

## Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Mehrfachabtretung, Priorität, Publizität und IPR

Gedanken zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 11. Juli 1990, 1 Ob 648, 649/1990

Von Rechtsanwalt Dr Wolfgang L e n n e i s, Wien

Der Entscheidung des OGH 11. Juli 1990, 1 Ob 648, 649/1990, lag folgender Sachverhalt mit den in der Überschrift zitierten Problemkreisen zugrunde:

Ein bundesdeutscher Agrarproduktegroßhändler (A) verkaufte einem österreichischen Großhändler (B) zur Weiterveräußerung Mahlgut (Sojaextraktionsschrot); B verkaufte diese Ware an einen österreichischen Müller (C). Es liegt also ein Streckengeschäft vor, bei dem der erste Käufer die Sache weiter verkauft und an einer realen Erfüllung an sich selbst nicht interessiert ist. In der Folge ging B in Konkurs

Zwischen A und B war anlässlich des Verkaufes ein sogenannter verlängerter Eigentumsvorbehalt (bekanntlich eine als Sicherungsabtretung qualifizierte Vorausabtretung des aus der Weiterveräußerung entstehenden Kaufpreisanspruches) wie folgt vereinbart:

„Die Ware bleibt bis zur vollen Bezahlung sämtlicher, auch der künftig entstehenden Forderungen des Verkäufers gegen den Käufer aus der gegenseitigen Geschäftsverbindung Eigentum des Verkäufers (Vorbehaltsware) . . . Der Käufer darf die Vorbehaltsware nur im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr und unter Eigentumsvorbehalt weiterveräußern, sie jedoch nicht verpfänden oder zur Sicherheit übereignen. Alle ihm aus der Weiterveräußerung zustehenden Kundenforderungen einschließlich aller Nebenrechte tritt der Käufer hiermit an den Verkäufer zur Sicherheit ab.“

Überdies vereinbarten A und B die Anwendung des Rechtes der Bundesrepublik Deutschland (was aufgrund gleichartiger Geschäftsbedingungen auch für B und C galt).

B verkaufte nun das Mahlgut an C, trat aber - ungeachtet des vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehaltes - seine Kaufpreisforderung einer Bank (D) im Rahmen eines Mantelzessionskredites ab. Die Bank D veranlaßte die Drittschuldnerverständigung, indem sie den Müller C schriftlich durch Zessionsvermerk auf der Rechnung des B von der Abtretung verständigte; der Zessionsvermerk enthielt auch den Hinweis, daß die Zahlung des Kaufpreises an D vorgenommen werden müsse.

Einen Tag, nachdem C die Drittschuldnerverständigung der Bank D erhalten hatte, wurde C von A über die Vorausabtretung (verlängerter Eigentumsvorbehalt) informiert.

Die Bank D hat die bei B aufliegenden Vertragsunterlagen (Vertrag zwischen A und B) nicht eingesehen, die Vorausabtretung war bei B nicht durch einen Buchvermerk gekennzeichnet.

Sowohl A als auch D behaupteten nun die Priorität ihrer Abtretung. Dies nahm C zum Anlaß, die Kaufvaluta bei Gericht zu hinterlegen (§ 1425 ABGB). A klagte hierauf die Bank D auf Zustimmung zur Ausfolgung des hinterlegten Betrages.

Die Unterinstanzen wiesen das Klagebegehren im wesentlichen mit folgender Begründung ab:

Trotz der Vereinbarung der Anwendung des Rechtes der Bundesrepublik Deutschland seien die zwingenden Publizitätsvorschriften des ABGB anzuwenden. Die Sicherungsabtretung habe pfandrechtlichen Charakter, werde daher erst mit der Setzung des notwendigen Publizitätsaktes als *modus* wirksam. *Modus* sei die leichte und sichere Feststellbarkeit der Abtretung. Was den Publizitätsakt betrifft, sei aber nicht an die schuldrechtliche Seite der Sicherungszession, sondern an das Sachenrechtsstatut des § 31 IPR-Gesetz oder schon im Hinblick auf den in § 1 Abs 1 IPRG ausgedrückten allgemeinen Grundsatz der stärksten Beziehung auf die Rechtsordnung der abzutretenden Forderung (nicht auf die der zu besichernden) anzuknüpfen. Im konkreten Falle komme daher im Hinblick auf die frühere Drittschuldnerverständigung durch die Bank D der Abtretung zu deren Gunsten Priorität zu. Die zeitlich davor gelegene Abtretung von A an B sei also im Hinblick auf den Umstand, daß D den Drittschuldner früher verständigt hat als A, irrelevant.

