



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Das Kontokorrent, unter besonderer Berücksichtigung
der Änderungen durch das UGB und des Bankvertrages“

Verfasser

Mag. Yalcin DURAN

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	o.Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci

Widmungserklärung

Die vorliegende Dissertation ist meiner Familie gewidmet.

Nichts kann die Unterstützung durch die Familie ersetzen. Deswegen schätze ich mich sehr glücklich und von Gott gesegnet, auf eine immerwährende Kraft zählen zu können, wenn ich einer Stütze am meisten bedarf. Daher gilt mein Dank:

- meiner Mutter, die mit ihrem Lächeln und ihrer Wärme mein persönliches Sinnbild der Menschlichkeit darstellt; wie kann ein Mensch nur so geduldig und liebevoll sein?;
- meinem Vater, der mit unermüdbarem Humor, Rat und Tat jederzeit den Weg aus dem Zweifel ebnet; er hat mit seinen lehrreichen Anekdoten, pädagogischen Wegbereitungen und Erziehungsmaßnahmen bewirkt, dass ich nicht zu verwestlicht bin und dadurch eine Kultur- und Mentalitätssynthese zwischen Orient und Okzident darstelle;
- meiner einzigen Schwester Sevgi (Zarife, „Schatzl“), die den Großteil meiner Verpflegung und Aufsicht als Kleinkind übernommen hat (und manchmal sogar heute noch fortsetzt); sie ist meine zweite Mutter; dadurch, dass sie sich um mich gekümmert hat und deswegen leider ihre schulische Ausbildung vernachlässigen musste, ist ihr der Großteil meiner schulischen und universitären Ausbildung zu verdanken;
- meinem Bruder Cengiz, der aufgrund seiner großen Erfahrung und seines großen Herzens die Rolle eines vertrauensvollen Diskussionspartners, Mentors, Beraters und auch Idols mit Bravour und Souveränität meistert;
- meinem Bruder Hüseyin (Musayip), der der Erste war, der mir als Kind so richtig die Bedeutung des Wortes „Disziplin“ beigebracht hat, auf die ich vor allem während meiner Studienzeit öfters, ja schon fast permanent, zurückgreifen musste; er ist immer für mich da, wenn ich ihn brauche;
- meinen Schwägerinnen Figen und Neriman, die mich seit meiner Kindheit kennen und mich mehr als Freund und Sohn denn als Schwager betrachten;
- meinem Neffen Burhan, der mehr Freund als Neffe für mich ist und alles in seiner Macht stehende unternimmt um mir so manches Lächeln abzuknüpfen; großteils schafft er es auch ohne es zu beabsichtigen;
- meiner ersten Nichte Duygu, die je nach Betrachtungsweise das Privileg oder die Bürde hat, als einziger Mensch meine Wenigkeit zum „dayi“ zu haben; ihr war ich immer schon sehr verbunden und werde es auch bleiben; ich liebe sie sehr;

- meinem Neffen Burak, der mir meinen familiären Thron als bester Fußballer streitig zu machen droht (oder vielleicht sogar schon längst gemacht hat);
- meinem Neffen Yavuz, meinem „Kumpel“, mit dem Zeit zu verbringen eine große Freude ist; auf diesem Wege möchte ich mich bei ihm bedanken, weil er oftmals die Rolle des Initiators von sportlichen Betätigungen übernommen hat, und gleichzeitig möchte ich mich auch dafür entschuldigen, dass es sehr oft wegen des Zeitmangels meinerseits nicht funktioniert hat;
- meiner Nichte Yasmin, die als jüngstes Mitglied unserer Familie immer einen sehr hohen Anteil an meiner Aufmerksamkeit genießen „musste“; ich habe das Privileg von ihr „emmi“ genannt zu werden;
- meinem besten Freund Thomas, der auch immer für mich da war, und mit dem wir trotz unseres Alters so manche Nacht computerspielend in den Morgen begleitet haben; sehr oft haben wir dadurch Stress abgebaut, oftmals aber auch aufgebaut, sodass der eine oder andere Joypad dafür bitter bezahlen musste; legendär, kolossal und manchmal auch ridikulös waren die unzähligen Konversationen, die mir so manche amüsante und unterhaltsame Zeit bereitet haben.

Ich möchte meiner Familie nochmals von ganzem Herzen meinen Dank dafür aussprechen, dass sie meinen Charakter geformt und prägend bestimmt hat, dass sie jederzeit für mich da ist, mich unterstützt, mich so erzogen und zu dem gemacht hat, was ich jetzt bin. Ich bin sehr stolz auf sie und hoffe ihr im Laufe meines Lebens auch nur annähernd so viel Liebe, Fürsorge, Verständnis, Zuneigung, Wertschätzung, Empathie, Kraft und Unterstützung entgegenbringen zu können, wie sie mir. Doch verspreche ich ihr hiermit, alles in meiner Macht stehende dafür aufzuwenden. Ich liebe euch alle!

Inhaltsverzeichnis

<u>Kapitel</u>	<u>Seite</u>
Widmungserklärung	I
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Einleitung	1
Problemanalyse	1
Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit	2
Aufbau der Arbeit	3
I. DIE AUFRECHNUNG (KOMPENSATION)	5
A. Geschichtliche Entwicklung	5
1. Römisches Recht	5
a) Das Legisaktionenverfahren	5
b) Der Formularprozess	6
c) Das Kognitionsverfahren	7
2. Germanisches Recht	8
B. Abgrenzung, Begriff und Zweck der Aufrechnung	9
C. Aufrechnungsvertrag	12
1. Voraussetzungen	14
2. Wirkungen	16
3. Verwandte Verträge	17
D. Einseitige Aufrechnung	18
1. Voraussetzungen	18
a) Gegenseitigkeit	19

aa) Zession.....	19
bb) Legalzession.....	23
cc) Mehrfache Zession	26
dd) § 1443 ABGB	27
ee) Bürgschaft	27
ff) Einlösung der Forderung	30
gg) Gesamtschuld	32
hh) Gesamtforderung.....	32
ii) Gesamthandverhältnisse	33
jj) Schuldübernahme	33
kk) § 35 b VersVG	34
b) Verfügungsbefugnis	35
c) Gleichartigkeit.....	36
d) Richtigkeit.....	37
e) Fälligkeit	40
2. Geltendmachung der Aufrechnung	40
3. Aufrechnungshindernisse	41
a) Allgemeines.....	41
b) Beispiele für sondergesetzliche Aufrechnungshindernisse.....	42
c) Vertragliche Aufrechnungshindernisse	44
4. Rückwirkung	45
E. Zusammenfassung	46
II. DAS KONTOKORRENT	47
A. Etymologische Einführung.....	47
B. Art 291 A(D)HGB	49
C. §§ 355 – 357 HGB.....	52
D. Überblick über die Änderungen durch das UGB	53

E. Der Bankvertrag.....	53
F. Zum Kontokorrent.....	56
1. Allgemeines.....	56
2. Zwecke des Kontokorrents.....	61
3. Kontokorrentabrede.....	63
4. <i>Canaris'</i> 4-Verträge-Theorie.....	64
a) Geschäftsvertrag.....	64
b) Verrechnungsvertrag.....	64
c) Feststellungs- oder Anerkenntnisvertrag.....	64
5. Offene Rechnung.....	65
6. Unternehmerbeteiligung.....	66
7. Geschäftsverbindung.....	71
8. „Beiderseitige Ansprüche und Leistungen“.....	73
a) Beiderseitigkeit.....	73
b) Kontokorrentfähigkeit.....	75
c) Verzinslichkeit als Voraussetzung der Kontokorrentfähigkeit?.....	77
d) Kontokorrentzugehörigkeit.....	77
e) Wechsel und Scheck.....	79
f) Naturalobligationen und Aufrechnungsverbote.....	80
g) Rückständige Kapitaleinlagen.....	81
h) Mehrfaches Kontokorrent.....	84
9. Rechnungsperiode.....	84
10. Wirkungen des Kontokorrents.....	87
a) Rechtsnatur und Existenz.....	87
b) Reine Stundung.....	87
c) Verzinsung.....	88
d) Verlust der selbstständigen Geltendmachung.....	90
e) Hemmung der Verjährung.....	91
f) Unabtretbarkeit und Unverpfändbarkeit.....	92
g) Die Verrechnung.....	93
aa) Allgemeines.....	93
bb) 1. Theorie: Novation.....	94
cc) 2. Theorie: Tilgung der Saldoforderung.....	95

dd) 3. Theorie: Tilgungswirkung der Verrechnung	96
ee) Das Bankkontokorrent.....	99
ff) In-Rechnung-Stellung	99
gg) Verrechnungsfähigkeit?	100
11. Der Saldo.....	101
a) Allgemeines.....	101
b) Kausaler Saldo	102
aa) Allgemeines.....	102
bb) 1. Die Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung.....	103
cc) 2. Die Lehre vom Staffelkontokorrent	106
dd) 3. Die Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung.....	108
dd-1) Allgemeines	108
dd-2) Gegenüberstellung § 366 BGB - § 1416 ABGB	112
dd-3) Z 61 ABB.....	114
dd-4) Naturalobligationen	115
c) Festgestellter Saldo	116
aa) Allgemeines.....	116
bb) Z 16 ABB - § 1304 ABGB	118
cc) Rechtliche Einordnung der Saldofeststellung	120
cc-1) Novationstheorie	126
cc-2) Anerkenntnistheorie	128
cc-3) Hybride Rechtsnatur	129
cc-4) Klärung durch das UGB.....	129
dd) Interessenausgleich bei unrichtigem Saldo.....	132
ee) Materiell-rechtliche Rechtsfolgen	135
ff) Verfahrensrechtliche Rechtsfolgen	135
gg) Verbandsklage nach § 28 KSchG	136
12. Die Beendigung des Kontokorrents	137
a) Fristablauf	137
b) Ende der Geschäftsverbindung	137
c) Tod einer Partei	138
d) Übertragung der Geschäftsverbindung	138
e) Kündigung.....	138
aa) Allgemeines.....	138

bb) Z 22 ABB	139
cc) Kündigungserklärung	140
f) Insolvenz.....	140
aa) Konkurs	141
bb) Ausgleich	141
g) Wirkung der Beendigung	142
13. Die Sicherheiten	142
a) Allgemeines.....	142
b) Verhältnis Novationstheorie - § 356 HGB.....	143
c) § 356 UGB	144
d) Umfang der Haftung	145
e) Gesamtschuldnerische Mithaftung eines Dritten	148
f) Rechtsvergleich	148
g) Z 49 f ABB.....	149
14. Die Pfändung des Saldos.....	149
a) Allgemeines.....	149
b) Gegenwärtiger oder zukünftiger Saldo?	150
c) Die Pfändung.....	152
d) Die „relative Sperrwirkung“	153
e) Pfändbarkeit künftiger Salden?	157
f) Rechtsvergleich	158
g) Die Pfändung beim Bankkonto	159
G. Zusammenfassung	162
Anhang	165
Abstrakte Zusammenfassung der Arbeit	165
Lebenslauf des Verfassers	168
Literaturverzeichnis.....	170

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABB	Allgemeine Bankbedingungen
Abs	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung(en)
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
Aufl	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (dt)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (dt)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (dt)
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BSVG	Bauern-Sozialversicherungsgesetz
BWG	Bankwesengesetz
bzw	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo
d	deutsch(er, -e, -es)
DB	Der Betrieb (dt)
DepG	Depotgesetz

dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
dHGB	Handelsgesetzbuch (dt)
dt	deutscher, -e, -es
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EO	Exekutionsordnung
Erl	Erlass; Erläuterungen;
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
f	folgender, -e, -es
ff	und die folgenden
G	Gesetz
GedS	Gedenkschrift
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
h	herrschend
hA	herrschende Ansicht
H(a)RÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hrsg	herausgegeben
hRspr	herrschende Rechtsprechung

Hs	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
iS(d)	im Sinne (des, der)
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZw	im Zweifel
JBl	Juristische Blätter
Jhdt	Jahrhundert
Jud	Judikatur
Kfz	Kraftfahrzeug
KO	Konkursordnung
Komm	Kommentar
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
MinEntw	Ministerialentwurf
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
n Chr	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (dt)
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	Obligationenrecht
OrgHG	Organhaftpflichtgesetz
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

RAO	Rechtsanwaltsordnung
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp(r)	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S	Seite
s	siehe
sog	sogenannter, -e, -es
str	strittig
stRspr	ständige Rechtsprechung
u	und
uä	und ähnliche(s)
ua	und andere
UGB	Unternehmensgesetzbuch
umstr	umstritten
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele(s) andere
v Chr	vor Christus
va	vor allem
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WechselG	Wechselgesetz
www	world wide web
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZessRÄG	Zessionsrechts-Änderungsgesetz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (dt)
ZinsenG	Zinsengesetz
ZPO	Zivilprozessordnung
zust	zustimmend

Einleitung:

Problemanalyse

Quellen zufolge soll die Existenz des Kontokorrents bis auf das 12. Jahrhundert zurückreichen. Mit der erstmaligen gesetzlichen Erfassung durch das AHGB 1862 (ADHGB 1861, das in Österreich 1862 eingeführt wurde) erfuhr es jedoch nur eine sehr spärliche Regelung; lediglich der Zinseszins und die Rechnungsperiode wurden gesetzlich erfasst. Das HGB (dHGB 1897, das in Deutschland ab 1.1.1900 und in Österreich ab 24.12.1938 galt) ging auf das Kontokorrent detaillierter ein.

Mit dem Kontokorrent tauchten aber Fragen auf, die Herde für Meinungsverschiedenheiten bildeten. Eine grundlegende Frage war, ob das Kontokorrent dem Bürgerlichen Recht zugehörig war oder eher dem Handelsrecht (jetzt Unternehmensrecht) zugeordnet werden sollte. Unsicherheit besteht noch immer darüber, ob das Kontokorrent mit einer Kontokorrentabrede sein Auslangen findet, oder ob es aus mehreren Rechtsgeschäften besteht. Des Weiteren ist die Zinseszinsregelung zu hinterfragen: Könnte § 355 Abs 4 letzter Satz UGB trotz § 1000 Abs 2 ABGB auch auf das uneigentliche Kontokorrent analog angewandt werden? Wie streng verhält es sich mit der Beiderseitigkeit der Ansprüche und Leistungen nach § 355 Abs 1 UGB? Was sind die Wirkungen des Kontokorrents auf eine Forderung, die in die laufende Rechnung aufgenommen worden ist? Was stellt die Verrechnung dar, und welchen Bezug hat sie zur Aufrechnung iSd §§ 1438 ff ABGB? Aus welchen Forderungen besteht der kausale Saldo? Wie werden Naturalobligationen mit vollwertigen Forderungen verrechnet? Worum handelt es sich beim festgestellten Saldo? Was passiert, wenn der unrichtige Saldo festgestellt worden ist? Bleiben Sicherheiten, die für eine kontokorrentgebundene Einzelforderung bestellt wurden, nach der Feststellung aufrecht (wenn ja, in welchem Umfang?) oder erlöschen sie? Wie steht es um die Zwangsvollstreckung beim Kontokorrent? Welche Gemeinsamkeiten oder Abweichungen weist das Bankkontokorrent als praktisch wichtigster Anwendungsfall des Kontokorrents auf?

Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit:

Die Dissertation beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Rechtsinstitut des Kontokorrents. Sie soll aufzeigen, was die Regelungen zum Kontokorrent beinhalten, welche Veränderungen sie im Laufe der Zeit (insb durch das UGB) durchgemacht haben und welche Regelungen, va Abweichungen, das Kontokorrent im Verkehr mit Banken erfährt. Bevor mit der wissenschaftlichen Behandlung des Kontokorrents, und somit der Regelungen der §§ 355 – 357 UGB, begonnen werden kann, ist eine Aufarbeitung des Instituts der Aufrechnung evident. Denn von der hA¹⁾ wird die kontokorrentmäßige Verrechnung als besondere Form der Aufrechnung gewertet. Auch der BGH²⁾ vertritt einen ähnlichen Standpunkt und qualifiziert die Verrechnung als eine „antizipierte kontokorrentrechtliche Aufrechnungsvereinbarung“. Außerdem gibt es Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen diesen Rechtsinstituten, die es beinahe unmöglich machen, das eine zu erklären ohne dabei die Kenntnis und das Verständnis des anderen vorauszusetzen. Beispielsweise kann die „Beiderseitigkeit“ iSd § 355 UGB mit der „Gegenseitigkeit“ iSd § 1438 ABGB gleichgesetzt werden. Weiters erfüllt das Kontokorrent dieselben Zwecke wie die Aufrechnung³⁾. Im schweizerischen Recht bietet uns Art 124 Abs 3 OR ein plakatives Beispiel für die Kohärenz zwischen diesen beiden Rechtsinstituten, denn dort wird der Begriff des Kontokorrents in der Regelung der Wirkung der Aufrechnung namentlich genannt. Nachdem in den ersten beiden Absätzen die Wirkungen der Aufrechnung geregelt werden, heißt es im Abs 3: „Vorbehalten bleiben die besonderen Übungen des kaufmännischen Kontokorrentverkehrs.“ Die Aufrechnung wird im Schweizer Obligationenrecht in den Art 120 – 126 geregelt und wird „Verrechnung“ genannt. Im österreichischen Recht hingegen versteht man unter dem Begriff „Verrechnung“ etwas anderes. Das wird aber noch im weiteren Verlauf der Arbeit aufgegriffen werden⁴⁾.

Aufgrund der eben generell genannten und später noch detailliert zu behandelnden Kohärenz zwischen „Aufrechnung“ und „Kontokorrent“ empfiehlt es sich daher mit den §§ 1438 – 1443 ABGB zu beginnen und diese eingehend zu behandeln.

¹⁾ *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB³, § 1438, Rz 5; *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 493; *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1438, Rz 35; *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 19.

²⁾ BGHZ 1993. 307

Aufgrund der verbalen Kongruenz der §§ 355 – 357 des deutschen und des österreichischen HGB, sind in der Folge dort, wo es um ein Thema geht, das vom UGB nicht geändert wurde, die deutschen Auffassungen meist unmittelbar einschlägig.

³⁾ Siehe II.D.2.

⁴⁾ Zur Unterscheidung und Abgrenzung dieser Begriffe siehe unter B.

Aufbau der Arbeit:

Aufgrund des sehr engen Bezugs zwischen der kontokorrentrechtlichen Verrechnung nach § 355 Abs 3 UGB und der Aufrechnung nach den §§ 1438 – 1443 ABGB, ist das erste große Kapitel dem Institut der Aufrechnung gewidmet.

Das zweite große Kapitel, das gleichzeitig auch den Kern der Dissertation darstellt, beschäftigt sich mit dem Kontokorrent. Es wird zunächst der Begriff des Kontokorrents analysiert, etymologisch betrachtet und sodann auf die erste gesetzliche Erfassung in Art 291 AHGB eingegangen. Eine Darbietung der Kontokorrentregelungen nach HGB und UGB soll die Änderungen veranschaulichen, die das Kontokorrent im Laufe der Zeit erfahren hat. Bevor dann auf das Kontokorrent genauer eingegangen wird, soll anhand einer kurzen Einführung in den Bankvertrag ein Überblick über die bankvertraglichen Aspekte gegeben werden, die für das Kontokorrent und den damit behandelten Themen relevanten sind. Im Rahmen dieser Einführung wird auch kurz auf den in Deutschland vertretenen „allgemeinen Bankvertrag“ eingegangen, und vor Augen geführt, warum er in Österreich abgelehnt wird und wie sich die österreichische Rechtslage den Problemen und Fragen des Bankvertrags annähert. Das Verständnis des Bankvertrages und der ABB, wie es in der kurzen Einführung vermittelt wird, ist für den weiteren Verlauf der Thematik um das Kontokorrent evident, da in weiterer Folge auf Gemeinsamkeiten und Divergenzen eingegangen werden soll. Nach dem Bankvertrag wird dann zu einer detaillierten Behandlung des Kontokorrents geschritten. Einige Themen werden mit einer Rechtsvergleichung zwischen österreichischem, deutschem, französischem und dem Recht der Benelux-Staaten flankiert, wobei aufgrund der gemeinsamen Vergangenheit des HGB ein Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland die gesamte Dissertation begleitet. So wird nicht selten auch auf deutsche Literatur und Judikatur verwiesen.

Über den groben Ablauf des Aufbaus des Kontokorrentteils ist zu wissen, dass er sich zunächst den Themen und Aspekten des § 355 UGB widmet (zB Zweck, Geschäftsverbindung, Rechnungsperiode etc). Dann wird § 356 UGB und die damit tangierten Probleme und Regelungen aufgegriffen, bevor zuletzt der vom HGB wortwörtlich übernommene § 357 UGB durchleuchtet wird. Am Ende der großen Kapitel soll mit Hilfe einer Zusammenfassung das Allerwichtigste rekapituliert werden. Des weiteren werden durch Rahmen gewisse Textstellen hervorgehoben, die als leitsatzähnliche Ergebnisse und Feststellungen zu verstehen sind.

Aufgrund der Tatsache, dass in den aktuellen Auflagen einiger Kommentare gewisse Probleme nicht aufgegriffen oder wegen eines unterschiedlichen Verfassers andere Meinungen vertreten wurden, verweist die Dissertation an einigen Stellen auf die Vorauflage bzw den Vorverfasser. Zum Beispiel stehen in den meisten kontokorrentrechtlichen Belangen die Ausführungen von *Langenbacher* als Verfasserin der einschlägigen Kontokorrentregelungen der aktuellen Auflage des „Münchener Kommentars zum HGB“ nicht in so offensichtlicher Kontroverse zu den Ausführungen *Canaris'* als Verfasser des „Großkommentars“ von *Staub* (Hrsg). Da aber der Stoff und die Problemstellungen durch die Präsentation abweichender Meinungen und Ansichten besser veranschaulicht und aufgearbeitet werden können, wird daher auf die betreffenden Voraufgaben verwiesen. Ebenso verhält es sich mit *Avancini* und *Apathy*, die jeweils in anderen Auflagen (und anderen Bänden) des „Österreichischen Bankvertragsrechts“ das Thema Kontokorrent behandeln. Oder *Rummel*, der in der Voraufgabe des „Rummel-Kommentars zum ABGB“ die 4-Verträge-Theorie in Übereinstimmung mit der bereits zitierten *Dullinger* ablehnt.

I. DIE AUFRECHNUNG (KOMPENSATION)

A. Geschichtliche Entwicklung

1. Römisches Recht

Das römische Zivilprozessrecht war durch einen sehr strengen Formalismus gekennzeichnet. Dieser noch näher zu erörternde enge Zusammenhang zwischen materiellem und formellem Recht besteht heute nicht mehr. Die geschichtliche Entwicklung¹⁾ der Rechtsdurchsetzung in Rom brachte drei verschiedene Verfahrenstypen hervor: den Prozess durch *legis actiones* (Legisaktionsverfahren), den Prozess *per formulas* (Formularprozess) und den Kognitionsprozess (*cognitio*). Die Zeitabschnitte, in denen diese Verfahren praktisch angewandt worden waren, überlagerten sich zum Teil.

Das älteste Verfahren war die *legis actio sacramento*, die schon vor der Zwölf-Tafel-Zeit (um 450 v Chr) zur Anwendung kam. Ihr folgten jüngere *legis actiones* und der Formularprozess. Die *legis actiones* waren auf Fremde nicht anwendbar, weil sie nur den Römern vorbehalten waren. Der Rechtsschutz der Fremden (*peregrini*) wurde aber im Handelsleben unumgänglich. Und so entstand im Bereich des Fremdenrechts (*ius gentium*) der Formularprozess. Dieser wurde dann durch eine *lex Aebutia* aus der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts v Chr auch auf das Verfahren unter römischen Bürgern (*cives*) mit der Einschränkung ausgeweitet, dass er nur für bestimmte Ansprüche gelten sollte, die nicht der *legis actio* reserviert waren. Im Jahre 17 v Chr wurden die *legis actiones* schließlich durch die beiden *leges Iuliae iudiciorum privatorum* und *publicorum* weitgehend abgeschafft, womit der Formularprozess auch unter den römischen Bürgern für fast alle Anspruchsarten die Oberhand gewann. Zur gleichen Zeit entstand daneben mit der Herrschaftsform des Prinzipats bereits das Kognitionsverfahren. Nun sollen die einzelnen Verfahrensarten nicht allzu ins Detail gehend beschrieben werden:

a) Das Legisaktionsverfahren

Während das Legisaktionsverfahren ursprünglich ein einheitlicher Prozess vor Geschworenen und unter einem das Verfahren einsetzenden und leitenden Gerichtsmagistrat war, wurde es in der Zwölf-Tafel-Zeit zweigeteilt. Dem Verfahren *in iure* vor dem Gerichtsmagistrat, in dem

¹⁾ Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 367.

die Parteien (!) das Prozessprogramm festlegten, folgte ein Verfahren vor dem Richter (*apud iudicem*). In der modernen Literatur ist der Grund dieser Zweiteilung umstritten. Manche sehen den Ursprung des römischen Zivilprozesses in einem privaten Schiedsgericht, das nachträglich einer staatlichen Kontrolle *in iure* unterworfen wurde. Andere vermuten, dass die volle richterliche Gewalt ursprünglich vom Magistrat ausgeübt wurde, der sich später durch die Übertragung von Aufgaben an den *iudex* entlastet hat²).

Als Gerichtsmagistrat fungierte zunächst einer der Konsuln, ab dem Jahre 367 v Chr der *praetor*. Die ihm in der römischen Staatsverfassung zugewiesene Macht hieß *iurisdictio*. Seine Aufgabe lag darin zu prüfen, ob für den beabsichtigten Prozess rechtlicher Schutz durch eine *lex* oder das ungeschriebene *ius civile* zur Verfügung gestellt wurde, also, ob für den Kläger überhaupt eine Klage (*actio*) existierte oder nicht. Je nachdem wurde der Prozess entweder gewährt oder verweigert. Für den Fall der positiven Erledigung setzte er Geschworene ein, die unter seinem Vorsitz in der Streitsache entschieden. In späterer Zeit wurde ein *iudex* ermächtigt, der im zweigeteilten Verfahren selbstständig und vom Gerichtsmagistrat unabhängig urteilte. Er war ein Privatmann, ein Laie, so wie heute die Geschworenen³). Das Spruchformelverfahren der *legis actio* war dadurch charakterisiert, dass *in iure* der Prozess „*certis verbis*“, dh mit ganz bestimmten Worten, begründet wurde.

b) Der Formularprozess

Gaius meinte in den Institutionen (Inst 4,30), dass das Spruchformelverfahren beim Formularprozess nach der *lex Aebutia* (2. Jh v Chr) und den *leges Iuliae* (17 v Chr) die Änderung erfahren hatte, dass nur mehr *per concepta verba*, dh *per formulas* gestritten worden sei⁴). Sowohl im Legisaktions- als auch im Formularprozess wurde in rigoroser Bindung an eine Formel geklagt, sodass der inhaltliche Unterschied zwischen diesen Verfahrensarten gering war. Der Formularprozess gewährte lediglich dem Prätor eine größere Freiheit bei der Prozessprogrammgestaltung. Es wurde somit der der sakralen Tradition verpflichtete Formalismus verworfen, der darauf bestanden hatte, das Streitprogramm genau in den überkommenen Worten zu formulieren. Was den *iudex* angeht: Für ihn war in beiden Verfahrensarten das von den Parteien festgelegte Prozessprogramm verbindlich. Während er im Legisaktionsverfahren über das Prozessprogramm durch Zeugen informiert worden war, geschah dies im Formularverfahren durch eine schriftliche Festlegung.

²) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 368.

³) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 369.

⁴) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 374.

Da das Formularverfahren auch inhaltlich zunächst an die *legis actiones* anschloss, war dieser Wechsel nicht gerade ein revolutionärer Bruch, sondern ein langsamer Übergang. Der grundlegende Unterschied zeigte sich letztlich darin, dass im Formularverfahren dem Gerichtsmagistrat allmählich die Funktion eines Rechtsschöpfers zukam⁵). Eigentlich erließ er jährlich ein Jahresedikt, in dem er kundmachte, zu welchen überkommenen Streitprogrammen (*actiones*) er einen Richter und einen Prozess gewähren würde. Entsprechend der gewählte Prozessgegenstand keiner der im Edikt vorgesehenen *actiones*, so wurde die Richtereinsatzung verweigert bzw der widerstrebende Beklagte nicht zur Einlassung gezwungen. Im Formularprozess ließ er jedoch über Gesetzes- und Gewohnheitsrecht hinaus neue Prozessprogramme zu und gestaltete die überkommenen Prozessprogramme im Sinne der neuen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung um.

c) Das Kognitionsverfahren

Der Wandel der republikanischen Verfassung mit ihren gewählten Magistraten zum Beamtenstaat des Prinzipats wirkte sich auch auf die Gerichtsbarkeit aus⁶). So gingen im Kognitionsprozess jene Eigenheiten des Formularprozesses verloren, die sich an seiner republikanischen Herkunft orientierten. Aber schon in der Republikszeit gab es für einige Streitsachen im Verwaltungsbereich eine *cognitio extraordinaria*, in der das gesamte Verfahren ohne Zweiteilung vor einem Magistrat durchgeführt worden war. Die Zahl solcher Streitsachen nahm in der Prinzipatszeit wegen neugeschaffener Ansprüche, wie zB Unterhaltsansprüche, kontinuierlich zu. Zudem wurde in einigen Provinzen die republikanische Verwaltung und somit auch der Formularprozess überhaupt nicht eingeführt. Dort war die Entscheidung von vornherein einem von der Militärverwaltung dazu bestimmten beamteten Richter in Form der *cognitio* vorbehalten.

Die verfahrensrechtlichen Neuerungen:

Anstelle der privaten Ladung zum Verfahren traten amtliche oder amtlich unterstützte, die bei einer Säumnis des Geladenen zu einem Versäumnisverfahren und somit zu einem Versäumnisurteil führten⁷). Es gab keine Zweiteilung des Prozesses mehr. Die Homogenität des Verfahrens beendete auch die Epoche des aktionenrechtlichen Denkens: Die *actiones* und *exceptiones* etc wurden nicht mehr gewährt, sondern waren als objektives Recht vorgegeben. Aus

⁵) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 375.

⁶) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 386.

⁷) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht⁹, 387.

diesem objektiven Recht resultierten materiellrechtliche Ansprüche und Einreden⁸⁾). Das Urteil wurde schriftlich abgefasst und begründet. Es konnte auch ein Wandel der Vollstreckung bewirkt werden: Die Vollstreckung in das Vermögen musste dann nicht mehr ausschließlich in der Form des Konkurses geschehen, sondern es war nun auch eine Einzelexekution in die verfolgte (bzw mehrere) Sache(n) möglich. Es war somit die Idee und Praxis der Spezialexécution auf bestimmte Sachen geboren worden.

Was nun die Aufrechnung betrifft, kann gesagt werden, dass sie dem römischen Recht ursprünglich fremd war⁹⁾).

Vor allem prozessuale Gründe standen einer Anerkennung entgegen. Der formell streng geprägte römische Zivilprozess war aufgrund seiner festgesetzten Sprüche der *legis actiones* nicht fähig die Verhandlung eines zweiten Anspruchs, der als Verteidigung vorgebracht wäre, zu kombinieren. Außerdem wäre der altrömische *iudex* als Laie nicht imstande gewesen den Kompliziertheiten zu begegnen, die sich aus einer solchen verfahrensrechtlichen Kombination ergäben. Nur allmählich und schrittweise wurde die Kompensation im Laufe der Zeit vermehrt ins Leben gerufen. Zuerst ließen Magistrate die Kompensation zur Anwendung kommen, und zwar nur in bestimmten Ausnahmefällen, in denen die Billigkeit der Kompensation evident war, nämlich bei den Klagen der Bankiers und Wechsler, sowie der Ersteher einer Konkursmasse. Allgemeine Geltung konnte die Kompensation zunächst in den *bonae fidei iudicia* für sich beanspruchen, wobei sie jedoch an das Ermessen des Privatrichters gebunden war, und schließlich durch die Einführung der *exceptio doli* auch in *strictis iudiciis*. Seit *Marc Aurel* (161 - 180) wurde den Parteien ein objektives Recht auf Kompensation auch in *strictis iudiciis* zugestanden¹⁰⁾. Dieses musste jedoch durch zumindest eine der Parteien geltend gemacht werden.

2. Germanisches Recht

Auch dem germanischen Recht war die Kompensation ursprünglich fremd¹¹⁾). Wie im römischen, standen der Anerkennung dieses Instituts auch im germanischen Recht zunächst pro-

⁸⁾ *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹, 388.

⁹⁾ *Kaser*, Das römische Privatrecht, erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht², 646; zweiter Abschnitt: die nachklassischen Entwicklungen², 456; *Apathy/Klingenberg/Stiegler*, Einführung in das Römische Recht, 198 f.

¹⁰⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 149.

¹¹⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 150.

zessuale Gründe im Weg. Der altdeutsche Prozess war von einem formellen, an bestimmte Worte und Riten gebundenen Ablauf geprägt, der ebenso wenig wie der innerlich verwandte römische Prozess der *legis actiones* in der Lage war, zwei gegenseitige Ansprüche in einem Verfahren zu behandeln. Für das Sachsenrecht¹²⁾ zeigt der Sachsenspiegel, als ältestes und bedeutendstes Rechtsbuch des Mittelalters, besonders deutlich, dass die Kompensation ausgeschlossen war. Im 3. Buch Art 12 (§1) des Sachsenspiegels heißt es nämlich: „Wenn jemand gegen einen anderen klagt und dieser wieder gegen ihn klagt, so braucht der erstere sich auf des letzteren Klage nicht eher einzulassen, als die erste Klage erledigt ist.“ Das bedeutet also, dass eine Widerklage nicht nur im anhängigen Verfahren unzulässig war, sondern dem Beklagten jede Einklagung des Gegenanspruchs unmöglich war, solange der gegen ihn gerichtete Prozess nicht erledigt worden war, selbst wenn der Gegenanspruch in einem getrennten Verfahren verhandelt werden sollte. Aber der immer stärker werdende Einfluss des römischen Rechts und auch die praktischen Bedürfnisse führten im 16. Jh zur Einführung der römisch-rechtlichen Kompensation in das sächsische Recht.

B. Abgrenzung, Begriff und Zweck der Aufrechnung

Vorweg gilt es einige Begriffe von jenem der Aufrechnung zu unterscheiden:

Nicht vermengt werden darf die Aufrechnung mit der „**Anrechnung**“ bzw „**Abrechnung**“: So wird beispielsweise ein gewährter Vorschuss bei Fälligkeit der Forderung nicht aufgerechnet, sondern an- bzw abgerechnet. Die Anrechnung ist lediglich als Mittel zur Bestimmung der Anspruchshöhe zu verstehen¹³⁾, während die Abrechnung eine vertraglich begründete Kürzung eines zukünftigen Anspruchs infolge vorzeitiger Leistung ist¹⁴⁾. Die Forderung ist in solchen Fällen von vornherein durch eine (teilweise) Vorausleistung getilgt. Neben gesetzlich angeordneten Anrechnungen (wie zB §§ 1107, 1155, 1162b und 1168 ABGB) gibt es auch die Möglichkeit welche vertraglich zu vereinbaren¹⁵⁾. Wird die Leistung einer bestimmten Schuld von mehreren zugeordnet, spricht man ebenfalls von „Anrechnung“. Diese Art von Anrechnung ist jedoch Leistungszweckbestimmung und hat mit der „Aufrechnung“ nichts gemeinsam.

Obwohl zwischen Aufrechnung und „**Zurückbehaltungsrecht**“ eine Affinität nicht geleugnet werden kann, sind sie jedoch grundsätzlich auseinander zu halten. Die Ähnlichkeit besteht

¹²⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 150.

¹³⁾ Heidinger in Schwimann, ABGB³, VI, § 1438, Rz 6; Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 1.

¹⁴⁾ Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 1; Heidinger in Schwimann, ABGB³, VI, § 1438, Rz 6.

¹⁵⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 1 f.

darin, dass beide Institute die Berücksichtigung eines Gegenanspruchs bewirken und im Prozess beide die gleichzeitige Behandlung mehrerer an und für sich selbstständiger Streitigkeiten erzwingen. Es besteht auch insofern ein gemeinsamer Zweck, als sowohl durch „Aufrechnung“ als auch durch „Zurückbehaltung“ verhindert wird, dass die eine Partei ihre Forderung betreibt, während der ebenfalls fällige Anspruch der anderen Partei unbefriedigt bleibt. Der Unterschied zwischen den beiden Instituten liegt jedoch in ihrer Funktion. Während sich die Rechtsstellung des Retentionsberechtigten darin erschöpft, dass er mangels vorheriger oder gleichzeitiger Erfüllung einer Gegenpflicht der eigenen Verbindlichkeit nicht nachzukommen braucht, ist für die Kompensation gerade die Tilgung beider gegenüberstehenden Verpflichtungen das entscheidende Kriterium¹⁶⁾. Das Zurückbehaltungsrecht bewirkt demnach eine gewisse Sicherung der eigenen Forderung, die Kompensation hingegen die Befriedigung.

Unter der „**Verrechnung**“, auf die beim Kontokorrent noch näher einzugehen sein wird, versteht man jenen Tilgungsakt, der zum Ausgleich der Forderungen (im Kontokorrent auch noch der Leistungen) führt und eine Vereinfachung der Abrechnung und des Zahlungsverkehrs erzielen soll¹⁷⁾.

Das Schweizer OR versteht hingegen in seinen Art 120 – 126 unter der „Verrechnung“ das, was in den §§ 1438 – 1443 ABGB unter „Kompensation“ behandelt wird, also im Prinzip dasselbe Rechtsinstitut nur unter einem anderen Namen.

Aufrechnung bedeutet, dass eine Forderung durch eine Gegenforderung aufgehoben wird¹⁸⁾. Schuldet ein Schuldner seinem Gläubiger aus einem Vertrag Geld (als Paradebeispiel gilt Geld; doch auch andere Gattungssachen, wie zB Äpfel gleicher Qualität können Gegenstand einer Aufrechnung sein), schuldet der Gläubiger aber umgekehrt ebenfalls Geld (zB aus einem älteren Vertrag), so ist es nicht nötig, dass der Schuldner seine ganze Schuld begleicht und im Gegenzug der Gläubiger ebenfalls zahlen muss. Die Aufrechnung bewirkt, dass sich beide Forderungen tilgen, soweit sie sich decken. Also kann dabei jener, der über die größere Forderung verfügt, nur mehr den seine eigene Verbindlichkeit übersteigenden Teil seiner Forderung verlangen ohne selbst zahlen zu müssen, denn die Aufrechnung wirkt als Zahlung (§ 1438 ABGB).

¹⁶⁾ Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 1

¹⁷⁾ Heidinger in Schwimann, ABGB³, § 1438; Rz 5; Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 35.

¹⁸⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 1.

Als Aufrechnung bezeichnet man die Tilgung gegenseitiger, gleichartiger, richtiger und fälliger Forderungen ohne Leistungsaustausch.

Durch die Aufrechnung tilgt man eine eigene Schuld durch Preisgabe einer gleichartigen Gegenforderung. Ihr Ergebnis ist eine die Effektivleistung ersparende, wechselseitige Ausgleichung zweier oder mehrerer sich gegenüberstehender, gleichartiger Forderungen¹⁹⁾.

Zeiller bezeichnete die Aufrechnung als „Zahlung (§ 1412 ABGB) in der Kürze²⁰⁾“. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass § 1412 ABGB von der „Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist“ spricht. Die Forderungen werden aber eben nicht durch die Leistung des an sich Geschuldeten erfüllt. Zwischen dem, was geleistet wird und was eigentlich geleistet werden müsste, divergiert die Quantität. Daher ist die Kompensation eher als Erfüllungssurrogat denn als wirkliche Zahlung zu qualifizieren.

Die §§ 1438 – 1443 ABGB regeln nur die einseitige Aufrechnung²¹⁾, die unabhängig vom Willen des Aufrechnungsgegners erfolgt. Daneben kann aber auch durch Vereinbarung aufgerechnet werden. Die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, heißt Hauptforderung oder Passivforderung; sie ist die Forderung des Aufrechnungsgegners oder des Kompensaten. Die Forderung, mit welcher aufgerechnet wird, heißt hingegen Gegenforderung oder Aktivforderung. Sie steht dem Aufrechnenden, dem Kompensanten zu. Während *Welser*²²⁾ vom Begriffspaar „Aufrechnender – Aufrechnungsgegnere“ spricht, verwendet *Bucher*²³⁾ die Begriffe „Verrechnender (Kompensant) – Verrechnungsgegnere (Kompensat)“. Sie haben allesamt die gleiche Bedeutung.

Die Aufrechnung bewirkt, dass einander gegenüberstehende Forderungen wie durch „gegenseitige Zahlung“ (§ 1438 ABGB) erlöschen. Als Tilgung eigener Schuld²⁴⁾ ist die Kompensation Schuldnerakt zum Zweck der Befreiung von einer Verbindlichkeit; als Tilgung fremder Schuld ist sie dagegen Gläubigerakt zum Zweck eigener Befriedigung. „**Befreiungszweck**“

¹⁹⁾ *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil², 428; *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1438, Rz 1.

²⁰⁾ *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch IV, 165 f.

²¹⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 101; *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 491 als „gesetzliche Aufrechnung“ (*compensatio necessaria*).

²²⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 100.

²³⁾ *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil², 428.

²⁴⁾ *Reiterer*, Die Aufrechnung, 18.

bedeutet daher, dass der Gläubiger befreit ist, seine Verbindlichkeit zu begleichen. Der seiner Verbindlichkeit entsprechende Teil seiner Forderung wird durch die Aufrechnung jedoch beglichen, woraus sich der „**Befriedigungszweck**“ erklären lässt. Der mitunter im unternehmerischen Geschäftsverkehr bedeutsame „**Verrechnungszweck**“ bringt die Leistungersparnis des sich deckenden Teils von Forderung und Gegenforderung, weil die Schuldtilgung auch gleichzeitig Selbstbefriedigung bedeutet²⁵). Schließlich erfüllt die Aufrechnung auch einen „**Sicherungszweck**“, weil die Uneinbringlichkeit des deckungsgleichen Teils der Forderungen nicht befürchtet zu werden braucht. Aus dem Standort und der systematischen Stellung der Kompensationsregeln, also der §§ 1438 ff ABGB als 2. Punkt des 3. Hauptstücks „Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten“ im Dritten Teil des ABGB, ergibt sich, dass das Gesetz die Schuldtilgung in den Vordergrund gestellt wissen wollte. Außerdem deutet die Verwendung des Begriffs „Zahlung“ darauf hin, dass der Hauptzweck in der Schuldtilgung liegt. Nach § 1412 ABGB bedeutet „Zahlung“ die „Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist.“ Des weiteren wird etwa in den §§ 1441, 1442 leg cit die Schuldnerposition besonders betont. Auch aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass die Zahlungsfunktion der Kompensation im Vordergrund steht, sodass die gegenseitige Schuldtilgung als Hauptzweck der Aufrechnung angesehen werden kann²⁶).

Eben wegen dieser Zahlungsfunktion, und weil die Aufrechnung zugleich Schuldner- und Gläubigerakt ist, kann sie auch nur als eigenständiges Tilgungsmittel begriffen werden. Dies gilt es deshalb zu betonen, weil vor allem im 19. Jahrhundert Versuche unternommen wurden, die Aufrechnung einer anderen Rechtsfigur zu unterstellen, wie zB als „Pfandrecht an eigener Schuld“. Aber aufgrund der dargelegten Ansichten des Gesetzgebers, eine Prävalenz der Zahlungsfunktion intendiert zu haben, ist eine Überbetonung des Sicherungszwecks als nicht gesetzeskonform abzulehnen.

C. Der Aufrechnungsvertrag

Wie bereits unter 2. erwähnt, kann die Aufrechnung, anstatt einseitig erklärt zu werden, auch vereinbart werden²⁷). Der Aufrechnungsvertrag genießt im ABGB keine ausdrückliche Regelung. Seine Wirksamkeitsvoraussetzungen und sein Zustandekommen sind aber unbestrit-

²⁵) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 2.

²⁶) Heidinger in Schwimann, ABGB³, § 1438, Rz 3; Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 1.

²⁷) Reiterer, Die Aufrechnung, 17.

ten²⁸). Während die einseitige Aufrechnung an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, auf die unten noch näher eingegangen wird, sind der einvernehmlichen Aufrechnung keine Grenzen gesetzt, soweit zwingende insolvenzrechtliche Normen, wie etwa §§ 19, 20 KO und AO, ihr nicht entgegenstehen²⁹). Was aber die Rechtsnatur des Aufrechnungsvertrages betrifft, bewegen wir uns in einem strittigen Rechtsbereich. Es wird vertreten, dass es sich dabei um einen gegenseitigen Verzichts- oder Erlassvertrag handle³⁰). Dagegen wird eingewendet, dass durch den Aufrechnungsvertrag jeder Teil seine Forderung befriedige und nicht etwa auf eine Befriedigung verzichte³¹). *Dullinger* schließt sich demnach der herrschenden Lehre in Deutschland an und versteht den Aufrechnungsvertrag als Vertrag sui generis.

Das Argument, ein Verzicht käme deshalb nicht in Frage, weil die Parteien auf ihre Forderungen nicht verzichten, sondern durch die Kompensation befriedigt erhalten, ist meines Erachtens nicht unanfechtbar, weil das Wort „befriedigen“ im Anwendungsbereich der Aufrechnung von jenem im Bereich der Zahlung dahingehend unterschiedlich ist, als der Schuldner bei der Zahlung das eigentlich Geschuldete iS des § 1412 ABGB leistet. Bei der Kompensation hingegen wird der Schuldner nur deshalb von seiner Verbindlichkeit befreit („befriedigt“), weil der Gläubiger sich die Leistung seines Geschuldeten, also des Äquivalents auf die Verbindlichkeit des Schuldners, erspart. Während daher im einen Fall - der Leistung - der Gläubiger deshalb „befriedigt“ wird, weil der Schuldner gerade das Geschuldete leistet (und der Gläubiger im Gegenzug seine eigene Leistung erbringen wird müssen), wird im anderen Fall - der Aufrechnung - der Gläubiger nur deshalb „befriedigt“, weil er sein eigenes Geschuldetes eben nicht leisten muss. Dieses unterschiedliche Verständnis oder diese unterschiedliche Wertung des Befriedigungsbegriffs kann, meiner Meinung nach, zum Ansatzpunkt für eine Zulassung eines Verzichtsvertrags genommen werden. Es ist nämlich nicht völlig inadäquat anzunehmen, dass bei einer Kompensation die Parteien wohl auf ihre Forderungen verzichten, realistischerweise aber nur unter der Bedingung, dass der nach Ausgleich der unterschiedlich hohen Forderungen übrig bleibende Überschuss von der verpflichteten Partei erfüllt wird. Nur diese Zusatzkomponente wird vom hypothetischen Parteiwillen mitumfasst sein. Ob es sich nun beim Verzicht um einen materiellrechtlichen handelt, der die Forderung zum Erlöschen bringt (unter der Resolutivbedingung der Nichtleistung des Überschusses durch den Partner) oder um einen formellrechtlichen, der lediglich die Möglichkeit der Einklagbarkeit vernichtet,

²⁸) *Reiterer*, Die Aufrechnung, 18.

²⁹) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 101.

³⁰) *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 493 als „freiwillige Aufrechnung“ (*compensatio voluntaria*).

³¹) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 3.

ist dann nur mehr von sekundärer Bedeutung, weil, wie noch näher behandelt werden wird, die Einklagbarkeit bei der einvernehmlichen Aufrechnung, im Gegensatz zur einseitigen, irrelevant ist. Man könnte den Aufrechnungsvertrag aber auch als Schuldänderung im Sinne des § 1379 ABGB auffassen. Denn der Hauptgegenstand oder Rechtsgrund wird ja nicht verändert (womit die Novation wegfiel). Geändert wird lediglich eine Nebenbestimmung, nämlich die Quantität der Forderung. Dennoch wird man sich mit der Frage konfrontiert sehen, was mit dem ausbleibenden Teil der geänderten Quantität passiert sei, also wird man wieder, wie oben ausgeführt, auf die Verzichtsansicht zurückkommen müssen.

Obwohl sich der OGH zu dieser Frage nicht geäußert hat, spricht er in einigen Entscheidungen³²⁾ explizit vom „Aufrechnungsvertrag“, was dahin gedeutet werden kann, dass er ihn ebenfalls als eigenen Vertrag ansieht bzw akzeptiert. Bei Zweifelsfragen werden die gesetzlichen Regelungen der einseitigen Aufrechnung analog heranzuziehen sein³³⁾.

Es kann somit festgehalten werden:

Der Aufrechnungsvertrag ist ein Vertrag sui generis, für dessen Ausgestaltung nicht die §§ 1438 ff ABGB, sondern in erster Linie die vertragliche Vereinbarung maßgeblich ist.

1. Voraussetzungen

Da für die Ausgestaltung der Rechtsfolgen der Vertrag bestimmend ist, knüpft sich die Zulässigkeit des Aufrechnungsvertrages auch nicht an die Voraussetzungen der §§ 1438 ff ABGB. Das bedeutet, dass man auf jeden Fall von der Gegenseitigkeit absehen kann, wenn die betreffende Partei über die betroffene Forderung zumindest verfügungsbefugt ist³⁴⁾. Ebenso ist auch die Fälligkeit keine notwendige Voraussetzung für die einvernehmliche Kompensation, dh es kann die Vereinbarung auch hinsichtlich künftig entstehender Forderungen geschlossen werden, die dann im Zeitpunkt ihrer Entstehung getilgt werden. Das wäre dann eine antizipierte Aufrechnung³⁵⁾ (*pactum de compensando*). Solch eine Kompensationsvereinbarung über künftige Forderungen kann dann zu Schwierigkeiten führen, wenn sie mit einer Zession oder Verpfändung kollidiert. In derartigen Fällen entscheidet sich zB die hA in

³²⁾ EvBl 1969/237; 1 Ob 610/78, 3 Ob 192/82, 3 Ob 35/87.

³³⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 259.

³⁴⁾ OGH in EvBl 1961/427; Heidinger in Schwimann, ABGB³, § 1440, Rz 17.

³⁵⁾ OGH in 6 Ob 185/61, 1 Ob 610/78, 3 Ob 261/05; Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 34.

Deutschland für das Prioritätsprinzip³⁶). Der OGH stellt in einigen Entscheidungen aber auch darauf ab, ob zum Zeitpunkt der Pfändung die Kompensationswirkungen eingetreten sind. In Österreich steht jedoch die überwiegende Rechtsprechung auch auf dem Standpunkt der in Deutschland vorherrschenden Auffassung über das Prioritätsprinzip. Es sei nämlich kein Grund ersichtlich, weshalb bei gegenläufigen Verfügungen über künftige Forderungen anders entschieden werden sollte als bei bereits bestehenden. Die Interessenlage der Beteiligten sei in beiden Fallgruppen ganz gleich, was auch ziemlich plausibel ist. Dies würde aber nicht gleich eine ausnahmslose Anwendung des Prioritätsprinzips bei künftigen Forderungen mit sich bringen, sondern es sei der gleiche Vertrauensschutz zu gewähren wie bei bereits bestehenden Ansprüchen³⁷). Wird daher eine künftige Forderung, deren Pfändbarkeit umstritten ist³⁸), zuerst gepfändet und danach antizipiert aufgerechnet, so ist die Aufrechnungsvereinbarung trotzdem wirksam, wenn das mit der Pfändung ausgesprochene Zahlungsverbot erst nach diesem Zeitpunkt zugeht. Umgekehrt kann daher auch die Pfändung eines Anspruchs die Wirkungen einer früheren antizipierten Aufrechnung nicht mehr hindern, es sei denn, der Kompensationsvertrag ist wegen Sittenwidrigkeit oder aus einem anderen Grund ungültig. Damit jedoch eine Sittenwidrigkeit iS des § 879 ABGB bejaht werden kann, müssen beide Parteien den Aufrechnungsvertrag unter entsprechender Zweckverfolgung geschlossen haben, dh, dass sie etwa gegenüber dem Gläubiger, zu dessen Gunsten die spätere Pfändung der fraglichen Forderung erfolgt, mit Benachteiligungsabsicht handeln müssen.

