicht Anfechtbarkeit vorliege, auch für den Masseverwalter verbindlich. Dem Sicherungszessionar komme im Konkurs des Sicherungszedenten die Stellung eines Absonderungsberechtigten zu. Absonderungsrechte würden durch die Konkurseröffnung nicht berührt. Daher sei die Ansicht des Klägers, alleine durch die Konkurseröffnung habe die Zession ihre Wirksamkeit verloren, nicht zu teilen. Dadurch, dass der Masseverwalter eine vertragswidrige Kündigung des Mietvertrags durch den Mieter akzeptiert und einen nicht auf die Sicherungsrechte der Beklagten Bedacht nehmenden neuen Mietvertrag abgeschlossen habe, habe er rechtswidrig und schuldhaft in die Sicherungsrechte der Beklagten eingegriffen. Es sei daher auch die Gegenforderung zu

bejahren. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es führte aus, im vorliegenden Fall sei die Drittschuldnerverständigung ein im Sinn des Paragraph 452, ABGB ausreichender Publizitätsakt, werde doch die Ansicht vertreten, dass bei der Sicherungszession von Nicht-Buchforderungen die Drittschuldnerverständigung die Publizitätsform sei, wobei auch bei Globalzessionen eine Vorausverständigung des bekannten Schuldners möglich sei. Die Drittschuldnerverständigung genüge auch dann, wenn der Zedent zwar buchführungspflichtig sei, eine Buchführung aber fehle. Der Kläger stütze in seiner Berufung die Anfechtung der Mietzinszahlungen des Vereins nur noch auf die wegen Fehlens eines ausreichenden Publizitätsakts gegebene Inkongruenz (Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer eins, KO). Diese Anspruchsgrundlage liege nicht vor. Der Einzelschaden eines Absonderungsgläubigers könne als Masseforderung gemäß Paragraph 46, Absatz eins, Ziffer 5, KO gegen die Masse durchgesetzt werden. Laute der Anfechtungsanspruch auf Geld und rechne der Anfechtungsgegner mit einer Masseforderung auf, so sei dies zulässig. Sowohl bei der Zession als auch bei der Verpfändung künftig fällig werdender Mietzinse sei der Vermieter verpflichtet, nicht ungerechtfertigt den Mietvertrag aufzulösen, sei es durch ordentliche Kündigung, sei es durch eine Auflösungsvereinbarung. Dazu gehöre auch die Pflicht, eine gesetz- oder vertragswidrige Kündigung durch den Mieter nicht hinzunehmen. Eine Erneuerung des Mietvertrags mit dem bisherigen Mieter habe der Vermieter so vorzunehmen, dass der Sicherungsanspruch des Gläubigers nicht beeinträchtigt werde. Der Mietvertrag zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Verein sei Ende 1999 im Sinn des Paragraph 1114, ABGB mit gewissen Modifikationen erneuert worden. Der Mietvertrag sei einvernehmlich per 30. 6. 2002 aufgelöst und ein neuer Mietvertrag ab 1. 7. 2002 abgeschlossen worden. Der Mieter hätte bei einer Kündigung mit Schreiben vom 2. 5. 2002 nur eine Beendigung des Mietvertrags per 31. 5. 2003 erreichen können. Der Masseverwalter trete bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Bestandgebers in den Bestandvertrag so ein, wie das Bestandverhältnis zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden habe. Dieser Eintritt umfasse auch Nebenabreden, die das Bestandverhältnis unmittelbar selbst betreffen. Rechtshandlungen der Vertragsparteien vor Konkurseröffnung seien nach dem Eintritt des Masseverwalters in den Bestandvertrag, soweit nicht Anfechtbarkeit vorliege, auch für den Masseverwalter verbindlich. Dem Sicherungszessionar komme im Konkurs des Sicherungszedenten die Stellung eines Absonderungsberechtigten zu. Absonderungsrechte würden durch die Konkurseröffnung nicht berührt. Daher sei die Ansicht des Klägers, alleine durch die Konkurseröffnung habe die Zession ihre Wirksamkeit verloren, nicht zu teilen. Dadurch, dass der Masseverwalter eine vertragswidrige Kündigung des Mietvertrags durch den Mieter akzeptiert und einen nicht auf die Sicherungsrechte der Beklagten Bedacht nehmenden neuen Mietvertrag abgeschlossen habe, habe er rechtswidrig und schulhaft in die Sicherungsrechte der Beklagten eingegriffen. Es sei daher auch die Gegenforderung zu bejahen.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil der Oberste Gerichtshof schon seit längerem die Frage des für eine Sicherungszession erforderlichen Modus unbeantwortet gelassen habe und eine höchstgerichtliche Rechtsprechung, die sich speziell mit der im vorliegenden Verfahren aufrechnungsweise eingewendeten Gegenforderung befasse, nicht habe aufgefunden werden können.

