

ÖBA 2008, 161 und 163). Auch wenn der 6. Senat seine Ausführungen mit dem Wörtchen „jedenfalls“ relativiert, liegt darin ein inkonsequenter – und nicht zuletzt deshalb abzulehnender – Rückfall in die Position, es komme auf eine meßbare Vermögensverminderung an.

4.3. Nunmehr sollen der Bedeutung des Beraterverhaltens nach der Umschuldung (einschließlich der Aktienfondsbeteiligung) einige Worte gewidmet werden. Gelangte man „an sich“ zur Verjährung des Ersatzanspruchs, stellte sich die Frage, ob die mehrfachen *Beschwichtigungsversuche* des Beraters rechtliche Bedeutung haben, wobei unterstellt wird, daß sich der Anleger durch sie zunächst und für bestimmte Zeit von der Erhebung einer Schadenersatzklage abhalten ließ. In der hier besprochenen Entscheidung zeigt der 6. Senat nur knapp mögliche Lösungsansätze auf; aufgrund seiner Prämisse – in concreto kein Ablauf der Dreijahresfrist – war dieser Aspekt allerdings nicht entscheidungsrelevant. Der 6. Senat selbst hat die Erklärungen des Beraters, das Konzept werde schon noch aufgehen, offenbar im Rahmen des § 1489 ABGB selbst berücksichtigt: Auch aufgrund dieser Beschwichtigungen hatte der Kunde nicht die nach § 1489 ABGB für den Verjährungsbeginn nötige Kenntnis (daß in der Entscheidung mehrfach bloß von der *Erkennbarkeit* des Schadenseintritts die Rede ist und ob diese Ausdehnung des gesetzlichen Kenntnis-Tatbestandsmerkmals zulässig ist, sei hier nicht weiter erörtert). Das kann aber durchaus anders sein. Der Anleger könnte nun positiv wissen, daß die von ihm gezeichnete Anlage nicht wie beabsichtigt risikolos ist (Kenntnis vom realen Schaden), er könnte aber aufgrund der Beschwichtigungen davon ausgehen, daß im Ergebnis ein Vermögensnachteil ausbleiben werde, weshalb er zunächst keine gerichtlichen Schritte unternimmt. Für den Verjährungsbeginn ist dieser zweite Umstand nun aber irrelevant: Sobald der Anleger vom realen Schaden weiß, beginnt gemäß § 1489 ABGB die Frist zu laufen (anders wenn man meint, für nicht vorhersehbare Teilschäden beginne die Frist erst später zu laufen und der konkret vorliegende Vermögensschaden sei ein solcher Teilschaden [vgl nur *Mader*, JBl 2008, 51]; eine Position, die mich wie den 6. Senat jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht überzeugt).

Eine verjährungsrelevante Schadenteilung käme allerdings in besonders gelagerten Konstellationen in Betracht, nämlich dann, wenn es zu *mehreren Beratungsfehlern* gekommen ist: Nach Ansicht des BGH (V ZR 25/07, ZGS 2008, 103) beginnt die kenntnisabhängige Verjährung für jeden Beratungsfehler – ge-

meint wohl: für jeden Ersatzanspruch, der aus diesem Beratungsfehler resultiert – gesondert zu laufen. Dafür genügt es aber wohl nicht, wenn die bereits ursprünglich gemachten Angaben (zB Anlageform ist risikolos) später bloß wiederholt werden; möglicherweise aber der zu diesem Zeitpunkt fehlerhafte Hinweis, die Anlage solle keinesfalls verkauft werden. Darüber wäre noch genau nachzudenken; vor allem auch deshalb, weil der Schaden aus der neuerlichen Fehlberatung häufig nur die Weiterentwicklung des schon ursprünglich zugefügten ist.

4.4. Ist die Dreijahresfrist des § 1489 ABGB verstrichen, können dem Anleger nur besondere Rechtsinstitute zu Hilfe kommen. Zu dem vom OGH (3 Ob 40/07i, ÖBA 2008, 196; 9 Ob 17/07a, ÖBA 2008, 202) zuletzt bevorzugten Ansatz über Rechtsmißbrauch, Arglist oder Treu und Glauben wurde zu Recht bemerkt, daß diese Rechtsinstitute sehr zurückhaltend und bloß als Ultima Ratio zur Anwendung gebracht werden dürfen (*Mader*, JBl 2008, 51; *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 172; vgl auch *Madl*, ÖBA 2008, 201 unter 3.4., der bei diesem Ansatz vor allem die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen sieht). Käme man über § 1489 ABGB allerdings zur Anspruchsverjährung, sollte man die Beschwichtigungs- und Beruhigungsversuche der Beklagten, also das Hinhalten mit dem Ziel, eine Klage des Anlegers zu vermeiden, auf einer möglichst konkreten Stufe der Rechtsanwendung einordnen und behandeln. ME bietet sich an, derartige Verhaltenweisen ebenso wie Vergleichsverhandlungen per analogiam als *Hemmungsgründe* zu behandeln (ausführlicher dazu *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 173 f), was den ohnehin immer heiklen und unsicheren Weg mit Hilfe von Generalklauselbegründungen von vornherein unnötig macht.

5. Diese letzten Überlegungen betreffen nicht unmittelbar die Entscheidung des 6. Senats. Diese läßt vielmehr kaum Wünsche offen. Wertvoll sind vor allem die klaren Positionierungen zum Schadensbegriff und zum Schadenseintritt (der in der ungewollten Vermögensumschichtung liegende reale Schaden reicht aus), zum Beginn der Verjährung des Ersatzanspruchs sowie zur – hier nicht eigens angesprochenen – strengen Subsidiarität der Feststellungsklage (in diesem Sinn bereits *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 159, 161, 163). Zusammen mit der ebenfalls im Jahre 2008 ergangenen Entscheidung des 10. Senats, die sich deutlich für Naturalrestitution ausspricht (dazu unter 3.2.), scheint „für die beteiligten Verkehrskreise“ hinsichtlich der Folgen einer fehlerhaften Anlageberatung in Grundsatzfragen nunmehr endlich recht weit reichende Rechtssicherheit zu bestehen. Da kann

man es sogar verschmerzen, daß dieser schwierige Bereich beim OGH bis heute keinem Fachsenat anvertraut wurde (auch wenn dies nach wie vor – und ebenso für andere Rechtsbereiche – durchaus wünschenswert erschiene).

o.,Univ.-Prof., Dr. Peter Bydlinski, Graz

1529.

