

Schriftenreihe Bank- und Kapitalmarktrecht  
Herausgegeben von  
Silvia Dullinger und Claudia Kaindl

**Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell**  
**Jahrbuch 2011/2012**



JOHANNES KEPLER  
UNIVERSITÄT LINZ | JKU  
Institut für Bankrecht

MANZ 

men sei. Die für die Beurteilung dieser Frage erforderlichen Sachverhaltselemente fehlen allerdings, ebenso wie die Beurteilung, in welcher Form sich die Geschäftsunfähigkeit auf den Bestand der Gesellschaft auswirkt.

### OGH 8 Ob 37/10 i<sup>53</sup>): Voraussetzungen des Terminsverlustes

§ 13 KSchG soll verhindern, dass ein Verbraucher durch den **Terminsverlust** überrascht wird. Er bedarf eines solchen Schutzes (nur) dann nicht, wenn unter den gegebenen Umständen die Mahnung und Nachfristsetzung zu einer **nutzlosen Formalität** herabsinken würde. In diesem Sinn bedarf es zum Eintritt des Terminsverlusts etwa dann keiner Mahnung unter Nachfristsetzung, wenn der Verbraucher erklärt, er werde die Erfüllung des Vertrags verweigern, wenn er den Willen zur Nichterfüllung des Vertrags konkludent zum Ausdruck bringt oder wenn es aus anderen Gründen ausgeschlossen erscheint, dass der Verbraucher die Frist zur Nachholung der Erfüllung benützen wird.

Eine iSd § 13 KSchG qualifizierte Mahnung wird ihrer **Warnfunktion** im Allgemeinen nur dann entsprechen, wenn für den Schuldner daraus erkennbar ist, wie hoch der **Rückstand** ist, durch dessen (nach-)fristgerechte Zahlung er den ihm angedrohten Terminsverlust vermeiden kann. Anderes kann nur dann gelten, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls (zB zeitnahe Vorkorrespondenz oder mündliche Erklärungen von Vertretern des Kreditgebers) die Höhe des innerhalb der gesetzten Frist zur Vermeidung des Terminsverlusts zu zahlenden Betrags dem Schuldner ohnedies bekannt ist, weil dann das Bestehen auf die (im Gesetz gar nicht ausdrücklich geforderte) Nennung des Betrags ein sinnentleerter Formalismus wäre.

### OGH 8 Ob 55/10 m<sup>54</sup>): Zeitlicher Anwendungsbereich des § 1333 Abs 2 ABGB und § 352 UGB

Die geänderte Zinsenregelung des § 1333 Abs 2 ABGB und § 352 UGB ist ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zinsenrechtsänderungsgesetzes BGBl I 2002/118, also nicht rückwirkend, auch auf Schuldverhältnisse, die vor diesem Zeitraum begründet wurden anzuwenden und zwar für die nach dem 31. 7. 2002 liegenden Zeiträume.

### OGH 10 Ob 12/11 d<sup>55</sup>): Aufklärungspflicht bei Abschluss des Kreditvertrages

Ob und in welchem Umfang **Aufklärungs- und Beratungspflichten** bestehen, hängt grundsätzlich von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.

<sup>53</sup>) ÖBA 2011/1737, 597 = ecolex 2011/316, 810 = RdW 2011/334, 336.

<sup>54</sup>) ÖBA 2011/1746, 666.

<sup>55</sup>) ÖBA 2011/1745, 665 = RdW 2011/264, 275.

Zwar besteht keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung Einfluss haben können. Der Kunde darf aber darauf vertrauen, dass die Bank über **spezifisches Fachwissen** verfügt und ihn umfassend berät. Entscheidend ist, ob nach der Lage des Falls eine Aufklärungsnotwendigkeit besteht. Die Anforderungen an die Aufklärungs- bzw Warnpflicht dürfen allerdings nicht überspannt werden; primär muss einem Bankkunden nämlich zugemutet werden, dass er seine wirtschaftlichen Interessen ausreichend zu wahren weiß. Eine Aufklärungspflicht besteht aber dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.