Während in Österreich über die Frage der Gleichartigkeit der Ansprüche keine ausdrücklichen Äußerungen existieren³⁹), wird darüber in Deutschland heftig disputiert. Von den Befürwortern des Gleichartigkeitserfordernisses wird vertreten, dass die Gleichartigkeit des Forderungsgegenstandes ein so wesentliches Begriffsmerkmal jeder Aufrechnung sei, dass ein wechselseitiger Tilgungsvertrag über Forderungen mit ungleichartigem Gegenstand kein Aufrechnungsvertrag sei, sondern etwa ein Vertrag über eine Leistung an Zahlungs Statt oder ein ähnliches Rechtsgeschäft wäre (da aber keine Leistung stattfindet, würde es sich bei dieser Ansicht um einen ganz untypischen Fall der „Leistung“ an Zahlungs Statt handeln). Während diese Argumentation sicherlich etwas für sich hat, da die Gleichartigkeit eine so notwendige Voraussetzung bei der einseitigen Aufrechnung ist, dass man sie generalisieren könnte, würde jedoch gerade der Umstand, dass dem Aufrechnungsvertrag außer zwingender Rechtsnormen (insb im Insolvenzrecht) grundsätzlich keine Grenzen gesetzt sind, dafür sprechen, die

³⁶) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 260 mwN.

³⁷) OGH 5 Ob 563/87.

³⁸) Siehe II.F.14.e)

³⁹) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 261; lediglich lapidar in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 101.

Gleichartigkeit bei einer Vereinbarung gerade nicht zum Wesensmerkmal umzufunktionieren. Außerdem wäre dadurch mE die Privatautonomie ohne plausible Rechtfertigung eingeschränkt.

Wie verhält es sich nun mit der Richtigkeit der Forderungen beim Aufrechnungsvertrag, dh grob gesagt mit der Klagbarkeit? Grundsätzlich steht die Unrichtigkeit, dh die mangelnde Klagbarkeit einer Forderung, einem Aufrechnungsvertrag nicht entgegen. Haben die Parteien nämlich diesen Umstand im Zeitpunkt gekannt, greift § 1432 ABGB und die Aufrechnung bleibt endgültig wirksam. Sind sie jedoch im Vereinbarungszeitpunkt von der Richtigkeit beider Ansprüche ausgegangen, hat also ein Teil durch die Aufrechnung irrtümlich eine unrichtige Forderung erfüllt, dann ist der Irrende nach den §§ 1431 ff ABGB kondiktionsbefugt. Das gleiche gilt auch, wenn der eine den anderen über die Richtigkeit getäuscht hat. Das bloße Fehlen der Klagbarkeit begründet nach § 1432 ABGB keinen Bereicherungsanspruch. War aber die Forderung gar nicht existent, war sie bedingt oder stand ihr eine andere als in § 1432 ABGB genannte Einrede entgegen, kann nach Geltendmachung des entsprechenden Gestaltungsrechts nach den §§ 1431 oder 1435 ABGB Wiederherstellung des anderen Anspruchs begehrt werden. Im Allgemeinen unstrittig ist auch, dass gesetzliche Aufrechnungsverbote gs auch einer vertraglichen Aufrechnung entgegenstehen. Dennoch sind sie hinsichtlich einer Inkompatibilität mit einem Aufrechnungsvertrag nach ihrem Zweck zu beurteilen⁴⁰).

2. Wirkungen

Die Rechtswirkungen einer einvernehmlichen Aufrechnung bestimmen sich nach der Vereinbarung. Auch der Zeitpunkt des Erlöschens der Forderungen richtet sich nach dem Parteiwillen. Während *Gschnitzer*⁴¹) im Zweifel von einer Rückwirkung ausgeht, lehnt *Dullinger*⁴²) eine solche Zweifelsregel ab. *Dullinger* meint, dass die hA nur für den Fall der einseitigen Aufrechnung von einer Rückwirkung ausgeht, darüber hinaus gäbe es keine andere Basis für die Zweifelsregel. Auch sonst hätte eine Rückwirkung wenig Sinn, weil sie in der Praxis häufig eine Aufrechnung ohne Aufrechnungslage sein werde, sei es weil eine Voraussetzung der einseitigen Kompensation fehle, oder, weil sie antizipiert vereinbart würde. Dies reicht aber mE nicht aus, um den Parteien einen hypothetischen Willen zu unterstellen, der eine analoge Anwendung der Rückwirkung, iS d hL, ausschliesse.

⁴⁰) *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1438, Rz 33.

⁴¹) *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 493.

⁴²) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 262.

3. Verwandte Verträge

Vom Aufrechnungsvertrag zu unterscheiden ist der „Aufrechnungsvorvertrag“. Er ist ein Vorvertrag iSd § 936 ABGB. Durch ihn verpflichten sich die Parteien später einen Aufrechnungsvertrag zu schließen. Der wichtigste Aspekt beim Aufrechnungsvorvertrag ist, dass er stets mit einem Ausschluss einseitiger Aufrechnung für die zur späteren Verrechnung bestimmten Forderungen verbunden ist.

Mit dem Aufrechnungsvertrag nicht zu verwechseln ist ferner die „Vereinbarung einer einseitigen Aufrechnungsbefugnis“ für eine oder beide Parteien. In diesem Zusammenhang ist auf den Klauselkatalog des § 6 KSchG zu verweisen, detailliert auf Abs 1 Z 8 leg cit, der solche Vereinbarungen meint und Vertragsbestimmungen unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit für nicht verbindlich erklärt, nach denen „das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten durch Aufrechnung aufzuheben, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder die vom Unternehmer anerkannt worden sind“. Solche einseitigen Aufrechnungsbefugnisse begründen ein Gestaltungsrecht für Fälle, in denen nicht sämtliche Voraussetzungen der §§ 1438 ff ABGB erfüllt sind. Eine solche Vereinbarung hat – im Gegensatz zum Aufrechnungsvertrag – keine tilgende Wirkung. Sie ermöglicht lediglich eine spätere Tilgung durch einseitigen Gestaltungsakt eines Vertragspartners oder auch eines Dritten, dem ein solches Recht eingeräumt worden ist. In Betracht kommt hier vor allem die „Konzernverrechnungsklausel“, die eine Aufrechnung trotz fehlender Gegenseitigkeit, also eine Drittaufrechnung ermöglicht, indem ein Unternehmen zum einen berechtigt wird, gegen Forderungen des Vertragspartners auch mit Forderungen verbundener Unternehmen (Mutter-, Tochter-, Schwes-tergesellschaften) aufzurechnen. Zum anderen kann das Unternehmen auch gegen Forderungen des Vertragspartners aufrechnen, die ihm gegen ein anderes der konzernmäßig verbundenen Unternehmen zustehen⁴³).

⁴³) Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1438, Rz 37.

D. Einseitige Aufrechnung

1. Voraussetzungen

Gemäß § 1438 ABGB sind die Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung: Gegenseitigkeit, Richtigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit der Forderungen.

In der Literatur und Judikatur⁴⁴⁾ wird neben diesen Notwendigkeiten auch noch eine Verfügungsbefugnis verlangt⁴⁵⁾, da mit ver- bzw gepfändeten Forderungen nicht aufgerechnet werden kann. Weiters verlangt die hL, dass die Aufrechnung durch eine entsprechende Erklärung geltend gemacht wird⁴⁶⁾. Dies ist eine Absage an den vom § 1438 ABGB erweckten Eindruck, dass die Kompensation „automatisch“ eintreten würde⁴⁷⁾. Denn schon in der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts⁴⁸⁾ zeigten sich zwei Grundmodelle des Aufrechnungsvorganges, deren Vertretung sich auch noch heute zeigt. Der Glossator Martinus entnahm dem justinianischen Recht, dass sich die gegenseitigen *debita* und *credita* von sich aus (*ipso iure*), also ohne einen besonderen Rechtsakt oder den Willen einer der Parteien, aufheben, sobald sie einander gegenüberstehen. Dieser Lösung folgt im modernen Recht der Text des § 1438 ABGB und Art 1290 Code Civil⁴⁹⁾. Der Glossator Azo dagegen folgerte, dass eine der Parteien eine Aufrechnungserklärung abgeben müsse, damit der Ausgleich bewirkt werde. Dieser Ansicht folgt im modernen Recht § 388 des deutschen BGB, Art 124 OR und, im Gegensatz zum gesetzlichen Wortlaut, auch die österreichische Lehre.

Für das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen kommt es nach herrschender Auffassung und dem OGH auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung an⁵⁰⁾. Diese Willenserklärung kann grundsätzlich nur unbedingt und unbefristet abgegeben werden⁵¹⁾, also nicht etwa im Voraus für den Fall, dass der Gläubiger Schuldner des anderen Teils werden sollte.

⁴⁴⁾ OGH 1 Ob 638/95.

⁴⁵⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1440, Rz 17; *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1438, Rz 9.

⁴⁶⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 101; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 5; *Reiterer*, Aufrechnung, 55.

⁴⁷⁾ Eingehende Behandlung unter Kapitel D.4. „Rückwirkung“.

⁴⁸⁾ *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹, 316.

⁴⁹⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1438 Rz 10.

⁵⁰⁾ OGH 3 Ob 175/05

⁵¹⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1438, Rz 14.

a) Gegenseitigkeit

Schon das römische Recht versteht die Kompensation als Ausgleich von *debitum* und *creditum*. Dh wer sich auf die Kompensation beruft, ist sowohl in der Stellung dessen, der erfüllt hat, als auch in der Stellung dessen, der das ihm Geschuldete eingezogen hat.

Gegenseitigkeit bedeutet daher, dass der Gläubiger gleichzeitig Schuldner seines Schuldners ist und vice versa. Denn § 1441 ABGB stellt klar, dass „ein Schuldner seinem Gläubiger dasjenige nicht in Aufrechnung bringen kann, was dieser einem Dritten und der Dritte dem Schuldner zu zahlen hat.“ Aus welchem Rechtsgrund die Forderungen entsprungen sind oder welche Art von Verhältnis zwischen den Parteien besteht, ist für die Gegenseitigkeit irrelevant⁵²).

Die Gegenseitigkeit ist das Produkt der besonderen Natur der Kompensation als gleichzeitiger Schuldtilgungs- und Selbstbefriedigungsakt. Denn nur, soweit der Schuldner vom Gläubiger fordern kann, was er demselben schuldet, entsteht durch das Ausgleichen der beiden Ansprüche auf keiner Seite ein ungerechtfertigter Schaden oder Vorteil. Das ist auch der Grund, warum Gegenseitigkeit grundsätzlich im Zeitpunkt der Aufrechnung bestehen muss. Es genügt daher nicht, dass sich Forderung und Gegenforderung zu irgendeiner Zeit zwischen irgendwelchen Parteien gegenseitig gegenüberstanden. § 1442 ABGB lässt jedoch bei der Zession eine Ausnahme vom Gegenseitigkeitsprinzip zu. Ob darüber hinaus auch in anderen Fällen eines Schuldner- und (oder) Gläubigerwechsels von der Gegenseitigkeit abgesehen werden kann, ist unklar und bedarf einer Prüfung im Einzelfall. So kann eine Vereinbarung zwischen einem Dritten und einem Schuldner eine Ausnahme vom Gegenseitigkeitserfordernis nicht rechtfertigen, genauso, wie eine alleinige Übertragung des Rechts zur Erhebung des Prozess Einwandes nicht möglich ist. Nur die Abtretung der Forderung selbst erzeugt die notwendige Gegenseitigkeit. Stimmt hingegen der Gläubiger einer Aufrechnung des Schuldners mit einer Forderung, die ihm gegen einen Dritten zusteht, zu, so ist die Kompensation wirksam, weil damit der Gläubiger die Schuld des Dritten gemäß §§ 1405 f ABGB übernommen hat.

aa) Zession

Durch Zession (§ 1392 ff ABGB) tritt der Zedent seine gegen den Schuldner (debitor cessus) zustehende Forderung an den Zessionar ab, der somit neuer Gläubiger des Verpflichteten un-

⁵²) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 6.

ter Aufrechterhaltung des Inhalts der Forderung wird. Sie erfolgt zumeist entgeltlich und dient häufig dazu, dem bisherigen Gläubiger (Zedent) frühzeitig liquide Mittel zu verschaffen, wenn die Forderung noch nicht fällig oder der Schuldner mit der Bezahlung säumig ist. Das ermöglicht auf jeden Fall eine Kompensation zwischen der zedierten Forderung und Ansprüchen, die dem debitor cessus gegen den Zessionar zustehen. Wie verhält es sich jedoch mit Forderungen, die dem debitor cessus gegen den Zedenten zustehen?

§ 1394 ABGB verbietet eine Verschlechterung der Rechtsposition des debitor cessus durch rechtsgeschäftliche Abtretung. § 1395 letzter Satz ABGB berechtigt ihn an den ersten Gläubiger zu bezahlen, solange ihm der Zessionar nicht bekannt wird. Zusätzlich wird dem debitor cessus das Recht eingeräumt, „seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen“ (§ 1396 ABGB).

Aus all diesen Bestimmungen wird allgemein abgeleitet, dass dem debitor cessus alle Einwendungen gegen Zedenten, die bis zur Kenntnis von der Abtretung entstanden sind, auch gegenüber dem Zessionar zustehen⁵³).

Ob die Aufrechnungseinrede auch dazu gehört, ist nicht völlig klar, aber eher zu bejahen⁵⁴). Obwohl der Wortlaut des § 1396 ABGB Zweifel offen lässt („Einwendungen gegen die Forderung“), wird aus § 1442 leg cit zum Schutz des Schuldners gefolgert, dass er Forderungen, „welche er zur Zeit der Abtretung“ gegen den Zedenten hatte, auch dem Zessionar gegenüber aufrechnen kann. Streitig ist allerdings, bis zu welchem Zeitpunkt eine Forderung gegen den Zedenten entstanden sein muss, um dem Zessionar entgegengehalten werden zu können. *Dullinger* schließt sich hinsichtlich dieser Frage der überwiegenden jüngeren Lehre an und stellt, entgegen dem Wortlaut des § 1442 ABGB, nicht auf den Zeitpunkt der Abtretung ab, sondern entsprechend den §§ 1395, 1396 ABGB auf die **Kenntnis** des Schuldners von der Zession⁵⁵). Gelegentlich wird auch auf die Verständigung des debitor cessus abgestellt⁵⁶). In diesem Fall wird wohl, in Übereinstimmung mit *Dullinger*, die Empfangstheorie maßgeblich sein. Erfolgt keine Verständigung, kommt es auf die subjektive Kenntnis an. Das Abstellen auf die Kenntnis wird damit begründet, dass es keinen plausiblen Grund gäbe, der hinsichtlich des Entstehungszeitpunktes eine unterschiedliche Behandlung von Gegenforderungen und anderen Einwendungen im Sinne der §§ 1395, 1396 ABGB sachlich rechtfertigen könne. Außerdem erfordere der verfolgte Zweck, die Situation des Schuldners durch die Zession nicht zu ver-

⁵³) *Ertl in Rummel*, ABGB³, § 1396, Rz 1.

⁵⁴) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 8 mwN.

⁵⁵) *Dullinger in Rummel*, ABGB³, § 1442, Rz 2.

⁵⁶) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁵, 101; Erl zur RegVorl, ZessRÄG 2005; *Heidinger in Schwimann*, ABGB³, § 1442, Rz 4.

schlechtern, auch bezüglich der Aufrechnungseinrede zu gelten. Diejenigen, die den Verständigungszeitpunkt als Zäsur auffassen, finden diesen deshalb entscheidend, weil bis dahin das Vertrauen des Schuldners, der im Hinblick auf den Sicherungsfonds dem Gläubiger kreditiert, schutzwürdig sei.

Egal, ob man nun auf den Zeitpunkt der Abtretung, der Kenntnis oder der Verständigung abstellt; weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass im maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht alle Erfordernisse der Aufrechenbarkeit vorliegen müssen⁵⁷). Es muss die Gegenforderung des Schuldners lediglich dem Grunde nach entstanden sein. Es schadet daher nicht, dass die Forderung erst bedingt entstanden ist; ebenso wenig schadet es, dass die Gleichartigkeit erst später eintritt⁵⁸). Während die deutsche Regelung in § 406 BGB und die schweizerische Regelung im Art 169 OR die Fälligkeit der Gegenforderung als notwendige Voraussetzung für die Aufrechnung bei rechtsgeschäftlicher Zession verlangen, schadet die mangelnde Fälligkeit nach österreichischem Recht der Kompensation nicht.

Bei der Zession künftiger Forderungen wird teilweise vertreten, dass der debitor cessus dem Zessionar all jene Einwendungen gegen den Zedenten entgegenhalten kann, die bis zum Entstehen der Hauptforderungen bestanden. Diese Ansicht wird insbesondere vom OGH vertreten⁵⁹). Antagonisten dieser Ansicht wenden ein, dass eine weitergehende Durchbrechung des Gegenseitigkeitsprinzips, als sich aus den §§ 1395, 1396 ABGB ergibt, auch bei der Zession künftiger Forderungen nicht vertretbar sei⁶⁰). Sie stellen daher auf den Verständigungszeitpunkt ab, weil der debitor cessus nach Benachrichtigung/Kenntnis nicht mehr schutzwürdig sei. Diese eben dargestellten Regeln gelten grundsätzlich auch bei der Sicherungszession. Hier ist aus Publizitätsgründen die Verständigung des Schuldners meist Wirksamkeitsvoraussetzung, sodass die Abtretung und eben die Verständigung notwendigerweise zusammenfallen. Daher stellt sich die oben behandelte Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Forderung gegen den Zedenten entstanden sein muss um aufrechenbar zu sein, gar nicht.

Bei der Inkassozession wiederum wird dem Umstand, dass die Abtretung nur zum Zweck der Einziehung erfolgt, die Forderung aber in „wirtschaftlicher“ Rechtszuständigkeit des Zedenten verbleibt, in mehrfacher Hinsicht Rechnung getragen⁶¹). So kann der debitor cessus nach

⁵⁷) *Heidinger in Schwimann*, ABGB³, § 1442, Rz 6; *Dullinger in Rummel*, ABGB³, § 1442, Rz 3; *Gschnitzer in Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 523.

⁵⁸) OGH 5 Ob 710/79.

⁵⁹) SZ 56/190; 3 Ob 603/83.

⁶⁰) OGH in SZ 51/38 und ÖBA 1988, 172 mit zust Anm *Griß-Reiterer*; *Koch*, ÖBA 1989, 1160.

⁶¹) *Kerschner*, ÖBA 1989, 557; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 9

hA dem Zessionar beispielsweise auch Einwendungen entgegenhalten, die erst nach Verständigung von der Abtretung gegen den Zedenten entstanden sind. Einwendungen gegen den Zessionar stehen ihm hingegen nicht zu. Also kann nach hA der Schuldner auch mit Forderungen gegen den Zedenten aufrechnen, die nach der Verständigung von der Inkassozession entstanden sind. Die Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Zessionar hingegen wäre, eben wegen der wirtschaftlichen Verschiebung der Forderung, unzulässig.

Im Zusammenhang mit der Zession und Zessionsverboten wird nun kurz auf das Zessionsrechtsänderungsgesetz (ZessRÄG) 2005 eingegangen⁶²): Das österreichische Recht regelte bis zum ZessRÄG 2005 nicht ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen Zessionsverbote, also die Abrede mit dem Gläubiger, dass dieser die Forderung nicht abtreten darf, zulässig vereinbart werden können, und wie sie einem Zessionar gegenüber wirken, dem die Forderung vereinbarungswidrig abgetreten wurde. § 364c ABGB enthält zwar eine Regelung, jedoch nur für körperliche Sachen und dingliche Rechte. Nach der Judikatur des OGH ist die Vereinbarung eines Zessionsverbots im Allgemeinen nicht sittenwidrig, also zulässig und wirksam⁶³). Darüber hinaus wirkt ein Zessionsverbot nach der Entscheidung eines verstärkten Senats des OGH „absolut“, also auch gegen Dritte⁶⁴). Eine entgegen einem vertraglichen Zessionsverbot vorgenommene Abtretung ist demnach unwirksam, sodass der Übernehmer die Forderung nicht erwirbt. Da aber im Wirtschaftsleben kleinere und mittelgroße Unternehmen von marktmächtigen Abnehmern wirtschaftlich abhängig sind, kommt es sehr häufig vor, dass ihnen Vertragsbedingungen aufoktroiert werden, die lange Zahlungsziele mit Zessionsverboten kombinieren. Außerdem besteht ein ganz generelles und starkes Interesse des Zedenten und Zessionars daran, dass die Forderung nicht durch ein absolut wirkendes Zessionsverbot dem Verkehr entzogen wird. Auch in Deutschland hat man diesem Interesse Rechnung getragen und bereits 1994 durch die Einführung des § 354a ins dHGB dem Zessionsverbot bei beiderseitigen Handelsgeschäften nur relative Wirkung normiert. Demgemäß verspürte auch der österreichische Gesetzgeber Handlungsbedarf und führte somit nach Vorarbeiten, die bis 1997 zurückführen, §1396a ABGB ein, wonach Zessionsverbote bezüglich Geldforderungen zwischen Unternehmern nur dann verbindlich sein sollen, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden sind und den Gläubiger nicht gröblich benachteiligen. Dies soll sowohl für Zessions- als auch für Verpfändungsverbote gelten. Inter partes verbindliche Zessionsverbote wirken also nur mehr relativ. Der Schuldner muss aber nicht mit einer vereinbarungswidrig vorge-

⁶²) Erläuterungen zur Regierungsvorlage, ZessRÄG 2005.

⁶³) OGH in ZVR 1985/133

⁶⁴) OGH in SZ 57/8

nommenen Zession rechnen, sodass eine nach Verständigung vorgenommene (irrtümliche) Zahlung an den Zedenten noch schuldbefreiend wirkt, wenn dem Schuldner dabei lediglich leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt. Er kann Einwendungen gegen den Zedenten auch dem Zessionar entgegenhalten. Der Gesetzgeber nimmt in diesem Fall den Zeitpunkt der Verständigung als Zäsur. Bis dahin entstandene Einwendungen wirken auch gegen den Zessionar. Rechte des Schuldners wegen Verletzung des Zessionsverbotes können jedoch nicht gegen die Forderung eingewendet werden. Dadurch soll die Effektivität des Verkehrsschutzes abgesichert werden. Ausgenommen vom Geltungsbereich des § 1396a ABGB sind:

- Lohn- und Gehaltsforderungen der Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber (um eine Verleitung der Arbeitnehmer zur Abtretung an unseriöse Vertragspartner zu verhindern)
- gesetzliche Zessionsverbote und
- das Kontokorrent (kontokorrentgebundene Forderungen können nicht mehr selbstständig geltend gemacht oder abgetreten werden).

bb) Legalzession

Bei der Legalzession geht eine Forderung auf einen neuen Gläubiger ohne einen besonderen Akt der Übertragung (Abtretung) über, dh der Forderungsübergang erfolgt von Gesetzes wegen (*ex lege*). Der wichtigste Fall ist jener des § 1358 ABGB: Begleicht jemand eine fremde Schuld, für die er persönlich (zB als Bürge) oder mit bestimmten Vermögensgegenständen (zB mit einem Pfand) einzustehen hat, so geht die Forderung auf ihn über, und er kann sie gegenüber dem Schuldner geltend machen. Außerhalb des ABGB finden sich Legalzessionsnormen vor allem im Versicherungsrecht. So heißt es im § 67 VersVG, dass im Falle der Schädigung des Versicherungsnehmers durch einen Dritten „der Schadenersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen diesen Dritten auf den Versicherer übergeht, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt“, also erfolgt die Legalzession im Zeitpunkt der Leistung des Versicherers. Ein ähnliches Prinzip wird für die Pflichthaftpflichtversicherung durch § 158f VersVG verfolgt: Der Unterschied hier liegt lediglich darin, dass in diesem Fall nicht der Dritte den Versicherungsnehmer schädigt, sondern es wird umgekehrt der Dritte durch den Versicherungsnehmer geschädigt (zB der Kfz-Haftpflichtversicherungsnehmer verletzt jemanden bei einem Verkehrsunfall). Es wird hier ebenfalls angeordnet, dass „die Forderung des geschädigten Dritten gegen den Versicherungsnehmer auf den Versicherer übergeht, soweit der Versicherer den Dritten befriedigt“. Eine andere Legalzessionsnorm findet sich in § 332 ASVG, der für den Fall der Schädigung einer sozialversicherten Person die an sich dem

Verletzten zustehende Ersatzforderung gegen den Schädiger auf den Sozialversicherungsträger übergehen lässt, soweit dieser Leistungen zu erbringen hat. Nach dieser Regelung erfolgt die Legalzession, im Gegensatz zu § 67 VersVG, im Zeitpunkt der Schädigung. Dem § 332 ASVG affine Normen finden sich zB in den §§ 190 GSVG, 178 BSVG und 125 B-KUVG, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

Grundsätzlich spielt der Rechtsgrund des Forderungsübergangs für das Verhältnis zwischen debitor cessus und Zessionar keine Rolle. Somit sind die oben unter aa) dargelegten Regeln auch für die Legalzession relevant. Anwendbar sind daher die §§ 1395 und 1396 ABGB, sowie im Fall der Bürgschaft § 1361 ABGB. Es können sich jedoch Abweichungen aus den jeweiligen Vorschriften, insb deren Zweck ergeben. So soll sich nach dem Zweck der obigen versicherungsrechtlichen Sondernormen durch die Zwischenschaltung des Versicherers an der Haftung des Schädigers nichts ändern. Welche Einwendungen stehen jedoch dem Schädiger - ist gleich debitor cessus – gegenüber dem Versicherer zu? Während § 67 VersVG zu dieser Frage schweigt, enthält § 332 ASVG diesbezüglich eine Spezialvorschrift.

Das Fehlen einer diesbezüglichen Regelung in § 67 VersVG legt eine Anwendung der §§ 1395, 1396 ABGB nahe. Außerdem soll nach dem allgemeinen zessionsrechtlichen Grundsatz die Situation des Schuldners durch den Forderungsübergang nicht verschlechtert werden. Das führt dazu, dass der debitor cessus (=Schädiger) seine Einwendungen und Gegenforderungen, die ihm gegen den Zedenten (=Geschädigten) zustehen, auch gegenüber dem Zessionar (=Versicherer) geltend machen kann. Die Frage, wann die Gegenforderung/Einwendung entstanden sein muss, ist ebenfalls durch den unter aa) behandelten Streit geprägt. Während *Rummel* bei Legalzessionen ganz allgemein auf den Zeitpunkt des gesetzlichen Forderungsübergangs abstellen will⁶⁵), weil bei einer Legalzession eine Verständigung des Schuldners nur selten erfolge, verstellt demgegenüber *Dullinger* den Schwerpunkt auf die Schutzwürdigkeit des debitor cessus und erklärt die Kenntnis des Schuldners vom gesetzlichen Forderungsübergang für maßgeblich⁶⁶).

Anders als die versicherungsvertragliche Legalzessionsnorm enthält die sozialversicherungsrechtliche Regelung im Abs 2 des § 332 ASVG eine Sondervorschrift für die Einwendungen des Schädigers gegen den Versicherer. Es sei in diesem Sinne auf die Besonderheit hingewiesen, dass nach § 332 (1) ASVG der Forderungsübergang vom Geschädigten auf den Sozialversicherungsträger nicht wie bei anderen Legalzessionen erst aufgrund der Leistung erfolgt,

⁶⁵) *Rummel* in *Rummel*, ABGB², § 1442, Rz 6 (VoraufI vor *Dullinger*).

⁶⁶) *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1442, Rz 6; ebenso *Kerschner*, ÖBA 1989, 256.

sondern schon mit dem Entstehen der Leistungspflicht. Unter dieser Voraussetzung kann der Sozialversicherungsträger nach § 332 (2) ASVG „Ersatzbeträge, die der Ersatzpflichtige dem Versicherten (Angehörigen) oder seinen Hinterbliebenen in Unkenntnis des Überganges des Anspruches gemäß Abs 1 geleistet hat, auf die nach diesem Bundesgesetz zustehenden Leistungsansprüche ganz oder zum Teil anrechnen. Soweit hiernach Ersatzbeträge angerechnet werden, erlischt der nach Abs 1 auf den Versicherungsträger übergegangene Ersatzanspruch gegen den Ersatzpflichtigen.“ Es hängt also die schuldbefreiende Wirkung der Leistung, die der Schädiger in Unkenntnis des Forderungsübergangs an den Geschädigten erbracht hat, von der Vornahme einer Anrechnung der entsprechenden Beträge auf die Sozialversicherungsansprüche durch den Versicherer ab. Solch eine Anrechnung liegt zwar nicht im freien Ermessen des Versicherers⁶⁷⁾, doch kann sie aus anderen Gründen ausgeschlossen sein, zB im Fall, dass der Versicherer zuerst an den Geschädigten leistet, und der Schädiger erst danach, sodass eine Anrechnung gar nicht mehr möglich ist. In diesem Fall müsste der Schädiger, obwohl er in Unkenntnis des Forderungsübergangs an den Geschädigten geleistet hat, den Anspruch des Versicherers erfüllen und daher nochmal leisten. Seine an den Geschädigten erbrachte Leistung könnte er wegen „irrtümlicher Zahlung einer Nichtschuld“ nach § 1431 ABGB kondizieren. Interessant wäre nun die Frage, ob diese spezielle sozialversicherungsrechtliche Legalzessionsregelung (die adäquaten Regelungen finden sich auch in den §§ 190 (2) GSVG, 178 (2) BSVG und 125 (2) B-KUVG) lediglich auf den Fall bereits erfolgter Zahlung beschränkt ist oder ob sie auch für andere Einwendungen des Schuldners, insb für die Aufrechnungseinrede, gilt. Bedeutsam in dieser Hinsicht ist, dass § 332 (2) ASVG eine Durchbrechung des allgemeinen zessionsrechtlichen Verschlechterungsverbots darstellt. Während in den Gesetzesmaterialien zu Abs 1 besonders betont wird, dass die Haftung des Beschädigers inhaltlich durch das bestehende Sozialversicherungsverhältnis nicht geändert werden soll, macht nämlich Abs 2 die schuldbefreiende Leistung des Schädigers von der Vornahme einer Anrechnung durch den Sozialversicherungsträger abhängig. Eine Begründung für diese Ausnahme wurde in den Materialien jedoch nicht angegeben. Daher wird diese Bestimmung von der hA wegen ihrer Systemwidrigkeit restriktiv interpretiert und eine analoge Anwendung auf andere Einwendungen ausgeschlossen⁶⁸⁾, womit § 332 (2) ASVG also nur für bereits erfolgte Zahlungen gilt. Es könnte daher der Schädiger Gegenforderungen und andere Einwendungen, die ihm dem Geschädigten gegenüber zustehen, auch dem Versicherer entgegenhalten, womit es zu einer Anwendung der §§ 1395 und 1396 ABGB käme.

⁶⁷⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 13.

⁶⁸⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 14 mwN.

Neben den §§1395, 1396 ABGB spricht auch § 332 (2) ASVG dafür, dass die Gegenforderung bzw Einwendung des Schädigers gegen den Geschädigten im Zeitpunkt der Kenntnis vom Forderungsübergang entstanden sein muss um dem Versicherer entgegengehalten werden zu können. Der OGH⁶⁹⁾ sieht in diesem Zusammenhang das Erfordernis der Kenntnis bereits dann als erfüllt an, wenn der Schädiger weiß, dass der Geschädigte sozialversichert ist. *Dullinger* jedoch wehrt sich gegen diese Linie der Rechtsprechung und wendet ein, dass nicht generell behauptet werden kann, dass einem Schädiger, der über das bestehende Sozialversicherungsverhältnis des Geschädigten bescheid weiß, auch der konkrete Zeitpunkt des Forderungsübergangs auf den Versicherer nach § 332 Abs 1 ASVG bekannt ist⁷⁰⁾. Die Rechtsprechung ließe bezüglich des Forderungsübergangs de facto fahrlässige Unkenntnis genügen, was nicht begründbar sei.

cc) Mehrfache Zession

Die Kompensationsmöglichkeit bei einer mehrfachen Forderungsübertragung zwischen dem debitor cessus und mehreren Zessionaren wird durch § 1442 ABGB geregelt. Demnach kann bei einer Forderung, die allmählich auf mehrere übertragen wird, der „Schuldner zwar die Forderung, welche er zur Zeit der Abtretung an den ersten Inhaber derselben hatte, sowie auch jene, die ihm gegen den letzten Inhaber zusteht, in Abrechnung bringen; nicht aber auch diejenige, welche ihm an einen der Zwischeninhaber zustand⁷¹⁾“. Während sich bereits im ALR eine ähnliche Bestimmung in den §§ 313 und 316 fand, enthalten das BGB und Schweizerische OR keine vergleichbare Regelung.

Durch § 1442 ABGB wird die aus den §§ 1395, 1396 leg cit abgeleitete Durchbrechung des Gegenseitigkeitsprinzips zum Schutz des aktuellen Zessionars teilweise wieder zurückgenommen, weil für ihn die Überprüfung der Rechtsbeziehungen zwischen dem debitor cessus und allen Vorzessionaren zu aufwendig und damit die Abtretung von Forderungen allgemein erheblich erschwert wäre⁷²⁾.

Die hA versteht unter dem “ersten Inhaber“ den allerersten Gläubiger, bei dem die Forderung entstanden ist, unabhängig davon, ob gegen diesen bereits eine Gegenforderung bestand oder nicht⁷³⁾. Diese Privilegierung der Beziehung des Schuldners zu seinem ursprünglichen Gläubiger ist deshalb sachlich gerechtfertigt, weil zwischen diesen beiden die Forderung begründet und inhaltlich ausgestaltet wird. Daher ist dieses Rechtsverhältnis maßgeblich für alle Fragen,

⁶⁹⁾ OGH in ZVR 1960/55.

⁷⁰⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 15.

⁷¹⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1442, Rz 9.

⁷²⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1442, Rz 9.

⁷³⁾ *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1442, Rz 7.

die die Forderung an sich betreffen, und aus diesem Grund von vornherein auch für jeden Zessionar.

dd) § 1443 ABGB

Im obigen Paragraphen findet sich eine Spezialvorschrift für verbücherte Forderungen zum Schutz des Vertrauens über Eintragungen in das Grundbuch. Der debitor cessus einer Hypothekarforderung darf dem Zessionar nur solche Forderungen, die ihm gegen den Zedenten zustanden, entgegenhalten, die auch aus dem Grundbuch ersichtlich sind oder die dem Zessionar bekannt gemacht wurden. Im Vergleich zu nichtverbücherten Forderungen bedeutet das allerdings eine Schlechterstellung des debitor cessus, weil er dem Zessionar grundsätzlich alle Forderungen, die ihm gegen den Zedenten im Zeitpunkt der Kenntnis dem Grunde nach entstanden sind, entgegenhalten darf. Wie schon oben bei aa) ausgeführt, wird dabei die Bedingtheit oder Ungleichartigkeit nachgesehen. Nach dem allgemeinen grundbuchsrechtlichen Prinzip sind jedoch (aufschiebend) bedingte oder befristete Rechte nicht eintragungsfähig⁷⁴), was für den Schuldner eine Schlechterstellung im Vergleich zu unverbücherten Forderungen mit sich bringt. Ihm bliebe lediglich die Verständigung des Zessionars von der Gegenforderung gegen den Zedenten. Diese Schlechterstellung wird allerdings zum Schutz des Vertrauens in das Grundbuch hingenommen. Dafür ist jedoch der Schuldner im Falle der Mehrfachzession einer Hypothekarforderung besser gestellt als der einer nichtverbücherten. Ist nämlich die Gegenforderung des debitor cessus gegen einen Zwischenzessionar im Grundbuch intabuliert worden, so kann er sie jedem Gläubiger aufrechnungsweise einwenden. Insofern wird nach hA § 1442 ABGB durch die Spezialvorschrift des § 1443 leg cit verdrängt⁷⁵).

ee) Bürgschaft

Die Bürgschaft ist nach § 1346 ABGB ein Vertrag zwischen einem Gläubiger und Bürgen, in dem sich dieser verpflichtet, den Gläubiger für den Fall zu befriedigen, dass der Schuldner nicht zahlt. In Bezug auf die Kompensation stellt sich daher primär die Frage, ob der in Anspruch genommene Bürge dem Gläubiger eine Forderung des Hauptschuldners aufrechnungsweise entgegenhalten kann. Ausschlaggebender Punkt dabei ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit. Kann nämlich der Bürge dem Gläubiger gegenüber mit einer Forderung aufrechnen, die nicht ihm, sondern dem Hauptschuldner zusteht? Grundsätzlich würde es in diesem Fall an der Gegenseitigkeit scheitern, und der Bürge könnte dem Gläubiger nach hA nicht

⁷⁴) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 319; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 18.

⁷⁵) *Heidinger in Schwimann*, ABGB³, § 1443, Rz 5; *Dullinger in Rummel*, ABGB³, § 1443, Rz 7; *Gschnitzer in Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 525.

mit einer Forderung des Hauptschuldners aufrechnen⁷⁶). Es könne nämlich weder aus dem Akzessorietätsprinzip noch aus dem Grundsatz der Subsidiarität ein Recht des Bürgen abgeleitet werden, über die Forderung des Hauptschuldners zu verfügen. Es könne dem Bürgen jedoch ein „Leistungsverweigerungsrecht“ gewährt werden, solange der Hauptschuldner aufrechnen könnte. Da die Bürgschaft vom Grundsatz der akzessorischen Haftung des Bürgen geprägt ist, und nach diesem Prinzip der Bürge dem Gläubiger Einwendungen entgegenhalten kann, die aus dem der Hauptforderung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis resultieren, kann daraus ein Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen nur bezüglich konnexer Gegenansprüche des Hauptschuldners abgeleitet werden. Unter dem Blickpunkt der Subsidiarität muss man jedoch hinsichtlich der Wirkung der Bürgschaft unterscheiden: Dem „Bürgen und Zahler“ (§ 1357 ABGB) kann wegen einer zwischen dem Gläubiger und seinem Hauptschuldner bestehenden Kompensationslage ein Leistungsverweigerungsrecht ob seiner ex-ante-Verpflichtung zur primären Haftung nicht zustehen. Da ein „Ausfallsbürge“ („Schadlosbürge, § 1356 ABGB) sowieso erst nach erfolgloser Exekution gegen den Hauptschuldner belangt werden kann, muss der Gläubiger seine Forderung so weit wie möglich durch Aufrechnung befriedigen, bevor er den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Die Inanspruchnahme des „gemeinen Bürgen“ (§ 1355 ABGB) setzt hingegen lediglich voraus, dass der Gläubiger den Hauptschuldner erfolglos (gerichtlich oder außergerichtlich) gemahnt haben muss. Im Gegensatz zum BGB und Schweizerischen OR ist das Subsidiaritätsprinzip bei der gemeinen Bürgschaft nach ABGB schwach ausgeprägt, woraus eine Pflicht des Gläubigers zur primären Aufrechnung und damit auch zur Tilgung einer eigenen Schuld gegenüber dem Hauptschuldner nicht begründet werden kann⁷⁷). Zum Beispiel muss nach § 771 BGB der Gläubiger vor Belangung des Bürgen eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht haben; außerdem verpflichtet § 772 Abs 2 leg cit den Gläubiger sich vorrangig aus einer Pfandsache zu befriedigen. Art 495 OR ordnet an, dass der Gläubiger bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheines primär den Hauptschuldner in Anspruch nehmen muss und sich außerdem vor Belangung des Bürgen aus bestehenden Pfändern befriedigen muss. Sofern daher keine besondere Vereinbarung zwischen den Beteiligten getroffen wurde, kann als Ergebnis festgehalten werden⁷⁸):

⁷⁶) *Bydlinski*, ÖBA 1987, 697; OGH in JBI 1992, 391; *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1441, Rz 3.

⁷⁷) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 23.

⁷⁸) *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1441, Rz 20.

Hat der Hauptschuldner gegen den Gläubiger eine konnexe Gegenforderung, dh aus demselben Rechtsverhältnis wie die Hauptforderung, kann sie von jedem Bürgen geltend gemacht werden. Nicht konnexe Gegenforderungen hingegen nützen nur dem Ausfallsbürgen, der den Gläubiger auf die Kompensation gegenüber dem Hauptschuldner verweisen kann.

Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so tritt er gemäß § 1358 ABGB in die Rechte des Gläubigers ein und kann sich beim Schuldner regressieren. Darf aber dieser dem auf Ersatz der bezahlten Schuld beharrenden Bürgen eine Forderung, die ihm gegen den Gläubiger zusteht, aufrechnungsweise entgegenhalten? In diesem Zusammenhang werden die §§ 1395, 1396 ABGB von der Spezialvorschrift des § 1361 ABGB ersetzt. Danach kann der Hauptschuldner dem Bürgen nur dann alles einwenden, was er dem Gläubiger entgegenhalten hätte können, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, „ohne sich mit dem Hauptschuldner einzuverstehen“. Es wird dem Zessionar in Abweichung von den allgemeinen Zessionsvorschriften eine Möglichkeit zum Schutz vor Einwendungen des Schuldners gegeben. Will also der Bürge (= Zessionar) seinen Regressanspruch vor Einwendungen des Schuldners gegen den Gläubiger schützen, dann muss er vor der Leistung an den Gläubiger das Einverständnis mit dem Hauptschuldner (= debitor cessus) herstellen. Dh, dass ihn eine Obliegenheit trifft, Kontakt mit dem Hauptschuldner zu knüpfen und sich darüber zu informieren, ob irgendwelche Einwendungen aus dem Grundverhältnis existieren. Sonst muss er sie sich gefallen lassen. Auch den Hauptschuldner trifft diesbezüglich eine Obliegenheit, nämlich dem Bürgen die Einwendungen mitzuteilen und darüber hinaus auch diesbezügliche Zusatzinformationen und allfällige Beweismittel bereitzustellen. Er soll daher den Bürgen in die Lage versetzen, sich im Ausmaß der existierenden Einwendungen dem Leistungsbegehren des Gläubigers widersetzen zu können, sprich „ihn mit Munition gegen den Gläubiger ausstatten“. Erfüllt der Hauptschuldner diese Obliegenheit nicht, kann er die ihm gegen den Gläubiger zustehenden Einwendungen im Regress des Bürgen nicht geltend machen. Wie bereits oben dargelegt, kann sich nur ein Ausfallsbürge auf eine Kompensation zwischen Gläubiger und Hauptschuldner berufen. Ein gemeiner Bürge oder Bürge und Zahler hingegen hat nur im Fall einer konnexen Gegenforderung des Hauptschuldners ein Leistungsverweigerungsrecht. Daraus ergibt sich für § 1361 ABGB folgende Konsequenz⁷⁹⁾: Steht dem Bürgen kein Leistungsverweigerungsrecht zu, und will der Hauptschuldner nicht selbst aufrechnen, so trifft ihn eine

⁷⁹⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 26.

Obliegenheit zur Übertragung der Gegenforderung an den Bürgen. Verweigert er das, so kann er gegenüber dem Regressanspruch des Bürgen die Kompensationseinrede nicht erheben. Sollte der Bürge nun nach § 1361 ABGB an den Gläubiger zahlen ohne vorher Kontakt mit dem Hauptschuldner aufzunehmen, und dieser dem Regress eine Gegenforderung aus dem Grundverhältnis iSd §§ 1395, 1396 ABGB compensando entgegenhalten, führte dies dazu, dass der Anspruch des Bürgen in jeweiliger Höhe unbefriedigt bleibt, und der Gläubiger im selben Ausmaß ungerechtfertigt bereichert wird, da er bereits die Leistung des Bürgen erhalten hat und noch zusätzlich von einer Verbindlichkeit befreit wird. Durch die vom Hauptschuldner vorgenommene Kompensation fällt der Rechtsgrund der Leistung des Bürgen an den Gläubiger nachträglich weg. Insofern kann daher der Bürge seine Leistung vom Gläubiger mit der *condictio causa finita* nach § 1435 ABGB zurückverlangen.

ff) Einlösung der Forderung

Nach § 1422 ABGB kann ein Dritter, der die Schuld eines anderen (Schuldners), für die er nicht haftet, bezahlt, vor oder bei der Zahlung vom Gläubiger die Abtretung seiner Rechte verlangen; hat er dies getan, so wirkt die Zahlung als Einlösung der Forderung. Uns interessiert in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Dritte die Verbindlichkeit des Schuldners nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch Aufrechnung tilgen kann. Die Lehre ist diesbezüglich geteilt⁸⁰⁾: Während nach hA um *Gschnitzer*⁸¹⁾, *Koch*⁸²⁾ und *Heidinger*⁸³⁾ eine Kompensation zulässig ist, sprechen sich *Bettelheim*⁸⁴⁾ und *Rummel*⁸⁵⁾ dagegen aus. *Dullinger* kritisiert die Befürworter der Kompensationsmöglichkeit damit, dass sie nicht ausreichend auf die Gegenseitigkeitsproblematik eingingen oder sie in eine Art Schuldübernahme deuteten⁸⁶⁾. Weiters verweist sie auf die vergleichbaren deutschen Regelungen in den §§ 267, 268 BGB. Nach § 267 leg cit dürfe ein Dritter für den Schuldner nur die Leistung bewirken, nicht aber dessen Schuld durch Aufrechnung tilgen. Ein Einlösungsrecht würde nämlich durch § 268 BGB in gewissen Fällen explizit gewährt. Daraus könnten zwar keine zwingenden Schlüsse gezogen werden, doch stimme ich *Dullinger* hinsichtlich ihrer Meinung zu, dass durch § 1422 ABGB ein Kompensationsrecht des Dritten nicht begründet wird und nur durch eine spezielle Interessenlage zwischen den Beteiligten zugelassen werden kann. Eine Schutzbedürftigkeit des Dritten wäre hier aber nicht gegeben, weil die Leistung dem Gläubiger gegenüber völlig

⁸⁰⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 28 mwN.

⁸¹⁾ *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 521.

⁸²⁾ *Koch*, JBl 1989, 228.

⁸³⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1441, Rz 2.

⁸⁴⁾ *Bettelheim* in *Klang*, Kommentar zum ABGB, IV, 536.

⁸⁵⁾ *Rummel* in *Rummel*, ABGB², § 1441, Rz 4 (Vorauslage zu *Dullinger*)

⁸⁶⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 28.

freiwillig erfolgt. Vielmehr wäre auf das Interesse des Gläubigers zu achten, dass seine Lage durch die Leistung eines Dritten nicht verschlechtert wird. Gewährt man dem Dritten ein Kompensationsrecht, so ergäbe dies für den Gläubiger eine gewisse Unsicherheit darüber, ob es nun zu einer Effektivverfüllung oder zu einer Kompensation seitens des Dritten kommen wird. Es könnte auch dazu kommen, dass der Gläubiger die Forderung, mit der der Dritte aufrechnen will, bestreitet. Dies wiederum würde zu einem Rechtsstreit führen. Und derartige Nachteile soll der Gläubiger aber nach dem Sinn und Zweck des

§ 1422 ABGB jedenfalls dann nicht befürchten müssen, wenn die Drittleistung nach § 1423 leg cit mit Einverständnis des Schuldners erfolgt, und er sie daher nicht verhindern kann. Daher wäre eine Kompensationsmöglichkeit des Dritten im Fall des § 1422 ABGB auch meines Erachtens wegen mangelnder Gegenseitigkeit unzulässig.

Nach § 1423 ABGB kann dem Gläubiger die Zahlung der Schuld seitens eines Dritten, sofern der eigentliche Schuldner dem nicht zustimmt, nicht aufgedrängt werden. Diese im Satz 2 vorgesehene Regelung wird mit den Worten „in der Regel“ und einem Verweis auf § 462 leg cit dahingehend abgeschwächt, dass zwar der Regelfall statuiert wird, diesem aber nicht kompromisslos in jedem Fall zum Durchbruch verholfen wird. Gemäß § 462 ABGB ist vor der Feilbietung eines Gutes jedem darauf eingetragenen Pfandgläubiger die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden ist, zu gestatten. Diese Regelung ist genauso wie die des § 268 BGB dem römischrechtlichen *ius offerendi* entsprungen⁸⁷). Die deutsche Regelung verlangt, im Gegensatz zur ABGB-Regelung, die Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes an der Pfandsache als Tatbestandsmerkmal und ist insofern ein wenig strenger, dafür wird aber – ebenfalls entgegen dem ABGB – eine Einlösung durch Aufrechnung explizit erlaubt. Um wieder auf § 1423 ABGB zurückzukommen: Die Erwähnung des § 462 leg cit und der Worte „in der Regel“ sind ein Indiz dafür, dass die Gesetzesverfasser das Einlösungsrecht des nachrangigen Pfandgläubigers als Spezialtatbestand im Verhältnis zu den allgemeinen Regeln der § 1422 f ABGB verstanden wissen wollten⁸⁸). Denn es soll der nachrangige Pfandgläubiger vor einem allfälligen Schaden bewahrt werden, der ihm durch einen ungünstigen Verkauf der Pfandsache droht. Es brauchen daher weder der Schuldner noch der vorrangige Pfandgläubiger der Einlösung zuzustimmen. Im Übrigen werden aber mangels weiterer Sondervorschriften auch für diesen Spezialfall die allgemeinen Regeln der §§ 1422 f ABGB anzuwenden sein, da wird auch hier die Möglichkeit der Forderungseinlösung durch Kompensation abgelehnt. Der besonderen Schutzwürdigkeit des nachrangigen Pfandgläubi-

⁸⁷) Kaser, Das römische Privatrecht, erster Abschnitt: das altrömische, vorklassische und klassische Recht², 468.

⁸⁸) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 32.

gers sei nämlich durch den Verzicht auf Zustimmungserfordernisse ausreichend Rechnung getragen. Man könne daher eine Durchbrechung des Gegenseitigkeitserfordernisses, was eine Zulassung der Einlösung durch Kompensation bedeuten würde, nicht begründen und rechtfertigen. Abgelehnt wird die Forderungseinlösung durch Kompensation auch in den Fällen des Einlösungsrechts des Masseverwalters nach § 120 Abs 1 KO und des Einlösungsrechts des Bezugsberechtigten aus einer Lebensversicherung nach § 177 VersVG⁸⁹).

gg) Gesamtschuld

Kann ein Gläubiger auf mehrere Solidarschuldner greifen, steht es diesen frei, mit einer eigenen Gegenforderung aufzurechnen und somit die Schuld zumindest teilweise zum Erlöschen zu bringen. Während daher jeder belangte Schuldner mit eigenen, dem Gläubiger gegenüber zustehenden Forderungen aufrechnen kann, ist es nach hA nicht möglich, dass ein belangter Schuldner dem Gläubiger eine Forderung eines anderen Mitverpflichteten entgegenhält⁹⁰). Während Gegenteiliges in § 422 Abs 2 BGB ausdrücklich zugelassen wird, vertritt die österreichische Lehre, dass die Aufrechnung mit der Forderung eines Mitverpflichteten einer Verfügung über fremdes Forderungsrecht gleichkäme, die mit Billigkeitserwägungen im Zusammenhang mit der Gesamtschuld nicht zu rechtfertigen sei. Es muss daher um aufgerechnet werden zu können, die Forderung abgetreten werden.

hh) Gesamtforderung

Nach hA kann der Schuldner bei einer Gesamtforderung nach § 892 ABGB nach freier Wahl an jeden Gläubiger leisten. Wird er jedoch von einem Gläubiger „angegangen“, kann er nur mehr an diesen leisten und seine Verbindlichkeit tilgen. Wird er also von einem Gläubiger angegangen, gegen den ihm eine Gegenforderung zusteht, kann er kompensieren. Wird die Zahlung jedoch von einem anderen gefordert, so mangelt es an Gegenseitigkeit und die Kompensation scheitert. In 2 Fällen will jedoch *Gschnitzer* die Kompensation zulassen⁹¹): Wenn nämlich, va bei Schikane- bzw Rechtsmissbrauchsfällen, die Mitgläubiger ein „Manöver“ praktizieren und zusammenwirken um dem Schuldner die Deckung für seine Gegenforderung zu nehmen oder wenn die Gesamtgläubigerschaft dem Interesse des Schuldners dienen soll, also diesem bestimmten Gläubiger, der den Schuldner „angeht“, diese Funktion nur formal zukommt als eine Art „Zahlstelle“, die im Interesse des Schuldners eingerichtet worden ist.

⁸⁹) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 32.

⁹⁰) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 35.

⁹¹) *Gschnitzer* in *Klang-Gschnitzer*, Kommentar zum ABGB, IV/I, 303; OGH 8 Ob 538/93.

ii) Gesamthandverhältnisse

Bei Gesamthandforderungen gibt es nur einen Schuldner, während die Gläubigerseite von mehreren Personen gebildet wird. Dies kann auf Vereinbarung beruhen, auf die Natur des Leistungsgegenstands oder auf rechtliche Teilungshindernisse zurückzuführen sein. Ferner betrachtet die hA die Forderungen einer Miteigentumsgemeinschaft (§§ 825 ff ABGB) und einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175 ff ABGB) als Gesamthandforderungen⁹²⁾. Dabei ist eine Kompensation unter dem Aspekt der Gegenseitigkeit nur zulässig, wenn dem Schuldner eine Forderung gegen alle Gesamthandgläubiger gemeinsam zukommt. Mit einer Forderung gegen nur einen der Gläubiger kann daher der Schuldner nicht aufrechnen.