Die Revision des Klägers ist zulässig, aber nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. a) Zunächst ist festzuhalten, dass es im Rechtsmittelverfahren nicht mehr strittig ist, dass das Verfügungsverbot des § 42 Abs 2 Satz 1 MRG im zu beurteilenden Fall nicht Anwendung findet. 1. a) Zunächst ist festzuhalten, dass es im Rechtsmittelverfahren nicht mehr strittig ist, dass das Verfügungsverbot des Paragraph 42, Absatz 2, Satz 1 MRG im zu beurteilenden Fall nicht Anwendung findet.

b) Die Revision stellt auch nicht in Abrede, dass künftig fällig werdende Mietzinsforderungen abgetreten werden können (SZ 63/232 mwN = JBI 1992, 252; Koziol, Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745 [755]). Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs entstehen Mietzinsforderungen mit dem Eintritt ihrer Fälligkeit (7 Ob 28/98p mwN). Auch wenn der Bestandvertrag schon geschlossen wurde, lassen sich somit die daraus entspringenden, künftige Mietzinsperioden betreffenden Mietzinsforderungen als künftige Forderungen qualifizieren (Koziol aaO 746).

c) Bei der Abtretung künftiger Forderungen kann der Zessionar die Forderung erst dann tatsächlich erwerben, wenn sie entstanden ist. Die Einigung über die Zession kann jedoch schon vor diesem Zeitpunkt erfolgen; mit dem Entstehen

der Forderung wächst dann die Forderung dem Zessionar zu, ohne dass es noch irgendwelcher weiterer Handlungen bedarf (10 Ob 321/02g = ÖBA 2005, 284; Koziol aaO 745; vgl SZ 63/232). Im Zusammenhang mit der Abtretung künftiger Forderungen sprach der Oberste Gerichtshof bereits aus, dass durch die (Voll-)Zession eine Änderung der Rechtszuständigkeit der Forderung eintritt, wobei der Rechtsübergang bereits im Zeitpunkt der Zessionsvereinbarung erfolgt (SZ 63/232; 10 Ob 321/02g). Bei einer Sicherungszession bedarf es zur Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (der Zession) darüber hinaus noch, dass der nötige Modus (Publizitätsakt) schon gesetzt wurde oder nunmehr gesetzt wird (10 Ob 321/02g; 6 Ob 319/01g; SZ 71/154; Koziol aaO 745). Es ist im Revisionsverfahren nicht strittig, dass eine Sicherungszession zu ihrer Wirksamkeit der Einhaltung der für die Pfandrechtsbegründung vorgeschriebenen Publizität (§ 452 ABGB) bedarf (SZ 11/15; SZ 68/36 ua; RIS-JustizRS0032577); dies gilt auch in einem Fall wie dem hier zu beurteilenden, in dem die Besicherung nicht letztes Hilfsmittel sein, sondern die Tilgung der besicherten Forderung ohne weiteres aus den Eingängen der abgetretenen Forderungen und somit primär aus der Sicherung erfolgen sollte (SZ 62/32; SZ 68/36 ua; RIS-Justiz RS0032577).c) Bei der Abtretung künftiger Forderungen kann der Zessionar die Forderung erst dann tatsächlich erwerben, wenn sie entstanden ist. Die Einigung über die Zession kann jedoch schon vor diesem Zeitpunkt erfolgen; mit dem Entstehen der Forderung wächst dann die Forderung dem Zessionar zu, ohne dass es noch irgendwelcher weiterer Handlungen bedarf (10 Ob 321/02g = ÖBA 2005, 284; Koziol aaO 745; vergleiche SZ 63/232). Im Zusammenhang mit der Abtretung künftiger Forderungen sprach der Oberste Gerichtshof bereits aus, dass durch die (Voll-)Zession eine Änderung der Rechtszuständigkeit der Forderung eintritt, wobei der Rechtsübergang bereits im Zeitpunkt der Zessionsvereinbarung erfolgt (SZ 63/232; 10 Ob 321/02g). Bei einer Sicherungszession bedarf es zur Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (der Zession) darüber hinaus noch, dass der nötige Modus (Publizitätsakt) schon gesetzt wurde oder nunmehr gesetzt wird (10 Ob 321/02g; 6 Ob 319/01g; SZ 71/154; Koziol aaO 745). Es ist im Revisionsverfahren nicht strittig, dass eine Sicherungszession zu ihrer Wirksamkeit der Einhaltung der für die Pfandrechtsbegründung vorgeschriebenen Publizität (Paragraph 452, ABGB) bedarf (SZ 11/15; SZ 68/36 ua; RIS-Justiz RS0032577); dies gilt auch in einem Fall wie dem hier zu beurteilenden, in dem die Besicherung nicht letztes Hilfsmittel sein, sondern die Tilgung der besicherten Forderung ohne weiteres aus den Eingängen der abgetretenen Forderungen und somit primär aus der Sicherung erfolgen sollte (SZ 62/32; SZ 68/36 ua; RIS-Justiz RS0032577).