Hiezu ist folgendes festzuhalten:

Nach bundesdeutschem Recht ist bei der Mehrfachabtretung, auch in der Form der Sicherungsabtretung, für die Wirksamkeit ausschließlich die Priorität der Abtretungsvereinbarung maßgebend. Das Erfordernis eines Publizitätsaktes ist dem Recht der BRD in diesem Zusammenhang unbekannt

Anders die österreichische Rechtsprechung und herrschende Lehre: Sie erblickt in der Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehaltes eine Sicherungsabtretung und verlangt in Analogie zu den pfandrechtlichen Bestimmungen für das Wirksam werden der Abtretung einen Publizitätsakt, in aller Regel die sogenannte Drittschuldnerverständigung (ein Beispiel von vielen: OGH 15. 9. 1962, 4 Ob 71, 72/62 = JBl 1963, 93 f, mit zustimmender Bemerkung von B y d l i n s k i).

Eine allfällige IPR-Problematik des Publizitätsaktes wurde bislang wie folgt gelöst (Zitat aus OGH 13. 10. 1983, 6 Ob 788/82 = EvBl 1984/40):

„Zulässigkeit, Voraussetzung und Wirkungen der Sicherungsabtretung sind nach der Rechtsordnung zu beurteilen, die für die abzutretende Forderung maßgebend ist, auch wenn die zu sichernde Forderung der Beurteilung nach einer anderen Rechtsordnung unterliegt.“

Im konkreten Falle war nach dieser Judikatur die Frage des Publizitätsaktes nach österreichischem Recht zu lösen, da an die abzutretende Forderung (Forderung des B gegen C) anzuknüpfen ist.

Von dieser Rechtssprechung ausgehend, mußten die Untergerichte (wobei ausdrücklich von anderen, hier nicht

interessierenden Sachverhaltselementen abgesehen wird) zu einer Klagsabweisung kommen.

In der hier besprochenen E OGH 11.7. 1990, 1 Ob 648, 649/90 - der Autor dieser Zeilen war im Verfahren als Klagsvertreter beteiligt - kommt jedoch der Oberste Gerichtshof aufgrund einer außerordentlichen Revision zu folgendem anderen Ergebnis:

Er geht wohl davon aus, daß nach österreichischem Recht die Sicherungsabtretung erst nach Setzung eines Publizitätsaktes als modus wirksam wird, unterstellt aber letztlich die klagsgegenständliche Vorausabtretung ausschließlich deutschem Recht, das aber ein Publizitätserfordernis nicht kennt. Maßgebend ist § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach bei einer Mehrfachabtretung durch den Zedenten nur die erste Abtretung wirksam wird. Bei Konkurrenz zweier Zessionen entscheidet somit die Priorität der Abtretungsvereinbarungen. Dementsprechend kommt der Oberste Gerichtshof in Abänderung der Entscheidung der Unterinstanzen zu einer Klagsstattgebung.

Zur IPR-Problematik hält der Oberste Gerichtshof fest, daß das gewählte Recht grundsätzlich auch im Bereiche des zwingenden Rechtes gilt, letzterem also vorgeht (Schwimann in Rummel, ABGB, § 11 IPRG Rz 1). In der Entscheidung heißt es hiezu:

„Nur sogenannte Eingriffsnormen, dh staatliche Lenkungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse in Form von Zwangsvorschriften (Devisenbestimmungen, Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, Preis- und Kartellregelungen, Grundverkehrsgesetze usw), die das öffentliche Interesse des rechtssetzenden Staates in ihrer Beachtung dokumentieren, gebührt grundsätzlich der Vorrang vor überwiegend an privaten Interessenkollisionen orientierten allgemeinen Anknüpfung des Schuldstatutes und nur sie bleiben davon unberührt.“

Weiter heißt es:

„Die Vorbehaltsklausel des § 6 IPRG dient primär nicht dem Schutz der einzelnen Inländer, sondern dem Schutz der inländischen Rechtsordnung, welche vor dem Eindringen mit ihr vollkommen unvereinbarer Rechtsgedanken, vor der unerträglichen Verletzung tragender Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung geschützt werden soll. Davon kann hier, wo nur der Publizitätsakt für die Frage der Priorität eines Rechtes von Bedeutung ist, keine Rede sein. Tragende Grundsätze des Gläubigerschutzes werden dadurch nicht betroffen. Im übrigen ist von der Vorschrift des § 6 IPRG sparsamster Gebrauch zu machen“.