§ 471 ABGB; § 10 KO. Entgegen der E 7 Ob 75/05p wird nunmehr in Fortführung der grundlegenden Erwägungen der E SZ 73/19 die Rechtsansicht vertreten, daß bei einer Vinkulierungsvereinbarung, bei der die Parteien lediglich eine Verständigungspflicht im Fall der Verpfändung usw vereinbaren, der Zahlungssperre auch in dem Sinn relative Wirkung zukommt, daß sie, weil sie kein Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Vinkulargläubigers bewirkt, den anderen Konkursgläubigern gegenüber wirkungslos ist. Die betreffende Forderung aus dem Versicherungsvertrag fällt bei Konkurs des Versicherungsnehmers in die Masse.

OGH 23. 4. 2008, 7 Ob 228/07s

Aus den Entscheidungsgründen:

Der nunmehrige Gemeinschaftschuldner (in der Folge: Versicherungsnehmer) schloß mit der Nebenintervenientin in den Jahren 1995 bis 1998 drei Lebensversicherungsverträge und mit der Klägerin zwischen 1999 und 2003 mehrere Kreditverträge ab. Im April 1999 nahm die Nebenintervenientin im Sinn des Ersuchens der Klägerin und des Versicherungsnehmers eine Vinkulierung der Lebensversicherungsverträge zugunsten der Klägerin vor. Die Nebenintervenientin bestätigte unter anderem, das Bezugsrecht für den Er- und Ablebensfall auf die Dauer der Vormerkung (Vinkulierung) zugunsten der Klägerin zu ändern, in bestimmten Fällen, wie etwa Bezugsrechtsänderung, Verpfändung, Abtretung oder Einstellung der Prämienzahlung, die Klägerin schriftlich zu verständigen und unter anderem für den Fall eines Rückkaufs die entsprechenden Versicherungsleistungen dem Kreditkonto der Klägerin gutzubringen. Eine Verpfändung von Forderungen war von den Parteien nicht beabsichtigt.

Im Frühjahr 2001 sowie im Herbst 2002 beantragte der Versicherungsnehmer die Prämienfreistellung.

Am 15.5.2005 wurde der Konkurs über das Vermögen des Versicherungsnehmers eröffnet und der Beklagte zum Masseverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 3.6.2005 gab dieser gegenüber der Nebenintervenientin die Erklärung ab, gemäß § 21 KO nicht in die Versicherungsverträ-

ge einzutreten und ersuchte um Anweisung der Rückkaufswerte. Die Nebenintervenientin überwies den Klagsbetrag am 10.6.2005 auf das Massekonto.

Die Klägerin meldete im Konkurs des Versicherungsnehmers die Forderung aus den Kreditverträgen an, ohne gleichzeitig ein Absonderungsrecht hinsichtlich der Leistungen aus den Lebensversicherungsverträgen geltend zu machen.

Die Klägerin begehrt nun die Auszahlung der Rückkaufswerte unter Hinweis darauf, daß ihr daran ein Absonderungsrecht infolge des aus der Vinkulierung resultierenden Retentionsrechts zustehe. Die Klägerin habe den Masseverwalter aufgefordert, aus den von der Nebenintervenientin aus den Versicherungsverträgen erbrachten Leistungen eine Sondermasse zu bilden. Sie könne mittelbar die Einlösung ihrer Forderung durch den Masseverwalter nach § 120 Abs 1 KO erzwingen. Weiters werde das Klagebegehren auf den Rechtsgrund der Bereicherung nach § 46 Abs 1 Z 6 KO und den einer Masseforderung gemäß § 46 Abs 1 Z 5 KO (Anspruch aus Rechtshandlungen des Masseverwalters) gestützt.

Die Nebenintervenientin bringt vor, daß sie der Aufforderung des Masseverwalters entsprochen und schuldbefreiend Zahlung an die Konkursmasse geleistet habe. Die Vinkulierung bewirke lediglich eine Zahlungssperre. Der Rückkaufswert falle daher bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers grundsätzlich in die Masse. Die Vinkulierungsvereinbarung verliere aber damit nicht ihre Gültigkeit und sei im Konkurs in analoger Anwendung des § 10 Abs 2 KO gleich einem Zurückbehaltungsrecht und daher „wie ein Pfandrecht“ zu behandeln. Der Beklagte habe die Rückkaufswerte der Lebensversicherung an die absonderungsberechtigte Klägerin herauszugeben.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klägerin habe ihr Absonderungsrecht bei der Forderungsanmeldung nicht geltend gemacht. Die Nebenintervenientin habe sich nicht geweigert, die Rückkaufswerte an den Masseverwalter auszuzahlen, sodaß die Beträge auch zu Recht der allgemeinen Masse zugeführt worden seien. Die Zahlungssperre wirke nur relativ. Ein Zurückbehaltungsrecht sei mit der Auszahlung verwirkt. Bereicherungsrechtliche Ansprüche oder Schadenersatzansprüche bestünden nicht.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Das Berufungsgericht bestätigte die angefochtene Entscheidung. Das Berufungsgericht sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei, weil es „entweder“ von der E 7 Ob 75/05p abgewichen sei

„oder“ einen Sachverhalt beurteilt habe, der noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des OGH gewesen sei.

Dagegen richten sich die Revisionen der Klägerin und der Nebenintervenientin mit einem Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Revisionen sind zulässig, sie sind aber nicht berechtigt.

Forderungen des Versicherungsnehmers „aus der Versicherung“ (§ 15 VersVG) können als Geldforderungen im allgemeinen ohne weiteres abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden und sind daher als Kreditsicherungsmittel geeignet. Der Versicherungsnehmer kann in der Lebens- und Unfallversicherung auch den Gläubiger als Begünstigten (Bezugsberechtigten) einsetzen. Neben diesen drei „klassischen“ Sicherungsformen hat sich in der österreichischen Vertragspraxis, insbesondere zur Lebensversicherung, noch die sogenannte „Vinkulierung“ von Versicherungsforderungen herausgebildet, die gesetzlich nicht geregelt ist (7 Ob 304/99b = SZ 73/19; 7 Ob 105/06a). Ihr Inhalt richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien (RIS-Justiz RS0106149) und ergibt sich mangels individueller Absprachen in der Regel aus Formulare, die von der Kreditwirtschaft und der Versicherungswirtschaft verwendet werden. Nach herrschender Auffassung ist darunter als „fester Kern“, also als Charakteristikum und unumgänglicher Mindestinhalt, eine Zahlungssperre zugunsten des Vinkulargläubigers mit der Wirkung zu verstehen, daß Leistungen des Versicherers an den Versicherungsnehmer nur mit Zustimmung des Vinkulargläubigers möglich sind (7 Ob 2087/96d, 7 Ob 304/99b, 7 Ob 105/06a; RIS-Justiz RS0106148, RS0086331). Die üblichen Vinkulierungsvereinbarungen, insbesondere in der Lebensversicherung, enthalten ausdrücklich gar keine Abtretungs- oder Pfändungsverbote, sondern nur eine „Zahlungssperre“. Zahlungssperren, die von den Parteien eines Schuldverhältnisses zugunsten Dritter (also vom Versicherungsnehmer und dem Versicherer zugunsten eines Vinkulargläubigers) vereinbart werden, wirken nicht absolut, sondern nur relativ (RIS-Justiz RS0113295), also nur zwischen den Parteien. Sie stehen einer späteren Verpfändung der Forderung nicht entgegen (7 Ob 304/99b). Die Vinkulierung allein schließt nicht aus, daß der Versicherungsnehmer Ansprüche aus dem Vertrag – allerdings nur zur Zahlung an den Vinkulierungsberechtigten, solange keine Zustimmungserklärung vorliegt – selbst einklagen kann (7 Ob 45/06b). Die Vinkulierung wurde auch als ein Sicherungsmittel im Sinn des § 1358 ABGB qualifiziert, das auf den zahlenden Bürgen übergeht (7 Ob 105/06a = RIS-Justiz RS0121098).