Auf Vorschlag des Mitarbeiters der kl Bank trat nicht – wie ursprünglich geplant – der Ehemann der Bekl, sondern die Bekl als Kreditnehmerin und deren Ehemann als Mitschuldner auf. Dem Mitarbeiter der kl Partei war bewusst, dass nur beide Ehepartner gemeinsam in der Lage sein würden, die Kreditraten abzustatten. Dennoch wies er nicht ausdrücklich darauf hin, dass im Fall der Beantragung des Kredits durch die Ehefrau die von der Bank als **Sicherheit** geforderte **Risikoablebensversicherung** für sie als Kreditnehmerin (und nicht für den Ehemann) abgeschlossen wird. Er sprach die Eheleute nicht darauf an, ob sie diese Versicherung nicht auch für den Ehemann abschließen wollten (was im Hinblick auf dessen jugendliches Alter die Versicherungsprämie lediglich um 6 Euro erhöht hätte). Die Ansicht des Berufungsgerichts, unter Berücksichtigung der im vorliegenden Fall gegebenen Umstände hätte sich eine derartige Aufklärung einem sorgfältigen Berater aber geradezu aufgedrängt, weicht von den wiedergegebenen Grundsätzen der Rsp nicht ab.

## V. Kreditsicherheiten

### A. Bürgschaft

Martina Eliskases / Jakob Kepplinger

### OGH 6 Ob 142/10 s<sup>56</sup>): Auslegung einer Bürgschaftserklärung

Es ist geradezu **Hauptzweck einer Bürgschaft**, den Gläubiger im **Insolvenzfall** des Hauptschuldners abzusichern. Dies stellt daher keinen wichtigen Grund dar, der den Bürgen zur Kündigung der Bürgschaft berechtigen würde. Gegenteiliges würde das Institut der Bürgschaft ad absurdum führen.

Bürgschaftsverträge bzw Bürgschaftserklärungen wie auch Garantieverträge sind grundsätzlich nach den §§ 914f ABGB auszulegen. Zeigt die Auslegung eines Vertrags nach § 914 ABGB (Auslegung nach dem Wortlaut bzw nach der Übung des redlichen Verkehrs) kein eindeutiges Ergebnis, so ist

<sup>56</sup>) ÖBA 2011/1740, 656 = Zak 2011/135, 75 = RdW 2011/205, 214.

subsidiär § 915 ABGB heranzuziehen. Bei der Bürgschaft ist dabei allerdings das **Verhältnis von § 915 ABGB zu § 1353 S 1 ABGB**, wonach die Bürgschaft nicht weiter ausgedehnt werden kann, als sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat, nicht ganz klar. „Ausdrücklich“ iSd § 1353 ABGB bedeutet nach der Rsp nicht mehr als „deutlich erkennbar“ bzw. „hinreichend deutlich“. Zählt man die Bürgschaft zu den einseitig verbindlichen Geschäften, gibt es kein maßgebliches Auslegungsproblem, weil § 915 Fall 1 ABGB („eher die geringere Last“) und § 1353 S 1 ABGB zum selben Ergebnis führen. Hat jedoch der Interzedent ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse, ist bei **Auslegung der Haftungserklärung** nicht § 1353 S 1 ABGB, der nach der Lehre dispositiv ist, sondern § 915 HS 2 ABGB anzuwenden. § 1353 S 1 ABGB ist somit nur auf unentgeltliche<sup>57)</sup> und allenfalls auf entgeltliche Sicherungsgeschäfte ohne ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse des Sicherungsgebers anzuwenden. § 915 HS 2 ABGB führt in derartigen Fällen zur strengeren Haftung des Sicherungsgebers, der sich einer undeutlichen Äußerung bedient. Sofern die Haftungserklärung aber vom daraus Begünstigten formuliert wurde – was bei Bankgarantien und Bankbürgschaften meist der Fall ist – schlagen Unklarheiten zugunsten des Bürgen bzw des Garanten aus.