Diese Rechtsansicht befriedigt im höchsten Maße: Publizitätsvorschriften im Bereiche des Obligationenrechtes sollten ja tatsächlich keine „heilige Kuh“ sein, mit dem *ordre public* haben sie wirklich nichts zu tun, andere, nahegelegene Länder kommen ohne sie bestens aus. Letztlich besticht der alte Grundsatz der Privatautonomie, wonach das Vertragsrecht Vorrang gegenüber dem Gesetzesrecht hat, immer wieder von neuem. Einem BRD-Kaufmann muß es tatsächlich unverständlich sein, wenn er einen ordnungsgemäß ausgearbeiteten Vertrag abschließt und dann über den teuren Fallstrick österreichischer Publizitätsvorschriften stürzt.

Umgekehrt ist ein besonderer Schutz des Zweitcessionars (hier der Bank D) nicht geboten. Bei genauer Einsicht in die Unterlagen und allfälligen Rückfragen hätte D sich ja von der bereits erfolgten Vorausabtretung überzeugen und hiedurch eine eigene Schädigung und den Eingriff in Rechte Dritter vermeiden können. Inländische Zessionare (insbesondere Banken) werden allerdings nunmehr bei der Entgegennahme von Abtretungen noch vorsichtiger sein müssen.

Diese Entscheidung wirft aber neuerlich grundsätzliche Fragen und auch weitere Aspekte zur Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehaltes bzw zu den Publizitätserfordernissen schlechthin auf:

Es scheint wohl ein Kampf gegen Windmühlen zu sein, wenn man sich gegen das Erfordernis eines Publizitätsaktes bei der Sicherungsabtretung - und auch beim Forderungspfand - ausspricht. In der umfangreichen Judikatur und Literatur wird das Erfordernis eines derartigen modus aus der Gleichsetzung Sicherungsabtretung - Forderungspfandrecht abgeleitet, für das Forderungspfand wird im Analogiewege das sachenrechtliche Publizitätsgebot übernommen. Es wird also das laut Gesetzestext ausschließlich beim Sachpfand geregelte Publizitätserfordernis in einen Bereich des Obligationenrechtes transferiert, wo sich eine derartige gesetzliche Bestimmung nicht findet.

Nach Ansicht des Autors dieser Zeilen hat aber das Publizitätsprinzip beim Forderungspfand nichts zu suchen. Hier gilt eben für die Mehrfachabtretung das, was der OGH ständig judiziert (so zB die von *B y d l i n s k i* in Klang IV/2, 1063 f, schwer kritisierte E 29. 10. 1963, 8 Ob 210/63), daß nämlich schon durch die erste Abtretung die Forderung aus dem Vermögen des Abtretenden ausscheidet und daher eine nachträgliche Abtretung an einen anderen Übernehmer nicht mehr möglich ist.

Es scheint gerechter, den zu schützen, der sich früher im Grundsätzlichen abgesichert hat. Von dem, der eine Forderung erwerben will, kann man wohl verlangen, daß er sich durch die Einholung entsprechender Auskünfte von der Abtretbarkeit vergewissert. Dem Zedenten aber Sicherungspflichten für einen Dritten dahingehend aufzubürden, daß er für eine fremden Zwecken dienende Publizität zu sorgen hat, heißt doch von ihm zu verlangen, sich um Rechte Fremder annehmen zu müssen, die sehr wohl für sich selbst sorgen können. Grundsätzlich sollte doch in unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung das Prinzip der Eigenvorsorge gegenüber dem der Fremdvorsorge Vorrang haben.

Die Rechtsansicht von der Erforderlichkeit eines Publizitätsaktes bei der Sicherungsabtretung gerät aber auch in einen nicht zu übersehenden Widerspruch mit der Judikatur zum absoluten Abtretungsverbot: bekanntlich vertritt der Oberste Gerichtshof (zuletzt durch einen verstärkten Senat in OGH 16. 1. 1984, 5 Ob 609/81 = EvBl 1984/76) die Ansicht, daß ein vereinbartes Abtretungsverbot absolute Wirkung hat und dementsprechend vom Schuldner auch dem Forderungsübernehmer und über-

haupt jedem Dritten entgegengehalten werden kann. Der Oberste Gerichtshof begründet diese Entscheidung unter anderem damit, daß es unangebracht sei, ohne konkrete Gesetzesbestimmung eine sachenrechtliche Bestimmung (nämlich die des § 364c ABGB) analog auf eine obligationsrechtliche Problematik zu übertragen. Genau dies geschieht aber bei der Judikatur zum Publizitätserfordernis der Sicherungsabtretung!