Auch im vorliegenden Fall haben die Parteien lediglich eine Zahlungssperre vereinbart, wird doch in der Vinkulierungsvereinbarung weder ein Abtretungsverbot noch ein Pfändungsverbot genannt, sondern lediglich eine Verständigungspflicht des Versicherers im Fall einer Verpfändung, Abtretung oder Bezugsrechtsänderung (das Bezugsrecht wurde dem Kreditgeber eingeräumt). Der OGH hat in der E 7 Ob 75/05p (SZ 2005/71 = RdW 2005/624, 546 = ZIK 2005/147, 137 = ZIK 2005/175, 150 [G. Kodek] = ÖBA 2005, 911 = VR 2006/713, 170 = RIS-Justiz RS0119919) zu einem solchen Fall die Rechtsansicht dargelegt, daß bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers der Rückkaufswert grundsätzlich in die Masse falle, aber zu beachten sei, daß Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners durch die Konkursöffnung grundsätzlich in ihrer Gültigkeit nicht berührt werden. Die Konkursöffnung tangiere also eine inter partes wirksame Vinkulierungsvereinbarung nicht; die Vinkulierung erlösche dadurch ebenso wenig wie andere vertragliche Vereinbarungen des nunmehrigen Gemeinschuldners. Daraus drohe eine „Pattstellung“. Der Versicherungsnehmer habe im Konkurs wegen des Wegfalls der Verfügungsbezugnis über sein Vermögen nicht mehr die Möglichkeit, die Forderung des Vinkulargläubigers zu tilgen. Dem Vinkulargläubiger wiederum stehe aber aus der reinen Zahlungssperre kein Verwertungsrecht zu. Er könne die Versicherungsforderung nach Konkursöffnung wegen des Exekutionsverbots nach § 10 Abs 1 KO auch nicht mehr pfänden. Diese „Pattstellung“ sei so zu lösen, daß die Vinkulierung im Konkurs in analoger Anwendung des § 10 Abs 2 KO gleich einem Zurückbehaltungsrecht und daher „wie ein Pfandrecht“ zu behandeln sei, weil die Situation des Retentionsberechtigten der des Vinkulargläubigers augenfällig ähnlich sei (so auch *Kömürcii-Spielbüchler*, Die Vinkulierung von Versicherungen 45 f; *Grassl-Palten*, Anmerkung zu 7 Ob 2087/96d, ÖBA 1997, 469 [478], *Feil*, KO⁵, § 10 Rz 25; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht I § 10 KO Rz 16; kritisch dazu hingegen *Fenyves*, ÖBA 1998, 343 ff). Die Behandlung des Zurückbehaltungsrechts nach § 10 Abs 2 KO im Konkurs „wie Pfandrechte“ heiße nach herrschender Meinung allerdings nicht, daß sich das Retentionsrecht in ein Verwertungsrecht verwandle. Es erfolge keine inhaltliche Gleichstellung mit dem Pfandrecht, sondern lediglich eine formale. Dies bedeute nichts anderes, als daß der Retentionsberechtigte ein Absonderungsrecht geltend machen und dadurch mittelbar die Einlösung seiner Forderung durch den Masseverwalter nach § 120 Abs 1 KO erzwingen könne. Sei aber

der Vinkulargläubiger, weil er die Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners (und damit auch des Masseverwalters) aus dem Versicherungsvertrag in ganz ähnlicher Weise blockieren könne wie der Zurückbehaltungsrechte die Ausübung des Eigentumsrechts, einem Retentionsberechtigten gleichzustellen und die Vinkulierung daher „wie ein Pfandrecht“ zu behandeln, müsse auch dem Vinkulargläubiger ein Absonderungsrecht und ein Vorgehen nach § 120 Abs 2 KO zugewilligt werden. Demnach könne vom Masseverwalter nur eine allfällige Differenz zwischen der durch ihn eingelösten Forderung des Vinkulargläubigers und der Versicherungsforderung für die Masse beansprucht werden.

An der E 7 Ob 75/05p wurde von G. Kodek, ZIK 2005/175, 150 (ihm folgend Ladon, Zak 2008/38, 23), Kritik geübt. Er meint im wesentlichen, daß sich der OGH ausschließlich auf Lehrmeinungen und Judikatur stütze, die durch die Grundsatzentscheidung 7 Ob 304/99b (SZ 73/90), mit der die relative Wirkung der Zahlungssperre ausgesprochen worden sei, „überholt“ seien. Es bestehe ein Widerspruch zwischen dieser E und der E 7 Ob 75/05p. Es sei auf die im ZessRÄG zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers Bedacht zu nehmen. Unabhängig davon werde wegen der inhaltlichen Unterschiede kein Zurückbehaltungsrecht begründet. Der Masseverwalter habe nach den Wertungen der Konkursordnung bloß obligatorische Verwertungsschranken, denen der Schuldner unterworfen sei, nicht zu beachten.