- Anm P. Bydliński, ÖBA 2011, 660, der in § 1353 S 1 ABGB eine besondere Auslegungsregel sieht, weshalb es kaum vorstellbar sei, dass Parteien davon abweichen könnten. Eine Reduktion des § 1353 S 1 ABGB, sodass § 915 Fall 2 ABGB eingreift, könne dann befürwortet werden, wenn der Bürge allein für die Bürgschaftsübernahme ein Entgelt erhält. Eine weitere Einschränkung des § 1353 S 1 ABGB sei hingegen heikel.

### **OGH 5 Ob 12/11 t<sup>58)</sup>**: *Beitragstäterschaft zum Herauslocken einer Bürgschaftserklärung*

Im vorliegenden Fall hat der Kreditnehmer unter wahrheitswidrigen Angaben von einem Dritten eine Bürgschaftserklärung herausgelockt. Eine **Beitragstäterschaft** des **Filialleiters** einer Bank kommt nicht in Betracht, wenn der Kreditnehmer den Entschluss zur individualisierten Handlung – hier das **Herauslocken einer Bürgschaftserklärung** unter wahrheitswidrigen Angaben – gefasst hat, ohne dass der Filialleiter daran in irgendeiner Weise beteiligt war. Auch dadurch, dass der Filialleiter den Kreditnehmer veranlasst, die dadurch erlangten Geldbeträge zur Deckung von dessen Bankverbindlichkeit zu verwenden, leistet der Filialleiter keinen Beitrag zum vorange-

<sup>57)</sup> Bürgschafts- und Garantieübernahmen sind entgeltlich, wenn sie Teil der Gegenleistung für die Kreditgewährung sind (Bollenberger in KBB<sup>3</sup> § 917 Rz 2). P. Bydliński geht in der Anm hingegen von einem abweichenden Begriff der „Entgeltlichkeit“ aus.

<sup>58)</sup> ARD 6158/8/2011.

gangenen schweren Betrug. Daran ändert auch ein „Eigeninteresse“ des Filialleiters an der Abdeckung dieser Schulden nichts.

### **OGH 8 Ob 5/11 k<sup>59)</sup>**: *Interzessionsbegriff; vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber Sicherungsgeber*

Die in den §§ 25 c und 25 d KSchG geregelte **Interzession** durch Schuldbeitritt, Garantie und Bürgschaft behandelt der Gesetzgeber gleich. Den verschiedenen Interzessionsformen liegt die Haftung eines persönlich haftenden Interzedenten für eine materiell fremde Schuld zugrunde. Eine materiell fremde Schuld liegt nach der jüngeren Rsp dann vor, wenn dem zahlenden Interzedenten im Innenverhältnis ein **Regressanspruch gegen den Hauptschuldner** zusteht. Entscheidend ist, dass der Interzedent typischerweise damit rechnen kann, die Schuld – zumindest wegen seines Regressanspruchs – letztlich materiell nicht tragen zu müssen. Anderes gilt, wenn die Leistung aus dem Grundverhältnis unmittelbar auch an den Mithaftenden erfolgt bzw ihm zugutekommt. Die bloß formelle Haftung des Interzedenten muss zudem nach den Umständen des Geschäftsabschlusses für den Gläubiger erkennbar sein<sup>60)</sup>. Auf einen (Dritt-)Pfandbesteller werden die Interzessionsbestimmungen der §§ 25 c und 25 d KSchG nicht analog angewendet.

Allgemeine **vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten** des Gläubigers sogar einem dritten **Sicherungsgeber gegenüber** werden in der Rsp nur in ganz beschränktem Umfang bejaht. Eine solche Ausnahme ist lediglich dann anerkannt, wenn für die Bank erkennbar ist, dass der wirtschaftliche Ruin des Hauptschuldners unmittelbar bevorsteht oder dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Kreditrückzahlung nicht in der Lage sein wird und die Bank damit rechnen muss, dass diese Umstände dem Sicherungsgeber nicht schon bekannt sind. Ein **Eigeninteresse** des Mithaftenden an der Kreditgewährung, etwa weil er wirtschaftlich am finanzierten Projekt beteiligt ist oder durch die Kreditmittel auf andere Weise begünstigt wird, schließt derartige Schutz- und Sorgfaltspflichten im Allgemeinen aus.