Bei der Gesamthandschuld gilt das oben Gesagte mit der Abweichung, dass eben die Schuldnerseite von mehreren Personen gebildet wird. Auch hier kann mit einer Forderung eines der Gesamthandschuldner nicht aufgerechnet werden, sondern es muss sich um eine Gesamthandforderung handeln.

jj) Schuldübernahme

Bei der Schuldübernahme, durch die es zu einer Änderung auf Schuldnerseite kommt, unterscheidet man die „kumulative“ von der „privaten“. Während bei der privaten Schuldübernahme (Schuldeintritt) ein neuer an die Stelle des alten Schuldners tritt und dieser Vorgang nur mit Zustimmung des Gläubigers erfolgen kann, tritt bei der kumulativen Schuldübernahme (Schuldbeitritt) der neue neben den alten Schuldner, die dann solidarisch haften. Dieser Vorgang bedarf nicht der Zustimmung des Gläubigers, da sich sein Haftungsfonds nicht verschlechtert, und er sogar besser gestellt ist als beim Schuldeintritt. Nach § 1407 ABGB darf der Übernehmer der Schuld, also der Ein- oder Beitretende, dem Gläubiger die aus dem Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem bisherigen Schuldner entspringenden Einwendungen entgegensetzen. Die Materialien betonen aber, dass davon die Einrede der Kompensation nicht umfasst sei⁹³⁾. Es kann daher der Schuldübernehmer – von besonderen Gestaltungen abgesehen – mit einer Forderung des bisherigen Schuldners nicht aufrechnen, weil er über solch eine Forderung als fremdes Recht nicht verfügen kann. Was ist aber, wenn der bisherige Schuldner einer solchen Kompensation mit seiner Forderung durch den Übernehmer zustimmen würde? Da bei einer kumulativen Schuldübernahme der neue und alte Schuldner solidarisch haften, gelten die Ausführungen zur Gesamtschuld und eine Kompensation ist mangels Gegenseitigkeit nicht möglich. Bei der privaten Schuldübernahme vertritt *Dullinger*, dass auch hier durch die bloße Zustimmung seitens des alten Schuldners der Mangel der Gegensei-

⁹²⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 133; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 53.

⁹³⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 65 mwN.

tigkeit nicht behoben werden kann. Eine Ausnahme könne nur gerechtfertigt werden, wenn der Schuldübernehmer ähnlich schutzbedürftig wäre wie der debitor cessus. Doch ist diese Situation nicht gegeben, weil der Schuldnerwechsel vom Willen des Übernehmers abhängig ist, während der debitor cessus den Gläubigerwechsel in keinsten Weise beeinflussen kann. Möchte sich der Neuschuldner die Kompensationsmöglichkeit offen halten, muss er sich die Forderung also zedieren lassen.

kk) § 35b VersVG

Nach § 35b VersVG kann der Versicherer den Betrag einer fälligen, aber vom Versicherungsnehmer noch nicht beglichenen, Prämienforderung oder einer anderen ihm aus dem Vertrag zustehenden Forderung von der ihm nach Versicherungsvertrag obliegenden Leistung abziehen, auch wenn er die Leistung nicht dem Versicherungsnehmer, sondern einem Dritten schuldet. Zu denken ist dabei beispielsweise an eine Lebensversicherung in der Konstellation, dass einem Dritten, dem Begünstigten, für den Fall des Ablebens des Versicherungsnehmers aus dem zwischen ihm und dem Versicherer geschlossenen Vertrag eine Versicherungsleistung zustünde. Hat nun der Versicherungsnehmer jedoch die letzte Prämie nicht eingezahlt, was im Falle seines Ablebens nicht einmal so unwahrscheinlich ist, könnte er ohne die Spezialregel des § 35b VersVG nach allgemeinen Regeln die ausstehende Prämie nicht von der Versicherungsleistung an den Begünstigten abziehen, da er mit ihm in keinerlei vertraglicher Beziehung steht. Es scheiterte daher an der Gegenseitigkeit. Dies würde dem Versicherer natürlich den Weg der Klage nach Vertragserfüllung des Versicherungsnehmers eröffnen, die aber praktisch unmöglich geworden ist und somit zu einem, unter Einhaltung der Regeln und Modalitäten des VersVG, Rücktritt führen. Daher statuiert das Gesetz eine Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit für Versicherungsverträge. Der Versicherer kann daher die ausstehende Prämie von der Leistung an den Begünstigten abziehen, also gegen den Dritten (Begünstigten) mit einer Forderung gegen den Versicherungsnehmer aufrechnen. Diese Ausnahme ist mit dem System der Aufrechnung im Einklang, weil der Dritte als Gläubiger der Versicherungsleistung die Forderung entweder durch einen Vertrag zugunsten Dritter oder durch Zession erworben hat und bei beiden Instituten eine der Vorschrift des § 35b VersVG entsprechende Durchbrechung des Gegenseitigkeitsprinzips zugelassen wird. Diese Ausnahme vom Gegenseitigkeitserfordernis gilt jedoch nach § 158g VersVG nicht für den Bereich der Pflichthaftpflichtversicherung. Daher darf zB bei einem Autounfall der Versicherer vom Schmerzensgeld, das dem verletzten Dritten zusteht, eine allfällige Prämienforderung gegen den Versicherungsnehmer nicht abziehen. Auch das ist gerechtfertigt, weil bei einer Pflicht-

haftpflichtversicherung der Dritte gegenüber der normalen Haftpflichtversicherung einem erhöhten Schutzbedürfnis⁹⁴⁾ ausgesetzt ist und eine anderweitige Regelung zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Es entsteht zudem die Leistungspflicht des Versicherers gegenüber dem geschädigten Dritten aufgrund eines gesetzlich angeordneten Gesamtschuldverhältnisses (§ 26 Satz 2 KHVG 1994: „Der Versicherer und der ersatzpflichtige Versicherte haften als Gesamtschuldner.“)

b) Verfügungsbefugnis

„Die Verfügungsbefugnis des Aufrechnenden über die in das Kompensationsverhältnis einbezogene Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ist für das Eintreten der Tilgungswirkung erforderlich“⁹⁵⁾).

Im Gesetzestext ist das Erfordernis der Verfügungsbefugnis zwar nicht explizit verlangt, doch müssen die beiden Gläubiger der Forderung und Gegenforderung auch über ihre Ansprüche verfügen⁹⁶⁾. Die Kompensation ist nämlich eine Verfügung über die eigene Forderung. Es muss daher jedenfalls dem Aufrechnenden die entsprechende Verfügungsmacht zukommen. Jene des Aufrechnungsgegners, ergibt sich aus der Zahlungsfunktion der Kompensation. Eine Forderung, die durch Zahlung an den Gläubiger nicht erfüllbar ist, kann grundsätzlich auch durch Aufrechnung nicht getilgt werden. Allerdings gibt es einige Ausnahmefälle, in denen, unter bestimmten Voraussetzungen, die Kompensation trotz mangelnder Verfügungsbefugnis des Aufrechnungsgegners zugelassen wird.

So kann daher ein Gläubiger, der seine Forderung verpfändet hat, nicht mehr uneingeschränkt über seinen Anspruch verfügen. So untersagt bei der gerichtlichen Pfändung einer Forderung § 294 Abs 1 Satz 3 EO dem Verpflichteten jede Verfügung über seine Forderung. Dennoch kann nach hA mit einer Gegenforderung, die bereits vor der Pfändung oder Verpfändung des Hauptanspruchs dem Grunde nach entstanden ist, aufgerechnet werden. Wenn nämlich bei der Zession⁹⁷⁾, und somit der vollständigen Übertragung dem Schuldner die Aufrechnung mit den Gegenansprüchen zusteht, die schon vorher entstanden sind, dann muss sie *argumento a maiori ad minus* erst recht bei der Pfändung und Verpfändung zugelassen werden, bei denen es zu

⁹⁴⁾ *Fenyves*, Versicherungsvertragsrecht, 95.

⁹⁵⁾ OGH 1 Ob 638/95.

⁹⁶⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1440, Rz 17; *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1438, Rz 9.

⁹⁷⁾ Siehe oben unter aa).

keiner Änderung der Rechtszuständigkeit an sich kommt, sondern zu einer bloßen Verfügungsbeschränkung⁹⁸).

§ 19a RAO gewährt dem Rechtsanwalt ein gesetzliches Pfandrecht an der Kostenforderung seines Klienten für seinen Anspruch auf Entlohnung und Auslagenersatz. Es entsteht gleichzeitig mit der Kostenforderung selbst ohne dass es eines Pfändungsakts bedürfte. Die Kostenforderung ist also schon bei ihrem Entstehen mit dem Pfandrecht des Rechtsanwalts belastet⁹⁹). Der Drittschuldner kann bis zur Zahlungseinforderung durch den Rechtsanwalt an den Gläubiger mit schuldbeitfreiender Wirkung zahlen. Bis dahin kann er dem Gläubiger gegenüber mit einer Gegenforderung aufrechnen. Aber auch danach – der Gläubiger verliert seine Verfügungsbefugnis über die Kostenforderung, weil das Pfandrecht vom Rechtsanwalt ausgeübt wird - kann der Drittschuldner, nach hRspr¹⁰⁰) und überwiegender Lehre¹⁰¹), mit Gegenforderungen aufrechnen, die bei Entstehung der Kostenforderung bereits aufrechenbar waren. Begründet wird dies durch die Rückwirkung der Aufrechnung: Denn wenn im Zeitpunkt der Erklärung die aufrechenbare Gegenforderung bereits entstanden war, könne das Pfandrecht mangels eines Pfandobjekts gar nicht entstehen¹⁰²).

Auch im Fall der Zwangsverwaltung von Liegenschaften, Forderungen oder anderen Rechten nach §§ 97 ff EO wird, ähnlich wie bei § 19a RAO, eine Aufrechnung des Drittschuldners gegenüber der Zwangsverwaltung mit Forderungen gegen den Verpflichteten zugelassen, wenn sich Haupt- und Gegenforderung im Zeitpunkt der Einleitung der Zwangsverwaltung kompensabel gegenüberstanden¹⁰³).

c) Gleichartigkeit

§ 1440 ABGB stellt auf die Gleichartigkeit des Forderungsgegenstands ab. Also kommt es nicht auf den Entstehungsgrund oder das Verhältnis zwischen den Beteiligten an. Während bei Geldschulden die Gleichartigkeit eindeutig ist, setzt sie bei anderen Gattungsschulden gleiche Qualität voraus. Gegenseitige Speziesschulden sind inkompensabel. Stehen sich ein Gattungs- und ein Speziesschuldner gegenüber, so kann der Gattungsschuldner mit seiner Speziesforderung aufrechnen, wenn die Spezies der Gattung angehört, während dem Spezies-

⁹⁸) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 72.

⁹⁹) OGH 3 Ob 133/66, 3 Ob 107/78.

¹⁰⁰) OGH 3 Ob 133/66.

¹⁰¹) Schell, JBl 1930, 136; Gschnitzer in Klang, Kommentar zum ABGB², VI, 513; Dullinger in Rummel, ABGB³, § 1440, Rz 25.

¹⁰²) OGH 1 Ob 133/54.

¹⁰³) Kritisch dazu Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 76.

schuldner die Kompensation verwehrt ist. Denn der Anspruch auf eine bestimmte Sache kann nur durch Leistung eben dieser Spezies erfüllt werden¹⁰⁴). In diesem Zusammenhang ist daher eine Aufrechnung mit Preisminderungs- und Schadenersatzansprüchen mangels Gleichartigkeit von Klagsanspruch (Hauptbegehren) und Gegenforderung (Herausgabeanspruch gegenüber Geldforderung) nach § 1438 iVm § 1440 ABGB unzulässig¹⁰⁵). Auch bei einer Wahlschuld kann bei Gleichartigkeit aufgerechnet werden. Bei einer Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) reicht die Gleichartigkeit des Gegenstandes der Ersatzleistung.

An und für sich sind Fremdwährungsschulden, also Geldschulden, die in ausländischer Währung ausgedrückt sind, ungleichartig. Es muss jedoch unterschieden werden, ob eine effektive oder ineffektive Fremdwährungsschuld vorliegt. § 905a ABGB sieht für den Fall, dass eine Zahlung in ausländischer Währung nicht ausdrücklich bedungen wurde, eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners vor. Wurde also eine Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen (= effektive Fremdwährungsschuld), kann mit einer Geldforderung, die auf inländische Währung lautet, mangels Gleichartigkeit nicht aufgerechnet werden. Wurde jedoch bei einer im Inland zu zahlenden Fremdwährungsschuld nichts vereinbart (= ineffektive Fremdwährungsschuld), so kann der Schuldner seine facultas alternativa ausüben und mit inländischer Währung zahlen, was ihm auch eine Kompensation mit einer auf inländische Währung lautenden Geldforderung ermöglicht.

Unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit der einander zur Aufrechnung gegenüberstehenden Forderungen macht es keinen Unterschied, ob die eine Forderung auf einem bürgerlich-rechtlichen und die andere auf einem öffentlich-rechtlichen Rechtsgrund beruht¹⁰⁶).

d) Richtigkeit

Darüber, dass das Erfordernis der Richtigkeit jene der Rechtsbeständigkeit, Klagbarkeit und Unbedingtheit mitumfasst, herrscht Einigkeit. Strittig ist jedoch, ob auch Liquidität gegeben sein muss.

Unter der **Rechtsbeständigkeit** versteht man, dass die Forderung wirksam entstanden sein muss und nachträglich nicht untergegangen sein darf. Weiters wird durch eine sich als berechtigt erweisende Einwendung des Schuldners die Kompensation verhindert bzw. deren Wirkung wieder beseitigt.

¹⁰⁴) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 77.

¹⁰⁵) OGH 7 Ob 786/81.

¹⁰⁶) OGH 6 Ob 564/80.

Das Erfordernis der **Klagbarkeit** führt dazu, dass zwar mit unklagbaren Forderungen (= Naturalobligationen) nicht aufgerechnet werden kann, gegen sie jedoch sehr wohl, da ihre Erfüllung durch Zahlung grundsätzlich möglich ist. Die hA lässt jedoch als Ausnahme von diesem Grundsatz die Aufrechnung mit verjährten Forderungen zu, wenn die Verjährung erst nach der Aufrechnungslage eingetreten ist¹⁰⁷). Begründet wird dies mit der Rückwirkung der Kompensation.

Weiters kann mit aufschiebend **bedingten Forderungen**, oder gegen sie, vor Bedingungseintritt nicht aufgerechnet werden, weil sie bis dahin noch nicht wirksam entstehen und deswegen nicht kompensabel sind (Abweichendes gilt laut der §§ 19 Abs 2 KO und AO: Im Insolvenzfall ist die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Forderung zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch bedingt, betagt oder nicht auf eine Geldleistung gerichtet war). Auflösend bedingte Forderungen sind nach überwiegender Auffassung aufrechenbar, wobei die andere Forderung bei Eintritt der Resolutivbedingung wiederauflebt. Bei einer auflagenbelasteten Forderung kann nach Ansicht mancher bereits vor Erfüllung der Auflage aufgerechnet werden¹⁰⁸), während manche dies für nicht möglich halten¹⁰⁹). Ich würde mich auf den Wortlaut des § 709 ABGB berufen und der Ansicht *Dullingers* folgen, wonach auch vor der Aufgabenerfüllung eine Kompensation zu bejahen wäre. Für den Fall der Nichterfüllung der Auflage würde dann so vorzugehen sein wie bei einer Resolutivbedingung.

Welche Bedeutung der **Liquidität** zukommt, ist höchst prekär. Geht man nämlich bloß vom Wortsinn des in den §§ 1438, 1439 ABGB verwendeten Begriffs „richtig“ aus, so wäre die Liquidität nicht erforderlich. Dennoch stellt die Frage des Erfordernisses materiellrechtlicher Liquidität ein Kernproblem des Instituts der Aufrechnung dar.

Man kann die Liquidität ganz grob mit leichter Beweisbarkeit umschreiben. Als liquid gilt eine Forderung, wenn sie durch Anerkenntnis oder rechtskräftige Entscheidung bewiesen (formelle Liquidität) oder leicht beweisbar (materielle Liquidität) ist¹¹⁰). Im römischen Recht war sie eine notwendige prozessuale Kompensationsvoraussetzung um Verfahrensverschleppungen hintan zu halten (andernfalls konnte der Richter die eingewendete Gegenforderung ad separatum verweisen); sie war aber kein materielles Erfordernis¹¹¹). Ebenso auch im ALR und im germanischen Recht, wo der Liquidität lediglich im summarischen Prozess, einem be-

¹⁰⁷) OGH in JBl, 1994, 181; *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 502; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 104; *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1439, Rz 3.

¹⁰⁸) *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1439, Rz 4.

¹⁰⁹) *Gschnitzer* in *Klang*, Kommentar zum ABGB², VI, 502; *Rummel* in *Rummel*, ABGB², § 1439, Rz 4 (Vorauslage zu *Dullinger*).

¹¹⁰) *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1439, Rz 6.

¹¹¹) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 87 f.

schleunigten Verfahren, prozessuale Geltung zukam. Auch die unmittelbaren Vorläufer des ABGB (Codex Theresianus, Entwurf Horten) sahen die Liquidität als Aufrechnungserfordernis vor, wobei jedoch unklar war, ob bloß mit prozessualer oder auch mit materieller Wirkung. Im Urentwurf zum ABGB (Entwurf Martini) war die Voraussetzung „liquid“ neben „richtig“ in Klammer beigefügt. Dieser Klammersausdruck existiert zwar in der Endfassung des § 1439 ABGB nicht mehr, doch stellt dieser Umstand wohl ein Indiz dahingehend dar, dass die Gesetzesverfasser offenbar unter der Richtigkeit auch die Liquidität verstanden oder zumindest mitumfasst wissen wollten. Aus den Materialien geht hervor, dass *Zeiller* bloß eine prozessuale Wirkung annahm¹¹²). Er konnte sich jedoch nicht durchsetzen diese Ansicht mit einem Beisatz ins Gesetz einzufügen. Man muss aber weiters noch berücksichtigen, dass damals für eine einseitige Kompensation stets eine gerichtliche Entscheidung gefordert wurde, sodass die Frage der Wirkung nicht sehr bedeutend war.

Mit dem Inkrafttreten der ZPO im Jahre 1895 verpflichtete ihr § 391 Abs 3 den Richter dazu, sich auch mit illiquiden Gegenforderungen zu befassen. Er darf den Beklagten nicht mehr ad separatum verweisen, sondern hat nur die Möglichkeit, über den früher spruchreifen Klagsanspruch ein Teilurteil zu fällen, das wie ein Endurteil vollstreckbar ist (§ 392 ZPO). Dadurch wird eine Prozessverschleppung durch Scheinaufrechnungen verhindert. Auch die *Jud* hat klargestellt, dass die Liquidität einer geltendgemachten Gegenforderung durch die Bestimmung des § 391 Abs 3 ZPO obsolet geworden sei¹¹³). Durch die besagte Bestimmung wurde aber nur festgelegt, dass die mangelnde Liquidität einer Gegenforderung kein prozessuales Hindernis bildet, während eine weitergehende Wirkung nach dem Willen des Gesetzesverfassers nicht beabsichtigt war¹¹⁴). Es wurde nämlich jede Änderung der materiellrechtlichen Aufrechnungsbestimmungen durch die damals neue ZPO abgelehnt. Dennoch bezieht sich *Dullinger* auf eine OGH-Entscheidung, in der das Auseinanderfallen der materiellen Rechtslage und des Prozessergebnisses als „ein untragbares Ergebnis“ bezeichnet wird, und spricht der Liquidität im Sinn einer Harmonisierung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht jede Wirkung ab¹¹⁵). Dieser Ansicht kann ich nur zustimmen, denn wenn man zusätzlich auf den Zweck der Liquidität im römischen und germanischen Recht abstellt, der lediglich darauf gerichtet war, Verfahrensverschleppungen zu verhindern, und die Regelung des § 391 Abs 3 ZPO berücksichtigt, in der diese Möglichkeit sowieso eliminiert wird, scheint die Feststellung des OGH¹¹⁶), dass die Liquidität obsolet geworden sei, ihr jegliche Wirkung abzusprechen.

¹¹²) *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch IV, 168.

¹¹³) OGH 3 Ob 382/57, 7 Ob 734/79.

¹¹⁴) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 90 mwN.

¹¹⁵) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 94; *dieselbe* in *Rummel*, ABGB³, § 1439, Rz 6.

¹¹⁶) OGH 3 Ob 382/57, 7 Ob 734/79.

Nur die Aufrechnung zwischen privat- und öffentlichrechtlichen Forderungen, in der die Gegenforderung streitig ist, wird vom VwGH nicht zugelassen. Er beruft sich dabei regelmäßig auf die fehlende Liquidität der Gegenforderung¹¹⁷).

e) Fälligkeit

Für die Aufrechnung muss auf jeden Fall die Gegenforderung fällig sein. Darf man vor der Fälligkeit zahlen, so kann man auch aufrechnen. Wird die Gegenforderung erst durch ihre Geltendmachung fällig (Fälligstellung, Mahnung), so erfolgt dies durch die Aufrechnungserklärung. Eine reine Stundung, die nicht die Fälligkeit, sondern nur die Geltendmachung verändert, steht daher der Kompensation nicht entgegen. Steht einer Forderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen, weil sie Zug um Zug zu erfüllen ist, kann sie durch Aufrechnung nicht getilgt werden. Ausschlaggebend ist hier nicht die Fälligkeit, sondern die zeitliche Modalität der Forderung.

Ausnahmen vom Fälligkeitserfordernis gibt es im Konkurs- und Ausgleichsrecht (§§ 19 KO und AO).

2. Geltendmachung der Aufrechnung

Bei Betrachtung des Wortlauts des § 1438 ABGB entsteht der Eindruck, dass die Aufrechnung bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen von sich aus eintrete¹¹⁸), ohne dass es eines weiteren Aktes seitens der Parteien bedürfe (sog „ipso-iure-Wirkung“). Obwohl der Gesetzesverfasser von dieser Vorstellung ausging, finden sich in den §§ 1441, 1442 ABGB Anhaltspunkte für das Erfordernis einer Geltendmachung¹¹⁹). Vor allem die Wendungen „in Auf- bzw. Abrechnung BRINGEN“ weisen darauf hin, dass § 1438 nicht absolut zwingend im Sinn von selbsttätiger Kompensation verstanden werden darf.

Daher verlangt die hA, dass die Kompensation durch eine einseitige, empfangsbedürftige, nicht widerrufbare Aufrechnungserklärung geltend gemacht werden muss. Es muss somit ein Teil dem anderen kundtun, dass er die gegenseitigen Forderungen als ausgeglichen ansehen möchte, und somit ein Gestaltungsrecht ausübt.

¹¹⁷) VwGH in JBl 1995, 606.

¹¹⁸) Reiterer, Die Aufrechnung, 19.

¹¹⁹) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 101.

Außerdem würde eine automatisch eintretende Aufrechnung im teleologischen Sinn dem Grundsatz der Privatautonomie widersprechen, weil die Forderungen ohne Kenntnis der Parteien erlöschen würden und somit dem Verfügungsbereich der Parteien entzogen wären. Zahlungen wären rückforderbar und komplizierte Bereicherungsansprüche wären die Konsequenz. Nach hA¹²⁰⁾ ist es auch nicht erforderlich die Aufrechnung gerichtlich geltend zu machen, es reicht eine außergerichtliche Erklärung.

Neben Österreich ist auch in Deutschland die Geltendmachung der Aufrechnung von der Abgabe einer Willenserklärung abhängig¹²¹⁾, während hingegen in Frankreich die Kompensation bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ipso iure eintritt¹²²⁾. Das italienische Recht geht einen Mittelweg¹²³⁾: „Die Aufrechnung hebt die beiden Verbindlichkeiten mit dem Tag ihres gleichzeitigen Bestehens auf. Der Richter darf die Aufrechnung nicht vom Amts wegen berücksichtigen“ (Art 1242 Codice Civile). Das heißt, dass Forderung und Gegenforderung zwar automatisch erlöschen, dass es aber jeder Partei überlassen bleibt, sich durch deklaratorische Erklärung auf die so entstandene Rechtslage zu berufen. Gibt keine der Parteien solch eine Erklärung ab, so entstehen die beiden Forderungen wieder, und der Richter darf im Prozess die Aufrechnung nicht berücksichtigen. Italien geht daher einen Mittelweg, indem die ipso iure-Aufrechnung nur dann für beachtlich erklärt wird, wenn sich eine der Parteien hierauf beruft.

3. Aufrechnungshindernisse

a) Allgemeines

Die Aufrechnung kann trotz Vorliegens aller Voraussetzungen durch Vertrag oder Gesetz ausgeschlossen bzw beschränkt sein. Im ABGB finden sich Aufrechnungsverbote in den § 1109 S 2, § 1440 S 2 und § 1441 S 2. Daneben sehen noch eine Reihe sondergesetzlicher Bestimmungen vor, dass eine Aufrechnung unzulässig ist. Aber auch ohne ausdrückliche Anordnung kann sich aus dem Zweck einer Vorschrift oder eines Vertrages ergeben, dass eine Schuld erfüllt durch Kompensation ausgeschlossen ist.

¹²⁰⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 101.

¹²¹⁾ *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 50.

¹²²⁾ *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 49.

¹²³⁾ *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 51.

Die Aufrechnungsverbote nach § 1440 S 2 und § 1109 S 2 ABGB sollen die Aufrechnung gegen Forderungen auf Rückgabe von Sachen, die der Herausgabepflichtige (eigenmächtig oder listig Entziehender, Verwahrer, Bestandnehmer) entweder durch vorwerfbare Handlung oder aufgrund bestimmter Rechtsverhältnisse erlangt hat, ausschließen. Der Schuldner soll sich seiner Rückstellungsverpflichtung nicht durch (einseitige) Aufrechnung entziehen können. Demgegenüber kann aber der Herausgabeberechtigte bei Vorliegen der Voraussetzungen wohl aufrechnen, womit den betreffenden Aufrechnungsverböten lediglich eine einseitige Wirkung zukommt¹²⁴). Zu erwähnen gilt in diesem Zusammenhang auch, dass das Abzugsrecht des Rechtsanwaltes nach § 19 Abs 1 RAO als *lex specialis* dem Aufrechnungsverbot des § 1440 S 2 ABGB vorgeht¹²⁵).

b) Beispiele für sondergesetzliche Aufrechnungshindernisse¹²⁶)

§ 293 EO bestimmt im Abs 1, dass Pfändungsbeschränkungen (für die nach den §§ 290 ff EO unpfändbaren Forderungen, insb Lohn- und Gehaltsansprüche) durch Vereinbarungen zwischen dem Verpflichteten und dem Gläubiger, abgesehen für Vorschüsse, konnexe Gegenforderungen und Schadenersatzansprüche wegen vorsätzlicher Schädigung, weder ausgeschlossen noch beschränkt werden können. Somit sind die für bestimmte Einkommensteile normierten Exekutionsbeschränkungen zwingendes Recht.

Eine sozialversicherungsrechtliche Aufrechnungsbeschränkung sieht § 103 ASVG vor: Demnach darf der Versicherungsträger gegen Geldforderungen der Versicherten nur mit fälligen Beitragsforderungen, Rückforderungen von zu Unrecht erbrachten Leistungen und mit gewährten Vorschüssen kompensieren, wobei nur die Vorschüsse zur Gänze aufgerechnet werden dürfen, korrekterweise werden diese aber „angerechnet“ und nicht kompensiert. Demgegenüber dürfen fällige Beitragsforderungen und Rückforderungen, soweit sie noch nicht verjährt sind, nur bis zur Hälfte der zu erbringenden Versicherungsleistung aufgerechnet werden, damit dem Versicherten zumindest eine Mindestversorgung gesichert bleibt. Weiters sieht § 103 Abs 1 Z 2 und 3 ASVG eine Durchbrechung des Gegenseitigkeitsgebots vor, indem er dem Versicherungsträger auch erlaubt, Rückforderungsansprüche wegen zu Unrecht erbrach-

¹²⁴) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 103; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 104; *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1440, Rz 5.

¹²⁵) *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1440, Rz 11.

¹²⁶) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 121 ff; *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1140, Rz 14 ff.

ter Leistungen eines anderen Versicherungsträgers und Vorschüsse, die ein anderer Versicherungsträger gewährt hat, abzurechnen.

§ 7 Abs 1 DHG besagt, dass während eines aufrechten Dienstverhältnisses eine Aufrechnung von Ansprüchen gegen den Dienstnehmer nur zulässig ist, wenn der Dienstnehmer nicht innerhalb von 14 Tagen ab Zugehen der Aufrechnungserklärung dieser widerspricht. Das Widerspruchsrecht steht dem Dienstnehmer nach Abs 2 *leg cit* nicht mehr zu, wenn dem Dienstgeber der Anspruch rechtskräftig zuerkannt wurde. Eine sinngemäß gleiche Bestimmung findet sich auch in **§ 6 OrgHG** für das Verhältnis der Gebietskörperschaften, Sozialversicherungsträger oder sonstigen Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts zu ihren Organen. Die einzige Abweichung zwischen diesen Regelungen ist jene, dass § 6 OrgHG vorsieht, dass die Aufrechnungserklärung des Rechtsträgers schriftlich zu erfolgen hat und eine Belehrung über das Widerspruchsrecht des Organs enthalten muss. Der Zweck ist jedoch der gleiche: Und zwar soll der Dienstnehmer bzw das Organ mit dem Widerspruchsrecht die Möglichkeit erhalten, eine Aufrechnung des Dienstgebers bzw Rechtsträgers mit behaupteten Schadenersatzansprüchen zu blockieren und zu erreichen, dass er seine Ansprüche selbstständig einklagen muss. Dies führt dazu, dass bei erfolgtem Widerspruch im Prozess über die Lohnklage die Schadenersatzforderung des Dienstgebers nicht verhandelt werden darf.

Es finden sich Aufrechnungshindernisse auch im Gesellschaftsrecht. Nach **§ 63 Abs 3 GmbHG** kann der übernommenen Stammeinlagezahlungspflicht des Gesellschafters durch Kompensation mit einer Forderung an die Gesellschaft nicht genügt werden. Nach **§ 60 AktG** können sich Aktionäre und deren Vormänner von ihren Einlagepflichten nicht durch Aufrechnung mit einer Forderung an die Gesellschaft befreien. Feststeht, dass in beiden Fällen dem Gesellschafter die Kompensation verwehrt ist¹²⁷), damit er seiner Einlageverpflichtung in bar nachkommt und sich ihr nicht durch Kompensation entziehen kann¹²⁸). Hinsichtlich der Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft aufrechnen darf, unterscheiden sich die Bestimmungen jedoch dahingehend voneinander, dass § 60 AktG nur die Kompensation durch den Aktionär verbietet, während § 63 Abs 3 GmbHG nach seinem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers ein Aufrechnungsverbot auch für die Gesellschaft vorsieht. Trotz dieses Unterschiedes, beantwortet man die Frage der Aufrechnungsbefugnis der Gesellschaft in beiden Fällen überwiegend gleich: Die Gesellschaft kann unter gewissen Vorausset-

¹²⁷) Siehe noch genauer unter II.D.8.g).

¹²⁸) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 63, Rz 3; *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 60, Rz 1.

zungen sowohl einseitig aufrechnen als auch einen Aufrechnungsvertrag schließen¹²⁹). Die Gesellschaft darf daher aufrechnen, wenn ein „sinnloses Hin- und Herschieben von Bargeld“ vermieden werden soll und der Einlageanspruch voll befriedigt wird. Es müssen insb folgende Voraussetzungen vorliegen: Die Forderung des Gesellschafters, gegen die aufgerechnet werden soll, muss unbedenklich (unbestritten), fällig und vollwertig sein, wobei die Vollwertigkeit insb dann fehlt, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist¹³⁰). Weiters darf die Kompensation natürlich nicht zur Umgehung der jeweiligen Sacheinlagevorschriften führen. Weitere gesellschaftsrechtliche Aufrechnungshindernisse finden sich zB in § 124 Abs 2 UGB bezüglich der OG und § 58 GenG bezüglich der Genossenschaft.

c) Vertragliche Aufrechnungshindernisse

Die Parteien können Aufrechnungsverbote oder -beschränkungen im Rahmen ihrer Privatautonomie auch vertraglich vereinbaren¹³¹). Damit wird der Forderung die Kapabilität genommen, in Aufrechnungslage mit einer anderen Forderung zu treten. Die Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen wird wegen der Möglichkeit der gesonderten Geltendmachung der Gegenforderung generell negiert¹³²). Allerdings stellt § 6 Abs 1 Z 8 KSchG eine Einschränkung von Aufrechnungsverboten in Verbraucherverträgen auf: Demnach sind Vereinbarungen, die dem Verbraucher die Aufrechnung bei Vorliegen bestimmter Umstände verhindern, sittenwidrig und nichtig im Sinn des § 879 ABGB. Die Umstände, die ein Aufrechnungsverbot im Sinn des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sittenwidrig machen sind: die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers, konnexe Gegenforderungen und Forderungen, die gerichtlich festgestellt oder vom Unternehmer anerkannt worden sind.

Aufrechnungshindernisse können ausdrücklich und konkludent vereinbart werden. Ebenso kann sich ein Aufrechnungsverbot aus dem Vertragszweck ergeben. Nach verbreiteter Auffassung sollen sich vereinbarte Aufrechnungshindernisse im Zweifel nicht auf den Fall des Konkurses oder Ausgleichs beziehen, weil die dadurch bezweckte Barzahlung im Insolvenzfall nicht oder nicht in voller Höhe erreicht werden könne. Außerdem stelle in solchen Fällen die Kompensation häufig nur den einzigen Weg dar, die Forderung vollständig zu befriedigen¹³³). Nach stRsp des OGH sei die Aufrechnung durch die Bank gegen Guthaben des Kunden aus einem Girokonto konkludent abbedungen, weil die auf dem Konto erliegenden Werte es dem

¹²⁹) OGH in SZ 42/6, 8 Ob 330/67.

¹³⁰) OGH 8 Ob 64/98.

¹³¹) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 103.

¹³²) OGH in SZ 27/197; JBl 1966, 203.

¹³³) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 144 mwN.

Kunden ermöglichen sollen, jederzeit darüber zu verfügen. Daher sei die Aufrechnung seitens der Bank in diesem Fall unzulässig. Diese Ansicht des OGH wird jedoch in der Lehre heftig kritisiert¹³⁴). Eine diesbezügliche Regelung findet sich in den Z 59-60 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (Fassung August 2007). Eine ähnliche Ansicht hat der OGH auch bezüglich Spareinlagen vertreten¹³⁵). Weil der sich aus dem BWG ergebende Geschäftszweck solche Kompensationen verbiete, und § 56 Abs 2 ZPO ausdrücklich die gerichtliche Sicherstellung durch Erlag von Sparbüchern gestatte, könne die Bank gegen Forderungen aus einem Spareinlagevertrag nicht aufrechnen. Doch auch gegen diese Ansicht wurde eingewendet, dass, solange sich aus einer Individualvereinbarung zwischen Bank und Kunden nichts Gegenteiliges ergibt, weder aus dem BWG noch aus § 56 Abs 2 ZPO auf ein derartiges Kompensationsverbot geschlossen werden kann¹³⁶).

4. Rückwirkung

„*Ipsa iure compensatur*“, dieser römischrechtliche Satz besagt, dass die Kompensation allein durch das Vorliegen ihrer Voraussetzungen, also der Aufrechnungslage, ohne Zutun der Betroffenen (*sine facto hominis*), und somit auch unabhängig von ihrem Willen, zustande kommt. Diese Ansicht der automatischen Aufhebung der Forderungen im Augenblick ihrer Koexistenz ohne Berufung der Parteien, dominierte im römischen und germanischen Recht, sowie im gemeinen Recht bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts. Auch den Aufrechnungsbestimmungen unseres ABGB liegt diese These zugrunde. Dennoch wird sie heute von der hA abgelehnt, weil sie mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht vereinbar ist¹³⁷).

Die Kompensation wird demnach mit einer Aufrechnungserklärung geltend gemacht. Es werden jedoch die Wirkungen der Erklärung auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in dem die Aufrechnungslage erstmals bestand, also sich Forderung und Gegenforderung zum ersten Mal kompensabel gegenüberstanden.

Die hA¹³⁸) interpretiert insofern die §§ 1438 ff ABGB ganz im Sinn der §§ 387 ff BGB. Bemerkenswert ist jedoch, dass in der deutschen Lehre und RSpr in jüngster Zeit ein Trend da-

¹³⁴) Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/339; Apathy, ÖBA 1996, 104.

¹³⁵) OGH in SZ 50/127.

¹³⁶) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 3/85.

¹³⁷) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 147 mwN.

¹³⁸) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 104.

hin geht, der Aufrechnungslage im Verhältnis zur Aufrechnungserklärung wieder größere Bedeutung beizumessen¹³⁹).

Aus der Rückwirkung wird von der hL und stRspr in Österreich auch die Wirksamkeit der Aufrechnung mit verjährten Forderungen abgeleitet, wenn die Forderungen, die gegeneinander aufgerechnet wurden, im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zwar verjährt waren, die Verjährung aber erst nach der Aufrechnungslage eingetreten ist (genauso wie in § 390 S 2 BGB ausdrücklich angeordnet).

E. Zusammenfassung

Die dem römischen Recht ursprünglich fremde, und erst im Laufe der Zeit allmählich Anerkennung gefundene Aufrechnung ist in den §§ 1438 – 1443 ABGB unter „Kompensation“ geregelt. Sie bewirkt, dass sich Forderung und Gegenforderung tilgen, soweit sie sich decken. Ihr Ergebnis ist eine die Effektivleistung ersparende, wechselseitige Ausgleichung zweier oder mehrerer sich gegenüberstehender, gleichartiger Forderungen. Im Gesetz ist nur die einseitige Aufrechnung vorgesehen. Sie verfolgt den Befreiungs-, Befriedigungs-, Verrechnungs- und Sicherungszweck. Ihre Voraussetzungen sind die Gegenseitigkeit, Richtigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit der Forderungen. Weiters müssen beide Gläubiger über ihre Ansprüche verfügungsbefugt sein. Die einseitige Aufrechnung muss durch eine Aufrechnungserklärung geltend gemacht werden.

Anstatt die Aufrechnung einseitig zu erklären, kann sie auch durch einen Aufrechnungsvertrag vereinbart werden. Abgesehen von einigen zwingenden insolvenzrechtlichen Normen, sind der einvernehmlichen Aufrechnung keine Grenzen gesetzt.

Während die Geltendmachung der Aufrechnung durch die Aufrechnungserklärung erfolgt, werden jedoch nach hA die Wirkungen auf jenen Zeitpunkt bezogen, in dem sich Forderung und Gegenforderung zum ersten Mal kompensabel gegenüberstanden (Rückwirkung).

¹³⁹) Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 158 mwN.

II. DAS KONTOKORRENT

A. Etymologische Einführung

Das Wort „Kontokorrent“ (engl.: „current account“, franz.: „compte courant“, ital.: „conto corrente“) besteht aus den Worten „Konto“ und „korrent“. „Konto“ kommt vom lateinischen Nomen „computus“ (Berechnung) oder Verbum „computare“ (rechnen, zählen); das Konto bildet die zentrale Datenstruktur in der Buchführung sowie im Zahlungsverkehr. „Korrent“ wird abgeleitet von dem Verb „currere“ (laufen, rennen).

Erste nachweisbare Quellen¹⁾ belegen, dass in Italien zuerst der Ausdruck „ragione corrente“ bereits im 15. Jahrhundert verwendet wurde, wobei die Existenz des Institut des Kontokorrents bereits auf das 12. Jahrhundert zurückreichen soll.

Später verwendete man den Terminus „conto corrente“. Im 16. Jahrhundert wurden in den Hauptbüchern des Medici Unternehmens die Termini „conto corrente“ (laufendes Konto) und „conto di tempi“ (Zeitkonto) in einer similitären Bedeutung verwendet.

Nachgewiesen wurden diese Informationen in den Geschäfts- und Hauptbüchern des Medici Textilhandelsunternehmens. Die Familie de' Medici war im Florenz des 15. und 16. Jahrhunderts einer der einflussreichsten Faktoren im Scharmützel um Macht, Reichtum und Ansehen. Sie stieg von einer unbedeutenden wohlhabenden Familie zu einer italienischen Großmacht auf. Der Ursprung ihres Reichtums war der Textilhandel. Grundlage ihrer Macht wurde dann ihre Beziehung zur florentinischen Volkspartei, den Popularen. Auf dieser Basis begründeten sie ein modernes Bankwesen und dominierten – auch durch ihre Beziehungen zum Papsttum – die damalige europäische Finanzwelt. Durch das Mäzenatentum der Medici und weiterer norditalienischer Kaufleute und Bankiers entwickelten einander Florenz, Venedig, Mailand, Genua und auch Rom zu den kulturellen und wirtschaftlichen Metropolen der damaligen Zeit und prägten oder ermöglichten sogar das Zeitalter der Renaissance.

Im Zuge der Recherchen für die vorliegende Dissertation, bin ich auf eine Reihe von Definitionen und Umschreibungen des Kontokorrentbegriffs gestoßen. Hätte ich die Aufgabe, einer sachkundigen Person das Kontokorrent zu erklären, würde ich mich auf die zwar etwas

¹⁾ *Edler*, Glossary of mediaeval terms of business, 367 ff.

lange, aber für Laien sehr verständliche Umschreibung in der „Oeconomischen Encyclopädie“ stützen, die wie folgt lautet²⁾:

„Conto corrente [...] ist eine solche Rechnung, auf deren einer Seite die Ausgabe, auf der andern die Einnahme, berechnet, und was sodenn in dem einen oder andern überbleibt, als ein Saldo aufs neue übertragen wird.

Diese Rechnung wird deswegen also genennet, weil sie gemeiniglich (besondere Fälle ausgeschlossen) das ganze Jahr durchläuft, und erst bey dessen Endigung saldiret oder geschlossen wird.

Solche Current-Rechnungen sind unter den Kaufleuten sehr gebräuchlich, und werden gemeiniglich aus ihren Hauptbüchern ausgezogen, und jedesmal auf Begehren, oder auch bey dem Beschluß des Jahres, ihren Correspondenten zugesandt, weil ein jeder Kaufmann alsdenn gern eine richtige Schlußbilanz in seinen Büchern haben mag. Derjenige, welcher die Courantrechnung empfängt, muss solche in seinen Büchern gleichfalls schließen, den Ueberrest aufs neue übertragen, die Summen gegen einander halten, über das Zweifelhafte oder unrecht gesetzte correspondiren, und seine Handelsbücher so führen, dass er auf jedes Ansinnen im Stande sey, richtige und auf einander sich beziehende Courantrechnungen auszugehen.

8,336

Es giebt *mio Conto corrente*, und *suo Conto corrente*. Alles, was darinn eingenommen wird, ist *Debet*, und die Ausgabe *Credit*.

Alles, was ich einem contant gebe, um *pro mio Conto* zu versilbern, kömmt in *mio Conto corrente*; dagegen, was mit einer auf gemeldete Condition giebt, um es für seinen Nutzen zu versilbern, ist *suo Conto corrente*. Folglich wird alles, was ich für meine Rechnung an Waaren und Geldern, Remessen oder Tratten (da er auf mich trassirt) an meinen Committenten übersende, bey mir im Hauptbuche unter *mio Conto corrente* in *Debet*; hingegen, was ich von ihm empfangen, oder er mir remittirt, oder ich auf ihn trassire, wird bey mir in *Credit* notiret.

Oder, die Kauf- und Handelsleute, welche ihre Bücher in doppelten Parteyen halten, haben ein besonderes Buch, welches sie *Conto courant* oder *Conto corrente* nennen, worein sie die Copeyen von allen Rechnungen, die sie aufsetzen, und an ihre Commissionärs oder Correspondenten überschicken, einschreiben, damit sie sich benöthigten Fall daraus Rathsholen können. Dieses Buch, welches eins der sogenannten Hülfsbücher ist, wird auf gleiche Art, wie das große, oder das Extract- oder Ragionbuch, eingerichtet und gehalten.“

Diese Umschreibung des Kontokorrentbegriffs findet sich im Band 8, dessen erste Auflage 1776 und zweite 1785 erschienen ist, also noch vor dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB 1861, das in Österreich als AHGB galt), mit Hilfe dessen, das Kontokorrent erstmals Eingang in eine Gesetzeskodifikation gefunden hatte. Wie noch unten näher erörtert wird, fand sich eine Legaldefinition, womit der Gesetzgeber ausgedrückt hatte, was seiner Meinung nach dem mutmaßlichen Parteiwillen und der Interessenlage am besten entspricht, aber erst im Handelsgesetzbuch (HGB) im Jahre 1897. Das heißt, dass diese Umschreibung in der Oeconomischen Encyclopädie von Krünitz 85 Jahre vor der erstmaligen gesetzlichen Erwähnung und sogar 121 Jahre vor der ersten Legaldefinition des Kontokorrentbegriffs erschienen ist. Vergleicht man sie mit der Definition im HGB und der aktuellen im § 355 Abs 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB 2005), kommt man zum Schluss, dass jene des HGB und UGB zwar prägnant und lakonisch sind, dennoch weist die Umschreibung in

²⁾ J.G. Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, Band 8², 336.

der Encyclopädie, meines Erachtens, eine für die Zeit sehr vorangeschrittene Darlegung des Verständnisses des Kontokorrents auf.

B. Art 291 A(D)HGB

Das „Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch“ wurde am 31. Mai 1861 von der Deutschen Bundesversammlung beschlossen. Erarbeitet wurde es von der Nürnberger Kommission, die von der Bundesversammlung 1856 eingesetzt wurde. Obwohl auch Österreich zu dieser Zeit eine Kodifikation des Handelsrechts angestrebt hatte, blieben die diesbezüglichen Bemühungen erfolglos. Statt einer eigenen Kodifikation wurde daher 1862 das ADHGB auch in Österreich eingeführt und erlangte unter der Bezeichnung „Allgemeines Handelsgesetzbuch“ (AHGB) bis 1938 Geltung³). In Deutschland wurde das ADHGB ab 1861 für alle Länder des Deutschen Bundes in Geltung gesetzt; ab 1869 galt es als Bundesrecht des Norddeutschen Bundes, ab 1871 als Reichsrecht des Deutschen Reiches bis es am 1.1. 1900 vom neuen Handelsgesetzbuch (dHGB) abgelöst wurde, das gemeinsam mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in Kraft trat. Im AHGB fand das Kontokorrent zugleich auch den ersten Eingang in einen Gesetzestext⁴):

Art 291

„Wenn ein Kaufmann mit einem anderen Kaufmann in laufender Rechnung (Kontokurrent) steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Ueberschuß gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wengleich darunter Zinsen begriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt.

Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht von den Parteien ein Anderes bestimmt ist.“

Während der Gesetzestext, ausgenommen von der Zinseszinsregelung und der Rechnungsperiode, nicht viel hergibt, sind in den Ausführungen zu Art 291 einige Grundfragen des Kontokorrents (verwendet wird die Bezeichnung „Kontokurrent“) angeschnitten. Demnach sind Kontokorrentverträge „formfreie Vereinbarungen des Inhalts, daß in dem Geschäftsverkehre den beiden Kontrahenten die einzelne Leistung keine entsprechende und direkte Entlastung des Leistenden, sondern eine Belastung des anderen Theiles bewirken soll“. Alle im Lauf der Rechnungsperiode entstandenen Forderungen/Schulden sollen eine einzige Forderung/Schuld bilden. Die in das Kontokorrent aufgenommenen Posten sollen mit einer „unifizierenden, die Einzelposten konsumierenden Wirkung gebucht werden, so dass die einzelnen Rechnungspos-

³) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 15; deshalb kann auch an relevanten Stellen auf deutsche Literatur verwiesen werden.

⁴) *Gareis/Fuchsberger*, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 620 ff.

ten in der Abschlußsumme das Credit und Debet und zuletzt in dem durch deren Vergleichung zu ermittelnden Saldo aufgehen sollen“. Kontokorrentverträge können ausdrücklich und stillschweigend geschlossen werden⁵⁾, sowohl zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann⁶⁾ als auch zwischen zwei Kaufleuten (das Gesetz spricht idF von einem „eigentlichen Kontokurrent“).

Art 291 unterscheidet das Kontokorrent vom „offenen Konto“ (gemeint ist die auch vom OGH schon aufgegriffene „offene Rechnung“), welches jener die Einzelposten „konsumierenden Wirkung entbehrt“, manchmal nur eine stehende Geschäftsverbindung, manchmal eine solche mit zeitweiligen Kreditierungen bedeutet. Hier kommt nicht ein eigentlicher Saldo in Betracht, sondern unter den gleichen Umständen nur ein Zugeständnis der Richtigkeit der einzelnen Posten, welche der Rechnungsabschluss aufführt. Es kann also auch kein Saldo als solcher eingeklagt werden, es müssen vielmehr die einzelnen Posten aufgeführt und begründet werden.

„Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht von den Parteien ein Anderes bestimmt ist.“ Das Wort „einmal“ war ursprünglich nicht vorgesehen, wurde aber hinzugefügt, weil bemerkt wurde, dass sonst die Bestimmung so verstanden werden könnte, als müsste der Abschluss immer am Ende des Kalenderjahres (per 31. Dezember) erfolgen, was zwar gewöhnlich, aber nicht notwendig war⁷⁾. In dem dem Geschäftsfreund („Kontokurrant“) jährlich einmal zuzustellenden Rechnungsabschluss liegt das Angebot zu einem auf das Rechnungsergebnis gerichteten Anerkennungsvertrag⁸⁾, dessen Genehmigung (Angebotsannahme) ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Im eigentlichen Kontokorrentverhältnis kann das Schweigen in Verbindung mit der Fortsetzung des Verkehrs die Bedeutung einer Genehmigung haben. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach das bloße Schweigen auf die Zusendung eine stillschweigende Genehmigung sei, existiert aber nicht. „Ein Buchhändler, welcher seinem Kunden vierteljährlich einen Rechnungsauszug zusendet, thut dies sicherlich nicht deshalb, um von ihm eine Anerkennung der Richtigkeit zu erlangen, sondern um ihn von dem Bestand seiner Schuld in Kenntnis zu setzen und zur Zahlung zu veranlassen.“ Die regelmäßige Zustellung ordnungsgemäßer Kontoauszüge mit brieflicher Bestätigung des Gut-

⁵⁾ *Gareis/Fuchsberger*, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 620 ff.

⁶⁾ *AA Brix*, Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung, 302, der meint, dass selbst eine „gütliche Vereinbarung zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann“ nach § 998 AHGB (Verbot von Zinseszinsen) unzulässig, ja „wucherlich“ sei; ebenso *Koch*, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, 302.

⁷⁾ *Koch*, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, 303.

⁸⁾ *Gareis/Fuchsberger*, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 620 ff.

habens hat für den Empfänger die Bedeutung verpflichtender Buchungen und die Beweiskraft schriftlicher Geständnisse. „Wird der letzte Abschluß des Kontokorrentes als richtig anerkannt, so haben die sämtlichen vorausgehenden Abschlüsse für richtig anerkannt zu gelten.“

Ein zu Gunsten des einen Teils sich ergebender Überschuss stellt sich als alleinige und selbstständige Forderung oder Schuld dar. Die Anerkennung des Rechnungsergebnisses entfaltet eine doppelte Wirkung: Sie begründet einen selbstständigen Verpflichtungsgrund bzw ein selbstständiges Forderungsrecht; bei Nichtberichtigung und Vortragung des Saldos in eine neue Rechnungsperiode, bildet er „einen für sich bestehenden, von den Positionen des älteren Abschlusses durchaus unabhängigen Rechnungsposten, als welcher er, gleich allen übrigen Posten des neuen Abschlusses, in dessen Saldo vollständig aufgeht.“

Nicht schon durch die Ziehung, sondern erst in Folge der Anerkennung des Saldos verlieren die Rechtsverhältnisse aus den einzelnen betreffenden Geschäften ihre selbstständige Bedeutung⁹⁾. Die vom abrechnenden „Kontokurrentisten“ häufig beigefügte Klausel „Irrthum und Auslassung vorbehalten“ oder „S.E. & O.“ (dh „salvis erroribus et omissionibus“ oder „sauf erreurs et omissions“) hebt die Bedeutung des Kontokorrentabschlusses keineswegs auf, sondern enthält lediglich den Vorbehalt, dass irrtümliche Buchungen oder Auslassungen weder dem Aussteller des Saldos noch dem Empfänger zum Nachteil gereichen sollen, sowie eine an den Saldoempfänger gerichtete Aufforderung, auch in dieser Hinsicht den Rechnungsabschluss zu prüfen und festzustellen. Einem bereits anerkannten Kontokorrent gegenüber sind zwar Erinnerungen gegen die Richtigkeit einzelner Posten oder allgemeine Rügen von Unrichtigkeiten bedeutungslos und nachträglich erhobene Einwendungen unzulässig; wenn aber irrtümlich eine nicht bestehende Forderung in die Berechnung aufgenommen oder eine bestehende Forderung außer Ansatz gelassen wurde, so berechtigt dies die benachteiligte Partei zur Anfechtung des Abrechnungsvertrages nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts.