Der Kern der vorliegenden Rechtsfrage ist, ob die zwischen den Parteien vereinbarte Vinkulierung als vereinbartes Retentionsrecht zu beurteilen ist, das im Konkursfall des Versicherungsnehmers gleich einem Pfandrecht analog § 10 Abs 2 KO zu behandeln ist oder nicht. Der erkennende Senat, der dies in seiner E 7 Ob 75/05p bejaht hat, will sich der Kritik an seiner Rechtsansicht nicht verschließen. Schon Fenyves aaO, ihm folgend G. Kodek aaO und ihm folgend nunmehr Ladon aaO, vertreten die Ansicht, daß die Unterschiede zwischen Vinkulierung und Retentionsrecht nach § 471 ABGB so groß seien, daß das Sperrecht des Vinkulargläubigers nicht als Retentionsrecht zu bewerten sei. Der typische Zurückbehaltungsrechte halte eine körperliche Sache zurück, die sich in seiner Gewahrsame befinde und auf die er Aufwendungen gemacht oder die ihm Schaden gestiftet habe. Der Vinkulargläubiger wolle dagegen eine Forderung „sperren“, die noch gar nicht vorhanden sei, ja vielleicht nie entstehe, an der er naturgemäß keine Gewahrsame ausüben könne und auf die er auch keine Aufwendungen gemacht habe; er gebe den Kredit

ja nicht, damit ein Versicherungsvertrag geschlossen werde, sondern wolle einen schon bestehenden oder erst zu schließenden Versicherungsvertrag dazu verwenden, um einen Kredit zu sichern, den der Versicherungsnehmer zu einem ganz anderen Zweck verwendet habe.

Wie schon das Berufungsgericht ausführt, erscheint es im vorliegenden Fall umso mehr problematisch, die Vinkulierung einem – nur zugunsten von körperlichen Sachen zulässigen (Deixler/Hübner in Konecny/Schubert KO § 10 Rz 31) – Retentionsrecht gleichzuhalten, als die Klägerin hier ihre Forderung zunächst im Konkurs angemeldet und das von ihr im Hinblick auf die Vinkulierung reklamierte Absonderungsrecht erst zu einem Zeitpunkt geltend gemacht hat, als die Rückkaufswerte bereits in die allgemeine Konkursmasse geflossen waren. Einer anlogischen Anwendung des § 10 Abs 2 KO hinsichtlich der Vinkulierung einer Versicherungsforderung im Konkurs steht auch entgegen, daß für die analoge Anwendung dieser Bestimmung mangels einer entsprechenden Gesetzeslücke gar kein Anlaß besteht. Den Parteien stünde es jederzeit frei, statt einer – (ehemals) steuerschonenden – Vinkulierung den Weg einer sicheren, absolut wirkenden Verpfändung zu wählen. Zutreffend weist jüngst auch Ladon aaO im Anschluß an Fenyves und G. Kodek darauf hin, daß im Konkursrecht, welches auch als Gesamtvollstreckungsrecht bezeichnet werden kann, durch die Eröffnung des Konkurses das gesamte der Exekution unterworfen Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt (Konkursmasse), dessen freier Verfügung entzogen wird. Es ist konsequent, die Beschlagswirkung über die gesamte Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger vorzusehen, also auch gegenüber dem Vinkulargläubiger. Auch wenn die Konkursöffnung Verträge, aus denen dem Gläubiger Forderungen gegen den Gemeinschuldner zustehen, nicht berührt, ändert dies zufolge der Beschlagswirkung des Konkurses nichts daran, daß die betreffenden Forderungen im Konkurs in die Masse fallen.

Entgegen 7 Ob 75/05p wird also nunmehr – in Fortführung der grundlegenden Erwägungen der E SZ 73/19 – die Rechtsansicht vertreten, daß bei einer Vinkulierungsvereinbarung, bei der die Parteien – wie hier – lediglich eine Verständigungspflicht im Fall der Verpfändung usw vereinbaren, der Zahlungssperre auch in dem Sinn relative Wirkung zukommt, daß sie, weil sie kein Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Vinkulargläubigers bewirkt, den (anderen) Konkursgläubigern gegenüber wirkungslos ist. Die betreffende Forderung aus dem Versicherungsver-

trag fällt bei Konkurs des Versicherungsnehmers in die Masse.

Anmerkung:

1. Die Parteien hatten eine in der Kreditwirtschaft gängige Konstruktion der Besicherung von Krediten durch Versicherungsforderungen des Kreditnehmers gewählt: die Vinkulierung. Kreditnehmer und Kreditgeber ersuchten den Versicherer (hier: Lebensversicherer), sich dazu zu verpflichten, Leistungen aus einem bestehenden Versicherungsvertrag des Kreditnehmers nur mit Zustimmung des Kreditgebers zu erbringen [1]. Die dadurch beabsichtigte Zahlungssperre ist Mindestinhalt jeder Vinkulierung [2]. Daneben verpflichtete sich der Versicherer im konkreten Fall ua dazu, das Bezugsrecht zugunsten des Kreditgebers zu ändern, bei Rückkauf die Versicherungsleistung dem Kreditgeber zu überweisen sowie den Kreditgeber bei Verpfändung, Abtretung der Versicherungsforderung oder Einstellung der Prämienzahlung durch den Versicherungsnehmer schriftlich zu verständigen.

Im Konkurs des Versicherungsnehmers überwies der Versicherer die Rückkaufswerte auf das Massekonto. Der Kreditgeber begehrte seinerseits Auszahlung der Rückkaufswerte unter Hinweis auf die Vinkulierung und klagte den Versicherer. Verfahrensentscheidend war daher die Frage nach den Auswirkungen der Vinkulierung einer Lebensversicherung im Konkurs des Versicherungsnehmers und damit nach der Stärke der Vinkulierung als Sicherungsmittel.

Während der 7. Senat des OGH eine solche Konkursfestigkeit der Vinkulierung früher noch bejaht hatte [3], geht derselbe Senat in der vorliegenden Entscheidung davon aus, daß die vinkulierte Versicherungsforderung im Konkurs des Versicherungsnehmers in die Masse fällt.

2. Dazu läßt sich folgendes allgemein vorausschicken: Will der Versicherungsnehmer seine Ansprüche aus der Versicherung als Sicherungsmittel einsetzen,

[1] Der diese natürlich erst dann erteilt, wenn seine Kreditforderung beglichen ist.

[2] Grundlegend Fenyves, Die „Vinkulierung“ von Versicherungsforderungen, ÖBA 1991, 13 (13 ff).

[3] 7 Ob 75/05p, VersE 2113 = ÖBA 2005, 911 = RdW 2005, 546 = ZIK 2005, 137. Dazu Kodek, Die Wirkung der Vinkulierung von Versicherungsforderungen im Konkurs, ZIK 2005, 150, der darauf hinweist, daß sich der OGH damit in Widerspruch zu seiner Vorjudikatur setzt (152). Zur Judikaturentwicklung auch Ladon, Die petitio principii zur Vinkulierung von Versicherungsforderungen – nun salonfähig? Zak 2008, 23.

würde auf den ersten Blick eine Sicherungszession oder eine Verpfändung der Forderung aus der Lebensversicherung naheliegen. In beiden Fällen wäre der Kreditgeber bestmöglich abgesichert: Verfügungen des Sicherungsgebers könnten die Sicherheit nicht mehr beeinträchtigen, Sicherungszession und Forderungsverpfändung sind in der Insolvenz des Versicherungsnehmers konkursfest.