d) Wie der Oberste Gerichtshof schon aussprach und von einem Teil der

Lehre vertreten wird, ist bei der Sicherungszession künftiger

Forderungen (die keine Buchforderungen sind) zumindest für den Fall,

dass es sich um solche aus einer eindeutig identifizierten

Geschäftsbeziehung gegen einen bereits individualisierten

Geschäftspartner handelt (wie etwa bei Mietzinsforderungen aus einem

schon abgeschlossenen Mietvertrag), die Vorausverständigung des

Drittschuldners als tauglicher Modus anzusehen (10 Ob 321/02g; 6 Ob

319/01g = RdW 2003, 194; SZ 71/154; Koziol/Welser, Bürgerliches

Recht13 I, 381 f; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB §

1392 Rz 7; Karollus, Aktuelle Probleme der Sicherungszession, ÖBA

1999, 327 [334]; Zepke, Zur Abtretung künftiger Forderungen, ÖBA

1997, 984; dagegen Iro, Sicherungsglobalzession und

Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357; derselbe, Vorsicht bei

der Verpfändung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung! RdW

1991, 282). Die Gemeinschuldnerin und die Beklagten vereinbarten im

Kreditvertrag, dass die Beklagte den Mieter von der Abtretung

verständigt. Jedenfalls in einem solchen Fall kann die

Vorausverständigung durch den Zessionar vorgenommen werden (vgl 6 Ob

319/01g; 8 Ob 655/90 = ÖBA 1991, 929 = EvBl 1991/133 S 595; 1 Ob

697/88 = SZ 62/32; Karollus, ÖBA 1998, 396; derselbe, ÖBA 1999, 333;

Heidinger in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1392 Rz 30 f) Heidinger in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1392, Rz 30 f).

2. Der Revisionswerber vertritt weiterhin die Auffassung, die sicherungsweise Abtretung der Mietzinsforderungen hätte zu ihrer Wirksamkeit eines Buchvermerks bedurft. Da die Gemeinschuldnerin als Formkaufmann buchführungspflichtig gewesen sei, seien die Mietzinsforderungen Buchforderungen. Es sei nicht erheblich, dass die Gemeinschuldnerin die Forderungen nicht in den Büchern erfasst habe. Ein Zessionsvermerk hätte außerdem auf der ersten Seite der OP-Liste und/oder auf den Erlöskonten angebracht werden können. Die Gemeinschuldnerin habe auch nicht „keine Bücher“ geführt. Sie habe ihre Bücher in Bezug auf die Mietzinsforderungen nur nicht vollständig geführt. Mangels Wirksamkeit der Zession sei die Beklagte nicht Absonderungsberechtigte, sodass die Mietzinseingänge nach § 31 Abs 1 Z 2 KO und darüber hinaus als inkongruente Zahlungen nach§ 30 Abs 1 Z 1 KO anfechtbar seien.2. Der Revisionswerber vertritt weiterhin die Auffassung, die sicherungsweise Abtretung der Mietzinsforderungen hätte zu ihrer Wirksamkeit eines Buchvermerks bedurft. Da die Gemeinschuldnerin als Formkaufmann buchführungspflichtig gewesen sei, seien die Mietzinsforderungen Buchforderungen. Es sei nicht erheblich, dass die Gemeinschuldnerin die Forderungen nicht in den Büchern erfasst habe. Ein Zessionsvermerk hätte außerdem auf der ersten Seite der OP-Liste und/oder auf den Erlöskonten angebracht werden können. Die Gemeinschuldnerin habe auch nicht „keine Bücher“ geführt. Sie habe ihre Bücher in Bezug auf die Mietzinsforderungen nur nicht vollständig geführt. Mangels Wirksamkeit der Zession sei die Beklagte nicht Absonderungsberechtigte, sodass die Mietzinseingänge nach Paragraph 31, Absatz eins, Ziffer 2, KO und darüber hinaus als inkongruente Zahlungen nach Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer eins, KO anfechtbar seien.