Grundsätzlich verlieren die in das Kontokorrent gestellten Posten ihre Selbstständigkeit und können daher nicht selbstständig eingeklagt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden nach AHGB „Ansprüche aus Wechseln und die kaufmännischen indossablen auf Geldzahlung lautenden Verpflichtungsscheine“. Als Regel wird angenommen, dass Wechselregressforderungen unter den „Kontokurrentisten“ trotz des Kontokorrentverhältnisses einzeln klagbar bleiben.

⁹⁾ *Gareis/Fuchsberger*, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 620 ff.

Die Bestimmung des Art 291 AHGB setzt fest, dass bei einem wirklichen Kontokorrentverkehr und für die Dauer desselben das „Verbot des Anatozismus aufgehoben“ ist¹⁰). Weiters wird angeordnet, dass ein Kommissionär das ihm zustehende gesetzliche Pfandrecht am Kommissionsgut nicht bloß wegen der mit diesem einzeln zusammenhängenden Forderungen, sondern wegen aller seiner aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften gegen den „Kontokurrentisten“ entstandenen Forderungen geltend machen kann.

C. §§ 355 – 357 HGB

Das AHGB hat, wie bereits erwähnt, nur eine sehr dürftige Regelung des Kontokorrents getroffen (Zinseszins, Rechnungsabschluss). Im Vergleich dazu ging das HGB auf eine detailliertere Regelung ein. So wurde zum ersten Mal eine Legaldefinition des Kontokorrents vorgenommen (§ 355 Abs 1 HGB), die mit geringen Abweichungen auch vom UGB beibehalten worden ist. Darin wurde auch die Notwendigkeit einer Geschäftsverbindung aufgegriffen¹¹). Des Weiteren wurde zum ersten mal das Kündigungsrecht der Parteien in § 355 Abs 3 HGB positiviert. Die Zweifelsregel über die Rechnungsperiode (Abs 2) und Zulässigkeit von Zinseszinsen (Abs 1) wurden in den § 355 HGB eingearbeitet. Das rechtliche Schicksal der Sicherheiten im Falle der Feststellung des Saldos erfuhr seine Regelung im § 356 HGB, und die Pfändung des Saldos im § 357 HGB.

Die Dissertation beschäftigt sich im weiteren Verlauf mit den aktuellen Kontokorrentregelungen. Es wird von der Rechtslage des UGB ausgegangen, weil sie großteils mit der des HGB übereinstimmt (so va § 357, der wortwörtlich vom HGB übernommen worden ist); an relevanten Stellen wird jedoch auf Abweichungen vom AHGB und HGB verwiesen. Solange daher eine solche Diskrepanz nicht aufgegriffen wird, ist davon auszugehen, dass sich die Rechtslage zwischen den HGB- und UGB-Regelungen nicht verändert hat. Das UGB hat letztendlich nur einige Klarstellungen und Lösungen mit sich gebracht¹²), nicht jedoch das Kontokorrent revolutioniert.

¹⁰) *Brix*, Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung, 301; *Gareis/Fuchsberger*, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 620 ff.

¹¹) Siehe II.D.7.

¹²) *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmergebiet, 34.

D. Überblick über die Änderungen durch das UGB

Auch wenn die Kontokorrentregelungen des HGB jenen des AHGB gegenüber einen Fortschritt darstellten, wurden dennoch einige grundlegende Fragen zum Kontokorrent nicht behandelt. Daher wurden von der Lehre diesbezüglich Lösungsvorschläge und Theorien entwickelt, die natürlich alles andere als einhellige Überzeugung für sich beanspruchen konnten. Um diesem Umstand Abhilfe zu verschaffen, hat die Handelsrechtsreform 2005 mit dem UGB einige Klarstellungen mit sich gebracht¹³⁾:

Die Kontokorrentregelungen wurden einer redaktionellen Überarbeitung unterzogen. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand und die Rechtsfolgen verdeutlicht und durch eine Aufteilung des Rechtsstoffes eine bessere Übersichtlichkeit erreicht. Die Definition des Kontokorrents wird zwar beibehalten, jedoch der Begriff Kaufmann durch Unternehmer ersetzt. Es wird nun rigoros, wenn auch nicht explizit, zwischen kausalem und festgestelltem Saldo unterschieden. Beim kausalem Saldo bestimmt sich die Tilgungsreihenfolge nach der gesetzlichen Tilgungsregel der §§ 1415 f ABGB. In diesem Sinn kommt es auch zu einer Klärung des Meinungsstreits über die Frage, aus welchen Forderungen sich der Saldo zusammensetzt. Im Gesetzestext wird der rechtsgeschäftliche Charakter des Kontokorrents durch das Wort „Vereinbart“ im Abs 1 des § 355 UGB betont. Durch die Aufnahme eines neuen Absatzes 4 in den § 355 UGB wird festgesetzt, dass die Vertragspartner einen Anspruch auf Feststellung des Rechnungsabschlusses haben.

E. Der Bankvertrag

Wie sich schon aus dem Titel der Dissertation ergibt, wird im Rahmen der Darstellung des Kontokorrents auch der Bankvertrag berücksichtigt.

In der Praxis stellt das Bankkontokorrent nämlich den wichtigsten Anwendungsbereich der Kontokorrentregelungen dar¹⁴⁾. Nach hA ist das Bankkontokorrent eine besondere Ausformung des allgemeinen Kontokorrents¹⁵⁾, wonach dessen Erörterung auch von der Rechtslage des allgemeinen Kontokorrents abhängig ist.

Weiters ist der Kontokorrentkredit ein Begriff, mit dem zahlreiche Menschen in der Praxis in Berührung kommen (etwa um Kapital für eine Unternehmensgründung bereit zu stellen

¹³⁾ *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, 289; *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 1.

¹⁴⁾ *Langenbacher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 3; *Wagner* in *Röhricht/Graf von Westphalen*, HGB³, § 355, Rz 3; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/1.

¹⁵⁾ *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/4.

oder auch um einen Hausbau zu ermöglichen). Der Kontokorrentkredit bildet im Bankverkehr neben dem Wechselkredit die häufigste Form der Betriebsmittelkredit für Handel und Industrie sowie der Dispositionskredite für Privatkunden¹⁶). Aber nicht nur der Kontokorrentkredit ist für das praktische Verständnis des Rechtsinstituts des Kontokorrent unentbehrlich: Ganz allgemein ist die Abwicklung der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde der wichtigste Anwendungsbereich des Kontokorrents¹⁷). In diesem Sinne ist es sicherlich nicht absurd, die Feststellung zu treffen, dass in der Praxis jeder Mensch einen rechtsgeschäftlichen Kontakt mit einer Bank eingegangen ist oder eingehen wird. Sei es, weil man ein Girokonto eröffnet um am bargeldlosen Zahlungsverkehr (zB die Überweisung des Lohns/Gehalts durch den Arbeitgeber) zu partizipieren, oder weil erspartes Geld lukrativ angelegt werden soll (zB mittels eines Sparbuchs oder Ankaufs von Wertpapieren), weil ein Kredit benötigt wird oder weil lediglich wertvolle Sachen im Safe der Bank verwahrt werden sollen. Abgesehen von einigen punktuellen Bankgeschäften (wie zB Verkauf von ausländischem Geld), begründen viele der mit einer Bank abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ein Dauerschuldverhältnis. Und genau hier kann man eine weitere juristische Tangente zum Kontokorrent entdecken, da auch solche Dauerschuldverhältnisse, die mit der Bank eingegangen werden, unter gewissen Voraussetzungen eine „Geschäftsverbindung“ hervorrufen¹⁸). Sie bildet überhaupt die wirtschaftliche Grundstruktur des Kontokorrents¹⁹).

Im Zusammenhang mit dem Bankvertrag sei weiters erwähnt, dass von einer in Deutschland stark vertretenen Meinung die „Bankvertragstheorie“ unter Zugrundelegung eines „allgemeinen Bankvertrages“ angenommen wird. Dieser allgemeine Bankvertrag, der formlos und bereits durch konkludentes Verhalten geschlossen werden kann, und nach einer Ansicht bereits mit der Anbahnung geschäftlicher Beziehungen (zB bei Verhandlungen über die Eröffnung eines Kontos oder bei der Anforderung und Zusendung der AGB), nach anderer Ansicht jedoch erst mit dem Abschluss eines Einzelvertrages zustande kommt, soll ein Rahmenvertrag sein, in dem allgemeine für Bankgeschäfte typische Verhaltenspflichten, wie etwa Interessenwahrungs-, Beratungs- und Geheimhaltungspflichten, vereinbart würden; weiters stelle sie die Geltungsgrundlage der AGB, die den Bankvertrag inhaltlich prägen, und der Pflicht der Bank zur Bereitstellung ihrer Geschäftseinrichtungen für den Kunden dar. Nach verbreiteter Auffassung soll die Bank durch den allgemeinen Bankvertrag auch verpflichtet sein, sog

¹⁶) Hefermehl in MünchKommHGB, § 355, Rz 7 (Vorauslage zu Langenbucher).

¹⁷) Langenbucher in MünchKommHGB², § 355, Rz 3.

¹⁸) Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/1.

¹⁹) Oetker, Handelsrecht, 153.

„neutrale Geschäfte“ – also solche, die eine banktypische Geschäftsbesorgung inkludieren, nicht jedoch eine Kreditgewährung – auf Verlangen des Kunden abzuschließen.

In Österreich wird jedoch der „allgemeine Bankvertrag“ abgelehnt²⁰). Vielmehr macht die österreichische Lehre die einzelnen zwischen Bank und Kunde abgeschlossenen Verträge zur Grundlage ihrer Beurteilungen.

Für eine der wichtigsten Nebenpflichten der Bank, nämlich die Wahrung des Bankgeheimnisses, existiert ohnehin eine ausdrückliche Regelung, nämlich § 38 BWG. Die Beratungs-, Aufklärungs- und Loyalitätspflichten lassen sich auf die allgemein anerkannten Schutz- und Sorgfaltspflichten im (vor-)vertraglichen Schuldverhältnis stützen²¹) mit dem Vorteil, dass sich Umfang und Intensität der Pflichten je nach der Entwicklung des rechtsgeschäftlichen Kontakts und nach Art und Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Bankgeschäftes ausrichten können. Diese Flexibilität wäre hingegen bei einem allgemeinen Bankvertrag, der etwa mit der Anforderung und Zusendung von AGB zustande käme, kaum möglich. Ein weiterer Grund, warum ein eigenständiger Bankvertrag abgelehnt wird, liegt in der durch ihn begründeten generellen Pflicht der Bank, Einzelgeschäfte mit dem Kunden abzuschließen: Ein derartiger Verpflichtungswille der Bank kann aus der Abschlussbereitschaft eines gegenständlich beschränkten Bankgeschäftes nicht gewonnen werden. Es kann sogar auch „neutrale Geschäfte“ geben, die zu tätigen dem eindeutigen Interesse der Bank widersprechen können. „Eine konkludent abgegebene Erklärung der Bank, jetzt schon in alle zukünftig vom Kunden an sie herangetragenen Wünsche nach zusätzlichen Dienstleistungen einzuwilligen, kann daher nach objektiver Würdigung der Umstände nicht angenommen werden“²²). Selbst eine abgeschwächte Verpflichtung der Bank, Verträge nicht willkürlich ablehnen zu dürfen oder zumindest darüber zu verhandeln, hätte zur Folge, dass die Bank bei der Ablehnung oder Verhandlung im Rahmen einer Begründung interne Informationen preisgeben müsste. Eine derartige Beschränkung der Privatautonomie kann vernünftigerweise nicht als von der Bank genehmigt oder geduldet angesehen werden.

Im Zusammenhang mit dem Bankvertrag verweist die vorliegende Arbeit auf vereinzelte Regelungen in den ABB. Größere Unternehmen schließen in der Praxis zahlreiche Verträge ab, die sie unter Zugrundelegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinheitlichen. Da-

²⁰) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/4 ff.

²¹) OGH in JBl 1981, 485.

²²) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/6.

bei handelt es sich um vom Verwender für eine Vielzahl von Geschäften vorgesehene vorformulierte Vertragsbedingungen²³). Die speziell von den österreichischen Kreditinstituten verwendeten ABB basieren auf den von der Bundessektion Bank und Versicherung der Wirtschaftskammer Österreich im Jahr 2000 herausgegebenen Musterbedingungen für Bankgeschäfte. Diese Bedingungen wurden durch Verbandsklagen nach § 28 KSchG fast vollständig annulliert. Deshalb erfuhren sie 2003 eine Revision aus Anlass einer OGH-Entscheidung²⁴), in der mehrere Punkte der ABB einer bestimmten Bank für ungültig erklärt wurden. Die zweite Revision folgte 2007 aus Anlass der Umsetzung einer EG-Richtlinie (2007/64/EG). Dieser Dissertation liegen die ABB in der Fassung August 2007, gültig ab 1.11.2007, zugrunde. Die aktuellen ABB unterteilen sich in solche, die mittels allgemeiner Bestimmungen die Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden regeln (Z 1 – 61), und solche, die in den Z 62 – 82 Regeln für besondere Geschäftsarten aufstellen: für den Handel in Wertpapieren und anderen Werten und deren Verwahrung; den Handel in Devisen und Valuten; Fremdwährungskredite; das Inkasso- und Diskontgeschäft und den Wechsel- und Scheckverkehr. Daneben verweist Z 1 ABB auch noch auf die Geltung von Sonderbedingungen, wie sie etwa für die Ausgabe von Maestro-Karten, Spareinlagen, Dokumenten-Akkreditive, das Inkassogeschäft etc vorgesehen sind.

F. Zum Kontokorrent

1. Allgemeines

Das Kontokorrent ist keine Schöpfung des Gesetzgebers, sondern eine des unternehmerischen Verkehrs, deren Wirkungen zu erfassen zunächst fast ausschließlich der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen waren. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Bedürfnisse des Verkehrs sehr unterschiedliche Ausgestaltungen zur Folge hatten und haben. Und gerade diese Bedürfnisse zu erfassen und auf einen gemeinsamen Nenner zu generalisieren, bringt die besonderen juristischen Schwierigkeiten, die das Kontokorrent inkludiert. Für seine Ausgestaltung ist daher (aufgrund der Eigenschaft als Schöpfung des unternehmerischen Verkehrs), abgesehen von ein paar Einengungen durch zwingende Vorschriften (zB § 357 UGB), der Parteiwille maßgebend. Dies führt auch dazu, dass bei Streit- und Zweifelsfragen auf den

²³) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 131 ff; vertiefend siehe auch: *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 267; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I², 1/11 ff; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 6 KSchG, Rz 207.

²⁴) OGH in ÖBA 2003, 141.

hypothetischen Parteiwillen zurückgegriffen werden muss (§§346 UGB, 914 ABGB). Seit dem Inkrafttreten der §§ 355 – 357 HGB in Deutschland, war es nicht mehr allein eine Schöpfung des unternehmerischen Verkehrs, sondern auch ein vom Gesetzgeber anerkanntes und ausgeformtes Institut. Denn anders als das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, das in seinem Art 291 lediglich den Zinseszins und den Abschluss der Rechnungsperiode geregelt hatte, ging das HGB auf eine verhältnismäßig eingehende Regelung für eine Reihe wichtiger Fragen und insbesondere auf eine Legaldefinition ein.

Rechtsvergleichend gesehen ist interessant, dass das Kontokorrent wie in Deutschland und Österreich zB auch in Italien eine gesetzliche Regelung findet, in Frankreich und daher auch in Belgien oder Luxemburg, wo der „Code Civil“ in Geltung steht, jedoch nicht²⁵). Dort wird in einigen Gesetzesvorschriften das Rechtsinstitut des Kontokorrents zwar angesprochen, definiert wird es jedoch nicht und verbleibt somit Richterrecht. Italien hatte das Kontokorrent im „Codice di Commercio“ von 1882 geregelt (Art 345 – 348), bis das neugefasste Zivilgesetzbuch („Codice Civile“ 1942) die umgestalteten und revidierten Kontokorrentregelungen in seinen Art 1823 – 1833 verwirklichte, womit dieses Rechtsinstitut seine Regelung seit 1942 vom Bürgerlichen Recht erfährt. Dieser italienische Gedankengang wurde auch in Österreich im Rahmen des HRÄG 2005 nachvollzogen. Man wollte das Kontokorrentrecht ins ABGB verschieben, unterließ es aber schließlich.

Es kann daher an dieser Stelle festgehalten werden, dass in Deutschland und Österreich das Kontokorrent zu denjenigen Rechtsinstituten zählt, die trotz ihrer Zugehörigkeit zum Bürgerlichen Recht dort regelmäßig vernachlässigt oder sogar ausgelassen, und eher dem Unternehmensrecht zugeordnet werden.

Dennoch kann dadurch die bürgerlich-rechtliche Natur nicht negiert werden. Eine derartige Kategorisierung ist allenfalls historisch zu rechtfertigen, da das Kontokorrent in den vorigen Jahrhunderten vornehmlich im Handelsverkehr zur Erleichterung des Zahlungsverkehrs vereinbart wurde. Daher verzichteten die Bürgerlichen Gesetzbücher auch auf eine Regelung und überließen sie dem damaligen Handels- und jetzigen Unternehmensrecht. Die Kontokorrentregelung der §§ 355 – 357 UGB sind gleichwohl nur verständlich, wenn Klarheit über die

²⁵) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 14.

bürgerlich-rechtliche Erfassung des Kontokorrents besteht²⁶⁾, dem beizutragen die obige Behandlung der Kompensation und die noch bevorstehende Erarbeitung dienen.

Beim Kontokorrent vereinbaren die Vertragspartner, die zueinander in einer Geschäftsverbindung stehen und von denen in der Regel zumindest einer Unternehmer sein wird, dass ihre aus dieser Geschäftsverbindung entstehenden gegenseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen vorerst nur in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden. Somit brauchen die aus den zwischen ihnen bestehenden Geschäften entspringenden Verpflichtungen nicht immer wieder gesondert erfüllt zu werden, was die Ersparnis eines umständlichen und zeitraubenden Verfahrens mit sich bringt und auch kaufmännische Gepflogenheiten nicht konterkariert. Als Beispiel kann die Lieferbeziehung eines Großhändlers zu einem Lebensmitteleinzelhändler angegeben werden. Ausgehend vom Grundmodell des ABGB stünde dem Lieferant für jede einzelne Lieferung eine eigenständige Forderung zu, die der Abnehmer selbstständig erfüllen müsste. Es ist nicht zu verkennen, dass das in der Praxis zu einer Vielzahl von Zahlungsvorgängen führen würde, die natürlich mit Zeit und Kosten verbunden wäre. Um dem entgegenzuwirken, vereinbaren die Parteien daher häufig, dass die Forderungen aus den Lieferungen zunächst zu Rechnungsposten werden und der Abnehmer lediglich verpflichtet ist, den zu einem bestimmten Zeitpunkt ermittelten Saldo zu begleichen. Die Vielzahl der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen soll durch einen einzigen Forderungsbetrag ersetzt werden. Kontokorrentverhältnisse finden sich aber auch zwischen Unternehmern und Handelsvertretern, sowie zwischen Kommittent und Kommissionär, die sich gegenseitige Leistungen erbringen. Der praktisch wichtigste Anwendungsbereich des Kontokorrents ist die Erfassung der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde²⁷⁾. Gewöhnlich ist mit einem Girovertragsverhältnis ein Kontokorrentverhältnis verbunden. Zu solch einem Bankkontokorrent enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute besondere Bestimmungen.

²⁶⁾ *Oetker*, Handelsrecht, 153.

²⁷⁾ *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 3.

Hefermehl führt die Schwierigkeiten des Kontokorrentverständnisses auf die unterschiedliche Bedeutung und Verwendung des Ausdrucks „Kontokorrent“ zurück und meint, dass darunter dreierlei verstanden werden kann²⁸):

1. das lebende Konto: Darauf werden die geschäftlichen Vorgänge einer Person einheitlich gebucht. In diesem buchtechnischen Sinn betrachtet sei das Kontokorrent ein Buchungsblatt, auf dem die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen als gleichwertige Posten verzeichnet sind. Es dient bei doppelter Buchführung der Spezialisierung des Schuldner- und Gläubigerkontos für eine Person, mit der ein Unternehmer in Geschäftsverbindung steht. Diese buchmäßige Erscheinung des Kontokorrents sei aber kein Rechtsinstitut, sondern Faktum ohne spezifische Rechtswirkung. Die materiellrechtlichen Wirkungen ergeben sich aus dem Kontokorrentvertrag, der die Rechtsgrundlage für die Gesamtverrechnung bildet. Das Buchungsblatt stelle lediglich ein technisches Hilfsmittel für die Verrechnung dar, die sich gedanklich auch ohne Buchungen vollziehen lasse
2. die Kontokorrentabrede: Sie ist die Vereinbarung zwischen zwei miteinander in Geschäftsverbindung stehenden Personen, nach der die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder den anderen Teil sich ergebenden Überschusses, des Saldos, ausgeglichen werden. Der Wille der Beteiligten, eine Geschäftsverbindung kontokorrentmäßig abzuwickeln, muss in einem entsprechenden Verhalten zum Ausdruck kommen, denn die bloße buchmäßige Einsetzung der gegenseitigen Leistungen in das Soll oder Haben reicht zur Annahme eines Kontokorrents nicht aus. Solch ein Verhalten kann zB die Verzinsung des Saldos sein, obwohl Zinsen darin enthalten sind oder in der Übersendung der regelmäßigen Abschlüsse zur Anerkennung oder in der Anerkennung selbst
3. der Kontokorrentvertrag: Durch ihn werden der Inhalt und der Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten sowie der sonstigen rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen der Parteien während einer Geschäftsverbindung geregelt. Wie in Canaris' 4-Verträge-Theorie besteht der Kontokorrentvertrag aus dem Geschäftsvertrag und der Kontokorrentabrede als Rahmenvertrag. Eine Kontokorrentabrede sei ohne Geschäftsvertrag gegenstandslos, während ein Geschäftsvertrag wohl ohne Kontokorrentabrede existieren könne. Im Bankverkehr sei allerdings die Kontokorrentabrede mit dem Geschäftsvertrag meist verbunden, wie zB bei jedem Girovertrag. Aufgrund solch eines

²⁸) *Hefermehl* in MünchKommHGB, § 355, Rz 3 (Vorauslage zu *Langenbacher*).

Kontokorrentvertrags ist daher eine Bank grundsätzlich verpflichtet, den Kunden auf rechtliche Bedenken gegenüber einem vom ihm erteilten Auftrag aufmerksam zu machen. Durfte jedoch die Bank beim Kunden hinreichende Kenntnis annehmen, handelt sie beim Absehen von einem Hinweis nicht schuldhaft.

Die Regelungen zum Kontokorrent finden sich in den §§ 355 – 357 UGB. Das Gesetz spricht auch von der „laufenden Rechnung“, was auf die etymologische Ableitung zurückzuführen ist. Das Kontokorrent ist zwar der Aufrechnung verwandt, und die Verrechnung, dh die Errechnung des Saldobetrages am Ende der Rechnungsperiode, stellt auch einen Anwendungsfall vereinbarter Aufrechnung dar. Doch handelt es sich bei ihm nicht um einen Fall der eigentlichen Aufrechnung. Das Kontokorrent ist quantitativ „mehr“ als nur Kompensation. Es versucht der vom Gesetzgeber des HGB verfolgten Aspiration gerecht zu werden: Nämlich die aus einem dauernden Geschäftsverkehr sich ergebenden Beziehungen zu vereinfachen und die Varietät der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzigen Forderungspostens zu ersetzen²⁹⁾). Während beim Kontokorrentverhältnis nicht vorausgesetzt wird, dass auf beiden Seiten Forderungen entstehen müssen³⁰⁾, ist gerade dies bei der Aufrechnung Wesensmerkmal als Erfüllungssurrogat. Denn bei ihr gilt die Gegenseitigkeit als Grundvoraussetzung. Demgegenüber besteht beispielsweise das übliche Kontokorrentgeschäft von Banken gerade darin, dass einem Bankkunden in laufender Rechnung ein Kredit unter Beschränkung auf eine Höchstsumme gewährt wird. Es entstehen somit permanent nur Forderungen der Bank. Im Gegensatz dazu wurde aber nach der Kontokorrentregelung des AHGB „vorausgesetzt, daß beiden Kontrahenten Gegenforderungen aus verschiedenen Geschäften entstehen“. Insofern wurde damals die Gegenseitigkeit mit strengerer Insistenz verlangt als nach HGB, UGB oder Code Civil.

Im Grunde handelt es sich beim Kontokorrent um einen genuin bürgerlich-rechtlichen Vertrag³¹⁾). Deshalb wurde im Rahmen der Schaffung des UGB auch erwogen, den Standort der Regelungen in das ABGB zu verlagern. Da aber durch das UGB der Kaufmannsbegriff durch den weiteren des Unternehmers ersetzt wurde und daher Kontokorrentverhältnisse, an denen nicht zumindest ein Unternehmer beteiligt ist, nahezu ausgeschlossen sein dürften, schien es sachlich gerechtfertigt die revidierte Kontokorrentregelung im UGB zu belassen. Für den ä-

²⁹⁾ Apathy, ÖBA 1999, 690.

³⁰⁾ OGH 1 Ob 80/74; *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 39; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 298.

³¹⁾ Erl zum MinEntw UGB, zu § 355 f; *Krejci*, Privatrecht⁷, Rz 462; *Schauer*, ÖJZ 2006, 75.

berst seltenen Fall, dass an einem Kontokorrentverhältnis doch nur Verbraucher beteiligt sein sollten, wären die diesbezüglichen UGB-Regelungen analog anzuwenden.

2. Zwecke des Kontokorrents

Genauso wie die Aufrechnung³²⁾ verfolgt auch das Kontokorrent den **Befreiungs-, Befriedigungs- und Sicherungszweck**. Gleichzusetzen mit dem Verrechnungszweck der Aufrechnung ist der **Vereinfachungszweck** des Kontokorrents, da es praktikabler ist, eine Reihe von Geschäftsvorfällen zusammenzufassen und eine Gesamtabrechnung vorzunehmen. Die Vielzahl der Forderungen und Leistungen wird verrechnet, und es entsteht nur ein Anspruch auf den Überschuss. In einem Verhältnis der Kohärenz zum Vereinfachungs- steht der **Vereinheitlichungszweck**: Durch die noch näher zu erörternde Saldofeststellung sollen nämlich die verschiedenen Rechtsgrundlagen der kontokorrentgebundenen Forderungen ersetzt werden. Es soll eine selbstständige, von den einzelnen in das Kontokorrent aufgenommenen Ansprüchen und Leistungen unabhängige (*Canaris* bezeichnet sie als „farblose“) Saldoforderung begründet werden³³⁾. Schon in den Ausführungen zum AHGB wurde festgestellt, dass die Absicht der Parteien darauf gerichtet sei, dass alle im Laufe einer Rechnungsperiode einer Partei entstandenen Forderungen der anderen gegenüber eine einzige Forderung, und alle entstandenen Schulden eine einzige Schuld bilden sollen. Außerdem soll durch die Feststellung und Anerkennung der Saldoforderung ein potenzieller Streit über Bestand und Höhe des Überschusses verhindert und auf diese Weise die Beweissituation stabilisiert werden. Obwohl beim Kontokorrent im Allgemeinen und beim Bankkontokorrent im Speziellen eine Kreditierungsfunktion³⁴⁾ nicht geleugnet werden kann (in diesem Zusammenhang spricht *Canaris* vom „kreditrischen Einschlag des Kontokorrents“³⁵⁾ und *Wagner* von einer „begrenzten Kreditfunktion“³⁶⁾), dient es nach hM nicht dazu, einem Beteiligten dem anderen gegenüber Kredit zu verschaffen. Ein Kreditierungszweck wird daher negiert. Auch wenn mit der Eingehung einer Kontokorrentverbindung häufig auch eine Kreditgewährung verbunden sein würde, wäre dies jedoch keine wesentliche Voraussetzung, weil nicht die Kreditgewährung beherrschender Zweck des Kontokorrents sei, sondern die Erleichterung des Geschäftsverkehrs. Eine Verpflichtung zur gegenseitigen Kreditgewährung wird daher durch den Kontokorrentvertrag

³²⁾ Siehe I.B.

³³⁾ *Langenbacher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 4.

³⁴⁾ *Ostheim*, JBl 1999, 355; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 299; OGH 4 Ob 548/76.

³⁵⁾ *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 8.

³⁶⁾ *Wagner* in *Röhrich/Graf von Westphalen*, HGB³, § 355, Rz 6.

nicht begründet³⁷⁾ (obwohl es jedoch durchaus möglich ist, mit ihm einen Krediteröffnungsvertrag zu schließen). Sofern daher der Parteiwille nicht unbedingt eine Kreditierung umfasst, können die Parteien auch vor Abschluss der Rechnungsperiode grundsätzlich den Ausgleich eines Debets verlangen, weil ihnen grundsätzlich kein Recht zur Überziehung ihres Kontos zusteht. Ein Recht der Parteien stets den Ausgleich eines Debets verlangen zu können, wäre aber mit dem Vereinfachungszweck unvereinbar. Daher beruft sich *Canaris* auf eine Mittellösung und empfiehlt eine „einzelfallbezogene Abwägung der maßgeblichen Umstände“ vorzunehmen³⁸⁾: Kontra die Gewährung von Ausgleichsansprüchen spricht der Vereinfachungszweck; pro spräche das Interesse des anderen Teils an einer Sicherung seines Saldos. Es sei darauf abzustellen, wie hoch der Rückstand ist und wie lange er schon gegeben ist, ob mit einer baldigen Deckung gerechnet werden kann und ob der Rückstand bei Abschluss des Kontokorrentvertrages vorhersehbar, unwahrscheinlich oder gänzlich überraschend war. Nicht negligiert werden dürfen auch Sicherheiten und die Möglichkeit einer Kündigung des Kontokorrents. Es muss auch auf Geschäftsbräuche, Verkehrssitten und Gepflogenheiten der Partner untereinander Rücksicht genommen werden: Wenn daher eine Partei längere Zeit hindurch ein verhältnismäßig hohes Debet der anderen Partei hingenommen hat, darf sie im Zweifel ähnliches erwarten, wenn sie ihrerseits ins Debet gerät.

Demgegenüber stand das AHGB wahrscheinlich auf einer anderen Position, was die Kreditierungsfunktion anbelangt, denn dort wird den Parteien unterstellt, dass sie die Kreditierung auch zur Absicht haben würden, also eine Kreditierungsabsicht zum Regelfall erhoben. Zum einen werden in den Ausführungen zu Art 291 leg cit die Geschäfte, die unter den Kontrahenten vorkommen, mit der demonstrativen Aufzählung „Lieferungen, Zahlungen, Kreditierungen oder was immer“ spezifiziert, und zum anderen wird explizit klargestellt, dass Kontokorrentverhältnisse mit oder ohne „Kreditgewähr“ eingegangen sein können: „Jedoch enthält auch das ohne Kreditgewähr bestellte Kontokorrentverhältnis regelmäßig Kreditierungen, nämlich bis zur Höhe des Solls der Gegenpartei.“ Die eingehende Beschäftigung mit der Kreditierung und vor allem die Annahme, dass die „Kontokurrentisten“ im Regelfall ihre Absicht auf die Kreditierung ausweiten, legen den Schluss nahe, dass nach dem AHGB die Kreditierungsfunktion ebenfalls als ein Zweck des Kontokorrents angesehen wurde. Bestärkt wird diese Hypothese auch durch die Klarstellung, dass selbst ohne Kreditgewähr eingegangene Kontokorrentverhältnisse die Kreditierungsfunktion nicht ablegen können. Einen ähnlichen,

³⁷⁾ *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 6.

³⁸⁾ *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 9.

dem Kreditierungszweck zustimmenden, Standpunkt vertreten in der Gegenwart auch die überwiegende Lehre und Rspr Italiens und Frankreichs³⁹).

3. Kontokorrentabrede

Je nachdem, ob eine Kontokorrentabrede getroffen wurde oder nicht, unterteilt man das Kontokorrent in ein **echtes** und **unechtes**.

Die Kontokorrentabrede kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent geschlossen werden. Die Betonung des rechtsgeschäftlichen Charakters des Kontokorrents durch die vom HGB abweichende Textierung des § 355 Abs 1 UGB kehrt dies besonders hervor⁴⁰).

Während *Krejci* den Parteiwillen beim echten Kontokorrent auf das In-Rechnung-Stellen, die Verrechnung in regelmäßigen Perioden und rechtlich selbstständige Saldoforderungen erstreckt⁴¹), vertritt *Hefermehl* die Ansicht, dass die Kontokorrentabrede aus 2 Vereinbarungen bestehe: erstens aus der Vereinbarung, dass die einzelnen Ansprüche und Leistungen „in Rechnung“ oder „zur Verrechnung“ gestellt werden, wodurch sie ihrer Selbstständigkeit beraubt werden und eine Behandlung als bloße Rechnungsposten genießen und zweitens aus der Vereinbarung über die „Verrechnung“, die entweder erst nach Ablauf der Rechnungsperiode oder sofort vollzogen wird, sobald sich Posten und Gegenposten verrechnungsfähig gegenüberstehen⁴²). *Canaris* verlangt aber, dass die die Kontokorrentabrede grundsätzlich nicht mit dem Verrechnungsvertrag vermengt werden darf⁴³). Während mit der Kontokorrentabrede die Forderungen und Leistungen lediglich zur Verrechnung gestellt werden, ist für den Vollzug der Verrechnung ein zusätzlicher Vertrag erforderlich (eben der Verrechnungsvertrag). Nach dem Inhalt der Kontokorrentabrede sollen die beiderseitigen Forderungen nicht selbstständig geltend gemacht und getilgt werden können. Da sie daher den zukünftigen Forderungen die Fähigkeit zu selbstständiger Geltendmachung, die Tilgbarkeit und die Abtretbarkeit zerstört und daher unmittelbar den Inhalt der in Zukunft entstehenden Forderungen modifiziert, habe sie Verfügungen über zukünftige Rechte zum Gegenstand und wird daher als „antizipierter Verfügungsvertrag“ bezeichnet. Demgegenüber sieht *Hefermehl* das Wesen des Kontokor-

³⁹) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 20.

⁴⁰) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/1.

⁴¹) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 299.

⁴²) *Hefermehl* in *MünchKommHGB*, § 355, Rz 13 (Vorauslage zu *Langenbacher*).

⁴³) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 15.

rents gerade in der antizipierten Verrechnung der Forderungen und erklärt sie zum typischen Inhalt der Kontokorrentabrede.

4. Canaris' 4-Verträge-Theorie

Canaris vertritt die Auffassung, das Kontokorrent bestünde aus insgesamt **4 Verträgen**: Der bereits erörterten Kontokorrentabrede kämen noch der Geschäftsvertrag, der Verrechnungsvertrag und der Feststellungs- oder Anerkennnisvertrag hinzu⁴⁴).

a) Geschäftsvertrag

Er sei ein rein obligatorischer Vertrag *sui generis*, auf Verrechnung und Anerkennung des Saldos gerichtet und begründe die Haupt- und Nebenpflichten der Parteien.

b) Verrechnungsvertrag

Genauso wie die Kontokorrentabrede, sei auch der Verrechnungsvertrag ein Verfügungsvertrag, der in der Regel antizipiert ist, weil die Verrechnung nicht jeweils zu einem vorgesehenen Termin durch besonderen Parteienakt herbeigeführt werde, sondern sich automatisch vollziehe. Durch den Verrechnungsvertrag werden die beiderseitigen Forderungen und Leistungen, soweit sie sich decken, getilgt und erlöschen somit. Gleichzeitig werde die Forderung auf den kausalen Saldo erzeugt.

c) Feststellungs- oder Anerkennnisvertrag

Dieser stelle ein abstraktes Schuldversprechen dar und begründe daher eine abstrakte Saldoforderung, die neben die kausale Saldoforderung tritt, und keine Novation.

Geschäftsvertrag und Kontokorrentabrede könnten unter dem Oberbegriff „Kontokorrentvertrag“ zusammengefasst werden und stünden zueinander im Verhältnis von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Nur aus dem Geschäftsvertrag ergäbe sich, welche Forderungen und Leistungen der Kontokorrentabrede unterfallen, daher sei sie ohne ihn gegenstandslos.

In der jüngeren deutschen Literatur scheint sich diese 4-Verträge-Theorie zu etablieren. So wird sie auch von *Langebucher*⁴⁵) vertreten.

⁴⁴) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 11 ff; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 268 f.

⁴⁵) *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 7, 18.

*Dullinger*⁴⁶⁾ lehnt dieses Splitting in 4 Verträge ab (auf die Feststellung des Saldos wird noch eingegangen werden), denn es wirke „gekünstelt und praxisfremd“. Auf Basis des ABGB ist der Kontokorrentvertrag als einheitliches und eigenständiges Rechtsverhältnis aufzufassen, was vor allem auch den regelmäßigen Vorstellungen der Beteiligten entsprechen dürfte. Zustimmung äußern sich auch *Avancini*⁴⁷⁾, *Rummel*⁴⁸⁾ und *Schinnerer*⁴⁹⁾.

Meiner Meinung nach darf die 4-Verträge-Theorie *Canaris'* nicht einfach so als gekünstelt abgestempelt werden. Sie hat schon etwas für sich, wenn man das Kontokorrentverhältnis in zeitlichen Stadien betrachtet; da scheint solch eine Gliederung wohl plausibel. Es müsste meines Erachtens die Kritik woanders angesetzt werden, nämlich im Recht der Willensmängel. Wenn man das Kontokorrent in mehrere Verträge unterteilt, sieht man sich auch ebenso vielen Anfechtungsmöglichkeiten ausgesetzt. Dies würde wiederum dem Vereinfachungszweck widersprechen. Außerdem befürworte ich auch das Argument *Dullingers*, dass das Kontokorrent als einheitliches Rechtsverhältnis anzusehen ist⁵⁰⁾. Daher wäre meines Erachtens der Auffassung *Krejcis* zu folgen, nach der das In-Rechnung-Stellen, die Verrechnung in regelmäßigen Perioden und rechtlich selbstständige Saldoforderungen in der Kontokorrentabrede wohl erfasst wären⁵¹⁾. Dennoch kann nicht negiert werden, dass sich in der Literatur immer mehr Meinungen der 4-Verträge-Theorie anschließen.

In Italien wird der Kontokorrentvertrag als konsensualer Rahmenvertrag gesehen und mit 3 Charakteristika ausgestattet⁵²⁾: 1. Der Vertrag verpflichtet nicht zur Vornahme von Rechtshandlungen („facultatività“) 2. Die Rechtshandlungen, auf die sich der Vertrag bezieht, können unabhängig vom jeweiligen Kontostand zu beliebiger Zeit vorgenommen werden („libertà“) und 3. Der Vertrag gestattet jeder Partei, zu jeder Zeit Gläubiger oder Schuldner eines Saldos zu werden („reciprocità“).

5. Offene Rechnung

Nicht zur Anwendung der Kontokorrentregelungen führt die sog „**offene Rechnung**“: Bei dieser Konstellation werden nämlich nur die Forderungen einer Partei verbucht, nach be-

⁴⁶⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 269.

⁴⁷⁾ *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/10 (Vorauslage zu *Apathy*).

⁴⁸⁾ *Rummel* in *Rummel*, ABGB², Rz 35 (Vorauslage zu *Dullinger*).

⁴⁹⁾ *Schinnerer – Avancini*, Bankverträge³, I, 137.

⁵⁰⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 269.

⁵¹⁾ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 299.

⁵²⁾ *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 19 f mwN.

stimmten Zeitabschnitten addiert und beglichen⁵³). Die Ansprüche werden tatsächlich offen stehen gelassen, ohne dass eine periodische Abrechnung stattfindet. Es handelt sich dabei nicht um ein Rechtsinstitut, das eine Sonderbehandlung erfordern würde. Im Streitfall müssten die Einzelposten der offenen Rechnung substantiiert vorgetragen und bewiesen werden. Die Abgrenzung zwischen Kontokorrent und offener Rechnung ist das Ergebnis einer vom Parteiwillen abhängigen Auslegung im Einzelfall⁵⁴). Als offene Rechnung bezeichnet man auch eine einfache Kontenführung in der unternehmerisch üblichen Form über einseitige Lieferungen oder einseitige Zahlungen, die nach bestimmten Zeitperioden verrechnet und ausgeglichen werden, wie zB die quartalsmäßige Abrechnung eines Arztes. Eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften des Kontokorrentrechts kommt in diesen Fällen nicht in Betracht.

6. Unternehmerbeteiligung

Da die §§ 355 ff UGB nicht auf beiderseitige unternehmensbezogene Geschäfte abstellen, ist es nicht unbedingt erforderlich, dass an einem Kontokorrent nur Unternehmer beteiligt sein müssen. Ganz im Gegenteil kommt sogar im Bankverkehr dem Kontokorrent zwischen einem Unternehmer und einem Nichtunternehmer sehr große praktische Relevanz zu. Je nachdem, ob am Kontokorrentverhältnis zumindest ein Unternehmer beteiligt ist oder nicht, heißt es entweder **eigentliches** oder **uneigentliches** Kontokorrent, wobei eine §-3-Unternehmereigenschaft genügt⁵⁵).

An dieser Stelle empfiehlt es sich den Grundtatbestand des UGB jenem des HGB gegenüberzustellen: „Dem HGB unterfiel, wer Kaufmann war“. Der Grundtatbestand des HGB, der kompliziert aufgebaut war und eine Vielzahl an Ungereimtheiten in sich barg⁵⁶), knüpfte an die Kaufmannseigenschaft an, die in den §§ 1 – 7 HGB gegliedert geregelt wurde. § 1 leg cit regelte den „Ist- oder Musskaufmann“ und enthielt im Abs 2 einen Katalog an Geschäften, unter denen der Gesetzgeber ein Grundhandelsgewerbe verstand, das ein Istkaufmann ausüben musste. Er unterstand dem Regime des HGB unabhängig von seiner Firmenbucheintragung. Unter den Istkaufleuten unterschied man nach Art und Umfang der kaufmännischen Tätigkeit auch noch „Voll- oder Minderkaufleute“: Vollkaufmann war, wessen Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb

⁵³) OGH 4 Ob 581/81; siehe näheres unter II.B.

⁵⁴) OGH 1 Ob 83/01.

⁵⁵) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 299.

⁵⁶) *Krejci*, Handelsrecht³, 25 ff.

erforderte, Minderkaufmann war, wessen Gewerbebetrieb dies nicht erforderte. Diese Unterscheidung führte dazu, dass nach §§ 4 und 351 HGB einige Vorschriften auf Minderkaufleute nicht anwendbar waren. Darüber hinaus wurde durch § 2 der Kreis der Kaufleute erweitert und der „Sollkaufmann“ geschaffen: Eintragungspflichtiger Sollkaufmann war, wer ein „gewerbliches Unternehmen führt, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert“, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs 2 nicht vorlagen. Die Eintragung wirkte konstitutiv. Nach § 3 HGB waren Betriebe der Land- und Forstwirtschaft vom HGB ausgenommen; sofern jedoch mit dem Betrieb einer Land- und Forstwirtschaft ein Nebengewerbe verbunden war, das nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte, war der Land- oder Forstwirt berechtigt, dieses Nebengewerbe ins Firmenbuch eintragen zu lassen, daher sprach man auch vom „Kannkaufmann“. Mit dem „Kaufmann kraft unzulässiger Firmenbucheintragung“ beschäftigte sich § 5 HGB: „Ist eine Firma im Firmenbuch eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder es zu [...] (den Minderhandelsgewerben) gehöre“. Die „Formkaufleute“, denen Kaufmannseigenschaft unabhängig von Art und Umfang der Tätigkeit, sondern ausschließlich aufgrund der gewählten Rechtsform zukam, waren im § 6 *leg cit* geregelt, wobei jedoch nicht festgelegt wurde, welche Rechtsformen gemeint waren. Zu den eben erörterten Kaufmannseigenschaft kam der durch Lehre und Rspr auf Grundlage der Lehre von der Rechtscheinhaftung entwickelte „Scheinkaufmann kraft Auftretens“ hinzu: Wer wie ein Kaufmann auftritt, ohne Kaufmann zu sein, muss sich vom gutgläubigen Geschäftspartner auch wie ein solcher behandeln lassen.

Wegen der Kompliziertheit und mangelnden Sachgerechtigkeit des Kaufmannsbegriffs⁵⁷⁾ entschied sich das UGB seinen Grundtatbestand radikal zu vereinfachen und knüpfte somit an einen allgemeinen Unternehmerbegriff an, den man zuvor schon in § 1 KSchG bewundern durfte. „Unternehmer“, und somit Adressat der Regelungen des UGB, ist forthin jeder, der eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit betreibt, auch wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist. Ein Größenkriterium, wie nach § 2 HGB, spielt daher für die Unternehmereigenschaft nach UGB keine Rolle mehr. Lediglich im Hinblick auf die Rechnungslegungspflicht (§ 189 UGB) einerseits und auf die Eintragungspflicht gewerblicher Unternehmen sowie auf die Pflicht, eine gewerblich tätige GesBR als OG/KG in das Firmen-

⁵⁷⁾ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 33.

buch eintragen zu lassen (§ 8 UGB), kommt der Unternehmensgröße noch Bedeutung zu. Das UGB kennt daher folgende Unternehmer:

- „Unternehmer kraft betriebenen Unternehmens“ (§ 1): Das UGB ist auf alle Unternehmer anzuwenden, unabhängig von einer Firmenbucheintragung. Obwohl auch Angehörige freier Berufe und Land- und Formwirte Unternehmer sind, unterliegen sie dem UGB jedoch nicht vollständig, sondern nur dem 2. (OG/KG/stG) und 4. Buch (Unternehmensbezogene Geschäfte) sowie dem ersten Abschnitt des ersten Buchs (§§1 – 6). Sie können sich aber auch den übrigen Vorschriften (mit Ausnahme des 3. Buchs: Rechnungslegung) freiwillig durch Eintragung in das Firmenbuch unterstellen.
- „Unternehmer kraft Rechtsform“ (§ 2): Formunternehmer unterliegen ob der gewählten Rechtsform dem UGB. Rechtsformen, die Formunternehmerschaft verleihen sind aufgezählt: Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (EWIV), Europäische Gesellschaften (SE) und Europäische Genossenschaften (SCE).
- „Unternehmer kraft Eintragung“ (§ 3): Personen, die im Zeitpunkt der Eintragung keine Unternehmer mehr waren, oder Personen, die zwar im Zeitpunkt der Eintragung ein Unternehmen betrieben aber in der Folge einstellten ohne sich im Firmenbuch löschen zu lassen und unter ihrer Firma handeln, gelten als Unternehmer kraft Eintragung und werden daher zwecks Verkehrsschutzes als Unternehmer behandelt um den Geschäftsverkehr von störenden Unsicherheiten zu befreien. Es wird also eine unwiderlegliche Vermutung der Unternehmereigenschaft aufgestellt.
- „Scheinunternehmer kraft Auftretens“: Die schon vor Inkrafttreten des UGB als Lehre vom „Scheinkaufmann kraft Auftretens“ angewandten Regeln werden auch forthin existieren, wenn auch, aufgrund des nunmehr weiten Unternehmerbegriffs, von geringerer Relevanz.

Da sich also das UGB vom Kaufmannsbegriffs getrennt und für den Unternehmerbegriff des KSchG entschieden hat, und dieser einen weiteren Adressatenkreis inkludiert als der Kaufmann, ist das Vorkommen von uneigentlichen Kontokorrentverhältnissen in der Praxis seit dem Handelsrechtsänderungsgesetz 2005 „zur Seltenheit verdammt“. Und wenn sie doch anzutreffen sind, findet das Kontokorrentrecht grundsätzlich analoge Anwendung⁵⁸). Diesbezüglich bildet der § 355 Abs 4 letzter Satz einen Herd für Meinungsverschiedenheiten. Danach

⁵⁸) OGH 1 Ob 80/74; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 298; *Canaris in Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 39.

wäre nämlich auch bei einem uneigentlichen Kontokorrent die Zinseszinsregel analog anzuwenden, was zum § 1000 Abs 2 ABGB kontrovers ist. Im Verhältnis zu Nichtunternehmern dürfen nach allgemeinem Zivilrecht Zinseszinsen aber nur bei ausdrücklicher Vereinbarung oder, wenn fällige Zinsen eingeklagt werden, ab Klagsbehändigung verlangt werden. Die analoge Anwendung des § 355 Abs 4 UGB würde diese Vorsichtsmaßnahme aber untergraben. Meiner Meinung nach bildet diese Kontroverse nicht eine unüberwindbare Schwierigkeit. Denn der Gesetzgeber lässt beim eigentlichen Kontokorrent die Zinseszinsregelung *ex lege*, dh ohne dass es einer adäquaten Vereinbarung bedürfe, zu. Dieser Weg wurde schon im AHGB eingeschlagen: „Wenn zwischen einem Kaufmanne und einem Nichtkaufmanne eine Geschäftsverbindung nach Art eines kaufmännischen Kontokurrentverhältnisses ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden ist, so muß angenommen werden, daß die Kontrahenten sich auch den bezüglichlichen, nach Gesetz und Handelsbrauch geltenden Rechtsprinzipien haben unterwerfen wollen. In einem solchen Falle ist das Saldo-Anerkenntnis an sich ein geeignetes Klagefundament und das Verbot des Anatozismus als ausgeschlossen anzusehen.“ Beim uneigentlichen Kontokorrent ist aber der Nichtunternehmer, da sein Kontrahent kein professionell tätiger Unternehmer ist, weniger schützenswert als beim eigentlichen. *Arg a maiori ad minus* könnte also auch beim uneigentlichen Kontokorrent die Zinseszinsregelung analog zur Anwendung gebracht werden. Eine Abweichung vom § 1000 Abs 2 ABGB könnte hier aufgrund der zwischen den Vertragspartnern bestehenden Geschäftsverbindung gerechtfertigt sein. Außerdem finde ich, dass das dem Kontokorrent immanente Vereinfachungspostulat die Behandlung des Großteils der Rechtsfragen nach Unternehmensrecht und des anderen nach allgemeinem Zivilrecht nicht gerade begrüßen würde, wenn eine Lösung nach Unternehmensrecht sowieso bereit stünde. Die Materie sollte nicht unnötig zersplittert werden, sofern keine triftigen und zwingenden Gründe dafür sprechen, was ich mit der Gleichrangigkeit der Vertragspartner beim uneigentlichen Kontokorrent auch als nicht gegeben erachte.

Während in Österreich diesbezüglich weiterhin noch Meinungsverschiedenheiten existieren, wird von der hL in Deutschland beim uneigentlichen Kontokorrent eine analoge Anwendung des § 355 Abs 1 HGB (§ 355 Abs 4 letzter Satz UGB) und somit eine Befreiung vom Zinseszinsverbot abgelehnt⁵⁹⁾. Es wird zugestanden, dass das in Deutschland nach § 248 Abs 1 BGB geltende Zinseszinsverbot – in Österreich existiert diesbezüglich seit § 3 lit a ZinsenG⁶⁰⁾, womit das Zinseszinsverbot des § 998 ABGB aufgehoben wurde, kein Verbot mehr, sondern

⁵⁹⁾ *Canaris in Staub, HGB*⁴, § 355, Rz 31; *Hefermehl in MünchKommHGB*, § 355, Rz 9;
aA *Langenbacher in MünchKommHGB*², § 355, Rz 13.