### **OGH 3 Ob 117/11 v<sup>61)</sup>**: *Haftung des Bürgen für die Verzugsfolgen des Hauptschuldners*

Aus § 1353 S 1 ABGB wird von der Rsp abgeleitet, dass der Bürge mangels ausdrücklicher Übernahme nicht für die **Verzugsfolgen des Hauptschuldners** haftet.

Im vorliegenden Fall führt die Wortauslegung des Bürgschaftsvertrags im Hinblick auf die umfassend zu verstehende Wendung „**zuzüglich allen sich ergebenden Zinsen und wie immer Namen habenden Nebengebühren**,

<sup>59)</sup> ÖBA 2011/1738, 598 = ecolex 2011/168, 405.

<sup>60)</sup> Vgl zum Interzessionsbegriff auch Jahrbuch 2009/2010, 148 ff.

<sup>61)</sup> ÖBA 2012/1782, 123 = ecolex 2011/423, 1102.

auch wenn solche bei den Rechnungsabschlüssen zum Kapital geschlagen werden und der verbürgte Betrag durch sie überschritten wird“ dazu, dass sich der Bürge auch zur Zahlung der vom Hauptschuldner geschuldeten gesetzlichen Verzugszinsen verpflichtet.

Die **Höhe der gesetzlichen Verzugszinsen** richtet sich nach dem von der Bürgschaft gesicherten Grundgeschäft.

#### **OGH 8 Ob 91/11 g:** Wechselbürgschaft als aufschiebende Bedingung für Bankgarantie

Der geforderte Nachweis der Hereinnahme einer **Wechselbürgschaft** – als aufschiebende Bedingung für eine Bankgarantie – bezieht sich auf den Nachweis der wirksamen Begründung einer besonderen Bürgschaft nach Wechselrecht. Nach Art 31 WG ist die Bürgschaftserklärung auf den Wechsel (bzw einen Anhang oder eine Abschrift) oder ein Wechselblankett zu setzen. Gem § 32 WG besteht bei einem formell ungültigen Wechsel auch keine Verbindlichkeit des Wechselbürgen. Die wechselrechtliche Bürgenschuld wird *allein durch die Wechselurkunde* begründet. Für die Erfüllung der, in der Bankgarantie vereinbarten aufschiebenden, Bedingung zur wechselrechtlichen Sicherung der Rückgriffansprüche der Garantin ist daher auf das Vorliegen eines formell gültigen Wechsels abzustellen. Die Vorlage einer **Wechselwidmungserklärung** („Wechseldatierungserklärung“) genügt hingegen nicht.

#### **OGH 4 Ob 195/10 w<sup>62)</sup>:** Mäßigungsrecht gem § 25 d KSchG

Ob eine **Interzession** iSd § 25 c KSchG oder eine diese ausschließende echte Mitschuld vorliegt, hängt von der Auslegung des zwischen dem Gläubiger und dem Haftungsübernehmer geschlossenen Vertrags ab. Maßgeblich ist das dem Gläubiger bekannte oder von ihm **leicht erforschbare Innenverhältnis** der beiden Schuldner. Eine materiell fremde Schuld ist dadurch charakterisiert, dass dem zahlenden Interzedenten ein Regressanspruch gegenüber dem Schuldner zusteht. Wenn das dem **Gläubiger erkennbar** ist, kommt § 25 c KSchG zur Anwendung.

Für das Mäßigungsrecht nach § 25 d KSchG ist nicht erforderlich, dass die Hauptschuld eine Kreditverbindlichkeit ist.

Die Anwendbarkeit des **Mäßigungsrechts** gem § 25 d KSchG setzt ein unter Berücksichtigung aller Umstände unbilliges Missverhältnis der Verbindlichkeit zur Leistungsfähigkeit des Interzedenten voraus. Diese Bestimmung soll Interzedenten nicht grundsätzlich von beschwerlichen Verpflichtungen teilweise oder ganz entlasten, sondern zielt auf extreme Einzelfälle ab. Anwendungsfälle sind ruinöse Haftungen, die den Interzedenten langfristig

<sup>62)</sup> ÖBA 2011/1723, 421 = JBl 2011, 310 = eolex 2011/162, 400 = iFamZ 2011/111, 157 = Zak 2011/205, 115.

wirtschaftlich ruinieren oder den Interzedenten in eine erhebliche finanzielle Bedrängnis bringen.