In der Tat wird die Vinkulierung von Forderungen aus einer Sachversicherung als Sicherungszession (oder Forderungsverpfändung) gedeutet, weil dies dem – auf Gewährung einer Sicherheit gerichteten – Parteiwillen an sich am ehesten entspricht [4]. Eine solche bestmögliche Absicherung wählen die Beteiligten bei einer Vinkulierung von Lebensversicherungen aber typischer Weise bewußt nicht: Wird – wie etwa in unserem Fall – vereinbart, daß der Kreditgeber (Vinkulierungsgläubiger [5]) bei Verpfändung oder Abtretung vom Versicherer zu verständigen ist, kann dies nur so verstanden werden, daß eine Abtretung oder Verpfändung trotz Vinkulierung möglich und der Kreditgeber ungeschützt sein soll [6]. Schließlich begründet auch der Umstand, daß der Vinkulierungsgläubiger als Bezugsberechtigter eingesetzt wird, keinen hinreichenden Schutz des Berechtigten: Der Versicherungsnehmer kann die Bezugsberechtigung grundsätzlich jederzeit widerrufen (§ 166 Abs 1 VersVG) und das Bezugsrecht selbst entsteht erst mit dem Eintritt des Versicherungsfalles beim Bezugsberechtigten (§ 166 Abs 2 VersVG) [7].

Daß die beteiligten Parteien dennoch diesen Weg einschlugen, hat einen steuerrechtlichen Hintergrund. Lebensversicherungsprämien konnten – zumindest bis 1996 [8] – vom Versicherungsnehmer in bestimmtem Umfang als Sonderausgaben steuermindernd geltend gemacht werden [9]. Damit wollte der Gesetzgeber einen Anreiz zur Eigenvorsorge schaffen. Es sollte jedoch verhindert werden, daß der Versicherungsnehmer eine Lebensversicherung abschließt, seine Forderung

gegen den Versicherer an einen Kreditgeber abtritt und mit dem auf diese Weise erlangten Kredit die Prämienzahlung finanziert. Dadurch könnte die Steuerersparnis erlangt werden, ohne daß in nennenswertem Ausmaß Eigenkapital eingesetzt würde [10]. Daher wurde eine Nachversteuerung vorgesehen, wenn der Versicherungsnehmer seine Forderung aus der Lebensversicherung abtritt oder verpfändet (§ 18 Abs 4 Z 1 EStG 1988). Diese Regel stieß auf Widerstand in der Kreditwirtschaft [11]. In der Folge stellte das BMF in zwei Erlässen klar, daß nach seiner Rechtsauffassung eine Vinkulierung die Nachversteuerungspflicht nicht auslöse, wenn sie eine bloße Zahlungssperre bedeute, also insb kein dingliches Recht auf die Versicherungsleistung entstehe, der Vinkulierungsgläubiger daher kein Pfandrecht und damit keinen Zugriff auf die Versicherungssumme habe [12]. Dazu veröffentlichte das BMF auch ein Muster für eine „steuerunschädliche“ Vinkulierungserklärung, das bei Versicherern und Kreditgebern verbreitete Verwendung fand [13].

Dieser Aspekt ist zu berücksichtigen, wenn man die Vereinbarung der an der Vinkulierung beteiligten Parteien untersucht. Beabsichtigt ist also eine „schwache Wirkung“ der Vinkulierung, denn je näher die Vinkulierung einer absoluten Sicherheit kommt, desto eher löst sie die Nachversteuerungspflicht aus [14]. Die Umdeutung der Vinkulierung in eine Sicherungszession oder eine Verpfändung muß daher scheitern [15]. Daß der Kreditgeber bei Verpfändung oder Abtretung vom Versicherer zu verständigen ist, ist aus diesem Blickwinkel verständlich. Die Vinkulierung soll eine Abtretung oder Verpfändung ja gar nicht verhindern.

Zu beachten ist freilich, daß der Steuervorteil 1996 mit dem Strukturanpassungsgesetz praktisch weggefallen ist: Lebensversicherungsprämien können de facto nicht mehr als Sonderausgaben geltend gemacht werden [16]. Mit anderen Worten: Der Versicherungsnehmer zieht aus einer Vinkulierung – verglichen mit

einer Verpfändung oder einer Sicherungszession – keinen Vorteil mehr. Die Gefahr einer Nachversteuerung besteht nicht mehr, wenn die Prämien von vornherein nicht abzugsfähig sind. Dadurch gibt es aber für die Parteien keinen Grund mehr, eine (schwache) Vinkulierung zu vereinbaren. Offenbar wird die Mustererklärung des BMF dennoch weiterhin verwendet [17], es werden also nach wie vor „schwache“ Vinkulierungen vereinbart. Dies entspricht aber dem Sicherungsinteresse des Kreditgebers nicht bestmöglich. Liegt einem Kreditgeber an einer idealen Absicherung, sollte er sich damit nicht abfinden.

3. Im gegenständlichen Fall war eine relative Wirkung zweifellos angestrebt, zumal die vinkulierten Versicherungsverträge zum Teil zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, als der Steuervorteil noch bestanden hatte [18]. Da die Parteien eine schwache Wirkung der Vinkulierung wollten, erübrigt sich auch die – in diesem Zusammenhang oft erörterte – Frage, ob die Vinkulierung mit absoluter Wirkung hätte ausgestattet werden können [19]. Ob dies möglich wäre, ist nicht entscheidend, wenn die Parteien es gar nicht wollten.

4. Da die Parteien keine solche absolute Wirkung wollten, ist auch ein in der Literatur bisweilen vorgenommener Rekurs auf die Wirkungen eines Zessionsverbotes müßig [20]. Das sieht offenbar auch der erkennende Senat so [21]. Es wäre daher nicht richtig, für eine Konkursfestigkeit der hier gewählten Zahlungssperre – also für ihre „absolute Wirkung“ – aus der absoluten Wirkung des Zessionsverbotes zu argumentieren. Es geht, anders als beim Zessionsverbot, nicht um die Frage, welche Konsequenzen verbotswidrige Verfügungen des Gläubigers [22] dem Schuldner [23] gegenüber haben. Über die Wirksamkeit der Verfügung sind sich die Parteien einig. In Frage steht vielmehr die Rechtsstellung des Vinkulierungsgläubigers bei Konkurs des Versicherungsnehmers. Das hat nichts mit Verfügungen des

[4] Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 285 f.