⁶⁰⁾ RGBI 1868/62.

es wird lediglich eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne einer hinreichenden Deutlichkeit⁶¹⁾ verlangt - ein Hindernis für die Erreichung des kontokorrentrechtlichen Vereinfachungs- und Vereinheitlichungszwecks darstellt, weil die Führung von zwei verschiedenen Rechnungen (eine über die Haupt-, und eine über die Zinsforderung) erfordert wird, die wiederum zu unterschiedlichen rechtlichen Schicksalen (die eine verzinslich, die andere unverzinslich) führt. In diesem Sinne sei es mit dem Rechnungswesen, vor allem aber mit der wirtschaftlichen Denkweise und unternehmerischen Gepflogenheiten inkompatibel, einen unverzinslichen Zinssaldo als „totes Kapital“ stehen zu lassen, weil der betroffene Unternehmer als Kontokorrentpartner dieses Kapital, sofern sein Gegenüber einer Zinseszinsregelung nicht zustimmt, einfordern würde. Dennoch wird ein Nichtunternehmer diesen Gründen weniger Gewicht beimessen als ein Unternehmer: Ein Verzicht auf Zinseszinsen wäre für ihn nicht in gleicher Weise mit den Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Wirtschaftens unvereinbar wie für den Unternehmer. Daher wird eine analoge Expandierung der Zinseszinsregelung auf das uneigentliche Kontokorrent nicht zugelassen. Betroffen ist davon aber nur das im voraus abgegebene Zinseszinsversprechen, sodass es grundsätzlich dem Belieben der Nichtunternehmer überlassen ist, bei der Saldoziehung, also nachträglich, eine Verzinsung der im Saldo beinhaltenen Zinsen zu vereinbaren. Insbesondere kann das auch konkludent erfolgen, wie zB durch die vorbehaltlose Anerkennung eines grundsätzlich verzinslichen Saldos, in dem die Zinsen nicht separat angeführt sind, sondern mit der Hauptforderung zu einer einheitlichen Summe zusammengefasst sind. In diesem Sinne scheint es zweckmäßig auf die deutsche Zinseszinsregelung des § 248 BGB und die österreichische Regelung in § 1000 ABGB überblicksmäßig einzugehen:

§ 248 Abs 1 BGB stellt fest, dass eine „im Voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen“ nichtig ist, wobei Abs 2 wegen der Verkehrsüblichkeit derartiger Abreden Ausnahmen in S 1 bei öffentlichen und privaten Kreditinstituten iSd §§ 1, 2 Kreditwesengesetz (KWG) innerhalb ihres Einlagengeschäfts und in S 2 bei allen Kreditinstituten (va aber bei Hypothekenbanken) vorsieht, die zur deckungsgleichen Ausgabe verzinslicher Inhaberschuldverschreibungen befugt sind. Normzweck des deutschen Zinseszinsverbots ist der Schutz des Schuldners, aber nicht vor Überschuldung, sondern vor der Ungewissheit über den Umfang seiner Zinsverbindlichkeit⁶²⁾. § 248 BGB ist also eine Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners, die eine Zinskumulation verhindern soll, aber vor allem dabei auf Zinsklarheit abstellt. Verboten sind aber nur im Voraus getroffene Abreden, wonach also

⁶¹⁾ Apathy, ÖBA 2004, 742.

⁶²⁾ Grothe in Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, § 248, Rz 1.

Vereinbarungen nach Fälligkeit zulässig sind. Das Zinseszinsverbot gilt sowohl für vertragliche als auch für gesetzliche Zinsen und ordnet als Rechtsfolge mangelnder Transparenz die Nichtigkeit der Vereinbarung an.

Die einschlägige österreichische Zinseszinsvorschrift findet sich in § 1000 Abs 2 ABGB, wonach der Gläubiger einer Geldforderung Zinsen von Zinsen erst verlangen kann, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben und, wenn fällige Zinsen eingeklagt werden, vom Tage der Klagsbehändigung⁶³⁾ (§ 3 lit b ZinsenG, RGBl 1868/62). Die Zinseszinsen betragen im Zweifel 4 % p.a. (§1000 Abs 2 S 3 ABGB).

Im Bankkontokorrentrecht erübrigt sich diese Überlegung der analogen Erweiterung der Zinseszinsregelung auf das uneigentliche Kontokorrent, da zwischen einer Bank und einem Kunden wegen der Unternehmereigenschaft der Bank niemals ein uneigentliches Kontokorrent entstehen kann. Dennoch sei in diesem Zusammenhang auf eine Regelung in den ABB hingewiesen. Wurden nämlich dem Verhältnis zwischen Bank und Kunde die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken⁶⁴⁾ („ABB“) zugrunde gelegt, so sind nach der Geltung erlangenden Ziffer 38 die dem Konto anfallenden Zinsen und Entgelte Teil des vierteljährlich gebildeten Abschlussaldos, der in der Folge weiter verzinst wird. Gemeint ist damit eine Zinseszinsregelung.

7. Geschäftsverbindung

Genauso wie das österreichische Bankvertragsrecht, setzt auch das Kontokorrent die Existenz einer laufenden Geschäftsverbindung zwischen den Parteien voraus. Sie bildet die wirtschaftliche Grundstruktur des Kontokorrents⁶⁵⁾ und die tatsächliche Existenzgrundlage⁶⁶⁾ der gegenseitigen Ansprüche und Leistungen, die miteinander verrechnet werden sollen. Es handelt sich bei ihr nicht um ein Rechtsgeschäft, sondern um eine tatsächliche Beziehung, die zu spezifischen Rechtsfolgen führt⁶⁷⁾. Unter einer Geschäftsverbindung versteht man, dass einem einzelnen Geschäft nach der Absicht der Parteien andere folgen sollen⁶⁸⁾, dh wenn es immer wieder zu Geschäftsabschlüssen bestimmter Art kommt und diese mit einer auf Kontinuität gerichteten Zukunftserwartung der Parteien verknüpft werden kann. Die Parteien müssen da-

⁶³⁾ OGH in JBl 1998, 49.

⁶⁴⁾ „Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken“, Fassung August 2007, gültig ab 1.11.2007.

⁶⁵⁾ Oetker, Handelsrecht, 153.

⁶⁶⁾ Langenbacher in MünchKommHGB², § 355, Rz 14.

⁶⁷⁾ Canaris in Staub, HGB⁴, § 355, Rz 37.

⁶⁸⁾ Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/4.

bei den Willen verfolgen, fortgesetzt miteinander Rechtsgeschäfte zu schließen, so dass sich laufend zwischen ihnen Forderungen und Leistungen ergeben, wobei die Möglichkeit ausreicht, dass beiderseitige Forderungen entstehen und beiderseitige Leistungen bewirkt werden können. Auf die tatsächliche Entstehung und Bewirkung kommt es also nicht an. Durch diesen Willen, fortgesetzt Geschäfte zu schließen, soll die laufende Geschäftsverbindung, die auf eine gewisse Dauer angelegt und auf Stetigkeit gerichtet ist, von punktuellen und individuellen Geschäften abgegrenzt werden. Die Unterscheidung fällt nicht schwer, wenn ein Rahmenvertrag als ein auf Dauer angelegter Vertrag geschlossen wurde, der auf eine Vielzahl von einzelnen geschäftlichen Transaktionen gerichtet ist. Genauso, wie es nicht auf das tatsächliche Entstehen von Forderungen ankommt oder, ob die Geschäftsverbindung auch tatsächlich von Dauer ist, wird auch nicht auf die Art der Geschäftsverbindung (Bankgeschäft, Umsatzgeschäft usw) abgestellt. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass nicht jedes Dauerschuldverhältnis auch zugleich eine Geschäftsverbindung mit sich bringt (zB ein Miet- oder Arbeitsverhältnis). Daher begründet zB ein Aufrechnungsvertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Provisionsvertreter oder einem Kellner, wonach diese die Provision bzw den Prozentsatz für das Trinkgeld von den dem Arbeitgeber gebührenden Einnahmen abzuziehen berechtigt sind, kein Kontokorrent, weil es sich dabei nicht um eine Geschäftsverbindung handelt. Der Begriff der Geschäftsverbindung hat nämlich einen eigenständigen Gehalt.

Definiert wird die Geschäftsverbindung als ein **gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten**⁶⁹⁾. Sie weist eine Affinität zum vorvertraglichen Schuldverhältnis und der daraus resultierenden Haftung wegen culpa in contrahendo auf.

Außerdem kann sie zu Bräuchen führen, die nur zwischen den Kontokorrentpartnern wirken. Aufgrund der durch die Geschäftsverbindung ausgelösten Vertrauenslage, die durch eine besonders ausgeprägte Erwartungshaltung der Beteiligten charakterisiert ist, kann auch auf eine Vertrauenshaftung geschlossen werden (um den Kreis zur culpa in contrahendo zu schließen). Es werden auch Beratungs-, Aufklärungs- und Loyalitätspflichten⁷⁰⁾ auf diesem gesetzlichen Schuldverhältnis gegründet. So kann sich zB für die Bank beim Bankkontokorrent die konkrete Verpflichtung ergeben, für den Fall des wirtschaftlichen Zusammenbruchs eines Dritten dem Kunden gegenüber in banküblicher Weise Bedenken zu äußern⁷¹⁾. Die Begründung für diese beiderseitigen Schutz- und Sorgfaltspflichten führt auf eine disputable Auseinanderset-

⁶⁹⁾ Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/4; Krejci, Unternehmensrecht⁴, 300.

⁷⁰⁾ Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/4.

⁷¹⁾ OGH 3 Ob 559/80.

zung mit der culpa in contrahende zurück⁷²⁾): Hat lediglich die bloße Anbahnung des geschäftlichen Kontakts die Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses und die Anerkennung besonderer Schutz- und Aufklärungspflichten zur Folge, dann muss dies erst recht schon durch eine Geschäftsverbindung erfolgen, da diese idR einen wesentlich intensiveren Kontakt und eine stärkere Vertrauensbeziehung inkludiert als bloße Vertragsverhandlungen. Die Bedeutung dieser Konstruktion liegt darin, dass die aus ihr resultierenden Schutz- und Sorgfaltspflichten unabhängig von den einzelnen Verträgen und deren Gültigkeit sind, wie eben bei der culpa in contrahendo.

Zu beachten ist auch das Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Kontokorrentabrede und der Geschäftsverbindung: Aus dem Inhalt der Kontokorrentabrede ergibt sich auch, dass sie per se keine eigenständige Existenz führen kann, sondern ihrem Wesen nach eine Geschäftsverbindung voraussetzt. Ohne Geschäftsverbindung ist auch die Kontokorrentabrede gegenstandslos, während hingegen eine Geschäftsverbindung wohl ohne Kontokorrentabrede gegeben sein kann.

8. „Beiderseitige Ansprüche und Leistungen“

§ 355 Abs 1 UGB spricht davon, dass die aus der Geschäftsverbindung entspringenden „beiderseitigen Ansprüche und Leistungen“ nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabständen ausgeglichen werden. Es gilt nun dieses Tatbestandsmerkmal zu erörtern, das einige Auslegungsschwierigkeiten bereitet.

a) Beiderseitigkeit

Wie verhält es sich mit der „Beiderseitigkeit“? Das Merkmal der „Beiderseitigkeit“ ist uns bei der Kompensation schon unter gekommen. Dort jedoch als „Gegenseitigkeit“, die bei der einseitigen Aufrechnung eine wichtige Voraussetzung darstellt. Materiell gibt es, meines Erachtens, zwischen den Begriffen der Gegenseitigkeit und Beiderseitigkeit keine Unterschiede: In beiden Fällen sind die Geschäftspartner sowohl Gläubiger als auch Schuldner. Bestärkt wird diese Annahme auch dadurch, dass das Kontokorrent im Grunde dieselben Zwecke wie die Kompensation verfolgt. Müssen nun unbedingt auf Seiten beider Kontokorrentpartner Ansprüche entstehen oder reicht es, wenn für eine Seite Ansprüche entstehen und die andere nur Leistungen erbringt?

⁷²⁾ *Canaris in Staub, HGB*⁴, § 355, Rz 37.

Die hL sieht das Erfordernis der Beiderseitigkeit nicht so streng an und lässt es ausreichen, dass auf einer Seite Ansprüche und auf der anderen Leistungen entstehen.

Obwohl über die Existenz des Kontokorrents der Parteiwille entscheidet, bedarf es für das Verständnis des § 355 UGB einer Gesetzesauslegung. Sprachlich gesehen kann sich das Wort „beiderseitige“ auf Ansprüche und Leistungen beziehen, wonach es genüge, dass auf beiden Seiten entweder Ansprüche oder Leistungen vorkommen. Auch der Zweck des Gesetzes, nämlich den Abrechnungsverkehr zu vereinfachen und vereinheitlichen, kann kein Verständnis dahingehend auslösen, die Beiderseitigkeit nur auf Fälle einzuengen, in denen unbedingt auf beiden Seiten Ansprüche entstehen. Das Verständnis muss auch jene Fälle inkludieren, in denen einer Partei nur Leistungen gutzuschreiben sind. In diesem Sinne sind daher Ansprüche und Leistungen sowohl buchungstechnisch als auch juristisch völlig gleichwertig zu betrachten.

Unterstützt wird die hL⁷³⁾ auch noch durch den Umstand, dass bei einem entgegenstehenden Verständnis der Beiderseitigkeit dem im praktischen Wirtschaftsleben wichtigsten Kontokorrentverhältnis, nämlich dem Bankkontokorrent, die Kontokorrenteigenschaft aberkannt werden müsste, da bei ihm häufig immer nur eine Seite Leistungen erbringt. Es kann diesbezüglich nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber dieses wichtige praktische Institut bei der Fassung des § 355 Abs 1 UGB weitgehend ausschließen wollte. Dem weiten Verständnis der hL kann aber eingewendet werden, dass das AHGB als HGB Vorläufer sehr wohl aber darauf abstellte, dass auf beiden Seiten Forderungen oder Leistungen entstehen müssen („... dabei wird vorausgesetzt, dass beiden Kontrahenten Gegenforderungen aus verschiedenen Geschäften entstehen...“). Außerdem würde die hA eine Abgrenzungen des Kontokorrents zu anderen Erscheinungen erschweren: Wie könnte demnach ein Kontokorrent von der ratenweisen Tilgung eines Darlehens unterschieden werden? Solch eine Schwierigkeit könnte auch dazu genützt werden, ein Kreditgeschäft in Form eines Kontokorrents zu vollziehen, um derart das Erfordernis der ausdrücklichen Zinseszinsvereinbarung des § 1000 Abs 2 ABGB zu umgehen. Entkräftet wird diese scharfe Kritik dadurch, dass das in Deutschland geltende Zinseszinsverbot des § 248 BGB sowieso nur für das im Vorhinein getroffene Zinseszinsversprechen gilt und ihm somit enge Wirksamkeitsgrenzen gesetzt sind. Außerdem enthält das Kontokorrent noch eine Vielzahl anderer Merkmale (zB In-Rechnung-Stellung, Anerkennung),

⁷³⁾ *Canaris in Staub, HGB⁴, § 355, Rz 39; Langenbacher in MünchKommHGB², § 355, Rz 16.*

die eine Abgrenzung auch noch dort zu erzielen vermögen, wo die Beiderseitigkeit von Ansprüchen und Leistungen nicht alleine entscheiden könne.

Müssen nun die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen tatsächlich entstanden sein oder genügt die bloße Möglichkeit ihres Entstehens? Hier stellt die hL auf den Parteiwillen ab und lässt die Möglichkeit des Entstehens genügen. Doch hat diese Frage nur geringe praktische Relevanz, da zwar nicht die Gültigkeit des Kontokorrents scheitert, wenn Ansprüche und Leistungen nicht entstehen, dieser aber dann wohl gegenstandslos sein wird, da es ja nichts zu verrechnen gibt.

Nach Behandlung der Beiderseitigkeit, muss nun auch auf die Kontokorrentfähigkeit und – zugehörigkeit eingegangen werden, weil sie weitere Voraussetzungen sind, die eine Forderung erfüllen muss. Forderungen, die kontokorrentfähig und kontokorrentzugehörig sind, unterfallen der Kontokorrentabrede und somit dem Kontokorrentrecht⁷⁴).

b) Kontokorrentfähigkeit

Die **Kontokorrentfähigkeit** entscheidet über die Eignung der Forderung oder Leistung als Gegenstand einer Kontokorrentabrede. In der Regel wird dabei auf die Buchungsfähigkeit⁷⁵) abgestellt, wie insb nach *Krejci*⁷⁶) und *Göppert*⁷⁷). Gegenstand einer Kontokorrentabrede könne demnach nur eine Forderung sein, die das Kontokorrent nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung aufzunehmen vermag, insbesondere eine Forderung, die die unternehmerische Buchführung nach den sie beherrschenden Grundsätzen als effektiven oder angenommenen Geschäftsvorfall zu erfassen vermag. Die Buchungsfähigkeit wird auch als objektive Grenze der Kontokorrentabrede angesehen: Was nicht buchungsfähig ist, soll auch nicht kontokorrentfähig sein (wie zB bloße Rechtsverhältnisse).

Kritiker der Buchungsfähigkeit, wie zB *Canaris*⁷⁸) und *Langenbucher*⁷⁹), setzen bei der Eigenschaft der Buchungsfähigkeit als objektive Grenze an und wenden ein, dass damit den Parteien die Möglichkeit genommen wird, Leistungen, die nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nicht auf einem Buchungsblatt erfasst werden können, als kontokorrentzugehörig zu vereinbaren. Die Buchungsfähigkeit wird nämlich bei der Kontokorrentfä-

⁷⁴) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 62.

⁷⁵) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 9.

⁷⁶) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 300.

⁷⁷) ZHR 102, 161 ff.

⁷⁸) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 9.

⁷⁹) *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 32.

higkeit vorausgesetzt, und nicht erst bei der Kontokorrentzugehörigkeit. Das Prinzip der Vertragsfreiheit solle es den Parteien des Kontokorrents ermöglichen, selbst zu bestimmen, welche Forderungen und Leistungen sie in das Kontokorrent einbinden und welche nicht. Abgesehen davon verweise die Legaldefinition des Kontokorrents in keinsten Weise auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung. Zwar sei zur praktischen Durchführung eines Kontokorrentverhältnisses das Verständnis vom Kontokorrent als Buchungsblatt (nach *Göppert*⁸⁰)), was das Erfordernis der Buchungsfähigkeit plausibel macht, sicherlich unerlässlich, doch solle man die materiell-rechtlichen Wirkungen einer Kontokorrentabrede nicht alleine nach der Buchungsfähigkeit festlegen. Der Buchungszeitpunkt ist nämlich nicht der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts, sondern der Zeitpunkt der effektiven Vermögensbewegung oder des wirtschaftlichen (nicht zivilrechtlichen) Eigentumsüberganges⁸¹). Das bedeutet daher, dass zB bei einem Kaufvertrag die Buchung nicht mit Abschluss Vertrages angesetzt werden darf, sondern erst bei Lieferung oder Leistungserstellung. Dies führe zum Schluss, dass der Verkäufer bis zur Lieferung der Ware über die Kaufpreisforderung frei verfügen könnte. Daher sei die Lehre von der Abhängigkeit der Kontokorrent- von der Buchungsfähigkeit nicht richtig. Genauso wie *Dullinger*⁸²) finde auch ich, dass zwar mangelnde Buchungsfähigkeit die Kontokorrentfähigkeit nicht ausschließt, jedoch erfasst der regelmäßige Parteiwille, auf den bei Ungereimtheiten im Vertrag nach § 914 ABGB und § 346 UGB zurückzugreifen ist, nur solche Forderungen und Leistungen, die zumindest im Zeitpunkt der Verrechnung buchungsfähig sind. Auch *Canaris* verneint die Rigorosität der Buchungsfähigkeit und meint, dass im Zeitpunkt der Verrechnung nicht buchungsfähige Forderungen zwar im Zweifel nicht ins Kontokorrent gehören, gegenteilige Vereinbarungen der Parteien aber uneingeschränkt wirksam seien.

Ob die Kontokorrentfähigkeit unbedingt die Eigenschaft als Geldforderung oder Geldleistung voraussetzt, ist ebenfalls nicht eindeutig geklärt. Befürworter leiten dieses Erfordernis aus dem Wesen der Verrechnung, die gleichartige Gegenstände voraussetzt, und dem Umstand, dass Ansprüche und Leistungen „nebst Zinsen“ in Rechnung gestellt werden, ab. Dagegen sind jedoch *Krejci*⁸³), *Dullinger*⁸⁴), *Schuhmacher*⁸⁵), *Canaris*⁸⁶), *Langenbucher*⁸⁷) und *Göp-*

⁸⁰) ZHR 102, 161.

⁸¹) *Zehetner*, Rechnungslegung, 139.

⁸²) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 7.

⁸³) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 300.

⁸⁴) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 271.

⁸⁵) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 10.

⁸⁶) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 45.

⁸⁷) *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 34.

*pert*⁸⁸). Weder sehe das Gesetz eine Beschränkung der Kontokorrentfähigkeit auf Geldforderungen und –leistungen vor, noch sei sie aus der Natur der Sache zu erschließen. Es genügt, dass die Forderungen und Leistungen im Zeitpunkt der Verrechnung nach einem „einheitlichen Maßstab“ bewertet werden können, der, nach dem Willen der Parteien, nicht nur in Geld, sondern auch in anderen vertretbaren Sachen bestehen kann. *Hefermehl*⁸⁹) folgert jedoch, dass das Kontokorrent nur den Zahlungs- und Abrechnungsverkehr vereinfachen soll und daher Ansprüche auf Sach- und Dienstleistungen nicht kontokorrentfähig seien. Die Forderung des Käufers auf Übergabe der Sache sei also nicht kontokorrentfähig, während die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Preises wohl kontokorrentfähig sei. *Langenbacher* stützt sich in dieser Frage jedoch auf den Wortlaut der Legaldefinition des Kontokorrents und meint, dass solche Ansprüche *gs* kontokorrentfähig, im Zweifel jedoch nicht kontokorrentzugehörig seien⁹⁰).

c) Verzinslichkeit als Voraussetzung der Kontokorrentfähigkeit?

Dass die Forderungen „nebst Zinsen“ in Rechnung gestellt werden, könnte als Anlass für die Annahme genommen werden, dass Verzinslichkeit eine Voraussetzung der Kontokorrentfähigkeit sei. Doch das wird ganz unstrittig verneint. Demnach ist die Verzinslichkeit einer Forderung nicht Voraussetzung der Kontokorrentfähigkeit⁹¹). Es deutet weder der Gesetzeswortlaut darauf hin, noch lassen der Vereinfachungs- und Vereinheitlichungszweck eine solche Beschränkung auf die Verzinslichkeit zu. Die Formulierung „nebst Zinsen“ ist nicht so zu verstehen, dass unbedingt Zinsen in der Verrechnung enthalten sein müssen, sondern vielmehr so, dass auch Zinsen berechnet werden, falls überhaupt Zinsforderungen in der Rechnung enthalten sind.

d) Kontokorrentzugehörigkeit

Die **Kontokorrentzugehörigkeit** (nach *Hefermehl*⁹²): „Kontokorrentpflichtigkeit“) behandelt die Frage, ob die Forderung oder Leistung nach dem Parteiwillen dem Kontokorrent unterfallen (kontokorrentgebunden sein) soll, im Gegensatz zur Frage, ob sie dem Kontokorrent unterfallen können (Kontokorrentfähigkeit). *Canaris* rät von der Verwendung des Begriffs „Kontokorrentpflicht“ ab, weil er den Schein erwecke, als bestünde eine obligatorische Pflicht zur Einstellung der fraglichen Forderung in das Kontokorrent. Richtig sei aber, dass sie be-

⁸⁸) ZHR 102, 161.

⁸⁹) *Hefermehl* in MünchKommHGB, § 355, Rz 18 (Vorauslage zu *Langenbacher*).

⁹⁰) *Langenbacher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 34.

⁹¹) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/55.

⁹²) *Hefermehl* in MünchKommHGB, § 355, Rz 21 (Vorauslage zu *Langenbacher*).

reits durch die Kontokorrentabrede im Voraus ins Kontokorrent eingestellt würde und ihm daher bei ihrem Entstehen ipso iure, dh ohne eines separaten auf Einstellung gerichteten Rechtsaktes, unterliefe⁹³).

Wie bereits erwähnt, entscheidet über die Kontokorrentzugehörigkeit, innerhalb der Grenzen der Kontokorrentfähigkeit, der Parteiwille. Ist man ein Vertreter der Buchungsfähigkeit als Voraussetzung der Kontokorrentfähigkeit, wird man die Zugehörigkeit regelmäßig verneinen müssen, wenn es der Forderung im Zeitpunkt der Verrechnung an der Buchungsfähigkeit mangelt. Eine gegenteilige Parteienvereinbarung ist aber natürlich wirksam. Die Parteien können die Kontokorrentzugehörigkeit nach dem Prinzip der Privatautonomie sowohl positiv, als auch negativ regeln: Das heißt, sie können vereinbaren, dass eine im Allgemeinen nicht kontokorrentzugehörige Forderung oder Leistung ausnahmsweise in das Kontokorrent eingestellt wird, aber auch, dass eine im Allgemeinen kontokorrentzugehörige Forderung oder Leistung ausnahmsweise aus dem Kontokorrent extrahiert werden soll. Die konkludente Vereinbarung einer derartigen Extrahierung kann zB in der Führung eines separaten Kontos für eine gewisse Forderung liegen, oder in einem Verzicht auf eine Buchung einer gewissen Forderung auf dem Kontokorrentkonto.

Da eine ausdrückliche Parteienvereinbarung über Umfang und Intensität der Kontokorrentzugehörigkeit häufig nicht vorhanden sein wird, lässt sich ein Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen nicht ersparen. Ein wichtiges Indiz für ihn liefert das Gesetz selbst, indem es auf „die aus der Geschäftsverbindung entspringenden Ansprüche und Leistungen“ abstellt⁹⁴). Das führt zu einer ex-ante-Elimination von Ansprüchen, die nicht der Geschäftsverbindung entsprungen sind, wie zB durch Zession oder Erbfall erworbene Ansprüche. Das darf aber nicht zur Annahme führen, dass alle aus der Geschäftsverbindung entsprungenen Forderungen kontokorrentzugehörig sind. Ansonst wären davon auch Forderungen erfasst, mit deren Entstehen die Parteien vernünftigerweise nicht rechnen konnten, wie zB ungewöhnlich hohe oder völlig unerwartet entstandene Forderungen. Daher muss im Zweifel auf die „im gewöhnlichen Geschäftsverkehr entstandenen Ansprüche“ abgestellt werden, denn nur sie sind, bei Fehlen einer diesbezüglichen Regelung, vom mutmaßlichen Parteiwillen umfasst. Darüber hinaus muss für die Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens aber auch auf Natur und Zweck des Anspruchs Rücksicht genommen werden. So sind beispielsweise Ansprüche, die auf sofortige Bezahlung bei Fälligkeit gerichtet sind, nicht kontokorrentzugehörig. Der Anspruch auf Aus-

⁹³) *Canaris in Staub, HGB*⁴, § 355, Rz 76.

⁹⁴) *Canaris in Staub, HGB*⁴, § 355, Rz 79.

zahlung eines Darlehens kann daher im Zweifelsfall nicht in ein allfällig bestehendes Kontokorrentverhältnis eingebunden werden. Ebenso wenig sind Ansprüche, die Zug um Zug erfüllt werden sollen, kontokorrentzugehörig. Aus Natur und Zweck lässt sich aber keine grundsätzliche Elimination von Ansprüchen folgern, die zu einem festen Termin fällig oder vorfällig, dh vor der nächsten Saldierung fällig, sind. Weder der hypothetische Parteiwille noch die Vorfälligkeit per se erfordern, dass im Fälligkeitszeitpunkt auch unbedingt bar gezahlt werden soll. Daher ist anstatt auf die Fälligkeit abzustellen, die Vereinbarung einer unbedingten Barzahlung relevant. Ansprüche, die nach der nächsten Saldierung fällig werden, also sog nachfällige Ansprüche, sind grundsätzlich kontokorrentzugehörig. Andernfalls wären sie nämlich abtretbar, pfändbar und verpfändbar, was aber dem Zweck des Kontokorrents und dem mutmaßlichen Parteiwillen widerspräche. Aus demselben Grund sind daher, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, aufschiebend bedingte und befristete Forderungen im Zweifel vom Kontokorrent erfasst⁹⁵). Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die Parteien die Forderungen bis zum Bedingungseintritt von den Kontokorrentwirkungen ausnehmen sollen.

e) Wechsel und Scheck

Auch wenn ihre Kontokorrentfähigkeit nicht zu bezweifeln ist, wirft die Behandlung der Kontokorrentzugehörigkeit von **Wechsel- und Scheckforderungen** eine Reihe von Sonderproblemen auf.

Der Zweck und die Funktion von Wechsel und Scheck sprechen grundsätzlich gegen eine Kontokorrentzugehörigkeit⁹⁶).

Denn sie sind vor Fälligkeit zum Umlauf bestimmt, womit das kontokorrentrechtliche Abtretungsverbot unvereinbar ist. Nach deren Fälligkeit sind Scheck und Wechsel zur sofortigen Geltendmachung in den besonderen Formen des Scheck- und Wechselrechts bestimmt, womit wiederum der kontokorrentrechtliche Ausschluss selbstständiger Geltendmachung und Einklagung unvereinbar ist. Auch die Ausführungen zu Art 291 AHGB untermauern eine Ausnahmestellung „der Ansprüche aus Wechseln und der kaufmännischen indossablen auf Geldzahlung lautenden Verpflichtungsscheine“. Es wurde schon damals angenommen, dass die Parteien im Regelfall solche Ansprüche trotz Bestehens eines Kontokorrentverhältnisses als einzeln klagbar bestehen lassen wollen. Obwohl der Entwurf zum § 327 HGB einen grund-

⁹⁵) Dullinger in Jabornegg, § 355, Rz 8; Canaris in Staub, HGB⁴, § 355, Rz 84.

⁹⁶) Langenbacher in MünchKommHGB², § 355, Rz 45.

sätzlichen Ausschluss von Wechsel- und Scheckansprüchen von der Kontokorrentzugehörigkeit vorgesehen hatte, dieser aber nicht Eingang in das endgültige Gesetz gefunden hat, und die Verfasser des Gesetzesentwurfs diese Frage ausdrücklich offen lassen wollten, sprechen die obigen Überlegungen dennoch gegen eine grundsätzliche Kontokorrentzugehörigkeit von Wechsel- und Scheckforderungen. Natürlich bleiben aber abweichende Parteienvereinbarungen möglich, die sich auch konkludent oder aus ergänzender Vertragsauslegung ergeben können.

Ansprüche aus Wechsel- und Scheckinkasso hingegen sind im Zweifel kontokorrentzugehörig, da es hierbei nicht um den spezifisch wertpapierrechtlichen Anspruch aus dem Wechsel oder Scheck geht, sondern um den girovertraglichen Anspruch auf Auszahlung oder Gutschrift des von der Bank eingezogenen Betrages zugunsten des Kunden. Die für den Anspruch aus dem Papier geltenden Überlegungen treffen hier also nicht zu. Bei der Diskontierung ist zu differenzieren: Der Anspruch des Einreichers auf den Diskonterlös schließt die Kontokorrentzugehörigkeit ob der Barzahlungspflicht der Bank aus. Andererseits fällt der schuldrechtliche Rückforderungsanspruch der Bank aus einer Rückbelastung des diskontierten Papiers grundsätzlich ins Kontokorrent, weil kein Grund besteht, ihn anders als aus der Geschäftsverbindung stammende Ansprüche zu behandeln⁹⁷⁾). Dagegen ist wiederum die spezifisch wertpapierrechtliche Rückgriffsforderung der Bank aus dem Papier grundsätzlich nicht dem Kontokorrent unterliegend, da im Zweifel ein Verzicht der Bank auf die wertpapierrechtlichen Vorteile (zB Einklagung im Wechsel- oder Scheckprozess) nicht anzunehmen sein wird.

f) Naturalobligationen und Aufrechnungsverbote

Ob **Naturalobligationen** (unklagbare Forderungen, etwa aufgrund eines Formmangels oder Verjährung) kontokorrentgebunden oder sogar kontokorrentfähig sind, ist strittig. Manche negieren die Kontokorrentfähigkeit, manche die Kontokorrentzugehörigkeit⁹⁸⁾). Wenn jedoch bedacht wird, dass prinzipiell mit Naturalobligationen nicht, gegen sie jedoch sehr wohl kompensiert werden kann⁹⁹⁾, scheint die Ansicht von *Dullinger*¹⁰⁰⁾, *Krejci*¹⁰¹⁾, *Schuhmacher*¹⁰²⁾ und *Canaris*¹⁰³⁾ plausibel, wonach die Möglichkeit einer kontokorrentmäßigen Verrechnung von klagbaren Ansprüchen gegen Naturalobligationen bei entsprechendem Parteiwillen

⁹⁷⁾ *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 87; *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 47.

⁹⁸⁾ *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 8.

⁹⁹⁾ *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1439, Rz 6; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 84.

¹⁰⁰⁾ *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 273.

¹⁰¹⁾ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 300.

¹⁰²⁾ *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 11.

¹⁰³⁾ *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 77.

grundsätzlich zu bejahen wäre. Zur Problematik der Verrechnung von Naturalobligationen mit vollwertigen Forderungen beim Staffekontokorrent siehe Kapitel 11.b.cc); nach der Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung siehe Kapitel 11.b.dd-4).

Obwohl **Aufrechnungsverbote** an und für sich nur ein Hindernis für die einseitige Kompensation darstellen, wird im Hinblick auf die Kontokorrentzugehörigkeit davon auszugehen sein, dass sie, mangels gegenteiliger Vereinbarung, die mit dem Aufrechnungsverbot behaftete Forderung nicht in das Kontokorrent einbindet.

g) Rückständige Kapitaleinlagen

Im Zusammenhang mit der Qualifikation eines Anspruchs oder einer Leistung in Bezug auf das Kontokorrent kann nun auf rückständige Kapitaleinlagen eingegangen werden, die bezüglich der Einbindung in ein Kontokorrentverhältnis zwischen einer Kapitalgesellschaft und dem Gesellschafter Stoff für Verwirrung bieten können. Kann der Anspruch einer Kapitalgesellschaft auf Einlage des Kapitalanteils des Gesellschafters in ein Kontokorrent eingebunden werden? Grundsätzlich dienen die Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts über die Kapitaleinlagen der Sicherung der tatsächlichen Aufbringung des Kapitals und somit in weiterer Folge dem Gläubigerschutz. In diesem Sinn besagt zB § 63 Abs 3 GmbHG, dass die Zahlungspflicht eines Gesellschafters wegen Übernahme einer Stammeinlage nicht erlassen oder gestundet werden kann. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Gesellschaft die Zugriffsmöglichkeiten ihrer Gläubiger nicht nachträglich schmälern kann. Sie kann also die Einlageschuld nicht erlassen, was, entgegen dem missverständlichen Wortlaut von Abs 3, auch dann gilt, wenn unter Zugrundelegung des Gleichbehandlungsgebotes alle Gesellschafter begünstigt werden sollen. Dieser Vorgang liefe nämlich auf eine Kapitalherabsetzung hinaus, die nur bei Einhaltung des Verfahrens nach den §§ 54 ff zulässig ist. Daraus ergibt sich auch das zwingende Verbot des Einlagenverzichts und das Verbot der Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllung statt. Auch Stundungsvereinbarungen sind unzulässig und wirkungslos, ausgenommen die gesellschaftsvertragliche Einführung von Zahlungsfristen oder das Hinausschieben vorhandener Zahlungsfristen. Auch die Kompensation mit einer Forderung an die Gesellschaft ist nicht zulässig. Das Aufrechnungsverbot hat den Sinn, eine Umgehung des Gesetzes zum Nachteil der Gläubiger zu verhindern, also sicherzustellen, dass der statutarische Haftungsfonds im Interesse der Gläubiger tatsächlich aufgebracht wird¹⁰⁴). Auch im Abs 5 des § 63 GmbHG findet sich ein Aufrechnungsverbot, das sich von dem des Abs 3 durch seinen spezifischen Zusammenhang zu Sacheinlagen unterscheidet. Das

¹⁰⁴) Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG³, § 63, Rz 3.

Kompensationsverbot des Abs 3 S 2 wurde von der Rechtsprechung in Anlehnung an die Materialien ursprünglich sehr strikt interpretiert, wonach nicht nur die Aufrechnung durch den Gesellschafter, sondern auch durch die Gesellschaft oder auf einvernehmlicher Grundlage ausgeschlossen war. Der OGH hat diese Rechtsprechung jedoch aufgegeben und daran in ständiger Judikatur festgehalten¹⁰⁵). Dies wurde auch begrüßt, zumal § 60 AktG als zeitlich spätere Norm, eine ausdrückliche Regel dieses Inhalts aufweist. Wie bereits unter I.D.3.b) erwähnt bestimmt § 60 AktG für die Aktiengesellschaft, dass die Aktionäre und ihre Vormänner von der Leistung ihrer Einlage nach den §§ 49 und 59 AktG nicht befreit werden können; auch hier wird eine Kompensation mit einer Forderung an die Gesellschaft für unzulässig erklärt.

Genauso wie die entsprechende GmbHG-Regelung, stellt auch § 60 AktG die zentrale Vorschrift im System der realen Kapitalaufbringung dar¹⁰⁶).

Es müssen bei der Gesellschaftsgründung oder die anlässlich einer Kapitalerhöhung gezeichneten Einlagen der Gesellschaft auch in realer Form zufließen. Daher auch diese Befreiungs-, Stundungs- und Aufrechnungsverbote, die das Wesen der Einlageforderung bei Kapitalgesellschaften bestimmen. Trotz der zwingenden Natur des § 60 AktG können die Aktionäre durch eine ordentliche Kapitalherabsetzung (§§ 175 ff) oder eine Kapitalherabsetzung mittels Einziehung von Aktien (§§ 192 ff) – nicht jedoch durch eine vereinfachte Kapitalherabsetzung – von entsprechenden rechtlichen Einlageverpflichtungen befreit werden. Die § 60-AktG-Regelung gilt also nicht lückenlos.

Durch die soeben beschriebenen Normen des Kapitalgesellschaftsrechts wird also eine kontokorrentmäßige Erfassung von rückständigen Kapitaleinlagen verhindert, weil sie nicht kontokorrentzugehörig sind. Die Aufrechnungsverbote der § 63 Abs 3 GmbHG und § 60 AktG können für sich alleine jedoch nicht zur Begründung der mangelnden Kontokorrentzugehörigkeit herangezogen werden, denn sie verbieten nur die einseitige Kompensation durch den Gesellschafter während die durch die Gesellschaft und eine einvernehmliche nicht verboten werden. Der Schluss, dass rückständige Kapitaleinlagen nicht kontokorrentgebunden sind, folgt vielmehr aus dem Erlass- und Befreiungsverbot der §§ 63 Abs 3 Satz 1 GmbHG und 60 Halbsatz 1 AktG, denn dieses gilt sinngemäß über seinen Wortlaut hinaus für alle Verfügungen, durch die die Gesellschaft ihr Recht zur freien Verfügung über die Forderung ein-

¹⁰⁵) OGH in SZ 34/135; wbl 2002, 38; ÖBA 2000, 614.

¹⁰⁶) Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ I/2, § 60, Rz 1.

schränkt. Die Gesellschaft kann ihr Recht zur Geltendmachung der fälligen Forderung nicht durch Erlass oder Stundung oder dgl ausschließen, was in der GmbHG-Regelung explizit ausgesprochen wird und für die Aktiengesellschaft auch gilt. Die Einbindung einer Kapitalforderung in das Kontokorrent hätte aber, aufgrund der Unabtretbarkeit, Unpfändbarkeit und Unverpfändbarkeit, eine derartige „Lähmung“ der Verfügungsmacht der Gesellschaft zur Folge, sodass sie mit zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts unvereinbar wäre. Davon betroffen ist jedoch nur die antizipierte Verfügung über die Kapitalforderung. Eine vertragliche Kompensation mit bereits fälligen Gegenforderungen hingegen bleibt grundsätzlich zulässig, weil durch sie ein sinnloses Hin- und Herzahlen vermieden wird. Genauso wie im Einverständnis ist es auch der Gesellschaft erlaubt, mir ihrer Kapitalforderung einseitig aufzurechnen oder sie in die kontokorrentmäßige Verrechnung einzubeziehen. Aufgrund des Schutzzwecks der §§ 63 Abs 3 GmbHG und 60 AktG ist dazu jedoch erforderlich, dass die Gegenforderung des Gesellschafters unbedenklich (unbestritten), fällig und objektiv vollwertig ist, dh das Gesellschaftsvermögen muss im Zeitpunkt der Aufrechnung mit Sicherheit ausreichen um alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger zu decken (schädlich ist daher Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder sowie erhebliche Zahlungsschwierigkeiten). Unbedenklichkeit bedeutet, dass der Anspruch zweifelsfrei festgestellt, also dem Bestand und der Höhe nach unbestritten ist und ihm keine Einwendungen oder Einreden entgegenstehen (natürlich schließt eine zum Schein eingegangene Verpflichtung die Unbedenklichkeit aus). Die Fälligkeit der Gegenforderung ist insofern Bedeutung, als die Aufrechnung gegen eine noch nicht fällige Forderung eine verbotene Stundung darstellen würde. Der innere Grund für die Zulassung der Aufrechnung unter diesen Voraussetzungen besteht darin, dass ihr nur ein abwicklungserleichterndes Motiv zugrunde liegt, sie soll also das Hin- und Herschieben von Leistungen verhindern. Daher kann auf diese Voraussetzungen nicht verzichtet werden. Ansonsten erhielte die Gesellschaft nicht den vollen Gegenwert der geschuldeten Einlage, und das zulasten der Gläubiger. Sofern sich dadurch für den Gesellschafter ein positiver Saldo ergibt, bestehen keine weiteren Bedenken. Sollte jedoch die Gesellschaft Saldogläubiger werden, und dieser Saldo nicht selbstständig eingefordert, sondern vorgetragen werden, würde der Schutzzweck der gesellschaftsrechtlichen Regelung erfordern, dass nach der gesetzlichen Wertung der Anspruch auf Einlagenzahlung erst nach allen anderen Ansprüchen der Gesellschaft durch die Verrechnung getilgt wird. Denn die Pflicht die Einlagen wirklich zu erbringen soll nicht umgangen werden. Insofern würden daher die gesellschaftsrechtlichen Regelungen bezüglich rückständiger Einlagen *leges speciales* zu § 355 Abs 3 UGB darstellen.

h) Mehrfaches Kontokorrent

Schließlich ist bezüglich der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen noch festzuhalten, dass der Grundsatz der Privatautonomie es den Parteien gestattet, aus Gründen der Übersichtlichkeit oder aus anderen rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen (zB ein anderer Zinssatz oder Unterschiede in der Provisionspflicht) ihre Geschäftsverbindung zu gliedern und in Form von mehrfachen Kontokorrentverhältnissen einzurichten¹⁰⁷). Üblich ist das mehrfache Kontokorrent vor allem im Bankverkehr: So können beispielsweise abgesehen von einem Hauptkonto noch ein oder mehrere Neben- oder Separatkonten geführt werden¹⁰⁸). Es sind daher die verschiedenen Konten als selbstständige und voneinander unabhängige Kontokorrente zu behandeln, so dass eine Verrechnung der verschiedenen Konten grundsätzlich nicht vorgesehen ist. Die Einstellung eines Postens in ein Nebenkonto ist als konkludente Vereinbarung der Extrahierung dieses Postens aus dem Hauptkonto zu qualifizieren, sodass die Kontokorrentzugehörigkeit bezüglich des Hauptkontos wegfällt, und somit der Posten voll und ganz dem Nebenkonto und dessen Saldoforderung zu inkludieren ist. Die Saldoforderungen der jeweiligen Kontokorrente bleiben selbstständig, sodass auch die bestellten Sicherheiten nur für den jeweiligen Saldo haften. Genauso wie die Privatautonomie den Parteien die Führung von mehrfachen Kontokorrentverhältnissen ermöglicht, kann es umgekehrt aus getroffenen Abreden und berücksichtigungswürdigen Umständen des Einzelfalls natürlich auch etwas anderes ergeben.

9. Rechnungsperiode

Die Festsetzung einer Zweifelsfrist für die Rechnungsperiode war gemeinsam mit der Zinseszinsregelung das einzige, was schon Art 291 AHGB statuiert hatte: „Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht von den Parteien ein Anderes bestimmt ist.“ Als Rechnungsperiode wird der Zeitraum zwischen der ersten Kontoeröffnung und dem ersten Rechnungsabschluss bezeichnet. Nach der ersten Rechnungsperiode bildet sie dann regelmäßig die Zeitspanne zwischen den Rechnungsabschlüssen. Grundsätzlich bestimmen die Kontokorrentpartner, auf welchen Zeitraum sich die Rechnungsperiode erstrecken soll, genauer gesagt bestimmen die Parteien, wann ein Rechnungsabschluss vorgenommen werden soll und daher auch indirekt die Rechnungsperiode. Für den Fall, dass die Parteien darüber keine Vereinbarung getroffen haben sollten, greift die subsidiäre Regelung des § 355 Abs 2 UGB, der die

¹⁰⁷) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 300.

¹⁰⁸) *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 50.

Rechnungsperiode im Zweifel auf ein Jahr festlegt. Diese Regelung war auch zuvor in § 355 Abs 2 HGB vorgesehen mit dem Zusatz „sofern nicht ein anderes bestimmt“. Das UGB enthält diesen Zusatz zwar nicht, dennoch besteht kein Zweifel daran, dass die UGB-Regelung dispositiver Natur ist. In der Praxis sind kürzere Rechnungsperioden üblich. Von der Rechnungsperiode zu unterscheiden sind die laufenden Informationen während der Rechnungsperiode (zB Kontoauszüge), die über vorgenommene Buchungen, das verfügbare Guthaben oder den rechnerischen Schuldenstand etc Auskunft geben. Es steht den Kontokorrentparteien nämlich frei, Informationsrechte und -pflichten zu vereinbaren. Im Bankverkehr werden die Rechnungsabschlüsse über die Girokonten meist vierteljährlich vorgenommen. Bei Spareinlagen ist jedoch die Rechnungsperiode gesetzlich mit einem Jahr festgesetzt (§ 32 Abs 5 BWG: „Spareinlagen sind – sofern nicht innerhalb eines Kalenderjahres eine volle Auszahlung der Spareinlage stattfindet – mit dem Ende des Kalenderjahres abzuschließen...“). Nicht von der Hand gewiesen werden kann die praktische Bedeutung der Rechnungsperiodenlänge für die Höhe der effektiven Zinsen: Da das Kontokorrentrecht eine Zinseszinsregelung vorsieht, steht die Anzahl der Rechnungsabschlüsse in einem direkten mathematischen Verhältnis zur Höhe der effektiven Zinsen. Je öfter saldiert wird, desto mehr steigen auch die effektiven Zinsen, weil der jeweilige Saldo immer wieder Zinseszinsen beinhaltet. In diesem Zusammenhang ist auf die ABB (Z 44) zu verweisen, die eine Vereinbarung des Zinssatzes beim Bankkontokorrent enthalten.

Aufgrund des engen Bezugs der Rechnungsperiode zur Periodizität (mE ist nämlich die Rechnungsperiode ein Ergebnis oder Derivat der Periodizität), empfiehlt es sich, an dieser Stelle auch näher darauf einzugehen:

§ 355 Abs 1 UGB spricht davon, dass das Kontokorrent neben der Vereinbarung der Inrechnung-Stellung auch die der Verrechnung und die Feststellung des sich ergebenden Überschusses „in regelmäßigen Zeitabschnitten“ beinhaltet. Die Periodizität der Verrechnung und Feststellung bildet daher nach der Legaldefinition des § 355 Abs 1 leg cit ein Merkmal des gesetzlichen Kontokorrentbegriffs. Nach *Hefermehl* und der hA stellt sie sogar ein Wesensmerkmal dar¹⁰⁹). Das Gesetz gehe von einem periodischen Kontokorrentverständnis aus, wobei es ausreiche, dass die periodischen Abrechnungen tatsächlich stattfinden; vereinbart zu werden brauchen sie nicht unbedingt. Für den Fall, dass der Parteiwille aber die Periodizität nicht umfasst, seien die Kontokorrentregelungen analog anzuwenden. *Canaris* hingegen kriti-

¹⁰⁹) *Hefermehl* in MünchKommHGB, § 355, Rz 15 (Vorauslage zu *Langenbucher*).

siert die Auffassung von der Periodizität als Wesensmerkmal¹¹⁰). Da es sich beim Kontokorrent um einen Vertrag handle, könne dessen Inhalt nur vom Parteiwillen bestimmt werden und nicht von einem späteren faktischen Vollzug abhängen. Im letzten Fall können die Kontokorrentregelungen analog angewendet werden. Weiters wolle man dem Bedürfnis nach Vereinfachung der Abrechnung und Vereinheitlichung des rechtlichen Schicksals der einzelnen Posten gerecht werden, womit die Periodizität nichts zu tun habe. Daher seien die Vorschriften über das Kontokorrent auch bei einem Verzicht auf die Periodizität anwendbar. Letztlich stellt die Periodizität nach *Canaris* deshalb nicht unbedingt ein Wesensmerkmal dar, weil die übrigen Merkmale (Unselbstständigkeit der Forderungen, Verrechnung, Verpflichtung zur Feststellung des Saldos) ausreichen um Abgrenzungsschwierigkeiten zu begegnen. Auch *Langenbucher* sieht in der Periodizität kein Wesensmerkmal¹¹¹). Letztendlich führen beide Ansichten zu einem identen Ergebnis.

Ich würde mich der Ansicht *Hefermehls* anschließen, und die Periodizität als „Wesensmerkmal“ verstehen. Gründe dafür wären, wie bereits oben angeschnitten, dass die Rechnungsperiode untrennbar mit der Periodizität verflochten ist, sodass das eine ohne das andere nicht denkbar wäre. Wenn schon der Gesetzgeber des AHGB eine Zweifelsregel für eine mangelnde Festsetzung der Rechnungsperiode vorsieht, und die darauf folgenden gesetzlichen Regelungen dem gefolgt sind, ist das ein Anzeichen dafür, dass der Rechnungsperiode, und notwendigerweise daher auch der Periodizität, großer Stellenwert beigemessen wird. Das Gesetz unterstellt dem hypothetischen Parteiwillen, dass er die Periodizität mitumfasst. Dass die Legaldefinition des Kontokorrents „regelmäßige Zeitabschnitte“ vorsieht, bestärkt diese Ansicht. Jedoch stellt die Periodizität für mich kein so tiefgreifendes Wesensmerkmal dar, das die Eigenschaft als Kontokorrent bestimmen würde. Die Wesensbestimmung durch die Periodizität würde durch den verfolgten Vereinfachungszweck relativiert werden. Die praktischen Bedürfnisse des Wirtschaftslebens, die das Kontokorrent seit je her bestimmt haben, brachten auch das Staffellokontokorrent als wichtige Ausgestaltung hervor, was nicht unterschätzt werden darf. Für den Fall, dass die Kontokorrentregelungen mit der mangelnden Periodizität dennoch nicht vereinbar sein sollten, sehe ich keine plausiblen Gründe, eine analoge Anwendung der § 355 ff UGB auszuschließen.

Für den Bankvertrag gibt es eine die Rechnungsperiode erfassende Regelung in der Z 38 der ABB (Fassung 2007). Dort wird festgelegt, dass mangels anderer Vereinbarungen, das Kredit-

¹¹⁰) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 57.

¹¹¹) *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 26.

institut berechtigt ist die Konten vierteljährlich abzuschließen¹¹²). Die in einem Quartal anfallenden Zinsen und Entgelte stellen Teile des Abschlussaldos dar und werden in weiterer Folge wieder verzinst; es handelt sich also um eine Zinseszinsvereinbarung. Beachtet werden muss, dass für Depotkonten eine andere Rechnungsperiode vorgesehen wird: Sie werden nicht wie gewöhnliche Konten quartalsmäßig abgeschlossen, sondern Depotaufstellungen werden einmal jährlich erteilt. In Abs 2 wird die Verpflichtung der Bank statuiert, dem Kunden den Kontoauszug mit dem Rechnungsabschluss oder die Depotaufstellung bei der konto- oder depotführenden Stelle bereit zu halten.