Zusätzlich zu diesem krassen **Missverhältnis** der Verbindlichkeiten des Interzedenten zu seinem Haftungsfonds müssen weitere – im Gesetz beispielhaft aufgezählte – Umstände vorliegen, die schon im Zeitpunkt des Abschlusses der Interzessionsvereinbarung so weit vorhanden waren, dass sie für den Gläubiger bei entsprechender Aufmerksamkeit bereits erkennbar waren. Die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Interzedenten sind insoweit beachtlich, als sie den Umfang der Mäßigung maßgeblich beeinflussen. Die Beweislast für das Vorliegen solcher Umstände und ihre Erkennbarkeit trifft den Interzedenten.

Im konkreten Fall verneinte der OGH ein unbilliges Missverhältnis bei einem Nettomonatseinkommen von 1.800 Euro der Verpflichteten und einer Verpflichtung von rund 18.000 Euro.

#### **OGH 8 Ob 128/10 x<sup>63)</sup>:** Wechselmäßige Unterlegung einer Bürgenhaftung

Wird die **Haftung als Bürge und Zahler** gem § 1357 ABGB **wechselmäßig unterlegt**, begründet die Übernahme der **Wechselbürgschaft** auch eine Haftung nach bürgerlichem Recht, die den Bürgen (ausnahmsweise) zu Einwendungen aus dem bürgerlichen Recht gegen den Wechselzahlungsauftrag berechtigt.

Ob über die unstrittige **Bürgenhaftung** nach § 1357 ABGB und die **Wechselbürgenhaftung** getrennte Vereinbarungen geschlossen wurden, bleibt unerheblich. Maßgebend ist vielmehr, ob aufgrund eines inneren Sachzusammenhangs die Vereinbarungen als Einheit zu betrachten sind. Nach den Feststellungen wurde schon im Text des Kreditvertrags festgehalten, dass die Bekl die Wechselbürgschaft durch Mitunterfertigung des Rektaakzepts und die Bürge- und Zahlerhaftung gem § 1357 ABGB (laut gesonderter Vereinbarung) übernimmt.

Die **Haftungserklärungen** auch volljähriger Familienangehöriger sind wegen **Sittenwidrigkeit** nichtig, wenn zwischen Haftungsumfang und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Angehörigen ein krasses Missverhältnis besteht. Zudem müssen die Umstände des Zustandekommens des Interzessionsvertrags verpönt sein und eine entsprechende Kenntnis bzw fahrlässige Unkenntnis dieser Faktoren durch den Kreditgeber vorliegen. Die Bejahung des Vorliegens dieser Faktoren durch die Vorinstanzen ist vor allem mit Rücksicht auf den Haftungsumfang und die Leistungsfähigkeit der Bekl, ihre Persönlichkeitsstruktur und intellektuellen Fähigkeiten, ihre geschäftliche Unerfahrenheit, weiters das fehlende Eigeninteresse und die unterbliebene

<sup>63)</sup> EF-Z 2011/47, 74 = iFamZ 2011/70, 79.

Aufklärung über das Risiko, insb die Gefährdung der Wohnmöglichkeit, und schließlich den festgestellten Kenntnisstand der Kl nicht korrekturbedürftig.

#### OGH 7 Ob 219/10 x<sup>64</sup>): Feststellungsklage gegen Interzedenten

Hat die Bekl die Kl als **Interzedenten** gemahnt und steht fest, dass sie beabsichtigt, diese im Falle des Zahlungsverzugs mit Kreditraten als Bürgen und Zahler in Anspruch zu nehmen, genügt dies, um ein rechtliches Interesse am **Feststellungsbegehren**, dass die Zahlungsverpflichtung der Kl aus den Bürgschaftsverträgen nicht bestehe, zu begründen. Für die Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts nach § 25 d KSchG besteht aber im Rahmen des Feststellungsbegehrens kein Raum.