Hiezu wurde erwogen:

a) Im Konkurs des Sicherungszedenten erkennt der Gesetzgeber dem Sicherungszessionar ein Absonderungsrecht an der Forderung zu (§ 10 Abs 3 KO). Fehlt es am für das wirksame Zustandekommen der Sicherungszession notwendigen Publizitätsakt vor der Eröffnung des Konkursverfahrens, so steht dem Sicherungszessionar kein Absonderungsrecht zu (SZ 62/32; SZ 70/228; SZ 2004/31 ua; RIS-Justiz RS0032577).a) Im Konkurs des Sicherungszedenten erkennt der Gesetzgeber dem Sicherungszessionar ein Absonderungsrecht an der Forderung zu (Paragraph 10, Absatz 3, KO). Fehlt es am für das wirksame Zustandekommen der Sicherungszession notwendigen Publizitätsakt vor der Eröffnung des Konkursverfahrens, so steht dem Sicherungszessionar kein Absonderungsrecht zu (SZ 62/32; SZ 70/228; SZ 2004/31 ua; RIS-Justiz RS0032577).

b) Für den gültigen Erwerb eines Pfandrechts an Forderungen schreibt§ 452 ABGB unter Verweis auf die Übergabe durch Zeichen nach § 427 ABGB vor, dass man sich solcher Zeichen bedienen muss, "woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann".b) Für den gültigen Erwerb eines Pfandrechts an Forderungen schreibt Paragraph 452, ABGB unter Verweis auf die Übergabe durch Zeichen nach Paragraph 427, ABGB vor, dass man sich solcher Zeichen bedienen muss, "woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann".

Im Plenarbeschluss vom 15. 1. 1929, Gutachten über den Eskompt offener Buchforderungen - SZ 11/15, legte der Oberste Gerichtshof dar, bei nicht verbrieften (nicht in Wertpapieren verkörperten), sogenannten offenen Forderungen versage „eigentlich“ die Verweisung in § 452 ABGB auf § 427 ABGB, der Schuldforderungen als Sachen nenne, die keine körperliche Übergabe zuließen. Solange für den Drittschuldner außerhalb des Exekutionsverfahrens keine Auskunftspflicht bestehe und solange die Geschäftsbücher des Kreditnehmers und Kreditgebers nicht der allgemeinen Einsicht offenstünden, müsse man sich für die Verpfändung offener Forderungen damit begnügen, dass die Verpfändung, ihr Umfang und ihr Zeitpunkt nachträglich leicht und verlässlich (sicher) festgestellt werden könne. Diesem Erfordernis werde „gewiss dadurch am besten und verlässlichsten Rechnung getragen, wenn von der sicherungsweisen Abtretung jeder einzelnen Forderung der Drittschuldner verständigt wird, weil dann ohne weiteres festzustellen sein wird, auf welche Forderungen sich die Abrede bezieht und wann sie geschehen ist“. Dies sei jedoch nicht die einzige mögliche Form. Bei offenen Buchforderungen sei auch ein Vermerk in den Geschäftsbüchern des Zedenten als Publizitätsakt geeignet, aus dem Umfang und Zeitpunkt der Verpfändung (Sicherungsabtretung) hervorgehen. Im Plenarbeschluss vom 15. 1. 1929, Gutachten über den Eskompt offener Buchforderungen - SZ 11/15, legte der Oberste Gerichtshof dar, bei nicht verbrieften (nicht in Wertpapieren verkörperten), sogenannten offenen Forderungen versage „eigentlich“ die Verweisung in Paragraph 452, ABGB auf Paragraph 427, ABGB, der