10. Wirkungen des Kontokorrents

a) Rechtsnatur und Existenz

Ansprüche und Leistungen werden, sofern sie kontokorrentfähig sind, durch die Kontokorrentabrede in das Kontokorrent „eingebunden“. Hat diese Einbindung aber irgendeine Auswirkung auf die Rechtsnatur der Ansprüche und Leistungen? Nein, diese Einbindung tangiert die Rechtsnatur nicht, sie bleibt also **unberührt**. Ebenso wenig wird die rechtliche Existenz der kontokorrentgebundenen Ansprüche und Leistungen angefochten. Dies zeigt sich *va* daran, dass bei einem etwaigen Ausbleiben einer Verrechnung die Forderung wieder selbstständig geltend gemacht werden kann oder eine besicherte Forderung bis zur Verrechnung ebenfalls mehr oder weniger selbstständige Rechtswirkungen entfalten kann¹¹³).

b) Reine Stundung

Die kontokorrentgebundenen Forderungen werden bis zum Rechnungsabschluss am Ende der Rechnungsperiode gestundet. Zivilrechtlich handelt es sich dabei aber nicht um eine Stundung, die die Fälligkeit hinausschiebt und bei der die Geltendmachung nach Ablauf der Stundungsfrist wieder uneingeschränkt möglich ist, sondern lediglich um eine sog „reine Stundung“¹¹⁴), die die Fälligkeit unverändert lässt. Nach Eintritt der Fälligkeit tritt daher der Schuldner in Verzug, es schiebt aber der Gläubiger die Geltendmachung hinaus. Demgegenüber spricht *Hefermehl* metaphorisch von einem „Bann mit lähmender Wirkung“¹¹⁵) und *Canaris* von einer „Einwendung der Vorausverfügung“ oder „Rechtswirkung *sui generis*“, die

¹¹²) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/47.

¹¹³) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 101; *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 52.

¹¹⁴) *Krejci*, *Privatrecht*⁷, Rz 462b; *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht* II¹³, 38.

¹¹⁵) *Hefermehl* in *MünchKommHGB*, § 355, Rz 35 (Vorauslage zu *Langenbucher*).

zwischen Stundung und Erfüllung steht¹¹⁶). Nach deren Ansicht tritt ein Verzug jedoch nicht ein. Aufgrund meiner antagonistischen Stellung zu sui-generis-Konstruktionen und der Meinung, dass darauf nur als ultima ratio zurückgegriffen werden sollte, schließe ich mich der in Österreich hM über die reine Stundung an, die mir auch plausibler erscheint.

c) Verzinsung

Die Forderung ist ab der ursprünglichen Fälligkeit zu verzinsen. Dies ist ein weiteres Argument für die Ansicht, dass es sich bei der Stundung der Forderungen um eine reine Stundung handelt, denn bei einer die Fälligkeit hinausschiebenden Stundung müssten die Forderungen ab dem Rechnungsabschluss verzinst werden. Die Zinspflicht kann sich entweder aus dem Gesetz oder aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung ergeben. Sind die Kontokorrentpartner beide Unternehmer, so ergibt sich die Zinspflicht aus § 352 UGB. Ferner kann ein Unternehmer für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen nach § 354 Abs 2 UGB Zinsen verlangen.

Gewöhnlicherweise werden aber über die Verzinsung besondere Vereinbarungen getroffen, so vor allem im Bankverkehr. Dort sehen die ABB (Z 43 ff Fassung 2007) vor, dass die von der Bank in Rechnung gestellten Entgelte wie Zinsen, Gebühren und Provisionen in einem Preisaushang publiziert werden müssen. Neben der Zinsregelung wird in dieser Ziffer der gleiche Grundgedanke verfolgt, wie in den §§ 354 Abs 1 UGB, 1004 und 1152 ABGB, nämlich der Grundsatz der Entgeltlichkeit¹¹⁷). An dieser Stelle kann auf eine Abweichung zwischen der aktuellen UGB- und der früheren HGB-Regelung hingewiesen werden: Während § 354 HGB nur Geschäftsbesorgungen, Dienstleistungen, Aufbewahrungen sowie Darlehen, Vorschüsse und Aufwendungen betraf und die Entgeltlichkeitsvermutung daher in einem engeren Umfang aufstellte, gilt § 354 UGB für alle unternehmensbezogene Geschäfte. In Anlehnung an § 354 UGB gilt Z 43 der ABB daher für alle Geschäfte der Bank. Besonders hervorgehoben werden bei dieser Regelung die im Bankgeschäft typischerweise anfallenden Zinsen, Gebühren und Provisionen. Gebühren und Provisionen stellen das Entgelt für die Dienstleistung der Bank dar, je nachdem, ob sie mit einem bestimmten Betrag oder mit einem Prozentsatz von der Geldsumme, auf die sich die Tätigkeit der Bank bezieht, berechnet werden. In diesem Sinne müssen bei einem Bankkunden, der Verbraucher ist, die Bestimmungen des KSchG über Entgelte im Auge behalten werden, da auch sie anwendbar sind. Es handelt sich dabei um folgende Regelungen: § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG. Während Z 43 Abs 1 Leistungen der

¹¹⁶) *Canaris in Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 103; *Langenbucher in MünchKommHGB*², § 355, Rz 53.

¹¹⁷) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/185.

Bank auf einer vertraglichen Grundlage betrifft, dehnt Abs 2 die Entgeltlichkeitsvermutung auch auf Leistungen aus, die ohne Auftrag vorgenommen wurden. Gemeint sind also Fälle, in denen überhaupt kein Auftragsvertrag mit dem Kunden besteht oder zwar eine Rahmenvereinbarung getroffen wurde, aber der Kunde keine Weisung für den konkreten Fall erteilt hat. Die Bank muss dabei im Notfall oder zum Vorteil des Kunden tätig geworden sein. Während sie in diesen Fällen nach §§ 1036, 1037 f ABGB einen Aufwandsersatzanspruch erhält, sieht Z 43 Abs 2 einen zusätzlichen Entgeltanspruch vor. Weiters wird der Bank ein Entgeltanspruch für zweckmäßige Leistungen im Zusammenhang mit der Abwicklung der Verlassenschaft des Kunden gewährt. Die in einem solchen Fall zu entlohnenden Tätigkeiten sind zB die Sperre von Sparbüchern oder Wertpapierkonten und deren Aufhebung oder die Mitwirkung der Bank bei der Feststellung der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte. Die Z 44 regelt die Höhe des Entgelts, sowohl für den Fall der Z 43 als auch für Fälle, in denen zwar eine Vergütung von Leistungen der Bank, nicht aber deren Ausmaß vereinbart wurde.

Die Bank muss die Entgelthöhe in einem Preisaushang festlegen. Es handelt sich dabei nicht um ein einseitiges Festsetzungsrecht der Bank, das in ein Spannungsverhältnis zu den Verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen über Entgelte treten würde, sondern nur um eine Vereinbarung über die Ermittlung des Preises für den Fall, dass der Kunde eine entsprechende Leistung der Bank in Anspruch nehmen sollte. Natürlich steht es dem Kunden dabei offen, vom Abschluss eines derartigen Vertrages Abstand zu nehmen. Die Höhe des Entgelts muss, mangels anderer Parteienfestsetzung, angemessen sein. Die Angemessenheit muss in Einzelfall konkretisiert werden.

Um auf die Verzinsung beim Kontokorrent zurückzukommen: Wie bereits erwähnt, sind die einzelnen kontokorrentgebundenen Forderungen als Resultat der reinen Stundung, ab dem Zeitpunkt ihrer ursprünglichen Fälligkeit zu verzinsen. Wie verhält es sich aber mit der Verzinsung des Überschusses? Nach § 355 Abs 4 letzter Satz UGB kann derjenige, dem beim Rechnungsabschluss ein Überschuss gebührt, vom Tag des Abschlusses an Zinsen vom Überschuss verlangen. Das bedeutet, dass der festgestellte Saldobetrag ab dem Ende der Kontokorrentperiode zu verzinsen ist. Die in den Saldo bereits einbezogenen Zinsen der einzelnen Forderungen bilden dann einen nicht mehr zu unterscheidenden Teil der Gesamtforderung. Sie sind wie jeder andere Rechnungsposten zu behandeln und werden ihrer Rechtsnatur als Nebengebühr entkleidet. Es kommt daher zu **Zinseszinsen**¹¹⁸).

¹¹⁸) OGH 6 Ob 216/68, 6 Ob 530/84.

Das Kontokorrent steht einer Vereinbarung eines für beide Teile verschiedenen hohen Zinsfußes nicht entgegen¹¹⁹⁾. So wird zB im Bankverkehr für Sollposten immer ein höherer Zinssatz vorgesehen als für Habenposten.

Wie aus der Formulierung des § 355 Abs 1 UGB folgt, sind auch die Zinsen der einzelnen ins Kontokorrent gestellten Posten zu verzinsen. Sie werden durch die Einbeziehung in die laufende Rechnung unselbstständige Bestandteile der Hauptforderung und führen zu Zinseszinsen. Was die Technik der Zinsberechnung betrifft, ist zu sagen, dass sie verschieden sein kann und sich im Laufe der Zeit auch geändert hat. Früher, als die Kontokorrentkonten noch manuell geführt wurden (nach der sog „Kolonnenmethode“) und die Posten auf der Soll- und Habenseite chronologisch gebucht wurden, erledigte man die Zinsberechnung so, dass jeder Posten für sich allein vom Fälligkeitstag bis zum Abschlusstag fortschreitend verzinst wurde. Diese Methode kommt heute kaum noch vor. Im Bankverkehr ist sie schon alleine aufgrund der Diskrepanz der Haben- und Sollzinsen nicht durchführbar. Dort wurde die Kolonnenmethode von der Buchführung in Staffelform abgelöst. Eine Vereinfachung der Zinsberechnung trat 1960 durch die elektronische Datenverarbeitung ein. Beim Bankkontokorrent wird bei jeder Gut- oder Lastschrift sofort der Saldo ermittelt, wobei es nicht auf den Tag der Buchung ankommt, sondern auf den der Wertstellung (Valutierung). Nicht die Einzelposten des Kontokorrents bilden die Grundlage der Zinsen, sondern die sich jeweilig ergebenden Soll- oder Habensalden, die sog „Zwischensalden“. Diese bilden ab dem folgenden Kalendertag die Grundlage für die weitere Zinsberechnung¹²⁰⁾. Die Tagesauszüge, die keine Rechnungsabschlüsse nach § 355 Abs 1 UGB darstellen, machen dabei lediglich den Kontostand ersichtlich und erleichtern die Zinsberechnung. Es sollen durch sie Auszahlungen verhindert werden, die nicht durch ein entsprechendes Guthaben gedeckt sind.

d) Verlust der selbstständigen Geltendmachung

Es gilt, dass die Forderungen während der Rechnungsperiode im Verhältnis der Kontokorrentparteien untereinander nicht selbstständig geltend gemacht und nicht eingeklagt werden können. Teleologisch wäre nämlich eine Möglichkeit der selbstständigen Geltendmachung mit dem Vereinfachungszweck der Kontokorrentregelungen unvereinbar. Außerdem sah schon das AHGB vor, dass die Posten während der Rechnungsperiode von den Parteien nicht angerührt werden sollen: „die Absicht des Kontokorrentvertrages geht dahin, daß das Soll wie

¹¹⁹⁾ Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/55.

¹²⁰⁾ Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/56.

das Haben eines Jeden als ein untheilbares Ganzes betrachtet werde, so daß kein einzelner Posten aus dem Soll auf einen einzelnen aus dem Haben (und umgekehrt) herausgenommen bezogen werden darf“. Wird versucht einen kontokorrentgebundenen Anspruch dennoch selbstständig einzuklagen, so muss die Klage aufgrund der „Kontokorrenteinrede“ abgewiesen werden. Natürlich steht einer jederzeitigen Parteienvereinbarung über die Herausnahme des Anspruchs aus der Kontokorrentbindung und der selbstständigen Geltendmachung nichts im Wege. An dieser Stelle ist auf das „teilbare Kontokorrent“ einzugehen, das dann gegeben ist, wenn die Parteien vereinbart haben, dass es bei den beiderseitigen Ansprüchen und Leistungen zwar in regelmäßigen Zeitabschnitten zu einer Verrechnung und Saldofeststellung kommt, aber auch gleichzeitig vereinbart wurde, dass jede Partei über die einzelnen Ansprüche selbstständig verfügen kann. Können in diesem Fall die kontokorrentrechtlichen Vorschriften analog angewandt werden? Mit Ausnahme der Zinseszinsregelung wird dies grundsätzlich bejaht¹²¹⁾. Bezüglich der Zinseszinsen will *Canaris*¹²²⁾ eine analoge Anwendung nicht zulassen, weil die Parteien durch eine solche Vereinbarung, die das teilbare Kontokorrent schafft, den Vereinfachungs- und Vereinheitlichungszweck des Kontokorrents so stark beeinträchtigen würden, dass sie die Privilegierung des § 355 Abs 1 HGB nicht verdient hätten. *Hefermehl*¹²³⁾ wendet dagegen ein, dass es den Parteien ohnehin frei stünde, kontokorrentgebundene Einzelforderungen jederzeit durch Vereinbarung der Verrechnung zu entziehen. Also sei die Zinseszinsregelung auch gerechtfertigt, wenn das Kontokorrent nicht unteilbar ist – natürlich ist der Fall des Rechtsmissbrauchs davon ausgenommen.

Der Verlust der selbstständigen Geltendmachung der Forderungen während einer Rechnungsperiode zeigt sich auch darin, dass eine einseitige Aufrechnung gegen eine oder mit einer kontokorrentzugehörigen Forderung ausgeschlossen ist. Es wäre nämlich auch solch eine Möglichkeit mit dem Vereinfachungszweck inkompatibel.

e) Hemmung der Verjährung

Eine weitere Folge des Selbstständigkeitsverlustes ist die Hemmung der Verjährung: Während des Laufs der Rechnungsperiode ist die Verjährung gehemmt¹²⁴⁾. Die Hemmung richtet sich nach der Bindung durch das Kontokorrent, dh grundsätzlich bis zum Ende der jeweiligen Rechnungsperiode – erst danach beginnt die Verjährung wieder zu laufen. Bei einer Saldovor-

¹²¹⁾ *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 67.

¹²²⁾ *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 259.

¹²³⁾ *Hefermehl* in MünchKommHGB, § 355, Rz 136 (Vorauslage zu *Langenbucher*).

¹²⁴⁾ *Apathy*, ÖBA 1999, 680; *Ostheim*, JBl 1977, 356; OGH 4 Ob 162/29, 5 Ob 674/82.

tragung hingegen bis zum Ende des Kontokorrentverhältnisses. Die Länge der Verjährungsfrist wird jedoch durch die Einstellung in das Kontokorrent nicht tangiert. Diese richtet sich nach wie vor nach der Rechtsnatur des jeweiligen Anspruchs. Erst die Saldoanerkennung (§1497 ABGB) führt zur 30-jährigen Verjährungsfrist. Dies lässt sich einerseits dadurch erklären, dass die Forderungen durch die Einstellung in das Kontokorrent ihre Rechtsnatur nicht modifizieren, andererseits wird erst durch die Anerkennung der Saldos der Schutzzweck der kurzen Verjährungsfrist obsolet, weil nicht die einzelnen Forderungen, sondern erst das Anerkenntnis hinreichende Klarheit über Bestand und Höhe der Forderungen schafft und sie auf eine neue Grundlage stellt.

f) Unabtretbarkeit und Unverpfändbarkeit

Im Verhältnis zu Dritten entfaltet das Kontokorrent eine Unabtretbarkeit und Unverpfändbarkeit der kontokorrentzugehörigen Forderungen¹²⁵). Während der Rechnungsperiode vorgenommene Zahlungen tilgen die Forderungen nicht. Sie haben daher keine schuldbefreiende Wirkung, sondern zunächst nur eine den buchmäßigen Saldo verändernde Wirkung. Der Verlust der Abtretbarkeit und Verpfändbarkeit kommt auch in den Ausführungen zu Art 291 AHGB zum Ausdruck: „[...] alle Geschäfte [...] sollen in die laufende Rechnung eines Jeden mit jener unifizierenden, die Einzelposten konsumierenden Wirkung gebucht werden, so dass also die einzelnen Rechnungsposten in der Abschlußsumme das Credit und Debet und zuletzt in dem durch deren Vergleichung zu ermittelnden Saldo aufgehen sollen.“ Weiters wird bei der Unterscheidung des Kontokorrents vom „offenen Konto“ gerade diese „die Einzelposten konsumierenden Wirkung“ angesprochen, die beim offenen Konto eben fehlt.

Für das Bankkontokorrent gilt jedoch Abweichendes: Der Bankkunde darf jederzeit seine Forderung in Höhe des Kontoguthabens abtreten, verpfänden oder mit ihr gegen eine nicht kontokorrentgebundene Gegenforderung der Bank aufrechnen¹²⁶). Der Girovertrag erlaubt ihm nämlich über einen Betrag bis zur Höhe des zu seinen Gunsten rechnerisch ermittelten Tagessaldos zu verfügen. Wenn daher der Kunde sein Guthaben frei beheben kann, so muss es ihm auch möglich sein, darüber auch durch Abtretung oder Verpfändung zu verfügen. Umgekehrt kann auch das Kreditinstitut den Ausgleich einer ohne Kreditvereinbarung vorgenommenen Kontoüberziehung verlangen und diesen nicht kontokorrentgebundenen Rückzahlungsanspruch abtreten oder verpfänden¹²⁷).

¹²⁵) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/22.

¹²⁶) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/23.

¹²⁷) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/23.

g) Die Verrechnung

aa) Allgemeines

Je nach dem Ablauf der Verrechnung kann man das Kontokorrent in 2 Versionen unterscheiden:

- „Periodenkontokorrent“: Die Verrechnung erfolgt periodisch, in regelmäßigen Zeitabschnitten
- „Staffelkontokorrent“: Die Verrechnung erfolgt nicht periodisch, sondern laufend nach jedem Geschäftsvorfall.

§ 355 Abs 1 UGB spricht davon, dass beim Kontokorrent die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des Überschusses ausgeglichen werden, also geht das Gesetz vom Modell des Periodenkontokorrents aus. Dabei vollzieht sich die aufgeschobene Verrechnung der ins Kontokorrent gestellten Posten periodisch nach dem Ablauf der Rechnungsperiode. Wie bereits schon oben bei der Rechnungsperiode erörtert, sieht die hM in dieser **Periodizität auch ein Wesensmerkmal** des Kontokorrents. Das Periodenkontokorrent ist aber nicht zwingend, sodass bei Bestehen einer adäquaten Vereinbarung die Abrechnung in anderer Weise erfolgen kann, zB nach einer bestimmten Anzahl von Geschäftsvorfällen oder am Ende der Geschäftsbeziehung. Dh es ist den Parteien die Möglichkeit eröffnet, eine sukzessive statt einer periodischen Verrechnung ausdrücklich oder konkludent zu vereinbaren. In solch einem Fall liegt ein Staffelkontokorrent vor: Die Verrechnung und Ermittlung des Saldos erfolgen dabei sofort nach jedem Geschäftsvorgang, sodass das Kontokorrent nicht aus Einzelforderungen besteht, sondern immer nur aus einem Saldoanspruch, der jeweils fortgeschrieben wird. Nach Ansicht mancher wird nach dieser Methode im Bankgeschäft die Verzinsung von Spar- und Girokonten durchgeführt. *Nebelung* beruft sich beispielsweise darauf, dass der Bankkunde das Recht haben muss, über sein jeweiliges auf dem Kontoauszug ausgewiesenes Guthaben in jedem Zeitpunkt zu verfügen, daher fasst er das Bankkontokorrent auch als Staffelkontokorrent auf¹²⁸). Nach der hA kommt es jedoch nicht zu solch einer kontinuierlichen Verrechnung: Die Abrechnungen, die die Bank laufend erstellt, sind nur technische Vorgänge, die den Zweck haben, den Überblick über den jeweiligen Kontostand zu ermöglichen und die Zinsberechnung zu erleichtern (der Tagessaldo ist daher lediglich ein buchtechnischer Postensaldo). Da auch das Gesetz vom

¹²⁸) *Nebelung*, NJW 1953, 449.

Modell des Periodenkontokorrents ausgeht, beschränken sich die Ausführungen zu der Verrechnung auf diesen Typus:

Es kommt also beim Periodenkontokorrent nach Ablauf der Rechnungsperiode zur Verrechnung¹²⁹⁾. Während das Schweizer OR die Verrechnung in seinen Art 120 – 126 regelt und unter ihr das versteht, was in Österreich in den §§ 1438 – 1443 ABGB unter „Kompensation“ geregelt wird, versteht man in Österreich und Deutschland unter der Verrechnung, in Bezug auf das Kontokorrent, den Ausgleich der gegenseitigen Forderungen samt Zinsenansprüche am Ende der Rechnungsperiode. Die Wirkung der Verrechnung ist in weiterer Folge die Bildung eines Saldos¹³⁰⁾, auf den weiter unten näher eingegangen wird. Eine Parallelität zum Verrechnungsverständnis zwischen ABGB und Schweizer OR kann darin gesehen werden, dass die Verrechnung nach hA einen Anwendungsfall vereinbarter Aufrechnung darstellt.

Die Lehre der Verrechnung und ihre Wirkung gehört zu den dunkelsten und diffusesten Themen des Kontokorrents, sodass sie schon im Jahre 1884 von J.A. Levy als „mystische Ingredienz“ der Kontokorrenttheorien bezeichnet und gerügt wurde¹³¹⁾. Werden durch die Verrechnung die beiderseitigen Posten zum Erlöschen gebracht? Wenn ja, wann? Oder erst durch die Anerkennung des Saldos? Werden die Posten zu einer einzigen Forderung, dem Saldo reduziert? Hat die Verrechnung Tilgungswirkung? Dies sind Fragen, denen sich die Lehre der Verrechnung widmet und die sie auch zu einer „mystischen Ingredienz“ haben werden lassen. Wie ist aber nun das Erlöschen der Forderungen und Leistungen zu erklären? Es sind darüber 3 Theorien entwickelt worden:

bb) 1. Theorie: Novation¹³²⁾

Das ältere Schrifttum vertrat bezüglich der Frage der Verrechnungswirkung die „Novationstheorie“. Es unterschied nicht klar zwischen der Verrechnung einerseits und der Feststellung bzw Anerkennung des Saldos, sondern „verquickte“ beide zu einem Vorgang. Es wurde zwar das Bestehen eines besonderen Aufrechnungs- oder Verrechnungsvertrags nicht negiert, doch wurde andererseits vertreten, dass das Erlöschen der Forderungen erst durch die Anerkennung des Saldos als Anerkennung der Aufrechnung bewirkt werde. Der Anerkennnisvertrag habe einen schuldtilgenden (novierenden) Charakter für die Einzelforderungen. Es wurde also zusammenfassend vertreten, dass der Anerkennnisvertrag den Saldo durch eine

¹²⁹⁾ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 303.

¹³⁰⁾ *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 4.

¹³¹⁾ *Canaris*, DB 1972, 421.

¹³²⁾ *Canaris*, DB 1972, 421 ff.

Novation auf eine neue Rechtsgrundlage stellt und zugleich alle bisherigen Einzelforderungen zum Erlöschen bringt. Kritisiert wurde an der älteren Theorie, dass sie zwar die Existenz eines Aufrechnungs- oder Verrechnungsvertrages vertritt, die Tilgungsfunktion jedoch dem Anerkenntnisvertrag zuspricht. Sie konnte neben der Sicherheitenproblematik auch nicht erklären, wie die Saldoforderung überhaupt erst entsteht, wenn die Parteien nicht anerkennen und es daher zu keiner Novation kommt. Diese Frage ist aber von immenser Bedeutung, da es gerade in solchen Fällen das Erlöschen der kontokorrentgebunden Forderungen und Leistungen und deren Reduzierung auf eine Überschussforderung zu definieren gilt. Außerdem wird die Novationstheorie heute als endgültig widerlegt angesehen.

Gegenüber der Novationstheorie stellte es einen Fortschritt dar, dass *von Godin* unter Zugrundelegung des Wortes „ausgeglichen“ in § 355 Abs 1 HGB der Verrechnung eine vom Novationsgedanken unabhängige Tilgungsfunktion zuerkannte. Mit Hilfe einer Wortlautinterpretation meinte *von Godin*, dass mit „Ausgleich“ nur jene Wirkung gemeint sein könne, die entsteht, wenn der Gläubiger den Ausgleich seiner wirklichen Vermögenslage mit derjenigen, die er zu beanspruchen hat, erfährt; wenn er also bekommt, was er bekommen soll – folglich die Erfüllung der Forderungen, die damit erlöschen.

cc) 2. Theorie: Tilgung der Saldoforderung

Die zweite Theorie fußt auf der Kritik *Hefermehls* an *von Godin*, der eine bloße Wortlautinterpretation nicht ausreichen und überzeugen lässt¹³³). Das Wort „Ausgleich“ brauche nicht als ein rechtlicher verstanden zu werden, sondern könne auch rein buchmäßig gemeint sein. Das gelte umso mehr, wenn man wie *von Godin* auch die Worte „Verrechnung“ und „Feststellung“ nicht als Rechtsakte, sondern als bloße Buchungsvorgänge verstehe. *Hefermehl* lehnt daher die Tilgungswirkung der Verrechnung ausdrücklich ab. Seiner Meinung nach werde das Erlöschen der Einzelansprüche „aus dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung erst durch die Tilgung der Saldoforderung“ bewirkt. Tilgung deshalb, weil nach *Hefermehl* die Saldoanerkennung, entsprechend der hA, keine Novationswirkung besitze und erst die Tilgung die materiell-rechtliche Wirkung der Gesamtverrechnung auslöse, durch die die im Saldo verrechneten Einzelforderungen und Leistungen getilgt würden. Die Ausdrücke „Verrechnung“, „Feststellung des Überschusses“ und „Ausgleich“, die der § 355 HGB und in weiterer Folge auch §355 UGB verwenden, seien nur buchmäßig zu verstehen, und nicht als Rechtsakte. Daher sei

¹³³) *Canaris*, DB 1972, 421.

die Verrechnung nur eine „summenmäßige“ bzw. „summierende“, was erfordert, dass die Tilgung der Einzelforderungen alleine durch die Tilgung der Saldoforderung eintreten könne.

dd) 3. Theorie: Tilgungswirkung der Verrechnung

Diese Annahme *Hefermehls* geht aber zu weit: Er stellt auf die Tilgung der Saldoforderung ab - damit kann aber nur die Saldoforderung per se, also die Forderung auf den Überschuss, erlöschen, nicht jedoch die übrige Masse an Einzelforderungen. Wenn also A eine Forderung von 50.000 hat, B eine über 49.999, so würde, nach *Hefermehl*, erst durch die Begleichung der Differenz (1), die gesamte Forderung des Saldogläubigers (A) getilgt werden. B würde durch die Leistung von 1 auch seine eigene Forderung zum Erlöschen bringen. Meines Erachtens eine obskure Theorie, die in zu krassem und unauflösbarem Widerspruch zu § 1412 ABGB steht („... die Zahlung ... die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist...“). Nicht einmal der Vereinfachungszweck des Kontokorrents vermag diese Annahme zu rechtfertigen.

Daher schließt sich die hA auch der Meinung *Canaris'* an, nach der es nicht anders sein kann, als dass die Forderungen und Leistungen, soweit sie sich der Höhe nach decken, bereits durch die Verrechnung getilgt werden¹³⁴). Es kommt daher der Verrechnung als solcher eine Tilgungsfunktion zu, sie stellt also nicht nur einen Buchungsvorgang dar¹³⁵). Dass die Verrechnung tilgenden Charakter hat, entspricht auch dem wirtschaftlichen Zweck des Kontokorrents, nämlich die Vereinfachung der Abrechnung, und dem mutmaßlichen Parteiwillen. Nur dadurch kann erklärt werden, wodurch die kontokorrentzugehörigen Posten erlöschen, soweit sie sich decken, und nur dadurch kann die Entstehung des kausalen Saldos begründet werden, falls es nicht zu einer Anerkennung des Überschusses kommen sollte.

Ist man ein Befürworter der 4-Verträge-Theorie *Canaris'*, kann man auf dieser Grundlage auch die Rechtsnatur der Verrechnung definieren: Demnach handelt es sich bei der Verrechnung um einen eigenständigen Vertrag, da sie nach dem Parteiwillen auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist. Da durch diesen Vertrag Forderungen zum Erlöschen gebracht werden, hat er zumal Verfügungscharakter. Während daher die „Kontokorrentabrede“ die Forderungen und Leistungen nur zur Verrechnung stellt, bildet der „Verrechnungsvertrag“ als separater Vertrag eine Vereinbarung über den Vollzug der Verrechnung. Dass die Verrechnung einen Aufrechnungsvertrag darstellt, akzeptiert *Canaris* nicht¹³⁶). In Anbetracht der Tat-

¹³⁴) *Canaris*, DB 1972, 422.

¹³⁵) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 303.

¹³⁶) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 125.

sache, dass nur mit Forderungen, und nicht auch Leistungen, aufgerechnet werden kann, würde das Rechtsinstitut der Kompensation ausscheiden. Die Verrechnung stünde jedoch einem echten Aufrechnungsvertrag so nahe, dass die Regeln über diesen unbedenklich auch beim Kontokorrent zu Anwendung gebracht werden könnten. In Österreich vertreten *va Krejci*¹³⁷⁾ und *Dullinger*¹³⁸⁾, mE zu Recht, die Ansicht, dass es sich bei der Verrechnung der gegenseitigen kontokorrentgebundenen Forderungen doch um einen Anwendungsfall vereinbarter Aufrechnung handelt. Bezüglich der ebenfalls zu verrechnenden Leistungen liege hingegen keine Auf-, sondern Anrechnung vor. Es wird weder die Vereinbarung noch die Durchführung der Verrechnung als eigenständiges Rechtsgeschäft angesehen. Sie sind bloße „Teilelemente des einheitlichen Kontokorrentvertrags und dessen Erfüllung“. Danach würden die Parteien bezüglich des sich deckenden Teils der in das Kontokorrent gestellten Posten einen Aufrechnungsvertrag schließen. Beinhalten die Posten nicht nur Forderungen, sondern auch Leistungen, so wären diese nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu bewerten, und deren Wert anzusetzen. Technisch gesehen, würde dieser Wert dann zur Anrechnung gebracht, da ja ein Wesensunterschied zwischen Kontokorrent und Aufrechnung jener ist, dass bei ersterem sowohl Forderungen als auch Leistungen, bei letzterem jedoch nur Forderungen ausgeglichen werden können. Die Ansicht *Canaris'* von der Existenz eines separaten Verrechnungsvertrags wird wegen ihrer Inkompatibilität mit dem Vereinfachungszweck des Kontokorrents nicht geteilt: Der Zweck eine Gesamtabrechnung herbeizuführen, lässt einen auf das Bestehen einer Kontokorrentabrede, und zusätzlich eines Verrechnungsvertrages gerichteten Parteiwillen wenig sinnvoll erscheinen.

Die Verrechnung darf nicht mit der Feststellung bzw Anerkennung des Saldos verwechselt werden. Chronologisch betrachtet, geht die Verrechnung der Saldofeststellung vor; sie stellt quasi eine Vorstufe der Saldoanerkennung dar.

Ein zusätzliches Merkmal der Verrechnung ist, wie bereits erörtert, dass ihr alleine schon Tilgungswirkung zukommt. Der sich deckende Teil der Posten erlischt schon alleine aufgrund der Verrechnung, womit der (kausale) Saldo überhaupt erst zur Entstehung gelangt. Welche Posten daher von der Tilgungswirkung aufgegriffen werden, wird erst beim kausalen Saldo behandelt. Weiters zu unterscheiden ist die Verrechnung als Tilgungsakt vom rein mathematischen Vorgang der Saldoberechnung, die durch die Gegenüberstellung der Posten und Ermittlung der Differenz vorgenommen wird.

¹³⁷⁾ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 303.

¹³⁸⁾ *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³, § 1438, Rz 35.

Wie verhält es sich nun mit dem Vollzug der Verrechnung? Tritt er am Ende einer Rechnungsperiode von selbst, also „automatisch“ ein oder bedarf er einer eigenen rechtsgeschäftlichen Erklärung der Parteien? Grundsätzlich handelt es sich bei der Frage nach dem Vollzug der Verrechnung wie nahezu bei allen kontokorrentrechtlichen Problemen nur um eine Frage des Parteiwillens. Wenn daher die Parteien eine Vereinbarung darüber geschlossen haben, dass die Verrechnung immer wieder selbsttätig eintreten soll, also die periodische Verrechnung *anticipando* vereinbaren, ist dies zu respektieren. Ebenso wie eine Vereinbarung, nach der die Verrechnung am Ende jeder Rechnungsperiode durch Zusammenwirken der Parteien stattfinden soll. Meistens werden jedoch die Parteien keine klaren Absprachen bezüglich dieses Punktes getroffen haben, sodass es den mutmaßlichen Parteiwillen zu erforschen gilt. In aller Regel wird er dahin gehen, dass die Verrechnung mit Tilgungswirkung am Ende der jeweiligen Rechnungsperiode automatisch erfolgt¹³⁹). Im Zweifel wäre der Kontokorrentvertrag dahingehend zu interpretieren. Die Unterstellung, die Parteien würden sich nur verpflichten wollen, jeweils erst mit Ablauf der jeweiligen Rechnungsperiode die Verrechnungswirkungen durch ein eigenes Rechtsgeschäft vorzunehmen, würde nicht der Absicht gewöhnlicher, wirtschaftlich denkender Parteien entsprechen und wäre daher nicht sehr lebensnahe. Außerdem entspricht die Vorstellung, dass die Verrechnung *motu proprio* eintritt und daher einen unmittelbar auf Zahlung gerichteten Anspruch schafft, eher dem Vereinfachungszweck des Kontokorrents als die Gegenansicht, die eine eigene Parteihandlung verlangt und somit lediglich einen Anspruch auf Vornahme der Verrechnung, oder präziser: einen Anspruch auf Abschluss eines Aufrechnungsvertrages entstehen ließe. Hinzu kommt, dass der ehemalige § 355 Abs 3 HGB – jetzt § 355 Abs 5 UGB - vom Entstehen eines unmittelbaren Zahlungsanspruchs und somit von einer automatischen Verrechnung ausging. Diese Regelung bezog sich jedoch nur auf die Beendigung des gesamten Kontokorrentverhältnisses. § 355 Abs 3 UGB hat diesbezüglich Klarheit geschaffen und sieht nun vor, dass es zum Ende jeder Rechnungsperiode zur Verrechnung der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen kommt. Diese Rechtsfolge tritt also nach UGB *ipso iure* ein und begründet den kausalen Saldo¹⁴⁰). Damit ist die Relevanz des Zeitpunktes und der Handlungserfordernisse für den Vollzug der Verrechnung zugunsten eines Automatismus gelöst worden.

¹³⁹) *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/28; *Canaris*, DB 1972, 422.

¹⁴⁰) *Schauer in Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 6.

ee) Das Bankkontokorrent

In Anbetracht der vermittelten Informationen über die Verrechnung, kann nun auf das Bankkontokorrent eingegangen werden, das von manchen als eine besondere Art des Kontokorrents angesehen wird, das sich vom gesetzlichen Typus der §§ 355 UGB durch die Modifikationen durch die ABB unterscheidet¹⁴¹). Eine Ergänzung durch die ABB rechtfertigt es aber noch nicht, das Bankkontokorrent dem allgemeinen Kontokorrent gegenüberzustellen. Andere wiederum meinen, der Unterschied liege in der Periodizität der Verrechnung, auf die beim Bankkontokorrent eben verzichtet wird, warum sie auch als Staffelkontokorrent zu qualifizieren sei¹⁴²). Es würde also nach jedem Geschäftsfall eine tilgende Verrechnung vorgenommen werden, sodass eine jederzeit verfügbare Saldoforderung gegeben sei.

Die hA ist jedoch der Meinung, dass das Bankkontokorrent bloß eine besondere Ausformung des allgemeinen Kontokorrents darstellt¹⁴³).

Auch wenn das Modell des Staffelkontokorrents den wirtschaftlichen Vorgängen und Parteilvorstellung am ehesten entspricht¹⁴⁴), weil der Bankkunde über ein jederzeit disponibles Guthaben verfüge, und auch die Zinsberechnung auf diesen und nicht auf die einzelnen Ansprüche und Leistungen abstelle, ergibt sich dies jedoch aus der Geschäftsbeziehung zwischen Kreditinstitut und Kunde, und ist kein zwingendes Argument zugunsten des Staffelkontokorrents¹⁴⁵). Nach Z 38 Abs 1 ABB wird das Konto nämlich periodisch (quartalsmäßig) abgeschlossen. Die von den Banken laufend erstellten Abrechnungen sind lediglich technische Vorgänge mit dem Zweck, über den Kontostand und die Zinsberechnung zu informieren und den Überblick zu erleichtern¹⁴⁶).

ff) In-Rechnung-Stellung

Während die Verrechnung am Ende der Rechnungsperiode also automatisch eintritt, ergibt sich aus der Definition des Kontokorrents, dass die Einzelforderungen während des Laufs der Rechnungsperiode nur „in Rechnung gestellt“ werden. Es muss daher die „In-Rechnung-Stellung“ von der „Verrechnung“ unterschieden werden: Während das erstere lediglich den Kreis der in das Kontokorrent einzubeziehenden Forderungen festlegt, zu ihrer Paralisierung

¹⁴¹) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/4 mwN.

¹⁴²) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 18; *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 23.

¹⁴³) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/4.

¹⁴⁴) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/5 (Vorauslage zu *Apathy*).

¹⁴⁵) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/5.

¹⁴⁶) OGH in ÖBA 2003, 373; *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 21.

und einem Verlust der Selbstständigkeit führt und die Forderungen zu Posten in der Abrechnung werden lässt, bewirkt die Verrechnung jenen rechtlichen Zwischenschritt, der notwendig ist, damit aufgrund des rechnerisch ermittelten Saldos eine Forderung auf den Überschuss entstehen kann; durch die Verrechnung wird daher insofern in den Bestand der kontokorrentgebundenen Forderungen eingegriffen, als der sich deckende Teil erlischt. Während des Laufs der Rechnungsperiode, also der In-Rechnung-Stellung, gilt der Grundsatz vom Verrechnungsaufschub¹⁴⁷). Dh, dass die Rechnungsperiode durch einen Schwebezustand gekennzeichnet ist, in dessen Rahmen alles im Fluss ist und sich erst beim Rechnungsabschluss herausstellt, wer Gläubiger und wer Schuldner ist. In diesem Zustand der Schwebe entsteht für keinen der Kontokorrentbeteiligten eine Forderung, da die Soll und Habenseite isoliert nebeneinander laufen. Natürlich gilt dies, wie eingangs bereits dargelegt, nur für das Periodenkontokorrent. Beim Staffelnkontokorrent hingegen würde der Grundsatz des Verrechnungsaufschubs nicht zur Anwendung gelangen. Es wird die Verrechnung nach jedem Geschäftsvorfall vorgenommen, sodass das Staffelnkontokorrent, im Gegensatz zum Periodenkontokorrent, nicht aus den Einzelforderungen aufgeteilt auf Soll- und Habenseite besteht, sondern nur aus der einzelnen Saldoforderung zugunsten einer Partei.

gg) Verrechnungsfähigkeit?

Interessant ist, dass *Canaris* von einer „Verrechnungsfähigkeit“ spricht, und diese von der Kontokorrentzugehörigkeit unterscheidet¹⁴⁸). Nicht jede kontokorrentzugehörige Forderung müsse beim nächsten Rechnungsabschluss notwendigerweise auch in die Verrechnung mitbezogen werden. Es besteht auch die Möglichkeit, sie auf eine spätere Periode vorzutragen, was aber nicht zum Verlust der Kontokorrentzugehörigkeit führen muss, weil es nicht dem hypothetischen Parteiwillen entspräche, solch eine Forderung wieder zu verselbstständigen. Dadurch könnte sie ja wieder abgetreten, verpfändet und gepfändet werden. Es soll daher bei der Verrechnung nicht auf die Kontokorrentzugehörigkeit, sondern auf die Verrechnungsfähigkeit, also auf die Fähigkeit und Bestimmung der Forderung, in die nächste Verrechnung einbezogen zu werden, abgestellt werden. Demnach wären aufschiebend bedingte und aufschiebend befristete Ansprüche vor Bedingungs- bzw Befristungseintritt ebenso wenig verrechnungsfähig wie Forderungen, die mit einer Einrede behaftet sind. Weiters sind Forderungen, auf die alsbald eine Leistung zu erwarten ist, nicht verrechnungsfähig, und Forderungen, die Bestandteil von wirtschaftlich zusammengehörenden Vorgängen sind, weil diese Zusammenhänge nicht auseinandergerissen werden sollen, und nicht fremde Kontokorrentposten zur

¹⁴⁷) Grigat, NJW 1952, 812; *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 143.

¹⁴⁸) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 138.

Tilgung herangezogen werden sollen. Schließlich betont *Canaris*, dass diese Regelungen über die Verrechnungsfähigkeit nur mangels abweichender Parteienvereinbarungen beachtlich seien. Ich jedoch finde, dass *Canaris* in diesem Thema nicht zuzustimmen ist und dass „seine“ Verrechnungsfähigkeit nicht erforderlich ist um die Verrechnung auszugestalten. Der Parteiwille (bei Fehlen eines ausdrücklichen oder konkludenten Willens der hypothetische Parteiwille) reicht aus um die Forderungen, die in die Verrechnung einbezogen werden sollen, zu determinieren. Der Umstand, dass eine Forderung zunächst die gesamte Rechnungsperiode ins Kontokorrent gestellt wird und dann bei der Verrechnung wegen der mangelnden Verrechnungsfähigkeit nicht verrechnet, sondern vorgetragen wird, nur um die „Selbstständigkeit“ und somit die Abtretbarkeit, Pfändbarkeit und Verpfändbarkeit zu verhindern, stellen mE ohnehin ein Indiz dafür dar, dass die Parteien die Einstellung in das Kontokorrent nicht wegen des Ursprungs aus der Geschäftsverbindung beabsichtigen, sondern nur um die Verkehrsfähigkeit der Forderung auszuschalten. Insofern ist daher, bezüglich solcher Forderungen, ohnehin die Kontokorrentzugehörigkeit zu verneinen. Der Kontokorrentzweck, die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen, die aus einer Geschäftsverbindung entspringen, zu vereinfachen, würde in derartigen Fällen ausgehöhlt werden. Die Einbeziehung von Forderungen, die also nicht der Geschäftsverbindung entnommen wurden, und Vortragung auf weitere Rechnungsperioden mit der Absicht sie lediglich dem Rechtsverkehr zu entziehen, würde also nicht meinem Verständnis der Kontokorrentzugehörigkeit entsprechen. Um die Verkehrsfähigkeit auszuschalten, müssten sich die Parteien der Abtretungs- oder Verpfändungsverbote bedienen.

11. Der Saldo

a) Allgemeines

Die Rechtsfolge der dem Kontokorrent immanenten Verrechnungsvereinbarung ist primär die Entstehung eines Saldos am Ende der Rechnungsperiode¹⁴⁹). Die bis zum Ende der Rechnungsperiode aufgeschobene Tilgungswirkung der Verrechnung tritt ein und die Forderungen erlöschen zum sich deckenden Teil. Die Posten der Partei mit weniger Forderungen bereiten keine Besorgnis mehr, da sie ausnahmslos zur Gänze erloschen sind. Übrig bleibt dann nur mehr der Überschuss, den man auch als „Saldo“ bezeichnet. Die diesbezügliche Neuerung, die das UGB im Gegensatz zum HGB gebracht hat, ist, dass das Gesetz nun scharf zwischen

¹⁴⁹) *Schauer*, ÖJZ 2006, 75.

kausalem und festgestelltem Saldo differenziert¹⁵⁰). Im HGB-Gesetzeswortlaut kam diese Unterscheidung nicht deutlich zum Vorschein. Während sich der kausale Saldo am Ende jeder Rechnungsperiode quasi selbsttätig ergibt und nun im Abs 3 des § 355 UGB geregelt ist, bedarf es für den festgestellten Saldo, wie der Name bereits verrät, eines eigenen Vertrages. Die diesbezügliche Regelung findet sich im Abs 4 des § 355 UGB. In der deutschen Literatur zum HGB wird zwischen kausalem und abstraktem Saldo unterschieden. Im österreichischen Rechtsbereich wird aber der Ausdruck „abstrakter“ Saldo mit Vorsicht gehandhabt, weil im österreichischen Schuldrecht, im Gegensatz zum deutschen Recht, abstrakte Verträge grundsätzlich verboten sind¹⁵¹). Dies ergibt sich aus § 937 ABGB, wonach allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrages ohne Wirkung sind. Dadurch sollte nämlich der Schuldner vor Leichtsinigkeiten, wucherlichen Intentionen und Arglist geschützt werden¹⁵²). Insofern wurde also die Privatautonomie bewusst beschränkt. Vor allem in zweipersonalen Beziehungen. Gesetzlich zugelassen ist jedoch eine abstrakte Verpflichtung des Angewiesenen nach Annahme der Assignment nach § 1402 ABGB und eine ebenfalls abstrakte Verpflichtung des debitor cessus infolge eines Anerkenntnisses gemäß § 1396 ABGB. Anerkannt ist ferner die Abstraktheit der Wechselschuld sowie der Garantie im dreipersonalen Verhältnis¹⁵³).

b) Kausaler Saldo

aa) Allgemeines

Der kausale Saldo ergibt sich aufgrund der Verrechnung automatisch am Ende jeder Rechnungsperiode. Es wird dabei der Differenzbetrag zwischen den in das Kontokorrent gestellten Forderungen und Leistungen ermittelt. Derjenige Vertragspartner, dessen Forderungen und Leistungen gegenüber jenen des anderen prävalieren, hat Anspruch auf den Saldo. Dieser kausale Saldo stellt aber keinen eigenen neuen Verpflichtungsgrund dar, sondern wird abgeleitet aus den kontokorrentgebundenen Forderungen und Leistungen. Er kann daher hinsichtlich der Länge der Verjährung, des Gerichtsstandes, des Erfüllungsortes, der Anwendbarkeit ausländischen Rechts und ähnlicher Rechtsfragen kein von den kontokorrentgebundenen An-

¹⁵⁰) *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, 289.

¹⁵¹) *Koziol*, Zur Gültigkeit abstrakter Schuldverträge im österreichischen Recht, GedS Gschnitzer, 234; *derselbe* in JBl 1984, 121 sowie ÖBA 1986, 443;

man beachte, dass im deutschen bürgerlichen Recht abstrakte Schuldverhältnisse unter dem Vorbehalt des Bereicherungsausgleichs stehen, da die Begründung einer neuen Forderung auch als Leistung iSd § 812 BGB gilt (näheres siehe *Heidinger* in *Schwimmann*, ABGB³, VI, § 1375, Rz 27).

¹⁵²) *Apathy*, ÖBA 1999, 684.

¹⁵³) *Koziol*, ÖBA 1986, 443.

sprüchen unterschiedliches rechtliches Schicksal haben. Um all diese Punkte zu klären, kommt es vielmehr darauf an, welche Posten oder Forderungs- oder Leistungsrudimente der Saldo inkludiert, also woraus sich der Saldo rechtlich zusammensetzt. Bis zur Handelsrechtsreform 2005 musste die Lehre diese Problematik einer Lösung zuführen oder es zumindest versuchen. Die Antwort auf die Frage nach der Konsistenz des kausalen Saldos hat auch eine erhebliche praktische Bedeutung: Sollte es nämlich nicht zur Anerkennung des Saldos kommen und derjenige, zu dessen Gunsten ein Saldo besteht, diesen einklagen wollen, müssen die bereits vorher erwähnten Gesichtspunkte (Verjährung, Gerichtsstand, Erfüllungsort, anwendbares Recht) eruiert werden. Theoretisch könnten die Parteien einvernehmlich bestimmen, was worauf zu verrechnen ist. Eine solche Bestimmung wird aber in der Regel nicht vorgenommen worden sein. Es wurden daher 3 Theorien entwickelt, die jeweils auf eine andere Weise die Konsistenz des Saldos zu erklären versuchten:

bb) 1. Die Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung

Nach dieser Theorie vollzieht sich die Verrechnung für den Fall, dass sich die Summen der Haben- und Sollposten nicht die Waage halten, so, dass die als unteilbares Ganzes angesehene Posten der größeren Seite verhältnismäßig gegen die Posten der kleineren Seite verrechnet werden. Während die Posten der kleineren Seite völlig erlöschen, bleiben die der größeren Seite hingegen zu einem proportionalen Teilbetrag aufrecht. Die Proportion erhält man, indem man die Gesamtheit der Posten der größeren Seite jener der kleineren Seite gegenüberstellt. Die Aktiva der größeren Seite bestehen also ausnahmslos zu einem Bruchteil weiter¹⁵⁴). Und da sich der kausale Saldo nach dieser Theorie vor seiner Anerkennung mosaikartig aus diesen proportionalen Resten zusammensetzt, ist auch von der **Mosaiktheorie** die Rede. Sie hat zur Folge, dass sich der am Schluss der Rechnungsperiode errechnete Saldo aus einem mosaikartigen Bündel von Forderungen unterschiedlicher Rechtsgrundlagen zusammensetzt.

Hat beispielsweise A gegen B 4 Forderungen à € 2.500,-- (was im Ergebnis € 10.000,-- ausmacht), B gegen A jedoch 5 Forderungen à € 1.000,-- (Summe € 5.000,--), so prävalieren die Forderungen des A. Nach der Mosaiktheorie hat B überhaupt keine Forderung mehr gegen A. Das Verhältnis der Forderungssummen von A zu B beträgt 2:1, was bedeutet, dass die Forderungen des A doppelt so hoch sind wie die des B. Während B keine Forderungen mehr hat, bleiben die 4 Forderungen des A zwar bestehen, jedoch nur mehr zur Hälfte. Also hat A am Ende nur mehr 4 Forderungen à € 1.250,--. Der Saldo von € 5.000,--, der dem A zusteht, ist illustrativ gesprochen ein Mosaik, das sich aus je einer Hälfte der ursprünglichen Forderungen

¹⁵⁴) *Canaris in Staub, HGB*⁴, § 355, Rz 144.

zusammensetzt. Es liegt auf der Hand, dass diese Theorie den Vereinfachungszweck des Kontokorrents nicht fördert, weil sie den kausalen Saldo auf eine ziemlich komplexe Weise zu erklären versucht. Bei diesem Verständnis tritt die Tilgungswirkung hinsichtlich der jeweils in das Kontokorrent einbezogenen Forderungen lediglich teilweise ein, sodass bei der Geltendmachung des Saldos jede Forderung in Höhe des noch nicht getilgten Anteils geltend gemacht wird. Als Begründung wird auf die Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs 2 BGB Bezug genommen¹⁵⁵⁾, der im deutschen Zivilrecht das Pendant zum § 1416 ABGB darstellt. Dort heißt es, dass in Ermangelung einer Vereinbarung zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen diejenige, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter gleichsicheren die dem Schuldner lästigere, unter gleichlästigen die ältere, und erst bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt werden soll. Im § 366 Abs 2 BGB, auf den Bezug genommen wird, ist die verhältnismäßige Tilgung daher erst als letzte Alternative angeordnet. Davor kommen noch eine Reihe anderer Anrechnungsregeln zum Zug. Und gerade um diese anderen Anrechnungsregeln auszusetzen, wird die Anwendung des § 366 Abs 2 BGB abgelehnt, was überhaupt erst den Raum für die Mosaiktheorie kreierte. Es ist kontrovers, zunächst die Anwendung der gesetzlichen Tilgungsregel abzulehnen, dann auf ihren letzten Halbsatz Bezug zu nehmen und ihn sogar noch zur Basis der Theorie zu machen. Ein weiteres Argument gegen die Mosaiktheorie ist der Mangel einer entsprechenden Vereinbarung. Es ist absurd, dem Parteiwillen eine derartig komplexe verhältnismäßige Gesamtaufrechnung zu unterstellen. Es wurde daher der deutschen Rechtsprechung vorgehalten, dass diese Theorie nicht nur nicht auf den mutmaßlichen Parteiwillen gestützt sei, sondern sogar in eklatantem Widerspruch zu ihm stünde. *Canaris* verleiht seinem Unmut folgendermaßen Ausdruck: „Welcher Kaufmann, ja sogar welcher in die ‚Mysterien‘ des Kontokorrentrechts nicht eingeweihte Jurist würde wohl auf ein so absonderliches Ergebnis verfallen, wie es die Theorie von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung zur Folge hat?“¹⁵⁶⁾. Daher schien eine im Schrifttum versuchte Rechtfertigung, nach der die Mosaiktheorie die einfachste und natürlichste Lösung sei, und nur sie alleine befriedige die Gebote der Logik, nicht sehr standhaft.

Man versuchte die Mosaiktheorie weiters mit der Begründung zu rechtfertigen, dass alle Forderungen und Zahlungen im Kontokorrent absolut gleichwertig seien – egal, ob gesichert oder nicht, ob klagbar oder nicht - oder dass die Posten unter völliger Ausschaltung der individuellen Seite absolut schematisch zu behandeln seien, und die Mosaiktheorie das geeignete Mittel sei, diese Gleichwertigkeit und Schematisierung zu erreichen. Es muss aber berücksichtigt

¹⁵⁵⁾ *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 144.