Gelangt der ursprünglich einkommens- und **vermögenslose Mithaftende** später zu Einkommen oder Vermögen, so soll er mangels sozialen Bedarfs von der Schutzbestimmung nicht erfasst werden. Eine entsprechende teleologische Reduktion der Bestimmung ist daher geboten.

#### OGH 4 Ob 123/11 h<sup>65</sup>): Sittenwidrigkeit von Haftungserklärungen

Der OGH hatte folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Die Zweitbekl war als Friseurin geringfügig beschäftigt und erzielte dabei ein monatliches Einkommen von 400 Euro. Die Zweitbekl und ihr erstbekl Ehemann nahmen zum Zweck der Eröffnung und Restaurierung eines Gastronomielokals einen Kredit auf, dessen Rückzahlung die Kl nunmehr begehrt.

Bei der Prüfung der **Sittenwidrigkeit** rechtsgeschäftlicher **Haftungserklärungen** volljähriger Familienangehöriger ohne jedes oder jedenfalls **ohne zulängliches Einkommen** und Vermögen hat das Gericht eine auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogene Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind bei der Abwägung der für und gegen die Sittenwidrigkeit sprechenden Umstände neben der konkreten vertraglichen Ausgestaltung der Mithaftung einschließlich der absoluten Höhe der eingegangenen Verpflichtung etwa das Abbedingen bürgschaftsrechtlicher Schutzvorschriften, das Fehlen einer betragsmäßigen **Haftungsbegrenzung** oder damit die fehlende **Überschaubarkeit** des Risikos überhaupt oder eine hoffnungslose Überschuldung des Hauptschuldners, in der Person des gutstehenden Angehörigen liegende Umstände wie die Verharmlosung der Tragweite oder des Risikos der Verpflichtung durch einen Angestellten der Bank, die **Überrumpelung** des Angehörigen oder die Ausnutzung einer seelischen **Zwangslage**, die sich aus der **gefühlsmäßigen Bindung** zum Kreditnehmer oder der **wirtschaftlichen Abhängigkeit** von ihm ergibt und ebenso auch die geschäftliche Unerfahrenheit.

<sup>64</sup>) ecolex 2011/129, 315 = RdW 2011/413, 399.

<sup>65</sup>) ÖBA 2011/1761, 902.

Zum Zeitpunkt der Kreditgewährung war die Zweitbekl aufgrund ihres von der Führung des Gastronomiebetriebs unabhängigen Eigeneinkommens (monatlich 400 Euro) nicht in der Lage, die eingegangenen Kreditverbindlichkeiten abzudecken. Nicht unberücksichtigt bleiben kann aber ihr massives **Eigeninteresse** an der Kreditgewährung, die der Finanzierung jenes Betriebs dienen sollte, welcher den überwiegenden Teil zum Lebensunterhalt beider Bekl und ihres gemeinsamen Kindes liefern sollte. Da dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine Überrumpelung der Zweitbekl bei der Kreditaufnahme, für eine Ausnutzung einer Zwangslage oder der Verharmlosung des Kreditrisikos durch die Kl zu entnehmen sind, bildet die Abweisung des Sittenwidrigkeitseinwands keine vom OGH aufzugreifende Fehlbeurteilung.

## B. Sicherungszession

Martina Eliskases / Jakob Keppinger

#### OGH 3 Ob 155/10 f<sup>66</sup>): Voraussetzungen eines gültigen Buchvermerks

In der vorliegenden Entscheidung ging es im Wesentlichen um die Fragen nach dem notwendigen **Inhalt des Buchvermerks**, insb die Notwendigkeit seiner Datierung und weiters, ob schon die Möglichkeit einer nachträglichen Veränderung des Buchvermerks und der Löschung der historischen Daten in der EDV-Buchhaltung und/oder eine tatsächlich durchgeführte Veränderung die Wirksamkeit der Zession verhindert.