Schuldforderungen als Sachen nenne, die keine körperliche Übergabe zuließen. Solange für den Drittschuldner außerhalb des Exekutionsverfahrens keine Auskunftspflicht bestehe und solange die Geschäftsbücher des Kreditnehmers und Kreditgebers nicht der allgemeinen Einsicht offenstünden, müsse man sich für die Verpfändung offener Forderungen damit begnügen, dass die Verpfändung, ihr Umfang und ihr Zeitpunkt nachträglich leicht und verlässlich (sicher) festgestellt werden könne. Diesem Erfordernis werde „gewiss dadurch am besten und verlässlichsten Rechnung getragen, wenn von der sicherungsweisen Abtretung jeder einzelnen Forderung der Drittschuldner verständigt wird, weil dann ohne weiteres festzustellen sein wird, auf welche Forderungen sich die Abrede bezieht und wann sie geschehen ist“. Dies sei jedoch nicht die einzige mögliche Form. Bei offenen Buchforderungen sei auch ein Vermerk in den Geschäftsbüchern des Zedenten als Publizitätsakt geeignet, aus dem Umfang und Zeitpunkt der Verpfändung (Sicherungsabtretung) hervorgehen.

c) Nach einer Vielzahl von Entscheidungen (s RIS-JustizRS0011392; SZ 51/121; SZ 55/170; JBI 1996, 251) genügt zur Einhaltung des für die Wirksamkeit der Sicherungsabtretung notwendigen Modus die Drittschuldnerverständigung. Der Oberste Gerichtshof sprach auch aus, dass mehrere Publizitätsformen nicht nebeneinander eingehalten werden müssen, dass bei Buchforderungen also neben der Verständigung des Drittschuldners nicht auch noch ein Vermerk in den Büchern des Zedenten erforderlich ist (SZ 51/121; SZ 55/170). Dies war auch die herrschende Auffassung im Schrifttum (s nur G. Frotz, Kreditsicherungsrecht 237; F. Bydlinski in Klang<sup>2</sup> IV/2, 690 Fn 896).

d) Bei unverbrieften Nicht-Buchforderungen wird nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Lehre nach wie vor die Verständigung des übernommenen Schuldners und die schriftliche Festlegung des Rechtsgeschäfts als ausreichend angesehen (SZ 71/154; RIS-Justiz RS0011386; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, ABGB § 1392 Rz 3; Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, ABGB § 1392 Rz 30; Riedler, „Babylonische“ Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession? ÖBA 2003, 415 [421]). d) Bei unverbrieften Nicht-Buchforderungen wird nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Lehre nach wie vor die Verständigung des übernommenen Schuldners und die schriftliche Festlegung des Rechtsgeschäfts als ausreichend angesehen (SZ 71/154; RIS-Justiz RS0011386; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, ABGB Paragraph 1392, Rz 3; Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, ABGB Paragraph 1392, Rz 30; Riedler, „Babylonische“ Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession? ÖBA 2003, 415 [421]).

e) Der Oberste Gerichtshof warf in der Entscheidung 5 Ob 2155/96i (=

SZ 70/228 = JBI 1998, 105 [Michor] = ÖBA 1998, 392 [Karollus] = ZIK

1998, 33 [Zepke] = ecolex 1998, 22 [Michor/Wilhelm]; s dazu auch Iro,

EDV-Buchhaltung: Anforderungen an den Zessionsvermerk, RdW 1998, 5) erstmals - ohne dass es für die Entscheidung notwendig gewesen wäre - die Frage auf, ob bei Buchforderungen die Drittschuldnerverständigung allein zur wirksamen Zession ausreiche. Berücksichtige man den Zweck des § 452 ABGB, (potentiellen) Gläubigern des Sicherungsgebers das Ausscheiden der abgetretenen Forderung aus dem Haftungsvermögen des Schuldners erkennen zu lassen, dann erscheine es bei Buchforderungen überaus fraglich, ob tatsächlich die eine bloß schriftliche Verständigung des Schuldners als ausreichend anerkennende Ansicht aufrechterhalten werden könne (dagegen Honsell/Heidinger in Schwimann<sup>2</sup>, ABGB § 1392 Rz 22). Denn schon im Gutachten SZ 11/15 werde hervorgehoben, dass es der Buchvermerk Einzelpersonen oder Kreditinstituten ermögliche, bevor sie Kredit gewähren, Einsicht in die Geschäftsbücher zur Bedingung zu stellen und sich so Gewissheit zu verschaffen, in welchem Umfang der Kreditsuchende seine ausstehenden Forderungen bereits weitergegeben habe. Eine gleichwertige Informationsmöglichkeit biete die bloße (schriftliche) Verständigung des Drittschuldners nicht, weil ja der potentielle Gläubiger des Zedenten in diesem Fall auf dessen freiwillige Mitteilung bzw auf eine lückenlose Durchsicht von dessen Geschäftsbriefen angewiesen sei. Die angesprochene Frage wurde jedoch ausdrücklich offen gelassen. EDV-Buchhaltung: Anforderungen an den Zessionsvermerk, RdW 1998, 5) erstmals - ohne dass es für die Entscheidung notwendig gewesen wäre - die Frage auf, ob bei Buchforderungen die Drittschuldnerverständigung allein zur wirksamen Zession ausreiche. Berücksichtige man den Zweck des Paragraph 452, ABGB, (potentiellen) Gläubigern des Sicherungsgebers das Ausscheiden der abgetretenen Forderung aus dem Haftungsvermögen des Schuldners erkennen zu lassen, dann erscheine es bei Buchforderungen überaus fraglich, ob tatsächlich die eine bloß schriftliche Verständigung des Schuldners als ausreichend anerkennende Ansicht aufrechterhalten werden könne (dagegen Honsell/Heidinger in Schwimann<sup>2</sup>, ABGB Paragraph 1392, Rz 22). Denn schon im Gutachten SZ 11/15 werde hervorgehoben, dass es der Buchvermerk Einzelpersonen oder Kreditinstituten ermögliche, bevor sie Kredit gewähren,