¹⁵⁶⁾ *Canaris*, DB 1972, 423.

werden, dass weder die Unterstellung unter die Kontokorrentabrede, noch die Verrechnung dazu führt, dass die Forderungen und Leistungen ihrer spezifischen Rechtsnatur entkleidet und vereinheitlicht werden. Dies wird erst durch den Abschluss des Anerkenntnisvertrages erreicht. Die Mosaiktheorie wirkt der Schematisierung gerade entgegen, weil sich nach ihr der kausale Saldoanspruch ja mosaikartig aus allen Forderungen und Leistungen zusammensetzt, und eben deswegen keinen einheitlichen Charakter trägt. Ein weiterer schlagkräftiger Kritikpunkt an der Mosaiktheorie ist die Frage, wie sie sich mit der in der Praxis weit verbreiteten staffelmäßigen Berechnung der Zinsen vereinbaren lässt, worauf von den Anhängern der Mosaiktheorie keine Antwort gegeben werden konnte. Wie bereits eingangs erwähnt steht die Theorie von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung auch in einem krassen Widerspruch zum Vereinfachungs- und Vereinheitlichungszweck des Kontokorrents. Wegen der mosaikartigen Konsistenz des Saldos können für die verschiedenen Bestandteile der kausalen Saldoforderung unterschiedliche Verjährungsfristen, Erfüllungsorte und sogar unterschiedliche Gerichtsstände gelten und unterschiedliches (ausländisches) Recht anwendbar sein. Zu untragbaren Resultaten führt die Mosaiktheorie aber auch in der Frage ihrer Durchführung bei unklagbaren Forderungen und in der Frage der Sicherheiten: Die Verrechnung von unklagbaren Posten stünde nach dieser Theorie nämlich unter einer „stillschweigenden auflösenden Bedingung“, wonach die Verrechnung dann unwirksam werden sollte, wenn sich der Saldoschuldner auf die Unklagbarkeit beruft. In einem zweiten Schritt würde die Verrechnung sodann unter Ausklammerung der unklagbaren Posten erneut vorgenommen werden. In der gleichen Art würde die Theorie bezüglich der Frage der bestellten Sicherheiten zu einem unvernünftigen Ergebnis führen: Diese müssten bei jeder Verrechnung anteilmäßig untergehen oder rückübertragen werden, da ja die durch sie gesicherten Forderungen teilweise getilgt werden. Nun wird aber die Partei, die Anspruch auf den Saldo hat, größtes Interesse am Fortbestand der gesicherten Forderungen haben, womit eine Kontroverse zum mutmaßlichen Parteiwillen vorprogrammiert ist. Ein weiteres Manko der Mosaiktheorie ist die mit ihr notwendig verbundene permanente Sezession wirtschaftlich kohärenter Verträge. Eine allfällige Leistung während der Rechnungsperiode wird nämlich nicht auf bestimmte wirtschaftlich zusammengehörende Forderungen angerechnet, sondern es kommt zu einem partiellen Erlöschen aller Forderungen. Um das zu verhindern, muss der Leistende von der Möglichkeit Gebrauch machen, die ihm § 1415 letzter Satz ABGB einräumt: Nämlich die Tilgung einer bestimmten Verbindlichkeit mit dem Gläubiger vereinbaren.

Obwohl die Mosaiktheorie gegen viele Contra-Argumente nicht anzukommen vermag und ihre Verfechter auch keine wirklich überzeugende Begründung geben können, und obwohl das positive allgemeine Zivilrecht über Regelungen für diese Problematik verfügt, war sie in Deutschland hA, und die deutsche Rspr hält nach wie vor an ihr fest¹⁵⁷). Auch in Österreich hatte sie sich anfangs durchgesetzt und war lange Zeit herrschend. Mit dem UGB und den revidierten Kontokorrentregelungen gehört sie aber jetzt der Vergangenheit an, wie noch näher erörtert werden wird.

cc) 2. Die Lehre vom Staffelkontokorrent

Die Vertreter der Lehre vom Staffelkontokorrent verfechten die Ansicht, dass sich die Verrechnung automatisch vollziehe, sobald sich im Kontokorrent zwei Posten verrechnungsfähig gegenüber stehen. Dieser Vorgang weicht also von jenem der Mosaiktheorie in 2 Punkten ab: Zunächst wird vom Grundsatz der Periodizität der Verrechnung abgewichen, da die Verrechnung nicht wie bei der Mosaiktheorie am Ende einer jeden Rechnungsperiode, und daher in regelmäßigen Zeitabschnitten, sondern nach dem jeweiligen Geschäftsvorfall vorgenommen wird. Es wird also nicht bis zum Schluss der Periode gewartet, sondern nur bis zu jenem Zeitpunkt, indem sich die Forderungen oder Leistungen zum ersten Mal verrechnungsfähig entgegenstehen. Die zweite Abweichung liegt darin, dass statt einer verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung bei jedem verrechnungsfähigen Geschäftsvorfall automatisch laufend saldiert wird. Es erfolgt dabei die Verrechnung jedes Postens mit dem jeweils vorher verbliebenen Saldo.

An der Theorie vom Staffelkontokorrent wird gelobt, dass sie, im Gegensatz zur Mosaiktheorie, nicht in so offensichtlicher Kontroverse zum wirtschaftlichen Verlauf der Geschäftsfälle und zum hypothetischen Parteiwillen steht. Außerdem kommt sie dem Postulat nach Einfachheit und Einheitlichkeit der Rechtsfolgen stark entgegen, weil nach dieser Konstruktion der kausale Saldo nicht mosaikartig aus einer Menge Forderungsresten besteht, sondern nur aus einer einzigen oder einigen wenigen Forderungen, da sich, je nach der Geschäftsintensität, eine gewisse Anzahl ja von selbst eliminiert haben sollten.

Diese Lehre hat aber nicht nur Befürworter, sondern auch Antagonisten, die einwenden, dass dieser Typus des Staffelkontokorrents nicht jener sei, von dem der Gesetzgeber in den §§ 355 – 357 HGB ausgegangen ist. Dies ergäbe sich vor allem daraus, dass das HGB unmissverständlich die Periodizität der Verrechnung und Feststellung beim Kontokorrent voraussetzt¹⁵⁸). Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Verrechnungsmodus

¹⁵⁷) Langenbacher in MünchKommHGB², § 355, Rz 78.

setzt¹⁵⁸). Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Verrechnungsmodus nach der zeitlichen Reihenfolge nicht zwingend auf das Staffellokontokorrent beschränkt, sondern durchaus auch bei periodischer Verrechnung möglich ist¹⁵⁹). Auch wenn man darüber durch Analogie oder ergänzende Vertragsauslegung hinwegkäme, sei es aber dennoch nicht erklärlich, warum dieser vom gesetzlich vorgesehenen abweichende Typus zum Normalfall erhoben wäre. Schließlich sei nicht plausibel, warum in einem rein schematischen Vorgehen alle verrechnungsfähigen Posten als völlig gleichwertig und gleichartig behandelt würden, statt eine wertende Betrachtung vorzunehmen und sie in einer Rangfolge zu ordnen. Die rigorose Verrechnung jeder Forderung mit der vorhergehenden würde zu einem Auseinanderreißen wirtschaftlich zusammengehörender Vorgänge und, insb bei unklagbaren Verbindlichkeiten, zu gesetzeswidrigen Ergebnissen führen. An dieser Stelle erweist es sich als nützlich, näher auf diese unklagbaren Verbindlichkeiten („Naturalobligationen“) einzugehen:

Die Besonderheit von Naturalobligationen (natürliche oder unvollkommene Verbindlichkeiten) liegt darin, ihnen die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung fehlt. Die Erfüllung von Naturalobligationen kann daher nicht erzwungen werden¹⁶⁰). Es handelt sich bei ihnen um sog „Schulden ohne Haftung“. Der Umstand, dass sie nicht zwangsweise durchgesetzt werden können, ändert aber nichts daran, dass der Naturschuldner auch wirklich schuldet, denn das, was geleistet wurde, kann nicht mehr zurückverlangt werden. So besagt § 1432 ABGB, dass Zahlungen einer verjährten oder einer solchen Schuld, bei der ein Formmangel vorliegt oder zu deren Eintreibung das Gesetz bloß das Klagerecht versagt, nicht zurückgefordert werden können. Die Leistung des Schuldners ist ein Akt der Schuldtilgung. Daher kann er auch nicht einwenden, der Gläubiger hätte keinen Anspruch gehabt. Es liegt auch keine Schenkung vor, weshalb die Widerrufsgründe der §§ 947 ff ABGB ausscheiden.

Im Zusammenhang mit der Lehre vom Staffellokontokorrent fragt es sich daher, wie die kontokorrentmäßige Verrechnung vollwertiger Forderungen mit solchen unklagbaren erfolgen soll? Nach den Anhängern dieser Lehre würde sich die Verrechnung konsequenterweise unter Einbeziehung der unklagbaren Forderungen vollziehen. Es würde eine schematische Verrechnung nach jedem Geschäftsvorfall erfolgen, was natürlich zu unhaltbaren Ergebnissen führte. Denn die klagbare Forderung würde mit der unklagbaren verrechnet werden. Es ist zwar anerkannt, dass nicht mit unklagbaren Forderung aufgerechnet werden kann, jedoch sehr wohl

¹⁵⁸) *Canaris*, DB 1972, 424.

¹⁵⁹) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/34 (in der Folgeauflage wird auf diese Theorien nicht mehr eingegangen).

¹⁶⁰) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 12.

gegen sie. Dies setzt aber einen entsprechenden Willen der Parteien voraus. Die antizipierte Verrechnung unter Einbeziehung auch unklagbarer Forderungen würde aber dazu führen, dass ein Kontokorrentpartner seine gegen den anderen bestehende klagbare Forderung verliert, obwohl dieser nur eine unklagbare gegen ihn hat, und das, ohne dafür auf eine hierauf gerichtete Willenserklärung abzustellen. Es kann dem auch der Schutzzweck einer die Klagbarkeit verwehrenden Norm entgegenstehen: Nimmt man beispielsweise die Anerkennung einer Spiel- oder Wettschuld an, die deshalb ungültig ist, weil der Zweck die Hintanhaltung von Leichtfertigkeit umfasst, so steht bei Antizipation der Verrechnung (nach österreichischer hA bereits mit Abschluss der Kontokorrentabrede, nach *Canaris* durch den antizipierten Verrechnungsvertrag) noch gar nicht fest, wer von den beiden Parteien Verluste erleiden würde, und daher ist die psychologische Lage eine völlig andere als bei einer Leistung, die erst nach Eintritt eines Verlustes erfolgt. Denn nach Eintritt des Verlustes kennt man den Umstand und auch die Höhe eines Spielverlustes und kann daher die Folgen seines Handelns genau abschätzen, während bei einer Antizipation dies eben nicht der Fall ist. Trotzdem würde aber nach der Lehre über das Staffekontokorrent, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, die Verrechnung vollzogen. Im Ergebnis kann daher auch die Lehre über das Staffekontokorrent bezüglich der Problematik der Verrechnung von unklagbaren Forderungen ebenso wie die Mosaiktheorie keine überzeugenden Lösungsansätze liefern.

dd) 3. Die Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung

dd-1) Allgemeines

Wenn man der Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung die Gefolgschaft abspricht, und ein auf sukzessive Verrechnung (Staffekontokorrent) gerichteter Parteiwille nicht feststellbar ist, wird Platz geboten für die Frage, warum das Problem nicht mit Hilfe der Regelungen der §§ 1415 f ABGB gelöst wird. Diese Lehre, die die analoge Anwendung der allgemein zivilrechtlichen Regeln über die Tilgungsordnung (maßgebliche Vorschriften in Deutschland: §§ 366, 367, 396 BGB; in Österreich: §§ 1415, 1416 ABGB) auch auf das Kontokorrent verlangt, wurde anfangs sowohl in Deutschland als auch in Österreich fast einhellig abgelehnt, hat sich aber im Laufe der Zeit immer mehr durchgesetzt. Der § 355 UGB hat sich für die Positivierung dieser nun herrschenden Lehre¹⁶¹⁾ entschieden und stellt das in seinem

¹⁶¹⁾ Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 6.

Abs 3 ausdrücklich klar. Auch in Deutschland hat sich die hA von der Mosaiktheorie zur Lehre über die zivilrechtliche Tilgungsordnung gewandt¹⁶²).

Eine kurze Rekapitulation der Tilgungsregel: Hat ein Schuldner gegenüber demselben Gläubiger mehrere Verbindlichkeiten, was im Kontokorrentverhältnis wohl die Regel darstellen wird, so ist nach dem § 1415 ABGB jene als erfüllt anzusehen, die Gläubiger und Schuldner einvernehmlich bestimmen. Ist jedoch die Absicht des Schuldners unklar oder ist der Gläubiger mit ihr nicht einverstanden, so ist eine Zahlung nach § 1416 ABGB zuerst auf die Zinsen und dann auf das Kapital anzurechnen. Von mehreren Kapitalien hat das fällige den Vorrang, bei mehreren fälligen ist jene Verbindlichkeit zu tilgen, die dem Schuldner „am beschwerlichsten fällt“, zB die höher verzinsten oder die pfandgesicherte Schuld. Trifft keiner dieser Gesichtspunkte zu, sind alle Schulden verhältnismäßig zu tilgen¹⁶³).

Die Begründung, warum diese Lehre anfänglich abgelehnt wurde, war aber nur von enttäuschender Überzeugung gewesen. So wurde zB angeführt, dass § 1416 ABGB einen Zweifel in der Willensmeinung des Schuldners zur Voraussetzung habe und sich daher auf einzelne Posten einer laufenden Rechnung nicht anwenden ließe. Aber der springende Punkt ist ja gerade, dass eine Willensrichtung bezüglich der Frage der Anrechnung zweifelhaft ist, weil gewöhnlich kein Parteiwille feststellbar ist. Weiters seien Zahlungen einer Kontokorrentpartei nicht zur Tilgung bestimmter Forderungen oder Forderungsteile gedacht, sondern würden Kreditposten des Zahlenden bilden, die bei der künftigen Gesamtabrechnung ihre Wirkung ausüben. Aber aus der Zugehörigkeit einer Leistung zu einem Kontokorrent ergibt sich lediglich, dass deren Tilgungswirkung bis zur Verrechnung aufgeschoben ist, keineswegs aber auch, wie diese Wirkung bei der Verrechnung aussieht¹⁶⁴). Eine weitere Schwäche der §§ 1415 f ABGB sei, dass besicherte Forderungen regelmäßig als die im Sinne des § 1416 ABGB „beschwerlichen“ anzusehen seien, weshalb sie immer als erste erlöschten. Deshalb würden die Sicherheitenregelung des § 356 UGB „weitgehend leer laufen“. So hat in der Lehre vor allem *Schuhmacher*¹⁶⁵) versucht dem damaligen § 356 HGB eine kontokorrentspezifische Wertung zu entnehmen, wonach die besicherten Forderungen erst nach den ungesicherten untergehen sollten. Die überwiegende Lehre um *Bydlinski*¹⁶⁶), *Dullinger*¹⁶⁷), *Krejci*¹⁶⁸) und *Schauer*¹⁶⁹) konn-

¹⁶²) *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 82.

¹⁶³) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 96.

¹⁶⁴) *Canaris*, DB 1972, 425.

¹⁶⁵) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 25.

¹⁶⁶) *Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 116.

¹⁶⁷) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 21.

te dem aber nicht folgen, weil ihrer Ansicht nach dem § 356 HGB keine Wertung über das Erlöschen oder Aufrechterhalten von gesicherten Forderungen entnommen werden könne. Diese Vorschrift ordne ein Aufrechterhalten möglichst vieler Sicherheiten nicht an, dies würde auch nicht erfordert. § 356 ist schon nach seinem Wortlaut auf die Verrechnung gar nicht anwendbar¹⁷⁰). Er bezieht sich nur auf die „Anerkennung des Rechnungsabschlusses“ und stellt klar, dass durch sie eine Inanspruchnahme von Sicherheiten nicht gehindert wird. Dadurch soll aber keinesfalls das für Sicherheiten geltende Akzessorietätsprinzip angefochten werden. Es soll lediglich verhindert werden, dass bestehende Sicherheiten durch die Anerkennung des Saldos erlöschen. § 356 HGB (und jetzt UGB) sagt jedoch nichts darüber aus, welche Sicherheiten noch bestehen, also welche einzelnen Forderungen, für die die fraglichen Sicherheiten bestellt worden sind, im Saldo weiter existieren.

Ein plausibler Kritikpunkt an der Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung ist, dass die gesetzliche Tilgungsordnung aus der Sicht des Gläubigers wegen dem früheren Erlöschen von gesicherten Forderungen, worauf unten noch näher eingegangen wird, nicht ganz als interessengerecht bezeichnet werden kann. Auch aus der Warte des Schuldners ist die Tilgung zunächst der Zinsen und dann des Kapitals eine seine „Interessen vernachlässigende Anrechnungsregel“¹⁷¹). Da die Anrechnung der Zahlung zunächst auf die Zinsen und erst dann auf das Kapital erfolgt, werden die folgenden Zinsen auf der Grundlage eines höheren Kapitals berechnet. In Anbetracht dieser Spannungen versuchte der MinEntw mit einem implementierten § 25b Abs 3 KSchG die Problematik zu entschärfen¹⁷²): Darin wurde auf Anregungen von Verbrauchervertretern Bezug genommen, es würde bei Kreditverträgen zwischen Unternehmen und Verbrauchern, bei dem der Verbraucher in Terminsverlust geraten ist, die allgemein zivilrechtliche Tilgungsregel zur Überschuldung säumiger Verbraucher beitragen, weil selbst regelmäßige Rückzahlungen nichts am ausstehenden Kapital änderten. Theoretisch könne ein Verbraucher damit lebenslang mit der Abdeckung seiner Darlehensschulden zu tun haben, selbst wenn er regelmäßige Rückzahlungen leiste, weil diese Zahlungen nicht auf das Kapital, sondern auf die Zinsen anzurechnen seien. Der in Aussicht genommene § 25b Abs 3 KSchG wollte dieser Problematik in Anlehnung an die Bestimmung des § 497 Abs 3 BGB begegnen. Es sollten dabei die Zahlungen des Verbrauchers in Abweichung von § 1416 ABGB zunächst auf die Rechtsverfolgungskosten des Gläubigers, dann auf das Kapital und erst zuletzt auf die

¹⁶⁸) *Krejci*, Handelsrecht³, 258.

¹⁶⁹) *Schauer*, ÖJZ 2006, 75.

¹⁷⁰) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 21.

¹⁷¹) *Krejci*, Reformkommentar UGB ABGB, Rz 7.

¹⁷²) Erläuterungen zum Ministerialentwurf, Zu Artikel III, Änderungen des KSchG, zu § 25 b.

Zinsen des Kapitals angerechnet werden. Weiters sollte der Verbraucher in einem solchen Fall von einer allfälligen Verpflichtung zur Leistung von Zinseszinsen von den Verzugszinsen befreit werden. Die Absicht war also im Ergebnis die Überschuldungsproblematik zu lindern ohne substanziell in die Rechte des Kreditgläubigers einzugreifen. Diese Bestimmung wurde jedoch nicht in die Regierungsvorlage übernommen, weil diese Problematik weder eine des Verbraucherschutzrechts noch eine des Kontokorrents ist. Es handelt sich vielmehr um ein allgemeines Problem der gesetzlichen Tilgungsordnung, das daher auch allgemein gelöst werden muss. Eine implementierte Spezialnorm des Konsumentenschutzrechts würde daher nur den Blick für die Wurzel des Problems verstellen¹⁷³). Es müssten vielmehr die reformbedürftigen §§ 1415f ABGB revidiert werden. Es hat somit das HaRÄG an der bestehenden Rechtslage nichts geändert, so dass die Verrechnungswirkung des Kontokorrents auch künftig zu einem Erlöschen der gesicherten Forderungen vor den ungesicherten führt. Ein Vorbild für eine Neuregelung könnte § 366 Abs 2 BGB darstellen.

In der Literatur wird die Lehre von der gesetzlichen Tilgungsordnung vor allem von den Anhängern der Mosaiktheorie unter Hinweis auf die Gleichwertigkeit aller ins Kontokorrent gestellten Posten kritisiert. Wie bereits zuvor dargelegt, vermögen aber weder die Einstellung in das Kontokorrent noch die Verrechnung etwas an der Rechtsnatur der Forderungen oder Leistung zu ändern. Die Posten werden daher nicht „gleichartig“, sondern bleiben das, was sie bisher waren. Zudem ist auch nicht verständlich, warum der hypothetische Parteiwille darauf gerichtet sein soll, dass unverbindliche wie verbindliche, ungesicherte wie gesicherte, kurzfristige verjährende wie langfristig verjährende, zinslose wie verzinsliche Forderungen zu behandeln. Zusätzlich enthält die gesetzliche Tilgungsordnung eine Aussage über den hypothetischen Parteiwillen¹⁷⁴). Und da das Kontokorrent ein Rechtsinstitut darstellt, dessen Gestaltung, abgesehen von wenigen zwingenden gesetzlichen Normen, der Disposition der Parteien unterliegt, sollte die Tatsache, dass es mangels einer Vereinbarung eine gesetzliche Ausgestaltung des hypothetischen Parteiwillens gibt, respektiert und nicht ohne triftige Gründe missachtet werden. Die hA akzeptiert die Verrechnung, die für sich bereits Tilgungswirkung entfaltet, als einen Anwendungsfall vereinbarter Aufrechnung. Daher drängt sich die analoge Anwendung der Regeln über die gesetzliche Tilgungsreihenfolge geradezu auf.

Als ein weiterer Anhänger der Mosaiktheorie führt *Wagner* an, dass im Sinne einer schnellen und reibungslosen Durchführung des Kontokorrentverkehrs die bürgerlich-rechtlichen Regeln

¹⁷³) *Schauer*, ÖJZ 2006, 75.

¹⁷⁴) *Canaris in Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 155.

über die Tilgungsordnung nicht dienlich seien, weil die Parteien mit der Kontokorrentvereinbarung gerade dokumentiert hätten, dass sie die bürgerlich-rechtlichen Tilgungsregeln nicht anwenden wollen¹⁷⁵). Meines Erachtens unterstellt *Wagner* mit seiner Begründung den Parteien einen Willen, den sie vernünftigerweise ohne konkrete Anhaltspunkte nicht fassen konnten bzw wollten. Für den Fall, dass die Parteien einen Ausschluss der zivilrechtlichen Tilgungsordnung vereinbaren wollten, hätten sie dies, wenn auch nicht explizit, durch die Aufstellung einer individuellen Verrechnungsreihenfolge, getan, die von der gesetzlichen in irgendeiner Hinsicht abweicht. Andernfalls muss man, natürlich unter Überlegung aller Umstände des Einzelfalls, annehmen, dass die Parteien gerade diesen Fall nicht bedacht haben, und somit auf den hypothetischen Parteiwillen zurückgreifen, der, mangels anderer Anhaltspunkte, der gesetzlichen Hypothese sehr nahe kommen wird, wodurch der Argumentation *Wagners* der Boden unter den Füßen genommen sein sollte.

dd-2) Gegenüberstellung § 366 BGB – § 1416 ABGB

Für die weitere Behandlung ist nun zu einer Gegenüberstellung der Tilgungsregelungstexte der §§ 366 BGB und 1416 ABGB zu schreiten:

§ 366 BGB:

(1) Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

(2) Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.

§ 1416 ABGB:

Wird die Willensmeinung des Schuldners bezweifelt, oder von dem Gläubiger widersprochen; so sollen zuerst die Zinsen, dann das Kapital, von mehreren Kapitalien aber dasjenige, welches schon eingefordert, oder wenigstens fällig ist, und nach diesem dasjenige, welches schuldig zu bleiben dem Schuldner am meisten beschwerlich fällt, abgerechnet werden.

Während also § 366 BGB explizit anordnet, dass ungesicherte Ansprüche Vorrang vor gesicherten haben, enthält § 1416 ABGB keine Regelung einer Reihenfolge der Tilgung von gesicherten und ungesicherten Forderungen. Um diese Frage zu lösen, muss man sich daher mit

¹⁷⁵) *Wagner* in *Röhricht/Graf von Westphalen*, HGB³, § 355, Rz 48.

dem Tatbestandsmerkmal der Beschwerlichkeit „begnügen“. Die Beurteilung bedarf einer Würdigung objektiver Kriterien und wirtschaftlicher Aspekte. Allgemein wird dazu vertreten, dass dem Schuldner jene Forderung am beschwerlichsten fällt, die dem Gläubiger die größte Sicherheit bietet¹⁷⁶). Dem schließt sich *Dullinger* aber nicht an, und meint, dass eine gesicherte Forderung nur dann als „beschwerlicher“ im Sinn des § 1416 ABGB anzusehen ist, wenn der Schuldner für die Sicherung als solche einem Dritten Entgelt zu leisten hat, wenn der Schuldner selbst Sicherungsgeber ist oder wenn sich der Gläubiger das Eigentum an der übergebenen Sache vorbehalten hat¹⁷⁷). Meines Erachtens ist dieser Ansicht nicht zu folgen, und eine gesicherte Forderung immer als beschwerlicher als eine ungesicherte anzusehen, weil die Bedingung, dass der Schuldner einem dritten Sicherungsgeber Entgelt leisten müsste, das Problem chronologisch nur nach hinten verlagert. Ob er ihm nun am Anfang - bei Schluss der Sicherungsabrede - Entgelt leistet oder dem Sicherungsgeber später – bei Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger – einstehen muss, nachdem sich sein Gläubiger aus dem Sicherungsgut befriedigt hat und dadurch die Verbindlichkeit im Wege der Legalzession nach § 1358 ABGB auf den Sicherungsgeber übergegangen ist, stellt nur eine Frage der Zeit und Verzinsung des Kapitals dar. Am Umstand, dass der Schuldner - wem auch immer - leisten muss, falls er sich so verhält, dass der Gläubiger auf das Sicherungsgut greifen muss, ändert sich nicht viel. Dass der Schuldner unbedingt selbst Sicherungsgeber sein muss, um nach der Ansicht *Dullingers* die Beschwerlichkeit zu bejahen, ist meines Erachtens anhand des eben erörterten Gedankengangs ebenfalls nicht vertretbar. Auch wenn ein dritter Sicherungsgeber im Spiel ist, trägt dennoch der Schuldner das wirtschaftliche Risiko der Verbindlichkeit, da er dem Sicherungsgeber im Wege des Regresses zur Verfügung steht. Und dass bloße Regressansprüche entgegen verbreiteter Ansicht regelmäßig keine Erschwerungsgründe bilden, kann ich nicht nachvollziehen¹⁷⁸). Denn im Ergebnis wird dadurch das Vermögen des Schuldners eines Wertes entledigt. Nur, wenn der Schuldner diesen als eine Art Haftungsfonds bereits abgeschrieben haben sollte, könnte man den Weg zu dieser Ansicht erschließen und die Beschwerlichkeit negieren, doch sei es dahingestellt, dass diese Absicht von einem gewöhnlichen Schuldner in einem gewöhnlichen Kontokorrentverhältnis unter gewöhnlichen Umständen geteilt wird. Eine gesicherte Forderung nur dann als beschwerlich zu akzeptieren, wenn sich der Gläubiger das Eigentum an der übergebenen Sache vorbehalten hat, ist, was den Bezug zum § 1416 ABGB betrifft, meines Erachtens inkonsequent, weil dadurch lediglich die

¹⁷⁶) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 25; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1416, Rz 17; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/35.

¹⁷⁷) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 20.

¹⁷⁸) So auch die hA: *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/35.

Befriedigungsmodalität des Gläubigers modifiziert wird. An dem potenziellen Eingriff in das Vermögen des Schuldners wird durch diese Hypothese eben nichts geändert.

Schließt man sich daher der überwiegenden Meinung an, dass gesicherte Forderungen für den Schuldner beschwerlicher sind als unbesicherte, gelangt man zum Ergebnis, dass die Tilgungsreihenfolge des ABGB in Bezug auf die Besicherung der BGB-Regelung genau entgegengesetzt ist. Nach § 366 (2) BGB soll nämlich die Forderung vorrangig getilgt werden, die dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietet. Insofern wäre daher bei gleicher Sachlage ein Gläubiger nach deutschem Recht günstiger gestellt als nach österreichischem Recht.

dd-3) Z 61 ABB

Eine im Zusammenhang mit der Lehre über die gesetzliche Tilgungsordnung zu erwähnende Abweichung findet sich in der Z 61 der ABB: In ihr wird das Kreditinstitut ermächtigt in Abweichung von § 1416 ABGB Zahlungen zunächst insoweit auf Forderungen anzurechnen, als für diese keine Sicherheit bestellt wurde, oder der Wert der bestellten Sicherheit die Forderungen nicht deckt. Ins Treffen wird dabei geführt, dass die gesetzliche Tilgungsordnung, nach der vorrangig die besicherten vor den unbesicherten Forderungen gedeckt werden müssten, eine bedeutende Beeinträchtigung der Sicherungsinteressen des Gläubigers bedeute, die aber jeder sachlichen Rechtfertigung entbehrt. Außerdem spreche die Tatsache, dass § 366 Abs 2 BGB genau die umgekehrte Tilgungsreihenfolge vorsieht, gegen die Annahme, dass der Bestimmung des § 1416 ABGB ein besonderer rechtsethischer Gedanke innewohne¹⁷⁹⁾. Folglich könne eine Abweichung von ihr nicht als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB angesehen werden, was bedeutet, dass die Inhaltskontrolle einer solchen Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts anhaben könnte. Aus Satz 2 der Ziffer 61 ABB ergibt sich, dass es für die vorrangige Tilgung unbesicherter oder nicht ausreichend besicherter Forderungen keine Rolle spielt, dass sie erst nach den besicherten Forderungen fällig werden¹⁸⁰⁾. Darin liegt eine weitere Abweichung von § 1416 ABGB, nach dem die Beschwerlichkeit der Forderung als subsidiäres Kriterium erst dann zu berücksichtigen ist, wenn mehrere Forderungen gleichzeitig fällig werden; sonst wäre unabhängig von Sicherungsrechten die Zahlung immer auf die früher fällig werdende Forderung anzurechnen. Z 61 ABB macht daher die Schwäche der gesetzlichen Tilgungsordnung für das Bankkontokorrent bedeutungslos.

¹⁷⁹⁾ *Schuhmacher in Straube*³, § 355, Rz 27; *Dullinger in Jabornegg*, § 355, Rz 23.

¹⁸⁰⁾ *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/34.

Allgemein kann über die Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung gesagt werden, dass es zu ihren Stärken gehört, dass nach ihr wirtschaftlich kohärente Vorgänge und Geschäfte nicht auseinander gerissen zu werden brauchen. Denn wenn ein Partner zB eine bestimmte Summe geleistet hat, die ihrer Höhe und den sonstigen Umständen des Einzelfalles nach nur als Gegenleistung für eine bestimmte Forderung des anderen Partners gemeint sein kann, so kommt es im Zeitpunkt der Verrechnung nicht zu einer verhältnismäßigen Tilgung (wie nach der Mosaiktheorie) oder Verrechnung mit einem vorangebildeten Saldo (wie nach der Lehre vom Staffelkontokorrent), sondern die Leistung dieser Summe wird als konkludente Ausübung des Bestimmungsrechts nach § 1415 ABGB gewertet. Somit wird bei der Verrechnung jener Gegenposten getilgt, an dessen Tilgung unter Überlegung aller Umstände kein Grund zu zweifeln übrig gewesen war (§ 863 ABGB). Somit ist eine Kongruenz zum Parteiwillen gesichert.

dd-4) Naturalobligationen

Wie wäre die Verrechnung unklagbarer Posten nach der Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung vorzunehmen?

Bevor mit der Beantwortung dieser Frage begonnen werden kann, gilt es klarzustellen, dass das Verständnis von Naturalobligationen im deutschen und österreichischen Recht in einer Hinsicht divergiert:

Während nach deutschem Recht durch eine Naturalobligation (zB Spiel, Wette) „eine Verbindlichkeit nicht begründet wird“¹⁸¹⁾, handelt es sich dabei nach österreichischem Recht wohl um Verbindlichkeiten, denen lediglich der Weg der zwangsweisen Durchsetzung versperrt ist¹⁸²⁾.

Daher sind die Regeln über die Tilgungsordnung nach deutschem Recht auch nicht auf Naturalobligationen anwendbar, weil im § 366 BGB von „Schuld“ die Rede ist, durch eine Naturalobligation eine derartige Schuld jedoch nicht begründet wird. Im österreichischen Recht wird bezüglich der vollwertigen Verbindlichkeiten und Naturalobligationen diese Dichotomie jedoch nicht geteilt, sodass nach österreichischem Verständnis die Naturalobligation eine Art „Zwischenstellung“ einnimmt: Zwar eine Verbindlichkeit, kann auch erfüllt werden, ist sie jedoch nicht durchsetzbar. Nach hA gelten die Regeln über die gesetzliche Tilgungsordnung trotzdem nur für vollwertige Verbindlichkeiten. Auf Naturalobligationen sind sie nicht an-

¹⁸¹⁾ *Canaris in Staub, HGB*⁴, § 355, Rz 170.

¹⁸²⁾ *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II*¹³, 10.

wendbar, was trotz des unterschiedlichen Verständnisses in Österreich und Deutschland zum selben Ergebnis führt. Bei der Verrechnung sind daher unklagbare Ansprüche gegenüber klagbaren nachrangig¹⁸³). Weiters folgt aus dem Umstand der mangelnden Durchsetzbarkeit der Naturalobligation, dass sie nur durch einen freiwilligen Tilgungsakt des Schuldners erfüllt werden kann. Dem wird auch bei der Kompensation Rechnung getragen, indem eine Aufrechnung gegen eine Naturalobligation zwar möglich ist, mit einer solchen jedoch nicht. Aus all diesen Überlegungen ergibt sich daher für die kontokorrentmäßige Verrechnung nach der Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung, dass zuerst die klagbaren Posten und die Naturalobligationen jeweils untereinander verrechnet werden. Sollten die beiden Saldi den entgegengesetzten Parteien zustehen, kann es anschließend zu einer Verrechnung zwischen diesen klagbaren und unklagbaren Posten kommen (also erfolgt die Verrechnung zunächst untereinander und dann gegeneinander). Jedoch ist eine entsprechende Willenserklärung des Gläubigers des klagbaren Saldos notwendige Voraussetzung für dieses Vorgehen, da ansonsten mit unklagbaren Posten einseitig aufgerechnet würde, was, wie bereits erklärt, nicht möglich ist. Im Vergleich zur Mosaiktheorie und zum Staffeldkontokorrent zeigt sich daher, dass die Lehre von der zivilrechtlichen Tilgungsordnung auch bezüglich der Problematik der Verrechnung unklagbarer Posten zu einer vernünftigen und sachgerechten Lösung einlädt, was für die beiden anderen Lehren nicht vertreten werden kann.

c) Festgestellter Saldo

aa) Allgemeines

Am Ende der Rechnungsperiode – natürlich nur beim gesetzlichen Grundmodell des Periodenkotokorrents - kommt es neben der Ermittlung des Saldos auch zu dessen Feststellung. Die Saldoerrechnung alleine würde den Zweck des Kontokorrents, nämlich eine Erleichterung des Zahlungsverkehrs herbeizuführen, nur unvollständig verwirklichen, da lediglich eine kausale Saldoforderung entsteht. Den Parteien steht es aufgrund des das Rechtsgebiet des Kontokorrents prägenden Grundsatzes der Privatautonomie frei zu vereinbaren, dass die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen in regelmäßigen Zeitabschnitten verrechnet werden, jedoch eine Saldofeststellung und –anerkennung von vornherein ausgeschlossen sein soll. In diesem Fall wird eine analoge Anwendung der Zinseszinsregelung negiert, weil sie nicht nur eine gewisse Vereinfachung des Zahlungsverkehrs, sondern auch die Vereinheitlichung der Ansprüche und Leistungen durch Feststellung und Anerkennung voraussetzt. Ebenso ist auch

¹⁸³) Dullinger in Jabornegg, § 355, Rz 22.

§ 356 UGB, der ein Saldoanerkennnis voraussetzt, nicht analog anwendbar. Gegen die analoge Anwendung der übrigen Bestimmungen bestehen hingegen keine Bedenken¹⁸⁴).

Die ganzen Schwierigkeiten, die mit den für den kausalen Saldo entwickelten Theorien verbunden waren, versuchte man zu umgehen, indem man am Ende der Rechnungsperiode einen Saldofeststellungsvertrag schloss. Die Parteien sollten die Saldoforderung feststellen und anerkennen und dadurch eine Vereinfachung und Stabilisierung der Beweislage herbeiführen¹⁸⁵). Es entspricht auch dem Willen der Parteien, dem ermittelten Saldo eine rechtliche Selbstständigkeit zu verleihen¹⁸⁶). Schon in den Ausführungen zum AHGB war klargestellt, dass durch die Anerkennung des Rechnungsergebnisses für den einen Teil ein selbstständiger Verpflichtungsgrund, und für den anderen ein selbstständiges Forderungsrecht begründet wurde. Die einzelnen im Saldo aufgehenden Geschäfte würden jedoch nicht bereits durch die Ziehung, sondern erst infolge der Anerkennung des Saldos ihre selbstständige Bedeutung verlieren, da ja die Einbindung in das Kontokorrent für sich alleine keine Auswirkungen auf die Rechtsnatur und rechtliche Existenz der Forderungen haben kann. Wer aber dachte, durch solch eine Saldofeststellung in einen unumstrittenen Rechtsbereich zu kommen oder sich dadurch einer unumstrittenen rechtlichen Konstellation zu bedienen, hatte sich geirrt, weil auch der festgestellte Saldo alles andere als unumstritten war, zumal er im HGB nicht erwähnt wurde.

Im Gegensatz zum HGB differenziert das UGB aber nun streng zwischen kausalem und festgestelltem Saldo. Der festgestellte Saldo wird im § 355 Abs 4 UGB geregelt. Es werden somit die Rechtswirkungen des Saldoanerkennnisses gesetzlich konstatiert. Zu diesen gehört, dass derjenige, dem aus dem Saldo ein Überschuss gebührt, vom anderen Teil vom Abschlusstag an Zinsen verlangen kann, und zwar auch, soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind. Diese Regel war vormals im Schlussteil des § 355 Abs 1 HGB aufgestellt, die nun von § 355 Abs 4 UGB übernommen worden ist. Ihr normativer Gehalt liegt in der Ausnahme von der Regel des § 1000 Abs 2 ABGB, wonach Zinseszinsen nur gefordert werden dürfen, wenn diesbezüglich eine ausdrückliche Vereinbarung existiert oder Streitanhängigkeit eingetreten ist. Es können somit nach der Saldofeststellung stets Zinsen vom Überschuss verlangt werden, deren Höhe sich, mangels anderer Vereinbarung, auf vier Prozent pro anno beläuft (§ 1000 Abs 1

¹⁸⁴) *Langenbacher* in *MünchKommHGB*², § 355, Rz 98.

¹⁸⁵) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/2.

¹⁸⁶) *Oetker*, Handelsrecht, 158.

ABGB), bei einem beiderseitigen unternehmensbezogenen Geschäft acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz (§ 352 UGB).

Die der Verrechnung folgende Feststellung des Saldos erfolgt durch Aufstellung und Anerkennung des Rechnungsabschlusses. In der Praxis werden dabei die Posten der Soll- und Habenseite saldiert und der anderen Partei „zur Anerkennung“ übersendet. Dies ist als Vertragsangebot zu werten und bedarf daher einer Annahme¹⁸⁷⁾. Die Annahmeerklärung kann natürlich nach allgemein zivilrechtlichen Regelungen auch konkludent erteilt werden (§ 863 ABGB). So eine konkludente Annahme kann zB in einem Gesuch um Stundung der Saldoforderung und der Bitte um Gestattung von Abschlagszahlungen liegen; das gleiche gilt für die Quittierung des Saldos, für die vorbehaltlose Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs nach einer Abrechnung und für die Verfügung über das Guthaben durch Scheck, Überweisung oder Abhebung. Für den Fall, dass ein Teil die Mitwirkung an der Saldofeststellung verweigert, nahm die hM¹⁸⁸⁾ vor dem UGB an, dass dieser aus der Kontokorrentabrede dazu verpflichtet sei und notfalls auch darauf geklagt werden könne. § 355 Abs 4 UGB sieht nun ausdrücklich vor, dass jeder Teil gegen den anderen einen Rechtsanspruch auf Feststellung des Rechnungsabschlusses hat. Schweigen gilt wie im Allgemeinen nicht als Einverständnis, aber für das Bankkontokorrent gibt es eine abweichende Regelung in der Ziffer 16 der ABB.

bb) Z 16 ABB - § 1304 ABGB

Dort heißt es, dass der Kunde Erklärungen, Sendungen und Zahlungen des Kreditinstituts auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen und etwaige Einwendungen unverzüglich zu erheben habe. Gehen dem Kreditinstitut innerhalb von 6 Wochen keine schriftlichen Einwendungen zu, so gelten die Erklärungen und Leistungen des Kreditinstituts, unter Hinweis auf die Bedeutung des Verhaltens des Kunden, als genehmigt.

Es wird also eine Prüfungs- und Rügepflicht für den Kunden statuiert¹⁸⁹⁾. Ein sorgfältiger Kunde würde ein derartiges Verhalten schon aus Eigeninteresse vornehmen, doch wäre darin lediglich eine Obliegenheit zu sehen. Eine Pflicht der Bank gegenüber könnte man daraus noch nicht ableiten. Dennoch erwartet man von einem redlichen Kunden, dass er die Bank auf Fehler in ihren Erklärungen oder einer zu erbringenden Leistung aufmerksam macht, wenn ihm ein solches Versehen ohne weiteres ersichtlich ist. Daher handelt es sich bei Z 16 ledig-

¹⁸⁷⁾ *Schuhmacher in Straube*³, § 355, Rz 27; *Dullinger in Jabornegg*, § 355, Rz 23.

¹⁸⁸⁾ *Schuhmacher in Straube*³, § 355, Rz 27; *Dullinger in Jabornegg*, § 355, Rz 23.

¹⁸⁹⁾ *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/135.

lich um die Festschreibung einer Sorgfaltspflicht, die sich aber auch als Nebenpflicht aus dem Bankvertrag selbst ergäbe. Für den Fall, dass man (im Hinblick auf die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB) mit einer dadurch für den Kunden verursachten gröblichen Benachteiligung argumentieren will, ist zu sagen, dass der Kunde die ihm von der Z 16 auferlegte Überprüfung sowieso *motu proprio* machen würde bzw sollte, sodass er dadurch nicht unzumutbar belastet wird. Jedoch unter der Voraussetzung, dass die vorzunehmenden Maßnahmen auf solche beschränkt sind, zu denen der Kunde ohne aufwändige Nachforschungen in der Lage ist. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass durch Bestimmung des Vertragsinhalts durch ABB die Bedeutung des Schweigens des Kunden einvernehmlich festgelegt wird. Daher bedeutet diese Regelung in Z 16, dass in der Unterlassung einer Beanstandung durch den Kunden seine Zustimmung zum Rechnungsabschluss und dem darin angeführten Saldo zum Ausdruck gebracht wird. Bezüglich der durch Z 16 aufgestellten Prüfungs- und Rügepflicht kann eine Brücke zu § 1304 ABGB geschlagen werden, der im Schadenersatzrecht von der hM als Grundlage des Schadensminderungsgebotes gesehen wird¹⁹⁰). Es soll danach ein Fehlverhalten des Geschädigten berücksichtigt werden und jeder die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selbst tragen. Daraus kann jedoch keine Pflicht zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gewonnen werden, sodass den Geschädigten im Prinzip kein „Mitverschulden“ treffen kann: Daher wäre es korrekt, im Zusammenhang mit § 1304 ABGB von einer „Obliegenheit“ zu sprechen, die im Gegensatz zu einer echten Pflicht nicht mittels Klage durchgesetzt werden kann. Sie ist eine Rechtspflicht minderer Art, deren Nichtbeachtung sich aber in sonstiger Weise zum Nachteil des Belasteten auswirken kann (im Falle des § 1304 ABGB eben zu einer verhältnismäßigen Schadensteilung). § 1304 ABGB führt, unter Einhaltung der sonstigen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen, nur dann zu einer Anrechnung des Mitverschuldens des Geschädigten, wenn die unterlassene Schutzmaßnahme „nach dem allgemeinen Bewusstsein der beteiligten Kreise von jedem Einsichtigen und Vernünftigen“ anzuwenden gewesen wäre. Ebenso ist das Verhalten des Geschädigten nur dann anspruchsmindernd, wenn dieser es unterlassen hat, die Entstehung des Schadens abzuwenden oder Höhe bzw Umfang des entstandenen Schadens gering zu halten. Insofern kann also von einer Schadensabwendungs- und Schadensminderungspflicht des Geschädigten gesprochen werden. Es kann also zwischen § 1304 ABGB und Z 16 ABB die Parallele gezogen werden, dass es grundsätzlich keine Pflicht zur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gibt. Deshalb wird mit der Z 16 ABB eine solche vertraglich vereinbart. Sollte daher der Kunde Erklärungen, Sendungen und Zahlungen des Kreditinstituts nicht auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen oder eine

¹⁹⁰) *Harrer in Schwimann, ABGB*³, § 1304, Rz 1.

etwaige Einwendung nicht unverzüglich erheben (natürlich unter der Bedingung, dass ein Versehen des Kreditinstituts dem Kunden auch ohne weiteres ersichtlich war), wirkt sich dies insofern nachteilig auf die Situation des Kunden aus, als die Genehmigungsfiktion des Abs 2 der Z 16 ABB schlagend wird, wenn das Kreditinstitut auf diese Wirkung bei Beginn der Frist hingewiesen hat, womit auch dem Erfordernis des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Rechnung getragen wird. Man kann also sagen, dass aufgrund der aus § 1304 ABGB gewonnenen Grundsätze in der Z 16 ABB eine Konkretisierung der Obliegenheit der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten als vertragliche Pflicht statuiert wird. Deshalb kann eine Verletzung der in Z 16 aufgestellten Pflicht auch zu einer Haftung des Kunden für den Nachteil führen, den das Kreditinstitut nicht erlitten hätte, wenn es nicht auf die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Erklärung bzw Leistung vertraut hätte.

cc) Rechtliche Einordnung der Saldofeststellung

Was die rechtliche Qualifikation des festgestellten Saldos betrifft, bestanden in Österreich und Deutschland unterschiedliche Auffassungen, deren praktische Relevanz jedoch nicht so groß war, wie es zuerst schien. Es bestand nämlich weitgehende Übereinstimmung hinsichtlich der Ergebnisse und Wirkungen, die sich recht deutlich aus dem Wortlaut der damaligen §§ 355, 356 HGB und vor allem aus den diesbezüglichen Gesetzesmaterialien ergaben¹⁹¹⁾. So wurde fast einhellig vertreten, dass durch die einvernehmliche Feststellung des Saldos insofern ein neuer Verpflichtungsgrund¹⁹²⁾ geschaffen würde, als für die so festgestellte Forderung einheitliche Verjährungsregeln, ein einheitlicher Erfüllungsort und ein einheitlicher Gerichtsstand gelten, was dem Vereinfachungszweck des Kontokorrents entspricht. Über den Bestand der Sicherheiten herrschte auch eine fast unumstrittene Ansicht, nach der die Sicherheiten, soweit sie für den aufgrund der Verrechnung entstandenen Saldo haften, durch dessen Anerkennung nicht erlöschen sollten. Streitig war jedoch die dogmatische Begründung dieser Wirkungen und welcher Rechtsfigur die Saldofeststellung zuzuordnen war. Einleitend dazu kann gesagt werden, dass die umstrittene Rechtsnatur im Sinne einer Dichotomie in zwei Richtungen verstanden wurde: Manche hielten die Saldofeststellung für ein Anerkenntnis in einer modifizierten, dem deutschen Vorbild des § 781 BGB angenäherten, Form, nämlich ein abgeschwächt abstraktes Schuldanerkenntnis, andere hielten sie hingegen für eine Novation. Daher gilt es an dieser Stelle diese beiden Rechtsinstitute zu definieren:

¹⁹¹⁾ Dullinger, Handbuch d. Aufrechnung, 285.

¹⁹²⁾ Krejci, Handelsrecht³, 209; Schuhmacher in Straube³, § 355, Rz 28; Dullinger in Jabornegg, § 355, Rz 24.

Die Novation (§ 1376 - 1378 ABGB) und das Anerkenntnis gehören mit der Schuldänderung (§ 1379 ABGB) und dem Vergleich (§ 1380 ff ABGB) zu jenen Verträgen, die eine inhaltliche Änderung der Schuldverhältnisse auf rechtsgeschäftlicher Basis bewirken, im Gegensatz zu der Zession (§ 1392 ff ABGB), Schuld- (§ 1404 ff ABGB) und Vertragsübernahme, die jeweils eine personelle Änderung in den Vertragsverhältnissen nach sich ziehen¹⁹³).

§ 1376 ABGB definiert die **Novation** (Neuerungsvertrag) als eine vertragliche Änderung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes einer Forderung, so dass die alte Verbindlichkeit in eine neue übergeht. Es liegt daher eine Schuldersetzung vor¹⁹⁴), bei der von den Parteien anstelle des bisherigen Schuldverhältnisses ein neues begründet wird. Ein personeller Wechsel findet eben nicht statt. Die Ersetzung des alten Vertragsverhältnisses wird vom ABGB mit dem altertümlichen Begriff „Verwechslung“ bezeichnet¹⁹⁵). Im Wesentlichen ist das Rechtsinstitut der Novation nach ABGB ident mit der römischrechtlichen Novation. Der einzige Unterschied besteht darin, dass nach ABGB die alte und neue Verbindlichkeit nicht völlig voneinander unabhängig sind, sondern die erfolgreiche Anfechtung des Neuerungsvertrages oder ein Rücktritt von diesem, die frühere Verbindlichkeit wieder aufleben lässt. Das römische Recht hingegen ließ die ursprüngliche Forderung mit all ihren Nebenrechten auch dann erlöschen, wenn die Novation selbst misslang und keine neue Forderung entstand. Die Tatbestandsmerkmale einer Novation sind daher die Änderung des Rechtsgrundes und/oder die Änderung des Hauptgegenstandes. Der Rechtsgrund wird geändert, wenn dieselbe Leistung aus einem anderen Titel geschuldet wird, die Parteien also den Entstehungsgrund des Anspruchs abwandeln. Dies wäre etwa der Fall, wenn vereinbart wird, dass die Kaufpreisschuld nun als Darlehen gewährt wird, die hinterlegte Sache künftig als Darlehen überlassen wird¹⁹⁶), die geliehene Sache ab jetzt nur mehr gegen Entgelt bereitgestellt wird (Miete), die Gesellschaftereinlage nun ein Darlehen sein soll oder die Übergabe auf den Todesfall in eine sofort wirksame Übergabe umgeändert wird. Keine Novation bewirkt jedoch ein rechtskräftiges Urteil, mit dem eine vertragliche Schuld in eine Judikatsschuld umgewandelt¹⁹⁷) wird. Eine Änderung des Hauptgegenstandes liegt vor, wenn wesentliche Punkte des Vertrages, also der primäre Leistungsinhalt¹⁹⁸) und nicht bloß Nebenleistungspflichten, neu vereinbart werden. Die Rsp verlangt dafür eine „artliche, und nicht bloß maßliche“ Änderung von wirtschaftli-

¹⁹³) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 110.

¹⁹⁴) *Heidinger in Schwimann*, ABGB³, § 1375, Rz 1.

¹⁹⁵) *Heidinger in Schwimann*, ABGB³, § 1375, Rz 1.

¹⁹⁶) *Ertl in Rummel*, ABGB³, § 1376, Rz 1.

¹⁹⁷) *Heidinger in Schwimann*, ABGB³, § 1375, Rz 2.