Zweck des Buchvermerks ist, anderen Gläubigern des Zedenten offenzulegen, dass die Forderung nicht mehr als Haftungsfonds in Betracht kommt. Der Vermerk dient damit primär dem Informationsinteresse und hat Warnfunktion. Diesen Zweck erfüllt der Publizitätsakt aber, solange er in der Buchhaltung aufscheint, unabhängig davon, ob allfällige – gerechtfertigt oder unrechtmäßigerweise vorgenommene – Änderungen aufgrund von technischen Möglichkeiten in der EDV-Buchhaltung nachvollzogen werden können. Auch wenn allfällige in der Vergangenheit vorgenommene Veränderungen der Buchhaltung gespeichert werden, kann im Sinne des Publizitätsgedankens für den Einsicht nehmenden potenziellen Kreditgeber nur das für ihn aus der Buchhaltung aktuell Erkennbare ausschlaggebend sein. Die bloße Möglichkeit einer **nachträglichen Veränderung eines Buchvermerks** in einer EDV-Buchhaltung unter Löschung der ursprünglichen Daten führt daher trotz der Buchführungsvorschrift des § 190 Abs 5 UGB nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungszession. Erst die tatsächlich durchgeführte Veränderung könnte die Wirksamkeit des Publizitätsaktes, dies aber nur mit dinglicher Wirkung ex nunc, beseitigen<sup>67</sup>).

<sup>66</sup>) ÖBA 2011/1718, 401 = JBl 2011, 508 = EvBl 2011/92 = ecolex 2011/204, 521 = Zak 2011/282, 155 = RdW 2011/262, 273 = ZIK 2011/151, 106.

<sup>67</sup>) Diese rechtliche Beurteilung wurde durch 3 Ob 113/11f – Zak 2011/586, 316 bestätigt.

- Anm *Wolkerstorfer*, ÖBA 2011, 405, der darauf hinweist, dass es sich daher für Kreditinstitute empfehle, regelmäßig zu kontrollieren, ob der Zessionsvermerk noch korrekt gesetzt ist.

Für die schriftliche Abtretung von Buchforderungen hat der OGH in SZ 11/15 ausgeführt, dass in den Büchern vermerkt werden müsse, wann die Übergabe erfolgt ist. Der Buchvermerk bei den einzelnen übertragenen Forderungen müsste „so angebracht werden, dass daraus der Zeitpunkt des Rechtsübergangs ersichtlich ist“. Am Erfordernis einer solchen Wirksamkeitsvoraussetzung hegt der erkennende Senat allerdings Zweifel, weil für jeden Betrachter eines Buchvermerks, auch wenn diese nicht datiert ist, ohne jeden Zweifel hervorgeht, dass eine Zession vorliegt, wenngleich offen bleibt, wann der Rechtsübergang wirksam geworden ist. Der Sinn der Publizitätsvorschrift liegt in der Aufklärung eines präsumtiven Gläubigers, der Kredit gewähren will, über die Werthaltigkeit des Vermögens seines künftigen Schuldners. Sein Informationsinteresse geht über die Tatsache der Sicherungszession nicht hinaus. Wann die Zession erfolgt, ist für ihn nicht von Interesse. Der erkennende Senat erachtet daher bei der Sicherungszession die **Anführung des Datums der Setzung des Buchvermerks** als Zeitpunkt des Rechtsübergangs nicht als Wirksamkeitserfordernis.

- Anm *Wiesinger*, JBl 2011, 513, der darauf hinweist, dass die Angabe eines Datums im Buchvermerk nicht das einzige von SZ 11/15 aufgestellte Erfordernis für die Wirksamkeit der Sicherungszession sei, welches abzulehnen sei. Auch die von SZ 11/15 und mehreren weiteren E geforderte Schriftlichkeit der Abtretungsvereinbarung lasse sich weder aus den Regeln über die Forderungsabtretung noch aus den Pfandrechtsvorschriften ableiten.
- Anm *Koller*, EvBl 2011/92, der darauf hinweist, dass sich in der Praxis die Angabe des Datums der Setzung des Buchvermerks dennoch empfehle. Dies vermeide eine Kollision von Sicherungsrechten und stelle die Nachweisbarkeit des Rechtsübergangs sicher; letzteres sei für den Zessionar vor allem dann von Bedeutung, wenn sich im Insolvenzverfahren die Frage der Anfechtbarkeit der Sicherungszession stellt.
- Zust Anm *Scheuwimmer*, ecolex 2011, 522.
- Zust *Kaller-Pröll*, Endlich Klarheit beim Buchvermerk? ZIK 2011/123, 82.
- Zust *Riedler*, 3 Ob 155/10f – Neue Leitentscheidung zum Inhalt des Buchvermerks, Zak 2011/266, 143.