Einsicht in die Geschäftsbücher zur Bedingung zu stellen und sich so Gewissheit zu verschaffen, in welchem Umfang der Kreditsuchende seine ausstehenden Forderungen bereits weitergegeben habe. Eine gleichwertige Informationsmöglichkeit biete die bloße (schriftliche) Verständigung des Drittschuldners nicht, weil ja der potentielle Gläubiger des Zedenten in diesem Fall auf dessen freiwillige Mitteilung bzw auf eine lückenlose Durchsicht von dessen Geschäftsbriefen angewiesen sei. Die angesprochene Frage wurde jedoch ausdrücklich offen gelassen.

Während Wilhelm in seiner Glosse ecolex 1998, 24, und Iro, RdW 1998, 5, dem von der Entscheidung postulierten Vorrang des Buchvermerks zustimmten, meldete Karollus in seiner Entscheidungsanmerkung, ÖBA 1998, 395, insoweit Bedenken an, als die Verständigung des Drittschuldners, wenn sie einmal erfolgt sei, ein für allemal die Publizität herstelle, während der Kreditgeber beim Buchvermerk darauf angewiesen sei, dass dieser vom Schuldner gesetzt und in der Folge nicht gelöscht werde. Auch Zepke, ZIK 1998, 19, äußerte sich kritisch zu dieser Entscheidung. Unter anderem meint er, reiche die Drittschuldnerverständigung als Publizitätsakt nicht mehr aus, so stelle sich die Frage, wie der Publizitätsakt bei Nicht-Buchforderungen gesetzt werden könnte. Da jedenfalls bei diesen Forderungen die Drittschuldnerverständigung als einziger möglicher Publizitätsakt weiterhin zulässig sein müsse, würden somit für die Verpfändung (Abtretung) unverbriefter Forderungen unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden, was einer darüber hinausgehenden Rechtfertigung bedürfte. Auch Schulyok in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 267 ff äußerte sich kritisch. Die in der E 5 Ob 2155/96i aufgeworfene Frage wurde auch in der folgenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bislang nicht beantwortet: Während Wilhelm in seiner Glosse ecolex 1998, 24, und Iro, RdW 1998, 5, dem von der Entscheidung postulierten Vorrang des Buchvermerks zustimmten, meldete Karollus in seiner Entscheidungsanmerkung, ÖBA 1998, 395, insoweit Bedenken an, als die Verständigung des Drittschuldners, wenn sie einmal erfolgt sei, ein für allemal die Publizität herstelle, während der Kreditgeber beim Buchvermerk darauf angewiesen sei, dass dieser vom Schuldner gesetzt und in der Folge nicht gelöscht werde. Auch Zepke, ZIK 1998, 19, äußerte sich kritisch zu dieser Entscheidung. Unter anderem meint er, reiche die Drittschuldnerverständigung als Publizitätsakt nicht mehr aus, so stelle sich die Frage, wie der Publizitätsakt bei Nicht-Buchforderungen gesetzt werden könnte. Da jedenfalls bei diesen Forderungen die Drittschuldnerverständigung als einziger möglicher Publizitätsakt weiterhin zulässig sein müsse, würden somit für die Verpfändung (Abtretung) unverbriefter Forderungen unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden, was einer darüber hinausgehenden Rechtfertigung bedürfte. Auch Schulyok in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze Paragraph 48, KO Rz 267 ff äußerte sich kritisch. Die in der E 5 Ob 2155/96i aufgeworfene Frage wurde auch in der folgenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bislang nicht beantwortet:

f) In der Entscheidung vom 29. 9. 1998, 1 Ob 406/97f (= SZ 71/154 =

ÖBA 1999/726 [Karollus, 327] = ZIK 1999, 32 [Zepke]), musste auf die

in der genannten Entscheidung „mit gewichtigen Argumenten vorgetragenen Bedenken gegen die bisherige Rechtsprechungslinie“ nicht eingegangen werden. Die Entscheidung führt aber aus, dass bei der Sicherungszession künftiger Forderungen aus eindeutig identifizierter Geschäftsbeziehung die Vorausverständigung des Drittschuldners als tauglicher Modus angesehen werde. Der Buchvermerk sei bei erst künftig entstehenden Forderungen als taugliches Publizitätsmittel insofern problematisch, als er - trete man der Entscheidung SZ 70/228 bei, die die Ersichtlichmachung bei den einzelnen Forderungen in der Offene-Posten-Liste fordere - erst mit der Eintragung der Forderung in die Geschäftsbücher bzw deren Aufnahme in die EDV-Buchhaltung angebracht werden könnte. In dieser Richtung wären die in der genannten Entscheidung angestellten Überlegungen zum Publizitätserfordernis weiter zu vertiefen und etwa die Anbringung eines Generalvermerks in der Offene-Posten-Liste zu erwägen.

g) Der 1. Senat ließ auch in den Folgeentscheidungen vom 27. 8. 1999, 1 Ob 308/98w (= ÖBA 2000, 242 = ZIK 1999, 199), und vom 26. 6. 2001, 1 Ob 290/00d (= SZ 74/112 = JBl 2002, 187 [Riedler, 194], die Frage mangels Entscheidungsrelevanz unentschieden, ließ jedoch abermals nebenher Sympathie für den Standpunkt erkennen, bei Buchforderungen sei die Drittschuldnerverständigung kein tauglicher Publizitätsakt.

h) Der erkennende Senat führte in der Entscheidung vom 30. 8. 2000, 6 Ob 174/00g (= SZ 73/132 = JBl 2002, 182 [Dullinger/Riedler] = ÖBA 2001, 910 [Karollus]) aus, die Tendenz der jüngeren oberstgerichtlichen Rechtsprechung gehe dahin, bei Buchforderungen die Drittschuldnerverständigung nicht mehr genügen zu lassen und für eine wirksame Publizität auch oder nur den Buchvermerk zu verlangen. Die in der Entscheidung 1 Ob 406/97f für die Zession künftiger Forderungen erwogene Anbringung eines Generalvermerks in der Offene-Posten-Liste sei ein -

vielleicht sogar der einzige - Weg, die Globalzession (oder Generalzession) künftiger Forderungen nach außen verlässlich offen zu legen. In der Entscheidung vom 24. 2. 2000, 6 Ob 256/99m (= ÖBA 2000, 1020), wurde in einem Fall, in dem der Zedent, eine Gesellschaft mbH, zur Kreditsicherung ihre bestehenden und künftig entstehenden Kundenforderungen abgetreten hatte, ausgeführt, dass für den Modus der Sicherungsabtretung (Globalzession) entweder eine Verständigung des übernommenen Schuldners oder die Eintragung eines Buchvermerks des buchführenden Schuldners vorzunehmen sei.

i) Der 2. Senat behandelte die Frage in der Entscheidung vom 19. 10. 2000, 2 Ob 265/00k (= ÖBA 2002/1078) nicht abschließend. In der Entscheidung vom 6. 7. 2004, 4 Ob 100/04s (= ÖBA 2004/1233 [Koziol]), lässt der 4. Senat die Frage ausdrücklich offen.