[5] Auch „Sperrberechtigter“ genannt.

[6] Zutreffend Grassl-Palten, Die „Vinkulierung“ von Versicherungsverträgen, RdW 1997, 386 (390).

[7] Siehe Kollhossner in Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz²⁷ (2004) § 166 Rz 4.

[8] Zur geltenden Rechtslage siehe gleich unten.

[9] Vgl die Darstellung bei Prodingner, Lebensversicherungen nach dem Strukturanpassungsgesetz, ecolex 1996, 790 (790 ff).

[10] EBRV 113 BlgNR 15. GP 8.

[11] Fenyves, ÖBA 1991, 13 (17).

[12] Vgl näher Kodek, ZIK 2005, 151 f.

[13] Fenyves, ÖBA 1991, 17; Kodek, ZIK 2005, 152.

[14] Vgl Fenyves, Absolute Wirkung der Zahlungssperre aufgrund der Vinkulierung einer Versicherungsforderung? ÖBA 1998, 337 (339); Grassl-Palten, RdW 1997, 390.

[15] Vgl Fenyves, ÖBA 1991, insb 20.

[16] Siehe Prodingner, ecolex 1996, 790 ff. Vgl Fenyves, ÖBA 1998, 339; Grassl-Palten, Anmerkung zu OGH 7 Ob 2087/96d, ÖBA 1997, 473 (474).

[17] Vgl Kodek, ZIK 2005, 152.

[18] In der E ist davon die Rede, daß die Lebensversicherungsverträge „in den Jahren 1995 bis 1998“ abgeschlossen wurden.

[19] Zutreffend Fenyves, ÖBA 1991, 13 (21).

[20] Anders wohl Wilhelm, Versicherungs-Senat dreht eigene Rsp zur Vinkulierung, ecolex 2008, 701.

[21] Gegenteiliges unterstellt ihm aber fälschlicher Weise Wilhelm, ecolex 2008, 701, wenn er meint, der OGH verweise auf die Wertung des ZessRÄG. Der OGH referiert in diesem Zusammenhang bloß die in der Literatur – in teils anderem Zusammenhang – vertretenen Ansichten.

[22] Hier: Versicherungsnehmer.

[23] Hier: Versicherer.

Kreditnehmers über die Versicherungsforderung zu tun.

Daß man jemandem prinzipiell ein mit „absoluter Wirkung“ ausgestattetes – also konkursfestes – Recht an einer Forderung einräumen kann (zB Verpfändung), steht nicht zur Diskussion. Beim für die Beurteilung der Rechtsnatur einer Vinkulierung entscheidenden Punkt angelangt ist man nur, wenn man den Blick auf die Frage richtet, ob aus der Vinkulierung ein Recht entsteht, das im Konkurs ähnlich stark ist wie die anerkannten konkursfesten Sicherungsrechte.

5. Im Konkurs fällt grundsätzlich das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners in die Konkursmasse und kommt damit den Konkursgläubigern zugute (§ 1 KO). Anders nur, wenn Aus- oder Absonderungsrechte Dritter bestehen. Das zeichnet den Weg für die weitere Untersuchung vor: Es ist zu überprüfen, ob die Vinkulierung ein solches Aus- oder Absonderungsrecht begründet. Wenn nicht, müssen die Rückkaufswerte der Versicherung konsequenter Weise in die Masse fallen.

a) Die aus § 21 KO gewonnene Erkenntnis, daß Rechtsgeschäfte des Versicherungsnehmers durch die Konkurseröffnung in ihrer Gültigkeit nicht berührt werden, vermag eine bevorzugte Rechtsstellung des Vinkulargläubigers nicht zu rechtfertigen [24]. Aus § 21 KO ist nämlich nichts für die Frage zu gewinnen, ob bestimmte Rechte Dritter überhaupt bevorzugt sind [25]. Durch den aus dieser Bestimmung gewonnenen „Stehsatz“ kann man sich nicht die entscheidende Frage ersparen, ob das Recht des Dritten absolut wirkt. Es geht nicht um das Schicksal des Versicherungsvertrags selbst, sondern um die Wirksamkeit der Rechte Dritter im Konkurs. Das sieht der OGH in seiner Entscheidung nunmehr auch so [26].

b) Für eine Konkursfestigkeit der Vinkulierung spricht sich *Kömürkü-Spielbühler* [27] aus, die die Auffassung

vertritt, daß die Vinkulierung im Konkurs des Versicherungsnehmers als Zurückbehaltungsrecht zu beurteilen sei. Damit wird die entscheidende Frage angesprochen, nämlich ob die Vinkulierung in den Typenkatalog der konkursfesten Rechte einzuordnen ist. Bejaht man dies, so kann der Vinkulargläubiger ein Absonderungsrecht geltend machen, weil Zurückbehaltungsrechte im Konkurs wie Pfandrechte zu beurteilen sind (§ 10 Abs 2 KO). Praktisch würde das bedeuten, daß der Masseverwalter die Kreditforderung des Vinkulargläubigers einlösen kann und nur eine Differenz zwischen Versicherungsforderung (Rückkaufswert) und eingelöster Forderung in die Masse fließt [28] (§ 120 Abs 1 KO). Verneint man die Frage, kommen die Konkursgläubiger hingegen in den vollen Genuß der Rückkaufswerte der Versicherung.

Für die Beurteilung des Sperrechts des Vinkulargläubigers als konkursfestes Zurückbehaltungsrecht wurde vorgebracht, daß dieser die Ausübung der Rechte des Gemeinschuldners aus dem Versicherungsvertrag in ähnlicher Weise blockieren könne wie der Zurückbehaltungsberechtigte die Ausübung des Eigentumsrechts [29]. Die Situation sei augenfällig ähnlich [30]. Der OGH folgt in dieser Frage, die vor der Entscheidung höchst umstritten war [31], aber den gegenteiligen grundlegenden Ausführungen von *Fenyves* [32], dem sich in der Lehre schon *Kodek* [33] und *Ladon* [34] angeschlossen hatten. Die Unterschiede zwischen den klassischen bürgerlich-rechtlichen Zurückbehaltungsrechten (zB § 471 ABGB) und der Vinkulierung seien für eine Analogie zu groß [35].