### OGH 3 Ob 113/11 f<sup>68</sup>): Keine Angabe des Sicherungszwecks im Zessionsvermerk erforderlich

Zur Wirksamkeit der Sicherungszession bedarf es keiner Erwähnung im **Zessionsvermerk**, dass es sich um eine Sicherungszession handelt. Im Falle einer Vollzession scheint die abgetretene Forderung ohnehin nicht mehr in der OP-Liste des Zedenten auf; überdies trägt auch ein missverständlicher Hinweis (in Richtung Vollzession) dem Publizitätszweck Rechnung, der da-

<sup>68</sup>) Zak 2011/586, 316.

rin besteht, jeden potentiellen Gläubiger darüber zu informieren, dass bestimmte Forderungen als Haftungsfonds nicht zur Verfügung stehen, weil sie aufgrund einer Zession aus dem Vermögen des Zedenten ausgeschieden sind.

### OGH 9 Ob 13/10 t<sup>69</sup>): Publizitätsakt bei Sicherungszession

Dass die „Globalzession“ als solche zulässig ist und auch ausreichend individualisierte zukünftige Forderungen abgetreten werden können, wurde wiederholt ausgesprochen; ebenso, dass bei **Sicherungszessionen** für deren Wirksamkeit die Beachtung der für eine Pfandrechtsbegründung erforderlichen **Publizitätsakte** gefordert wird. An der Rsp, dass bei eindeutig identifizierbaren Forderungen beide Formen allein ausreichend sind, und zwar auch für buchführungspflichtige Unternehmen, wird festgehalten.

## C. Pfandrecht

Martina Eliskases

### OGH 6 Ob 249/10 a<sup>70</sup>): Aufklärungspflicht gegenüber Pfandbesteller

Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 25 c KSchG ist eine Bank nur ausnahmsweise zur Warnung eines **Interzedenten** verpflichtet, wenn sie weiß, dass der Hauptschuldner mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zur Rückzahlung des Kredits in der Lage sein werde und wenn sie zudem damit rechnen muss, dass dem Interzedenten dieser Umstand nicht ebenfalls bewusst ist. Nach stRsp dürfen die Anforderungen an die Bank insb dann nicht überspannt werden, wenn der Interzedent in einer Nahebeziehung zum Hauptschuldner steht und von diesem selbst alle notwendigen Auskünfte fordern und erlangen kann.

§ 3 Abs 1 HS 1 KSchG ist jedenfalls im Liegenschaftsverkehr analog auf alle Örtlichkeiten anzuwenden, die dem Vertragsabschluss über bewegliche Sachen in den Geschäftsräumen des Unternehmers gleichkommen. Dies gilt für Immobilienmakler, Rechtsanwälte und Notare, in deren Kanzleiräumlichkeiten üblicherweise Verträge abgeschlossen werden.

### OGH 5 Ob 126/10 f<sup>71</sup>): Modus für Zession einer grundbücherlich sichergestellten Forderung

Die herrschende Rsp und der überwiegende Teil der Lehre verlangen bei der **rechtsgeschäftlichen Übertragung der besicherten Forderung** zusammen mit dem Pfandrecht für den Erwerb des Pfandrechts durch den

<sup>69</sup>) ecolex 2011/40, 113 = ZIK 2011/38, 24.

<sup>70</sup>) ÖBA 2011/1739, 599 = RdW 2011/412, 399.

<sup>71</sup>) ÖBA 2011/1698, 201 = JBl 2011, 247 = ecolex 2011/159, 399 = ZIK 2011/52, 33 = NZ 2011/773, 192 = Zak 2011/49, 33.