Ein weiteres Problem ist natürlich auch, wann man von einem Publizitätsakt sprechen kann und was darunter zu verstehen ist. Immer wieder werden - fälschlicherweise - Publizität und Drittschuldnererklärung gleichgesetzt. Es ist vor allem das Verdienst von F r o t z (Frotz, Kreditsicherungsrecht, 231 ff), wieder in Erinnerung gebracht zu haben, daß der Oberste Gerichtshof im Plenarbeschluß vom 15. 1. 1929 (SZ XI/15) die Drittschuldnerverständigung bloß als eine von vielen Möglichkeiten eines Publizitätsaktes bezeichnet hat; Publizität sei mit der „leichten Feststellbarkeit“ der Abtretung gleichzusetzen. Die spätere Judikatur verlangt, wenn eine Drittschuldnerverständigung nicht erfolgte, zumindest die Setzung eines Buchvermerkes, aus dem Umfang und Zeitpunkt der Verpfändung hervorgehen (zB SZ 46/24). Ich halte dies für unzulässig einengend: auch ohne Buchvermerk kann es eine „leichte Feststellbarkeit“ geben. Im konkreten Falle hätte die Bank D bei Einsicht in die Unterlagen des B aufgrund der Geschäftsbedingungen (Vertrag zwischen A und B) die Vorausabtretung feststellen können. Wenn man also das Vorliegen eines Publizitätsaktes als zwingend ansieht, dann sollte aber tatsächlich nur auf die „leichte Feststellbarkeit“ abgestellt werden und nicht auf die (schon im Hinblick auf die modernen EDV-Buchführungsformen) problematischen Buchvermerke.

Wie fragwürdig das Publizitätsprinzip beim Fahrnis-eigentum geworden ist, zeigen ja die zahlreichen Ausnahmen, man denke an den Eigentumsvorbehalt, Leasingverträge und dergleichen. Der Schluß vom äußeren Anschein auf das Recht - die gedankliche Grundlage der Publizitätsakte - ist kaum mehr aufrecht zu erhalten. Umso mehr müßte dies für den Bereich des Forderungspfandes und der Sicherungsabtretung gelten.

Interessant wäre auch die Klärung der Frage, ob bei grundsätzlicher Bejahung der Notwendigkeit eines Publizitätsaktes bei der Sicherungsabtretung die Berufung des Zweitcessionars auf den fehlenden modus der Erstabtretung durch den Einwand entkräftet werden könnte, daß er - der Zweitcessionar - die Vertragsunterlagen, aus denen sich die Vorabtretung ergibt, schuldhaft nicht eingesehen hat. Bekanntlich gibt es eine ständige Judikatur, wonach der Erwerber oder der Pfandnehmer von Waren, die regelmäßig unter Eigentumsvorbehalt geliefert werden, sich nicht mit der Behauptung des Verkäufers bzw Pfandbestellers begnügen darf, daß die Ware nicht belastet ist. Vielmehr besteht die Verpflichtung zur Einsichtnahme in die relevanten Unterlagen (zB OGH 18.6. 1985, 5 Ob 523/84 = JBl 1986, 234 f, OGH 11.7. 1985, 8 Ob 534/85 = JBl 1986/235 ff, uva).

Folgendes IPR-Problem blieb in der genannten Entscheidung (weil offenkundig nicht entscheidungswesentlich) unbehandelt: der Oberste Gerichtshof bestätigte eindeutig, daß im konkreten Fall das gewählte Recht Vorrang gegenüber zwingenden Rechtsnormen des österreichischen Rechtes hat. Nicht beantwortet wurde die Frage, ob dies auch ohne Rechtswahl dann gilt, wenn die österreichischen Kollisionsnormen (hier § 45 IPRG) auf ausländisches Recht verweisen. Es ist wohl anzunehmen, daß der Oberste Gerichtshof auch in diesem Fall zum gleichen Ergebnis gekommen wäre, da es ja letztlich nur darauf ankommt, ob die Publizitätsvorschriften durch die Vorbehaltsklausel des § 6 IPRG geschützt sind oder nicht. Letzteres wurde aber in der referierten Entscheidung ausdrücklich verneint.