c) Ein erster augenfälliger Unterschied zwischen dem klassischen bürgerlich-rechtlichen Zurückbehaltungsrecht nach § 471 ABGB und der Vinkulierung liegt darin, daß der Vinkulargläubiger keine körperliche Sache zurückbehält. Da Zurückbehaltungsrechte (iSd § 471 ABGB) die Innehabung einer körperlichen Sache nach der Rsp des OGH notwendig vor-

aussetzen [36], ist die nunmehrige Entscheidung konsequent. Selbst wenn man aber – wie der OGH – Zurückbehaltungsrechte an unkörperlichen Sachen dem § 471 ABGB nicht direkt unterstellt, könnte man die Möglichkeit einer Analogie bei ähnlicher Interessenlage erwägen, wenn es um die Zurückbehaltung unkörperlicher Rechte geht.

d) Wenn gegen die Rechtsähnlichkeit eingewendet wird, daß der Sperrberechtigte keine Gewahrsame ausüben kann [37], ist das mE noch nicht das tragende Argument für die Ablehnung der Analogie. Zu fragen ist nämlich, welche Funktion die Gewahrsame bei § 471 ABGB haben soll. Ist es der Umstand, daß sie die Gefahr der Täuschung der Gläubiger nahezu ausschließt, weil sich die Sache ja beim Zurückbehaltungsberechtigten befindet [38], kann ein ähnlicher Effekt bei unkörperlichen Rechten durch die – in praxi ohnehin übliche – Verständigung des debitor cessus (Versicherers) von der Vinkulierung erfolgen [39]. Gegen die Analogie wird weiters eingewendet, daß die Zurückbehaltung der vinkulierten Forderung schon deshalb scheitern müsse, weil das Recht noch nicht vorhanden sei oder vielleicht gar nie entstehe [40]. Zu bedenken ist jedoch, daß das der Forderung zugrunde liegende Versicherungsverhältnis sehr wohl entstanden ist; abgesehen davon können Sicherungsrechte auch an künftigen Forderungen begründet werden.

Gegen eine Analogie wird weiters vorgebracht, der Sperrberechtigte habe keine Aufwendungen auf die Versicherungsforderung getätigt, deretwegen er nun die „Forderung zurückbehalte“ [41]. Eine Sache zurückbehalten kann nach den Worten des § 471 ABGB nur, wer „wegen des für die Sache gemachten Aufwandes oder durch die Sache ihm verursachten Schadens“ eine Forderung gegen den Eigentümer hat. Betrachtet man die beiden Tatbestandsmerkmale, fällt allerdings eine Gemeinsamkeit auf: Die Forderung folgt aus einem – gewollten (Aufwendung)

[24] Das haben *Kodek*, ZIK 2005, 154 f, und *Ladon*, Zak 2008, 24 überzeugend nachgewiesen.

[25] *Kodek*, ZIK 2005, 154; *Ladon*, Zak 2008, 24.

[26] Anders noch 7 Ob 75/05p, *VersE* 2113 = ÖBA 2005, 911 = RdW 2005, 546 = ZIK 2005, 137.

[27] Die Vinkulierung von Versicherungen (1992) 45 f; ihr folgend *Grassl-Palten*, ÖBA 1997, 478 f; *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, KO I⁴ (2000) § 10 Rz 16.

[28] *Grassl-Palten*, ÖBA 1997, 479.

[29] So *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger, KO I⁴ § 10 Rz 16.

[30] *Grassl-Palten*, ÖBA 1997, 478 f.

[31] Nicht zuletzt auch deshalb, weil beide Lösungen – konkursfeste oder nicht konkurs-

festen Zahlungssperre – in steuerrechtlicher Hinsicht für den Versicherungsnehmer für unbedenklich gehalten wurden: *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³ 285.

[32] ÖBA 1998, 343 ff.

[33] ZIK 2005, 153.

[34] Zak 2008, 24.

[35] Vgl dazu die oben abgedruckten Ausführungen des OGH.

[36] 5 Ob 134/69, SZ 42/162; 4 Ob 1519/88, MietSlg 40.203. So auch die hL, vgl nur *Hinteregger* in Schwimann, ABGB³ § 471 Rz 5; *Koch* in KBB² § 471 Rz 4. AA *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 187, ua mit dem Hinweis, der Begriff „Sache“ sei im weiten Sinn des § 285 ABGB zu verstehen.

[37] *Fenyves*, ÖBA 1998, 343; diesem

folgend *Kodek*, ZIK 2005, 153 und *Ladon*, Zak 2008, 24.

[38] Vgl *Ladon*, Zak 2008, 24.

[39] Nach *Kodek*, ZIK 2005, 153 f, ist die Benachrichtigung des Versicherers von der Vinkulierung aber nicht geeignet, die erforderliche Publizität herzustellen, weil sie – aufgrund der Vielschichtigkeit des Begriffs der Vinkulierung – nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit zum Ausdruck bringe, daß eine Verpfändung beabsichtigt ist.

[40] *Fenyves*, ÖBA 1998, 343; diesem folgend *Kodek*, ZIK 2005, 153.

[41] *Fenyves*, ÖBA 1998, 343 f; diesem folgend *Kodek*, ZIK 2005, 153 und *Ladon*, Zak 2008, 24.

oder ungewollten (Schaden) – Vermögensminus. Sie ist offenbar deshalb durch ein Zurückbehaltungsrecht gesichert, weil sie in einem engen Zusammenhang mit der zurückbehaltenen Sache steht. Die Interessenlage bei Vinkulierung ist aber eine durchaus ähnliche: Der Vinkulargläubiger gewährt den Kredit im Hinblick auf die ihm gegebene Sicherheit (Zahlungssperre). Man kann also auch hier von einem engen Zusammenhang zwischen entstandener Forderung (Kreditrückzahlung) und (durch Sperrung zurückbehaltenen) Versicherungsforderung sprechen. Der Zusammenhang ist insofern sogar noch enger, als das Sperrecht – anders als das Zurückbehaltungsrecht des § 471 ABGB – sogar auf einer Vereinbarung der Beteiligten beruht.