j) Im Schrifttum wird die Frage nicht einheitlich beantwortet. Während Riedler (JBI 2002, 194; „Babylonische“ Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession? ÖBA 2003, 415; ÖBA 2006, 459; Zak 2006, 44) und Heidinger (in Schwimann aaO § 1392 Rz 25 f) bei verbuchten Forderungen den Vorrang des Vermerks in den Geschäftsbüchern des Zedenten vertreten, halten andere Autoren die Drittschuldnerverständigung auch bei Buchforderungen zur Einhaltung des Modus für ausreichend und den Buchvermerk als gleichwertige Alternative (zB Koziol/Welser aaO 381 f; Koziol, ÖBA 2004, 875); j) Im Schrifttum wird die Frage nicht einheitlich beantwortet. Während Riedler (JBI 2002, 194; „Babylonische“ Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession? ÖBA 2003, 415; ÖBA 2006, 459; Zak 2006, 44) und Heidinger (in Schwimann aaO Paragraph 1392, Rz 25 f) bei verbuchten Forderungen den Vorrang des Vermerks in den Geschäftsbüchern des Zedenten vertreten, halten andere Autoren die Drittschuldnerverständigung auch bei Buchforderungen zur Einhaltung des Modus für ausreichend und den Buchvermerk als gleichwertige Alternative (zB Koziol/Welser aaO 381 f; Koziol, ÖBA 2004, 875);

Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1397 Rz 7; Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Paragraph 1397, Rz 7;

Hinteregger in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 452 Rz 10; Lurger in FS Welser, Die Zession im sachenrechtlichen Übertragungssystem des ABGB 639; Hinteregger in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 452, Rz 10; Lurger in FS Welser, Die Zession im sachenrechtlichen Übertragungssystem des ABGB 639;

Spitzer, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung, ÖBA 2005, 885 [886 Fn 23]; vgl Apathy, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im österreichischen Recht, in: Hadding/Schneider, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen 518 f). Spitzer, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung, ÖBA 2005, 885 [886 Fn 23]; vergleiche Apathy, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im österreichischen Recht, in: Hadding/Schneider, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen 518 f).

k) Riedler begründet seine Auffassung im Wesentlichen damit, dass die Drittschuldnerverständigung an sich publizitätslos sei, erfülle sie doch das gesetzliche Erfordernis, für andere Gläubiger des Zedenten leicht erkennbar zu sein, überhaupt nicht. Es blieben nämlich die im Vermögen des Zedenten verbuchten, zur Sicherung abgetretenen Forderungen zeichenfrei und damit "unbelastet". Aus der Perspektive der anderen Gläubiger des Zedenten (Verpfänders) komme dem Buchvermerk gegenüber der formlos zulässigen Drittschuldnerverständigung "erhöhte" Publizitätswirkung zu. Sollte die Drittschuldnerverständigung als alternativer Publizitätsakt in Betracht kommen, so müssten die potentiellen Kreditgeber vor Kreditvergabe nicht nur die Bücher des potentiellen Kreditnehmers prüfen, sondern eigentlich auch die Geschäftspartner ihres Kreditnehmers (künftige Drittschuldner) über allfällige andere Sicherungszessionen befragen und damit den wirtschaftlichen Ruf des Kreditnehmers beeinträchtigen. Ähnlich argumentiert Heidinger.

l) Wenngleich es zutrifft, dass der Buchvermerk dem Informationsbedürfnis der (potentiellen) Gläubiger des Zedenten besser Rechnung trägt und insofern ein Mehr an Publizität bringt und das Nebeneinander zweier möglicher Publizitätsakte belastend ist - Kontrolle der Bücher des Zedenten und Befragung aller möglicher Drittschuldner - (Karollus, ÖBA 1998, 396), so überzeugt die These, bei Buchforderungen sei die Drittschuldnerverständigung kein tauglicher Modus, nicht, lassen doch auch die Vertreter des Vorrangs des Buchvermerks bei der Sicherungszession (Verpfändung) von Nicht-Buchforderungen die Drittschuldnerverständigung als Modus genügen, würde doch sonst nicht buchführungspflichtigen (nichtbuchführenden) Kreditwerbern die Sicherungszession als Sicherungsmittel

entzogen. Die Publizität bei der Sicherungszession durch die Drittschuldnerverständigung wird insofern erreicht, als der wissende Drittschuldner alle anderen Gläubiger über die Zession informieren kann, wenn diese bei ihm als einziger verlässlicher Auskunftsquelle Erkundigungen über die Forderungen einholen (Koziol, ÖBA 2004, 875 mwN; Spitzer, ÖBA 2005, 888; Demelius, Pfandrecht 265). Karollus (ÖBA 1999, 331; ÖBA 1998, 395 f, 397; zustimmend Zepke, ZIK 1999, 19) meint, das Publizitätsprinzip sei auch nicht in dem Sinn zu verstehen, dass stets ein Höchstmaß an Publizität anzustreben sei. Diese Auffassung liegt offensichtlich auch dem Gutachten SZ 11/15, der bisherigen ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)