Parallelen zwischen „klassischem“ Zurückbehaltungsrecht und Sperrecht des Vinkulargläubigers können weiters vor dem Hintergrund der ratio des Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechtes in § 1440 Satz 2 ABGB gezogen werden. Die Bestimmung schließt ihrem Wortlaut nach die Zurückbehaltung eigenmächtig entzogener, entlehnter, in Verwahrung oder in Bestand genomener Sachen aus. *Jabornegg* [42] hat die hinter dem Zurückbehaltungsverbot bei entlehnten, in Bestand und in Verwahrung genommenen Sachen stehende Wertung und damit zugleich dessen Grenzen aufgezeigt: § 1440 ABGB sei deswegen und nur soweit sachgerecht, als es in den darin aufgezählten Fällen um Rechtsverhältnisse geht, bei denen der Herausgabeberechtigte normalerweise nicht mit Gegenansprüchen rechnen muß, die ihm entgegengehalten werden können. Das Zurückbehaltungsverbot greife überall dort nicht ein, wo der Herausgabeberechtigte mit Gegenansprüchen des Sachinhabers typischerweise rechnen mußte, sei es, daß ein Entgelt vereinbart war, oder sei es, daß sich der Sachinhaber gegen Vergütung zu Aufwendungen auf die Sache verpflichtet hat. In solchen Fällen besteht kein Grund, die Rückgabeerwartung des Herausgabeberechtigten zu schützen [43]. Ein für die Gewährung des Zurückbehaltungsrechtes entscheidender Aspekt dürfte also sein, daß der Herausgabeberechtigte mit der Zurückbehaltung bis zur Begleichung der gegen ihn gerichteten Forderung rechnen mußte. Dies ist im Fall der Vinkulierung aber sogar ausdrücklich vereinbart: Nur bei vollständiger Rückzahlung des Darlehens

kann der Kreditnehmer damit rechnen, daß der Vinkulargläubiger die Forderung „freigibt“, also der Auszahlung an den Kreditnehmer (= Versicherungsnehmer) zustimmt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß zwar durchaus gewisse Parallelen zwischen klassischem Zurückbehaltungsrecht und dem Sperrecht des Vinkulargläubigers bestehen. Nach dem OGH – der die breite Diskussion erfreulicher Weise auf die entscheidende Frage konzentriert, ob die Vinkulierung als Retentionsrecht zu beurteilen ist [44] – sind die Parallelen für die Gewährung eines konkursfesten Rechts jedoch in dieser „Glaubensfrage“ nicht ausreichend.

e) Das vom OGH erzielte Ergebnis ist aber – dies sei hier nochmals hervorgehoben – durchaus stimmig. Es steht zum einen im Einklang mit der Judikatur des OGH, wonach Zurückbehaltungsrechte (im engeren Sinn) nur an körperlichen Sachen bestehen können [45]. Zum anderen entspricht es – worauf *Fenyves* [46] zuerst hingewiesen hat – der in Österreich hA beim – von der Interessenlage mit der Vinkulierung vergleichbaren – Sperrkonto [47]: Wird die Verfügungsmacht über ein Konto durch Vereinbarung zwischen Kontoinhaber und einem Dritten (zu Gunsten des Dritten) rechtsgeschäftlich beschränkt, hat dieser im Konkurs des Kontoinhabers nur dann ein Absonderungsrecht an der Kontoforderung, wenn die Kontosperrung als Verpfändung der Forderung des Kontoinhabers zu verstehen ist [48]. Bei „bloßer“ Sperre des Kontos ohne Verpfändung können die Gläubiger hingegen im Konkurs des Kontoinhabers ohne weiteres auf die Kontoforderung greifen [49]. Ein konkursfestes Zurückbehaltungsrecht des Dritten besteht nicht. Bedenkt man dies und berücksichtigt man die lange und wechselvolle Vorgeschichte der Vinkulierung in der Rsp des 7. Senates, ist zu vermuten, daß das letzte Wort nun endgültig gesprochen ist.

6. Ein abschließender Hinweis für die Praxis: Den Banken sei – auch in Anbetracht der höchstgerichtlichen Entscheidung – dringend angeraten, sich in Hinkunft mit der durch Vinkulierung bewirkten, bloß schwachen Sicherung nicht abzufinden, sondern eine starke Sicherung (Sicherungszeession, Forderungsverpfändung) zu verlangen. Dem Kreditnehmer kann dies – wie unter 2. bereits dargelegt – egal sein, ist sein Steuervorteil doch in

den allermeisten Fällen bei nach dem 31. 5. 1996 abgeschlossenen Lebensversicherungen ohnehin nicht vorhanden.

Univ.-Ass. Dr. Stefan Pernert, Wien

1530.

§§ 1002, 1016, 1295, 1324 ABGB. Die Erteilung einer Zeichnungsberechtigung im Sinn der AGBKr ist im Zweifel als Bevollmächtigung hinsichtlich des Kontos und das Auftreten des Zeichnungsberechtigten als Handeln im Namen des Kontoinhabers zu verstehen. Kollusion liegt vor, wenn der Vertreter und der Dritte „absichtlich“ zusammenwirken, um den Vertretenen zu schädigen. Dem gleichzuhalten ist es, wenn der Vertreter mit Wissen des Dritten bewußt zum Nachteil des Vertretenen handelt oder der Mißbrauch sich dem Dritten geradezu aufdrängen muß. Nur bei besonderen Umständen, die den Verdacht eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen, hat der Dritte eine Erkundungspflicht. Die Bank trifft grundsätzlich keine allgemeine Überwachungspflicht betreffend ein von einem Treuhänder eröffnetes Girokonto.

OGH 10. 7. 2008, 8 Ob 84/08y

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Firma Dr Z GmbH (in der Folge: „Gesellschaft“) war außerbücherliche Eigentümerin eines Grundstücks in Salzburg mit dem darauf errichteten Haus, F-gasse. Selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführer dieser Gesellschaft war Mag Christoph Z. Dieser und sein Vater waren als Steuerberater für die Erst- und Zweitkläger tätig. Mit Kaufvertrag vom 20.12.1999 verkaufte die Gesellschaft die Liegenschaft „F-gasse“ an die drei Kläger sowie zehn weitere Personen. Auf die Erstklägerin entfielen 8,65 %, auf den Zweitkläger 6,10 % und auf den Drittkläger 17,36 % der Anteile.

Bei der am 21.12.1999 abgehaltenen konstituierenden Miteigentümersammlung, zu der sämtliche Kläger eingeladen wurden, wurde neben anderen Tagesordnungspunkten der Miteigentümergeinschaft Salzburg, F-gasse von allen 13 Miteigentümern unterfertigt. Im Protokoll dieser Versamm-

[42] Zurückbehaltungsrecht 235 ff.

[43] So auch nunmehr die hA: *Iro*, Kommentar zu OGH 12.10.1982, 4 Ob 16/82, ZAS 1983, 224 (224 ff); *Dullinger* in Rummel, ABGB³ § 1440 Rz 14. Grundlegend OGH 1 Ob 64/02x, JB1 2003, 121.

[44] Auch aus diesem Grund trifft die Kri-

tik von *Wilhelm*, *ccolex* 2008, 701, nicht den entscheidenden Punkt.

[45] Siehe bereits oben 5. c.

[46] ÖBA 1998, 344 f.

[47] Dazu ausführlich *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/238 ff.

[48] *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankver-

tragsrecht II² Rz 1/252. Gleiches wird gelten, wenn man die Kontosperrung als echten Vertrag zugunsten Dritter beurteilt.

[49] *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/252.