¹⁹⁸) *Ertl in Rummel*, ABGB³, § 1376, Rz 1.

cher Bedeutung¹⁹⁹). Daher wäre zB die Vereinbarung statt einer Kücheneinrichtung eine Wohnzimmereinrichtung zu liefern oder die Umwandlung eines Heimarbeitsvertrages, bei dem die persönliche Abhängigkeit und Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers fehlt, in ein gewöhnliches Arbeitsverhältnis eine Novation. Aber auch die Zusammenlegung verschiedener Ansprüche, was für die kontokorrentrechtliche Behandlung des festgestellten Saldos noch Bedeutung zeigen wird, in eine Gesamtforderung bewirkt eine Novation. Während bei der Leistung an Zahlungs Statt (*datio in solutum*) auch die vertragliche Hauptleistung geändert wird und auch gleichzeitig geleistet wird, also Vereinbarung und Erfüllungshandlung zusammenfallen, wird bei der Novation lediglich die Verpflichtung verändert, die später erfüllt werden muss²⁰⁰). Das Eintreten einer dritten Person bewirkt für sich alleine noch keine Novation, es sei denn, dass gleichzeitig der Rechtsgrund oder Hauptgegenstand geändert wird. Aus dem bereits erwähnten generellen Verbot abstrakter Verträge folgt für die Novation, dass ebenso wie die alte auch die neue Schuld einen eigenen Rechtsgrund haben muss. Der Neuerungsvertrag ersetzt diesen nämlich nicht, sonst wäre einer Umgehungsmöglichkeit und somit abstrakten Verträgen der Weg geebnet. Mit dem Abschluss der Novation wird die alte Verbindlichkeit unter simultaner Begründung einer neuen aufgehoben. Auch wenn der neue Vertrag einen eigenen Rechtsgrund aufweisen muss, kann er dennoch nur gültig entstehen, wenn auch die alte tatsächlich bestanden hat (§ 1376 ABGB). Im deutschen Rechtsbereich kann jedoch nach überwiegender Auffassung die Novation auch zu einem abstrakten Schuldverhältnis führen, worin sie sich immens von der österreichischen Rechtslage unterscheidet. Wie bereits erwähnt, sind nach ABGB die beiden Verträge nicht völlig unabhängig voneinander. Denn die Ungültigkeit der früheren Verbindlichkeit ergreift auch die neue. Umgekehrt erlischt die alte Verbindlichkeit auch nur, wenn die neue gültig entstanden ist. Diese Korrelation führt auch dazu, dass die gegen die alte Forderung bestehenden Einreden (wie zB die der Stundung oder Verjährung) auch gegen die neue Forderung geltend gemacht werden können.

Für die Novation wird ein *animus novandi* verlangt²⁰¹), also die Absicht der Parteien, durch die Konstituierung einer neuen Verbindlichkeit die alte zu tilgen. Er ist jedoch kein besonderes subjektives Erfordernis, das den Neuerungsvertrag von anderen Verträgen unterscheiden soll. Es handelt sich dabei vielmehr um den von den Erklärungen der Parteien hervorleuchtenden eindeutigen Willen, an die Stelle der früheren Verbindlichkeit die neue zu setzen, also der Wille auf das alte Schuldverhältnis nicht mehr zurückzugreifen. Der *animus novandi* wird

¹⁹⁹) Heidinger in Schwimann, ABGB³, § 1375, Rz 3.

²⁰⁰) Ertl in Rummel, ABGB³, § 1376, Rz 1.

²⁰¹) Ertl in Rummel, ABGB³, § 1376, Rz 1; Dittrich/Tades, ABGB³⁶, § 1379, E 1.

nicht vermutet, sondern muss nachgewiesen werden, wobei er idR aus den beiderseitigen Erklärungen selbst erschließbar ist und sich auch schlüssig ergeben kann. In Wahrheit soll mit diesem scheinbar außerordentlichen subjektiven Erfordernis nur zum Ausdruck gebracht werden, dass im Zweifel nicht vermutet wird, dass durch die Begründung einer neuen Verbindlichkeit die alte getilgt werden soll, solange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann, was auch aus § 1379 S 3 ABGB folgt. In diesem Zusammenhang wird auch auf die „Vertragswiederholung“ verwiesen²⁰²⁾, die keine Novation darstellt, da es ihr am *animus novandi* fehlt. Sie dient lediglich zur schriftlichen Fixierung oder deutlichen Formulierung der bereits getroffenen Vereinbarung.

Die Rechtsnatur der Novation ist grundsätzlich ein entgeltlicher Vertrag, weil der Gläubiger den alten Anspruch verliert und der Schuldner mit einer neuen Verbindlichkeit belastet wird. Es kann aber auch, was in der Praxis häufig vorkommt, eine gemischte Schenkung vorliegen. Als entgeltlicher Vertrag unterliegt die Novation dem Gewährleistungsrecht (§§ 922 ff ABGB) und der Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen, insb auch der Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis* §§ 934 f ABGB), wobei als Grundlage der Überprüfung die Wertbeziehung zwischen Alt- und Neuschuld dient. Aufgrund der bereits erwähnten Abhängigkeit zwischen den beiden Verbindlichkeiten, wird bei der Novation die Existenz eines abzuändernden Rechtes vorausgesetzt, sonst kann die neue Verbindlichkeit nicht entstehen (ersichtlich auch an der plastischen Formulierung des § 1377 S 2 ABGB). Hat die bestehende Verbindlichkeit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, ist die Novation nur wirksam, wenn sie nicht gegen den Verbotszweck verstößt. Ist das bestehende Recht jedoch streitig oder zweifelhaft, liegt entweder Vergleich oder Anerkenntnis vor. In diesem Fall sind die besonderen Anfechtungsvorschriften der §§ 1385 ff auf den allgemeinen Neuerungsvertrag nicht anwendbar. Bezüglich Naturalobligationen gilt, dass diese noviert werden können, wenn dabei nicht gegen den Zweck der Unklagbarkeitsnorm verstoßen wird. Durch den Neuerungsvertrag allein werden solche Verbindlichkeiten nicht klagbar, doch wird sich das Gegenteil vielfach aus dem Zweck des Vertrages ergeben. § 1377 ABGB beschreibt, dass die vorige Hauptverbindlichkeit endet, und die neue beginnt. Nach der „Translationstheorie“ würde der Inhalt der alten Verbindlichkeit in die neue übertragen werden. Da jedoch das ABGB auch die Umänderung des Hauptgegenstandes als Neuerung wertet, entspricht dem Gesetz allein die „Substitutionstheorie“, nach der die alte Verbindlichkeit durch die neue ersetzt wird.

²⁰²⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 111.

Nach § 1378 ABGB entfallen durch die Novation die für das ursprüngliche Rechtsverhältnis bestellten Sicherungsrechte und anderen Rechte, womit alle Nebenrechte der alten Schuld (zB Zinsanspruch, Konventionalstrafe etc) gemeint sind²⁰³). Die Regelung stellt allerdings in ihrem Satz 2 den dispositiven Charakter klar, wonach auch gegenteilige Vereinbarungen zulässig sind. Zweck der Bestimmung des § 1378 ABGB ist es, den Sicherungsgeber vor nachteiligen Vereinbarungen zu schützen. Doch wird sie als wenig sachgerecht und als teleologisch und rechtspolitisch äußerst fragwürdige Vorschrift kritisiert. Es sei nicht ersichtlich, warum ein dem Sicherungsgeber nicht nachteiliger Neuerungsvertrag durch das Erfordernis einer eigenen Abrede behindert wird. Es werde dem Umstand nicht gerecht, dass beide Forderungen eng miteinander verknüpft seien, und die alte (etwa bei erfolgreicher Anfechtung der neuen) wieder aufleben kann. Deshalb wurde vorgeschlagen eine teleologische Reduktion dahingehend anzunehmen, dass die Sicherheiten nur erlöschen, wenn sie nicht von den Vertragsparteien bestellt wurden und dem (dritten) Pfandbesteller oder Bürgen eine strengere Haftung droht als nach der früheren Verbindlichkeit, sich also das Haftungsrisiko erhöht. Sonst sei die Zustimmung entbehrlich. Die hM erfordert nichtsdestotrotz eine eigene Vereinbarung für die Annahme der Weiterhaftung.

Die zweite Rechtsfigur, die es im Rahmen des festgestellten Saldos anzuschneiden gilt, ist das **Anerkenntnis**²⁰⁴): Bei ihm handelt es sich um einen Feststellungsvertrag, mit dem Streitigkeiten oder Zweifel über den Bestand oder den Umfang eines Rechts durch einseitiges Nachgeben einer Partei beseitigt werden. Das Anerkenntnis erfährt keine besondere gesetzliche Regelung, wird jedoch als Unterart des Vergleiches angesehen und im wesentlichen nach den für diesen bestehenden Regeln behandelt. Die Regelungen des Vergleichs finden sich in den §§ 1380 ff ABGB. Er ist ein zweiseitig verbindlicher, entgeltlicher Feststellungsvertrag, der unter beiderseitigem Nachgeben strittige oder zweifelhafte Rechte neu festlegt. Der Vergleich schafft also einen neuen Rechtsgrund und wirkt, soweit die Feststellung von der wahren Rechtslage abweicht, konstitutiv. Daher können aufgrund dieser Bereinigungswirkung Einwendungen, die gegen die bisherige Forderung bestanden, gegen die festgestellte Verbindlichkeit, natürlich nur bezüglich der vom Vergleich erfassten Punkte, nicht mehr erhoben werden. Auch eine Generalklausel, nach der sich der Vergleich auf alle Streitigkeiten zwischen den Parteien erstrecken soll, kann sich nicht auf Forderungen und Verbindlichkeiten beziehen, an welche die Parteien nicht denken konnten oder solche, die eine Seite der anderen geflissentlich verheimlicht hat (§ 1389 ABGB). Bezüglich der Irrtumsanfechtung ist zu sagen,

²⁰³) *Heidinger in Schwimann, ABGB³, § 1378, Rz 1.*

²⁰⁴) *Ertl in Rummel, ABGB³, § 1380, Rz 6.*

dass ein Irrtum über die Vergleichsgrundlage, also über Umstände, die die Parteien beim Vergleichsabschluss als feststehend angenommen haben, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach den §§ 870 ff ABGB zur Anfechtung berechtigen, genauso wie ein beim Vergleichsabschluss unterlaufener Erklärungsirrtum. Während List, Drohung und Wucher zur Anfechtung berechtigen, stellt § 1386 ABGB unmissverständlich fest, dass der Grund der Verletzung über die Hälfte (*laesio enormis*) nicht in Frage kommt. Auf den Vergleich finden auch die Vorschriften über die Nicht- oder Schlechterfüllung von Verträgen Anwendung, so dass unter gegebenen Umständen auch der Rücktritt nach § 918 ABGB möglich ist. Was mit den Sicherheiten geschieht, regelt § 1390 ABGB: Demnach bleiben beim Vergleich, und daher auch beim Anerkenntnis, im Gegensatz zur Novation, die Sicherungsrechte insoweit bestehen, als die Vergleichsverbindlichkeit nicht über die frühere Schuld hinausgeht.

Während der Vergleich durch ein beiderseitiges Nachgeben zustande kommt, gibt beim Anerkenntnis nur eine Seite nach. Auch hier wird unabhängig von der Existenz des zweifelhaften Schuldgrundes ein neuer, selbstständiger Verpflichtungsgrund geschaffen. Man unterscheidet das konstitutive (echte) und das deklarative (unechte) Anerkenntnis: Während ersteres ein Rechtsgeschäft ist, bildet zweiteres eine bloße Wissenserklärung, mit der die Partei keine Rechtsfolgen herbeiführen will, sondern nur zu Erkennen gibt, dass das Recht des Kontrahenten ihres Wissens besteht. Es wird daher kein neuer Verpflichtungsgrund geschaffen, sondern lediglich ein Beweismittel, das durch andere widerlegt werden kann. Ob im Einzelfall ein konstitutives oder deklaratives Anerkenntnis vorliegt, ist durch Auslegung des Parteiwillens zu erforschen. Dabei gilt, dass desto eher ein konstitutives Anerkenntnis anzunehmen sein wird, je mehr bei den Parteien das Bewusstsein von der Unsicherheit der Sach- und Rechtslage hervortritt²⁰⁵). Im Zweifel wird man aber einer Erklärung die weniger weitgehenden Wirkungen des deklarativen Anerkenntnisses zuschreiben. Die hM lässt für die Unterbrechung der Verjährung nach § 1497 ABGB ein deklartives Anerkenntnis genügen.

Wie bereits eingangs erwähnt, war die Literatur bezüglich der Rechtsnatur des festgestellten Saldos zweigeteilt: Von einer Seite wurde die Saldofeststellung als Novation verstanden, die andere Seite hingegen sah darin eine modifizierte Form des Anerkenntnisses. Vor dem Hintergrund dieser bereits erörterten Rechtsinstitute lässt sich also auf beide Ansichten nun näher eingehen:

²⁰⁵) Ertl in Rummel, ABGB³, § 1380, Rz 7.

cc-1) Novationstheorie

Die wichtigsten Vertreter dieser Theorie sind *Avancini*²⁰⁶), *Apathy*²⁰⁷) und *Dullinger*²⁰⁸). Es wird der Feststellung des Saldos eine novierende Wirkung iSd §§ 1376 ff ABGB zuerkannt. Demnach werde durch die einvernehmliche Saldofeststellung ein neuer einheitlicher Anspruch geschaffen und die bisher bestandenen Forderungen zum Erlöschen gebracht²⁰⁹). § 1378 ABGB ordnet an, dass bei einer Novation die Bürgschafts-, Pfand- und anderen Sicherheiten erlöschen, sofern nichts anderes festgesetzt wurde. Dieser Untergang der Sicherheiten würde aber durch die ausdrückliche Bestimmung des § 356 Abs 1 HGB durchbrochen²¹⁰). *Apathy* verweist etwa zur Rechtfertigung seiner Ansicht auf das römische Recht, insb auf den republikanischen Juristen *C. Aquilius Gallo*, der die nach ihm benannte *stipulatio Aquiliana* entwickelt hatte um bestehende Ansprüche zusammenzufassen und nach der Zahlung durch eine Generalquittung (*acceptilatio*) zu tilgen. Auch der OGH folge dieser Ansicht, die auf *C. Aquilius Gallo* zurückzuführen ist, und sehe in der Zusammenlegung verschiedener Forderungen in eine Gesamtforderung eine „Verwechslung des Hauptgegenstandes“ nach § 1376 ABGB und somit eine Novation. *Avancini* sieht die Novation dadurch entstanden, dass durch die Saldofeststellung mehrere Forderungen derart zusammengefasst werden, dass sie damit auf einem neuen Rechtsgrund beruhen. Eine etwas von der eben erwähnten OGH-Konstellation abweichende Ansicht, die jedoch im Ergebnis auch zur Annahme einer Novation führt.

Antagonisten der Novationstheorie wenden ein, dass die Saldoanerkennung einen neuen abstrakten Verpflichtungsgrund schaffe, der die alten Forderungen nicht vernichte, sondern neben den kausalen Saldo trete; dieses Nebeneinander beider Salden könne beispielsweise mit dem Nebeneinander von Wechsel und Kausalforderung im Wechselrecht verglichen werden (gemäß Art 1 Z 2 und Art 75 Z 2 WechselG enthält ein Wechsel nämlich die unbedingte Anweisung bzw das unbedingte Versprechen, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen). Es wird also versucht den kausalen Saldo aufrecht zu erhalten um den Fortbestand allfälliger Sicherheiten, soweit diese für den durch die Verrechnung entstandenen Saldo haften, zu gewährleisten. Die Sicherheitenkontinuität wird aus dogmatischen Begründungen abgeleitet und nicht aus der Spezialvorschrift des § 356 Abs 1 HGB. Die Anhänger der Novation bezweifeln aber, dass dies – das Nebeneinander von zwei auf dieselbe Leistung gerichteten Verpflichtungen –

²⁰⁶) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/44 (Vorauslage zu *Apathy*).

²⁰⁷) *Apathy*, ÖBA 1999, 682; *derselbe* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/41.

²⁰⁸) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 25.

²⁰⁹) *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB³, § 1376, Rz 18.

²¹⁰) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 289.

dem typischen Parteiwillen entsprechen könnte. Eines der wichtigsten Argumente für eine Novation ist aber, dass abstrakte Schuldversprechen nach österreichischem Recht, im Gegensatz zum deutschen Recht, grundsätzlich unzulässig sind. Aus § 1379 letzter Satz ABGB folge auch, dass zwischen denselben Personen zwei verschiedene Verbindlichkeiten, die auf dieselbe Leistung gerichtet sind, nicht nebeneinander bestehen können. Nur dann, wenn man abstrakte Vereinbarungen zuließe, wäre ein derartiges Nebeneinander dogmatisch begründbar. Ansonsten ist davon auszugehen, dass mit der Schaffung eines neuen Verpflichtungsgrundes durch die Saldoanerkennung die durch die Verrechnung entstandene Forderung notwendig erlischt. Außerdem stützen sich die Vertreter der Novation auf den typischen Parteiwillen, der darauf gerichtet sei die bestehenden Einzelforderungen durch die Saldoanerkennung zu einem einheitlichen Anspruch zusammenzufassen. Demgegenüber kritisiert insbesondere *Canaris* die Annahme, dass es dem typischen Parteiwillen entsprechen könnte durch die Saldofeststellung ein Erlöschen sämtlicher bisher bestehenden Forderungen herbeizuführen. Die Auslegungsregel der Vorschrift des § 364 Abs 2 BGB (dem § 1379 Satz 3 ähnlich), nachdem die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit die bisherige im Zweifel gerade nicht zum Erlöschen bringt, bilde eine gesetzliche Vermutung des mutmaßlichen Parteiwillens. Die Anhänger der Novationstheorie könnten aber keine überzeugungskräftigen Begründungen ihrer Annahme vorbringen, warum der hypothetische Parteiwille beim Kontokorrent gerade entgegen der vom Gesetzgeber aufgestellten Regel eben zu einem Untergang der bisherigen Forderungen gerichtet sein soll. Sein Kontraargument werde auch von der Bestimmung des § 356 HGB untermauert, wonach der Rückgriff auf die Sicherheiten ermöglicht wird. Diese Vorschrift bilde die Anwendung des in § 364 Abs 2 BGB enthaltenen allgemeinen Prinzips auf die besondere Problematik der Sicherheiten, wonach das Erlöschen der bisherigen Forderungen im Zweifel eben nicht der Interessenlage und dem mutmaßlichen Parteiwillen entspreche²¹¹).

Ein Charakteristikum der Novation, das als Argument für dieses Rechtsinstitut vorgebracht wird, ist, dass die die Gültigkeit der früheren Verbindlichkeit anfechtenden Gründe auch gegen die neue greifen²¹²). Das zeigt sich vor allem darin, dass die gegen die alte Forderung bestehenden Einreden auch gegen die neue erhoben werden können (§ 1376 ABGB). Das wird bei der Saldofeststellung auch dem regelmäßigen Parteiwillen entsprechen, denn dadurch können auch nachträglich noch Einreden, mit denen Einzelforderungen behaftet waren, geltend gemacht werden. Bei einem Anerkenntnis hingegen wäre das nur unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich.

²¹¹) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 177.

²¹²) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 111.

Während im italienischen Recht die Novationstheorie überwiegend verneint wird²¹³), nimmt die überwiegende Meinung in der französischen Rspr und Literatur eine „Quasi-Novation“ an²¹⁴): Bereits durch die Einstellung in das Kontokorrent (und nicht erst durch die Feststellung) erlischt die frühere Forderung. Sie erlischt jedoch nicht völlig, sondern hinterlässt einen Rechnungsposten, daher wird von Quasi-Novation gesprochen. Das führt dazu, dass die für die Einzelforderungen bestellten Sicherheiten erlöschen; solche aber, die die Saldoforderung als solche absichern sollen, bleiben aufrecht. Quasi-Novation auch deshalb, weil die Forderung sowohl ihren Rechtsgrund als auch ihre Forderungsqualität verliert. Die bloße Rechnungsgröße kann nicht eingeklagt, abgetreten, verpfändet, gepfändet oder aufgerechnet werden.

cc-2) Anerkenntnistheorie

Von einem Teil der Lehre wird die Saldofeststellung als Anerkenntnis verstanden. Die wichtigsten Vertreter dieser Theorie sind *Krejci*²¹⁵), *Canaris*²¹⁶), *Bydlinski*²¹⁷) und *Schuhmacher*²¹⁸). Auch die ständige Rechtsprechung war der Ansicht, dass es sich bei der Saldofeststellung um ein „konstitutives Anerkenntnis“ handelt. Der OGH – unter Referenz auf eine Beurteilung *Avancinis* - sprach dann aber in einer Entscheidung²¹⁹) ausdrücklich von einem deklarativen Anerkenntnis und schloss sich der Novationstheorie an. *Avancini* bezeichnete in der vom OGH zitierten Beurteilung²²⁰) die Saldofeststellung beim Bankkontokorrent nämlich als eine „Novation verbunden mit einem beiderseitigen Schuldanerkenntnis mit deklarativer Wirkung“. Der verstärkte Senat²²¹), der gerade diese Beurteilung referierte, hatte somit einen Judikaturwandel eingeleitet.

Den Vertretern der Anerkenntnistheorie wird aber vorgeworfen, dass es häufig mangels eines Streits oder Zweifels zwischen den Parteien an der allgemein für ein konstitutives Anerkenntnis charakteristischen Bereinigungswirkung fehlen wird. So käme maximal ein deklaratives Anerkenntnis in Betracht. Außerdem ließe sich durch das Anerkenntnis, im Gegensatz zur Novation, keine einheitliche Behandlung der Saldoforderungen erreichen, weil dadurch eine

²¹³) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 23.

²¹⁴) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 31.

²¹⁵) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 304.

²¹⁶) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 182.

²¹⁷) *Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 126.

²¹⁸) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 28.

²¹⁹) OGH in SZ 68/93; JBI 1995/662; ÖBA 2001, 640/976.

²²⁰) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/44 (Vorauslage zu *Apathy*).

²²¹) OGH 8 Ob 244/98k.

Zusammenfassung der Einzelforderungen zu einer einheitlichen Anspruchsgrundlage nicht bewirkt werden könne. Das Anerkenntnis ließe ja den Verpflichtungsgrund der anerkannten Schuld gleich²²²).

Gegen den ersten Kritikpunkt wehrt sich vor allem *Krejci*²²³), indem er verlangt das Erfordernis eines strittigen Rechtsverhältnisses nicht zu rigide zu betrachten. Auch wenn zumindest im Zeitpunkt des Abschlusses des Anerkenntnisvertrages kein Recht strittig ist, spräche nichts dagegen dem Vereinfachungszweck des Kontokorrents gerecht zu werden und einen neuen Rechtsgrund für die noch offene Saldoforderung zu schaffen. Außerdem könnten dadurch künftige Streitigkeiten vermieden werden. Dem hält wiederum *Apathy*²²⁴) entgegen, dass für solche Fälle vom ABGB ohnehin das Institut der Novation bereitgestellt würde, und dass ein solches schuld begründendes Anerkenntnis in Wahrheit ein abstraktes Schuldversprechen sei.

cc-3) Hybride Rechtsnatur

Am Rande der soeben erörterten Zweiteilung der Meinungen in Novation und Anerkenntnis, vertreten *Welser/Foglar-Deinhardstein*²²⁵) die Ansicht, dass die Saldofeststellung zwei Funktionen zu erfüllen habe: Zunächst müsse die Saldoforderung von allfälligen Einwendungen befreit werden. Und dann muss, um unterschiedliche Verjährungsfristen, Gerichtsstände, anwendbare Rechte usw, zu verhindern, ein einheitlicher Rechtsgrund geschaffen werden, was wiederum eine Novation erfordere. Diese würde alleine aber der Sicherungsfunktion nicht genügen. Demnach sei daher im Saldoanerkennnis ein Feststellungsvertrag zu sehen, der sowohl Elemente einer Novation als auch jene eines konstitutiven Anerkenntnisses beinhalte.

cc-4) Klärung durch das UGB

In Deutschland herrscht die auf *Canaris*²²⁶) zurückzuführende Auffassung von der Beurteilung der Saldofeststellung als abstraktes Schuldanerkennnis iSv § 781 BGB vor. In Österreich wurde diese Ansicht vor allem von *Koziol*²²⁷) vehement wegen der prinzipiellen Unzulässigkeit von abstrakten Schuldverhältnissen negiert. *Canaris* rechtfertigte sie aber mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit und einem im Kontokorrent existenten „gesteigerten Bedürfnis für die Zulassung der Abstraktion“. Unter Hinweis auf die durch das Anerkenntnis entstehen-

²²²) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 25.

²²³) *Krejci*, *Handelsrecht*³, 209; zustimmend auch *Reischauer*, *ÖJZ* 1982, 309.

²²⁴) *Apathy*, *ÖBA* 1999, 683.

²²⁵) *Welser/Foglar-Deinhardstein*, *ÖZW* 1976, 78.

²²⁶) *Canaris* in *Staub*, *HGB*⁴, § 355, Rz 195.

²²⁷) *Koziol*, *Zur Gültigkeit abstrakter Schuldverträge im österreichischen Recht*, *GedS Gschnitzer*, 233.

de abstrakte Forderung, die neben die kausale Saldoforderung trete und dem Schuldner die Bereicherungseinreden aus dem Grundverhältnis zur Verfügung stelle für den Fall, dass er irrtümlich einen überhöhten Saldo anerkannt hat, konnte *Canaris* im Schrifttum immer mehr Zustimmende²²⁸⁾ für sich gewinnen.

So hat sich auch das UGB für die Lehre des „abgeschwächt abstrakten Schuldanerkenntnisses“ entschieden und diesen in seinem § 355 Abs 4 verwirklicht.

In den Materialien²²⁹⁾ wurde die Entscheidung gegen ein „rein“ abstraktes Schuldverhältnis damit begründet, dass sonst die Integration des § 356 HGB problematisch gewesen wäre. Da bei einem Anerkenntnis die Sicherheiten im Ausmaß der früher bestehenden Verbindlichkeiten aufrecht bleiben und die Rechtsstellung der Sicherheitenbesteller sich nicht verändert, wäre es bei einem rein abstrakten Saldo nicht mehr erkennbar, in welchem Umfang die ursprünglichen Forderungen noch vorhanden wären. Daher müssten die bestellten Sicherheiten konsequenterweise erlöschen. Weiters wird das konstitutive Anerkenntnis mangels Parteienabsicht auf Streitbereinigung abgelehnt.

Das UGB hat sich also für das „abgeschwächt abstrakte Schuldanerkenntnis entschieden“, das neben die im kausalen Saldo enthaltenen Restforderungen tritt (schon zum AHGB wurde vertreten, dass im Falle der Nichtanerkennung des Saldos und Anfechtung der demselben zu Grunde liegenden Geschäfte auf die betreffenden Verträge zurückzugehen sei) und einen eigenen Verpflichtungsgrund darstellt, denn dieses Modell entspräche in der Regel dem typischen Parteiwillen und den berechtigten Parteiinteressen am ehesten. Diese liefern in der Regel darauf hinaus, eine Bereinigungswirkung hervorzurufen und eine Verstärkung des Kausalverhältnisses zu bewirken. Der Gläubiger kann den abstrakten Saldo geltend machen, dh ihn selbstständig einklagen ohne dafür einen Rechtsgrund behaupten und beweisen zu müssen. Dass dadurch im zweipersonalen Verhältnis vom Grundsatz der kausalen Rechtsgeschäfte abgewichen wird, wird mit dem für Kontokorrentlagen besonders dringenden Vereinfachungsbedürfnis der Beteiligten gerechtfertigt.

²²⁸⁾ *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 31; *Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 128.

²²⁹⁾ Erläuterungen zum Ministerialentwurf UGB, zu § 355, Rz 11.

Als Vorzug des Modells eines abgeschwächt abstrakten Anerkenntnisses wird auch dargetan, dass es den Fortbestand der Sicherheiten besser zu erklären vermag²³⁰), da bei einem Anerkenntnis, im Gegensatz zur Novation, die Sicherheiten insoweit bestehen bleiben, als die anerkannte Verbindlichkeit nicht über die frühere Schuld hinausgeht (und sich dadurch die Lage des Sicherungsgebers nicht verschlechtert). Ein Verständnis, wonach es sich bei der Saldo feststellung um eine Novation handelt, ließe sich mit dem Gesetz nicht mehr in Einklang bringen.

Aus der Abstraktheit des Schuldanerkenntnisses darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei der Saldoermittlung begangene Fehler ohne Konsequenzen bleiben²³¹). Vielmehr unterliegt der Saldo den allgemeinen Regeln über die Mangelhaftigkeit von Rechtsgeschäften, dh er kann wegen Willensmangels (Irrtum, Drohung oder arglistiger Täuschung) angefochten werden. So hat auch eine Irrtumsvorbehaltsklausel auf den Tages- oder Kontoauszügen der Bank die Bedeutung, dass das rechtsgeschäftliche Anerkenntnis nach den Regeln über die Irrtumsanfechtung (§§ 871 f ABGB) anfechtbar ist, jedoch, wie bereits dargetan, in einem eingeschränkten Umfang. Auch in den Ausführungen zum AHGB wurde bereits auf Irrtumsvorbehaltsklauseln („Irrthum und Auslassungen vorbehalten“ oder „S.E. & O.“, dh „salvis erroribus et omissionibus“ oder „sauf erreurs et omissions“) eingegangen und klargestellt, dass sie die Bedeutung des Abschlusses keineswegs aufheben, sondern lediglich den Vorbehalt enthalten, dass irrtümliche Buchungen oder Auslassungen keiner der Parteien schaden sollen. Außerdem soll der Saldoempfänger durch eine solche Irrtumsvorbehaltsklausel dazu bewogen werden, den Rechnungsabschluss auf etwaige Irrtümer hin zu prüfen. Werden jedoch der Verrechnung Forderungen zugrunde gelegt, die nicht oder nicht in dieser Höhe bestanden haben, oder werden bestehende Forderungen nicht berücksichtigt, ist eine Irrtumsanfechtung ausgeschlossen, weil es sich dabei um einen unbeachtlichen Motivirrtum²³²) handelt. Er könnte nur im Falle der arglistigen Täuschung und im Falle der Gemeinschaftlichkeit des Irrtums relevant werden, da er dann die von beiden Teilen als feststehend angenommene Grundlage des Anerkenntnisses berührt. Ebenso können offenkundige Schreib- oder Rechenfehler gemäß § 1388 ABGB auch bei einem konstitutiven Anerkenntnis nachträglich berichtigt werden. Wurde jedoch mit dem Anerkenntnis eine zweifelhafte oder strittige Berechnung bereinigt, so kann der bereinigte Rechenfehler selber nicht mehr aufgegriffen werden.

²³⁰) Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 18.

²³¹) Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 12.

²³²) Ostheim, JBl 1977, 357.

dd) Interessenausgleich bei unrichtigem Saldo

Das UGB sieht für jene Fälle, in denen das Saldoanerkennnis nicht wegen eines Willensmangels beseitigt werden kann, einen Interessenausgleich durch das Bereicherungsrecht vor²³³). Schon das AHGB sah in den Ausführungen zu Art 291 vor, dass einem bereits anerkannten Saldo gegenüber Erinnerungen gegen die Richtigkeit einzelner Posten oder allgemeine Rügen von Unrichtigkeiten zwar bedeutungslos und nachträglich erhobene Einwendungen – gemeint sind die vom Anerkenntnis erfassten Punkte - unzulässig sind, „... wenn aber irrtümlich eine nicht bestehende Forderung in die Berechnung aufgenommen oder eine bestehende Forderung außer Ansatz gelassen wurde, so berechtigt dies die benachtheiligte Partei zur Anfechtung des Abrechnungsvertrages nach den Grundsätzen der Kondiktionen, d.h. der grundlosen Bereicherung.“

§ 355 Abs 4 UGB begnügt sich mit der lapidaren Anordnung, dass die Einwendung des Schuldners, der Gläubiger werde durch den Saldo ungerechtfertigt bereichert, unberührt bleibt. Das Gesetz will damit zum Ausdruck bringen, dass der Schuldner die Möglichkeit haben soll, die Fehlerhaftigkeit des Saldoanerkennnisses einzuwenden und dadurch eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers zu verhindern. Daher ist auch von einem „abgeschwächt“ abstrakten Saldo die Rede, weil die Abstraktheit nicht absolut gegeben ist, sondern durch die Unrichtigkeit des ermittelten Saldos relativiert wird²³⁴). Der Gläubiger wäre nämlich dann bereichert, wenn der anerkannte Saldo in den ihm zugrunde liegenden Forderungen keine Deckung findet, denn gerade das ist die Beurteilungsgrundlage für die ungerechtfertigte Bereicherung.

Aufgrund der Bezugnahme in den Materialien auf *Canaris*²³⁵) und der Befürwortung durch *Schuhmacher*²³⁶) und *Bydlinski*²³⁷) kann geschlossen werden, dass sich der Gesetzgeber von folgenden dogmatischen Gedankengängen hat leiten lassen: Im deutschen Recht kann im Fall der unrichtigen Berücksichtigung von Forderungen oder des Unterbleibens ihrer Berücksichtigung das Anerkenntnis kondiziert werden. Der Schuldner sei aufgrund des Kontokorrentverhältnisses nämlich nur zur Anerkennung des richtigen Saldos verpflichtet. War daher der Anerkennende wegen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Saldos nicht zur Anerkennung

²³³) *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 13.

²³⁴) *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 13 mwN.

²³⁵) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 355, Rz 182 ff.

²³⁶) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 31.

²³⁷) *Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 123 ff.

verpflichtet, so zB weil ein Haben- oder Sollposten nicht bestand oder bei der Verrechnung nicht berücksichtigt wurde, so kann er sein Anerkenntnis zurückfordern. Da es beim fehlerhaften Saldoanerkennnis bereits anfänglich an einem Rechtsgrund fehlt, kann es nach § 812 Abs 1 S 1 BGB mit der *condictio indebiti* kondiziert werden. Auf diese Weise können die einzelnen Posten des Kontokorrents, auf denen die Saldofeststellung beruht, noch nachträglich beanstandet werden. Die Selbstständigkeit des Saldos führt daher in prozessualer Hinsicht zugunsten des Gläubigers zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast: Denn nicht er ist derjenige, der die Beweislast für das Bestehen seiner Forderung trägt, sondern der Schuldner trägt sie hinsichtlich des Nichtbestehens von Ansprüchen und Leistungen. Außerdem wird im § 812 Abs 2 BGB angeordnet, dass auch ein Anerkenntnis per se Gegenstand einer Kondiktion sein kann: „Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.“ Für den Fall der Kondiktion des Anerkenntnisses richtet sich der Anspruch auf vertragliche Aufhebung des Schuldverhältnisses.

Für das österreichische Recht ergibt dies, dass bei der Feststellung eines unrichtigen Saldos Gegenstand der rechtsgrundlos erbrachten Leistung das Anerkenntnis als solches ist. Es bildet daher auch das Objekt der Kondiktion. Anders als § 812 Abs 2 BGB findet sich im ABGB aber keine ausdrückliche Regelung, die das Anerkenntnis zum Kondiktionsgegenstand macht. Das sei aber deshalb nicht als problematisch zu betrachten²³⁸), weil das ABGB auf dem Prinzip des kausalen Verpflichtungsgeschäfts basiert. Ohne Rechtsgrund kann daher die Verbindlichkeit nicht wirksam zustande kommen. Man braucht das Anerkenntnis nur dann zu kondizieren, wenn man die Abstraktheit der Verpflichtung grundsätzlich anerkennt, aber dem Schuldner – im Sinne einer „Abgeschwächtheit“ der Abstraktheit – den Einwand der fehlenden causa ermöglichen wolle. Ergo muss eine Kondiktion des Anerkenntnisses möglich sein, wenn man ihn als abgeschwächt abstrakten Verpflichtungsgrund versteht. Und gerade dieses Verständnis liegt dem UGB ja zugrunde. *Avancini*²³⁹) und *Dullinger*²⁴⁰) fassen aber die Feststellung des Saldos als Novation auf, wodurch eine Kondiktion sowieso überflüssig wird, da ja bei einer Novation ohnehin die Einwendungen, die gegen die alte(n) Forderung(en) zustanden, auch gegen die neue geltend gemacht werden können. *Avancini* wendet gegen die Möglichkeit eines Anerkenntnisses als Objekt einer Kondiktion ein, dass zwar § 812 Abs 2 BGB die vertragliche Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses ausdrücklich als Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinn qualifizieren möge, jedoch sage

²³⁸) *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 16.

²³⁹) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/44 (Vorauslage zu *Apathy*).

²⁴⁰) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 355, Rz 25.

das österreichische Zivilrecht nichts dazu. Außerdem sei die österreichische Irrtumsanfechtung der deutschen gegenüber stark eingeschränkt, sodass die Gewährung einer Kondiktion zur Beseitigung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, unter Bezugnahme auf den OGH, den Grundwertungen des österreichischen Irrtumsrechts widersprechen würde²⁴¹).

Daraus folgt also für *Schauer*²⁴²), *Schuhmacher*²⁴³), *Ostheim*²⁴⁴), *Bydlinski*²⁴⁵) und andere Anhänger der Anerkenntnistheorie, die durch das UGB bestätigt werden, dass der Schuldner, der aufgrund eines unrichtigen Saldos geleistet hat und nun seine Leistung rückgängig machen will, eine **doppelte Kondiktion** hat: Zunächst wird das Anerkenntnis kondiziert, dadurch kommt es zum Wegfall des Rechtsgrundes der Leistung. Dann kann die Leistung kondiziert werden. Natürlich können diese beiden Begehren auch miteinander verbunden und gemeinsam geltend gemacht werden.

Die Rechtsfolgenanordnung des § 355 Abs 4 Satz 3 UGB sieht lediglich eine Einwendungsmöglichkeit des Schuldners vor. Doch ist der Schuldner nicht verpflichtet nur zu reagieren. Er kann auch selbst die Initiative ergreifen und gegen den Gläubiger vorgehen, indem er das Anerkenntnis kondiziert und die Anerkennung des richtigen Saldos begehrt. Es besteht kein Zweifel, dass bei falschen Verrechnungsgrundlagen das Anerkenntnis nach § 1431 ABGB kondiziert werden kann, da der Kontokorrentvertrag nur die Pflicht enthalten kann, einen richtig berechneten Saldo anzuerkennen²⁴⁶). Die Anerkennung eines falsch berechneten Saldos stellt daher eine irrtümliche rechtsgrundlose Leistung dar. Das führt aber dazu, dass auch der Ausschlussstatbestand des § 1432 ABGB greifen kann. Sollte daher der Schuldner beim Anerkennen von der unrichtigen Berechnung gewusst haben, so erfüllt er eine Nichtschuld und kann nachträglich die *condictio indebiti* nicht mehr geltend machen. Es führt daher nicht erst die Begleichung in Kenntnis der Unrichtigkeit, sondern schon die Anerkennung zu einem Ausschluss der Kondiktion.

Bis jetzt ging es immer nur um eine Unzufriedenheit des Schuldners, dh wenn der festgestellte Saldo zu hoch war. Was ist aber, wenn der Saldo unrichtigerweise zu niedrig festgestellt wurde? Auch in diesem Fall kann der Verkürzte, der Gläubiger, zunächst sein unrichtiges Aner-

²⁴¹) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/53 (Vorauslage zu *Apathy*).

²⁴²) *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 20.

²⁴³) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 31.

²⁴⁴) *Ostheim*, JBl 1977, 357.

²⁴⁵) *Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, 128.

²⁴⁶) *Ostheim*, JBl 1977, 357.

kenntnis kondizieren und vom Bereicherten, dem Schuldner, die Abgabe einer neuen Anerkenntniserklärung – gerichtet auf den richtigen Saldo – verlangen. Da aber der festgestellte Saldo nicht den kausalen ersetzt, sondern neben ihn trifft, hat der unzufriedene Gläubiger auch die Möglichkeit, sich gerade auf den höheren kausalen Saldo nach § 355 Abs 3 UGB zu berufen.

ee) Materiell-rechtliche Rechtsfolgen²⁴⁷⁾

Während sich der kausale Saldo aus einer Reihe von Einzelansprüchen zusammensetzt, bildet der anerkannte Saldo ein einheitliches Forderungsrecht. Es muss beachtet werden, dass zwar der kausale und der anerkannte Saldo nebeneinander bestehen, jedoch nicht kumulativ eingefordert werden können. Der anerkannte Saldo wird zahlungshalber geleistet, dh erst durch seine Erfüllung wird der kausale Saldo getilgt. Nach § 1478 ABGB verjährt der Anspruch aus dem anerkannten Saldo innerhalb von 30 Jahren. Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist, dass der Saldo nicht auf neue Rechnung übertragen wird, und dies geschieht in aller Regel erst bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses. Auch sonst hängt die Existenz eines Zahlungsanspruchs von der kontokorrentmäßigen Behandlung der Saldoforderung ab: Wird nämlich die anerkannte Saldoforderung in die neue Rechnungsperiode als erster Posten vorgetragen (vergleichbar mit einem buchungstechnischen Anfangswert der neuen Periode, der gleich dem Endwert der vorigen Periode ist), so unterliegt sie den gleichen Grundsätzen wie jeder andere kontokorrentgebundene Posten auch, dh sie kann nicht selbstständig geltend gemacht werden, nicht abgetreten, nicht verpfändet und nicht gepfändet werden. Sollte die Saldoforderung jedoch nicht vorgetragen werden, so kann sie selbstständig eingeklagt, abgetreten, mit ihr und gegen sie aufgerechnet, verpfändet oder gepfändet werden. All das gilt auch für die kausale Saldoforderung.

ff) Verfahrensrechtliche Rechtsfolgen²⁴⁸⁾

Da es sich beim Anspruch aus dem anerkannten Saldo um eine einheitliche Forderung handelt, besteht auch ein einheitlicher Gerichtsstand. Für die Beweislastverteilung gilt, dass der Gläubiger, der sich auf das Anerkenntnis beruft, nur dessen Zustandekommen, jedoch keinen Rechtsgrund (auf Streitbereinigung gerichteten Zweck) nachweisen muss. Will der Schuldner die Unrichtigkeit des Saldos geltend machen, so hat er sich um die Beweise zu bemühen. Dies gilt sowohl im Fall der aktiven Geltendmachung, dh Kondiktion des Anerkenntnisses und der

²⁴⁷⁾ Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 22.

²⁴⁸⁾ Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 23.

auf dessen Grundlage erbrachten Leistung, als auch im Fall der passiven, dh Einwendung der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers.

gg) Verbandsklage nach § 28 KSchG²⁴⁹⁾

Im Zusammenhang mit dem festgestellten Saldo ist nun auf das im § 355 Abs 6 UGB enthaltene verbraucherschutzrechtliche Korrelat zur Abstraktheit des Saldoanerkennnisses einzugehen. Eingeführt wurde der Abs 6 zum § 355 UGB in den Entwurf des HaRÄG erst durch den Justizausschuss. Mit der Verbandsklage nach § 28 KSchG sollen die nach § 29 leg cit klagslegitimierten Einrichtungen die Möglichkeit haben Unternehmer, die im geschäftlichen Verkehr gesetz- oder sittenwidrige Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern verwenden, auf Unterlassung zu klagen. Dieses Unterlassungsrecht sieht sowohl ein Verwendungs- als auch ein Berufungsverbot vor: Während das Verwendungsverbot sich auf Klauseln in künftigen Verträgen des Unternehmers richtet, betrifft das Berufungsverbot Klauseln, die den Verträgen bereits zugrunde gelegt worden sind und daher bereits vereinbart wurden. Es soll also dem Unternehmer verhindert werden, seine gesetz- oder sittenwidrigen Klauseln gegenüber einem möglicherweise unkundigen Vertragspartner durchzusetzen. Durch das Verbot, sich bei bereits vereinbarten AGB auf gesetz- oder sittenwidrige Klauseln zu berufen, soll der mit der Verbandsklage verfolgte Schutz auch auf Altverträge erstreckt werden. Da es aber einem Kontokorrentpartner nach § 355 Abs 4 S 2 erlaubt ist, sich zur Begründung seines Anspruchs auf den festgestellten Rechnungsabschluss zu berufen, wäre damit für einen unredlichen Unternehmer die Gelegenheit geschaffen, sich auf einen neuen Verpflichtungsgrund zu stützen, der von der Verbandsklage nicht bekämpft werden könnte. Sie würde somit ins Leere gehen. Daher wollte der Gesetzgeber mit § 355 Abs 6 UGB den Weg offen halten, einen fehlerhaften Saldo, dessen Berechnung unter Verwendung unwirksamer Klauseln vorgenommen wurde, trotz der Abstraktheit des Saldoanerkennnisses weiterhin mit einer Verbandsklage bekämpfen zu können. Diesem Anliegen trug er Rechnung, indem er den Tatbestand der Berufung auf eine unwirksame Klausel auch auf die Berufung auf einen Rechnungsabschluss erweitert hat, der unter Verwendung einer solchen Klausel erstellt wurde. Dadurch schadet die Unwirksamkeit einer für die kausale Forderung maßgeblichen Klausel auch dem mit ihrer Hilfe berechneten abstrakten Saldo. Insofern kommt es daher für die Zwecke der Verbandsklage zu einer weiteren Abschwächung der Abstraktheit des festgestellten Saldos. Die Verbandsklage findet sich im 2. Hauptstück des KSchG und ist daher nicht auf das Verhältnis zwischen Unterneh-

²⁴⁹⁾ Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB, § 355, Rz 26.

mern und Verbrauchern beschränkt. Folgerichtig ist daher auch der Anwendungsbereich des § 355 Abs 6 UGB nicht notwendigerweise auf das Verbrauchergeschäft eingegrenzt.

12. Die Beendigung des Kontokorrents

a) Fristablauf

In erster Linie wird die Dauer eines Kontokorrentverhältnisses wie jedes Vertragsverhältnis vom Parteiwillen bestimmt. Daher endet ein befristetes Kontokorrent auch mit dem Ablauf der Frist, für die es eingegangen wurde. Die Parteien können das Kontokorrentverhältnis aber auch jederzeit einvernehmlich durch eine Dissolutionsvereinbarung aufheben²⁵⁰).

b) Ende der Geschäftsverbindung

Da die Existenz einer Geschäftsverbindung die Grundlage jedes Kontokorrents bildet, ohne die es nicht bestehen kann, bedeutet das Ende der Geschäftsverbindung automatisch auch das Ende des Kontokorrents. Dagegen endet das Kontokorrent nicht schon mit dem Ablauf der Rechnungsperiode oder mit der Abhebung des Saldos, wenn die Geschäftsverbindung unverändert fortgesetzt wird²⁵¹). Es richtet sich nach der Dauer der Geschäftsverbindung, wobei es auf den Parteiwillen ankommt und nicht alleine auf objektive Gesichtspunkte²⁵²): Der Umstand, dass zwischen den Parteien längere Zeit keine Geschäfte geschlossen wurden, bedeutet noch nicht, dass die Geschäftsverbindung auch tatsächlich beendet wurde. Nur wenn die Parteien keine Geschäfte mehr schließen wollten, weist das auf das Ende der Geschäftsverbindung zwischen ihnen hin. Die Kündigung eines Kontokorrentkredites oder das Ende der Kreditlaufzeit beendet nicht die Geschäftsverbindung. Sie bleibt vielmehr bestehen, bis der in Anspruch genommene Kredit tatsächlich zurückgezahlt worden ist. In diesem Sinn kann auf Z 47 der ABB verwiesen werden, die der Bank das Recht einräumt, vom Kunden für alle Ansprüche aus der mit ihm bestehenden Geschäftsverbindung angemessene Sicherheiten zu verlangen. Z 48 erlaubt eine Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten, wenn nachträglich Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kunden rechtfertigen. Während das Ende eines Kontokorrentkreditvertrages, wie bereits erörtert, noch nicht unbedingt das Ende der Geschäftsverbindung herbeiführen muss, wird dies jedoch wohl durch eine behördliche Schließung der Bank bewirkt.

²⁵⁰) *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 111.

²⁵¹) *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 115.

²⁵²) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 33.

c) Tod einer Partei

Der **Tod** einer Kontokorrentpartei führt nur dann zu einer Beendigung des Kontokorrents, wenn die Geschäftsverbindung mit den Erben nicht fortgesetzt wird²⁵³), andernfalls bleibt es aufrecht.

d) Übertragung der Geschäftsverbindung

Soll die Geschäftsverbindung auf einen Dritten übertragen werden, bedarf es dazu einer Dreiparteieneinigung, da es sich dabei um eine Vertragsübernahme handelt. Es werden bei der Übertragung der Geschäftsverbindung nämlich nicht bloß Forderungen übertragen, was nach den Regeln der Zession zu beurteilen wäre, oder nicht bloß Verbindlichkeiten übertragen, was die Regeln der Schuldübernahme zur Anwendung kommen ließe. Da die Geschäftsverbindung ein „gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten“ ist, stellt daher diese Übertragung eines Schuldverhältnisses als Ganzes eine Vertragsübernahme dar. Dem ABGB zwar unbekannt, ist sie jedoch zulässig, wenn alle Beteiligten ihre Zustimmung erklären²⁵⁴). Der Vertragsübernehmer tritt dabei an die Stelle eines Vertragspartners und übernimmt somit alle Verpflichtungen, Forderungen und tritt auch in alle Gestaltungsrechte ohne Änderung des Schuldverhältnisses ein. Eine Einigung nur zwischen Übertragendem und Dritten reicht nicht aus. Wird die Zustimmung des anderen Vertragspartners nicht eingeholt, führt dies dazu, dass die Geschäftsverbindung zwischen den bisherigen Kontokorrentpartnern abgebrochen wird, und da gegenüber dem Dritten kein wirksames Kontokorrentverhältnis zustande gekommen ist, bedeutet dies eine Beendigung des ursprüngliche Kontokorrents.

e) Kündigung

aa) Allgemeines

Eine weitere Möglichkeit das Kontokorrentverhältnis zu beenden, stellt die **Kündigung** dar. Dieses Gestaltungsrecht der Vertragspartner ist im § 355 Abs 5 UGB geregelt. Er wurde wörtlich vom davor geltenden § 355 Abs 3 HGB übernommen, sodass das UGB diesbezüglich keine Änderung der bisherigen Rechtslage bewirkt hat. Das AHGB hatte Genaueres über eine Kündigungsmöglichkeit weder im Gesetzestext des Art 291 noch in den Ausführungen zu ihm festlegt. Das legt den Schluss nahe, dass die Regelung dieser Beendigungsmöglichkeit – aufgrund des offensichtlichen Fehlens von einem damaligen gesetzten Handelsrecht – dem Han-

²⁵³) *Langenbacher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 115.

²⁵⁴) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 135.

delsgewohnheitsrecht oder subsidiär dem gesetztem bürgerlichen Recht (eventuell auch geltenden Handelsbräuchen) überlassen wurde. Mit dem Eingang ins HGB wurde aber das Kündigungsrecht somit positiviert. § 355 Abs 5 UGB besagt, dass das Kontokorrent im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit mit der Wirkung gekündigt werden kann, dass derjenige, dem nach der Rechnung ein Überschuss gebührt, dessen Zahlung beanspruchen kann. Das Kontokorrent kann also mangels anderweitiger Vereinbarung von beiden Seiten jederzeit mit sofortiger Wirkung vor Abwicklung der Geschäftsbeziehung gekündigt werden, ohne dass es dazu einer besonderen Vereinbarung bedarf²⁵⁵). Im Zweifel können beide Vertragspartner kündigen. Die Kündigung löst die Feststellung des Saldoanspruchs zum Zeitpunkt der Beendigung aus. Es muss kein Kündigungsgrund gegeben sein und auch keine Kündigungsfrist eingehalten werden, da ja nach dem Gesetzeswortlaut das Kontokorrent im Zweifel auch während der Rechnungsperiode jederzeit frei gekündigt werden kann. Auch wenn eine bestimmte Rechnungsperiode von den Parteien festgesetzt wurde, wird dadurch das einseitige Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen.

bb) Z 22 ABB

Für den Bankvertrag bestimmt Z 22 der ABB, dass sowohl das Kreditinstitut als auch der Kunde die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Teile davon jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigen können, soweit keine Vereinbarung auf bestimmte Dauer vorliegt. Während auch hier das Kündigungsrecht zweiseitig ausgestaltet ist, weicht die Z 22 von § 355 Abs 5 UGB dahingehend ab, dass eine „angemessene“ Kündigungsfrist einzuhalten ist. Durch dieses Erfordernis soll nämlich den Umständen des Einzelfalles Rechnung getragen werden. Es soll sowohl das Interesse der Bank an der Auflösung der Geschäftsverbindung berücksichtigt werden als auch der Aspekt, innerhalb welchen Zeitraums es einem Kunden in dieser Lage möglich und zumutbar ist, seine Dispositionen der neuen Situation zu adaptieren²⁵⁶). Eine allgemein gültige Dauer kann nicht bestimmt werden, weil in einer Geschäftsverbindung erstens Verträge unterschiedlicher Art betroffen sein können (zB Kredit-, Auftrags-, Dienstleistungsverträge etc), zweitens kann es innerhalb dieser Verträge um verschiedene Leistungsinhalte gehen, die jeweils andere Vorkehrungen des Kunden bei einer Vertragsauflösung bedingen und drittens können besondere Umstände des Einzelfalles auch eine Auflösung des Vertrages mit dem Kunden innerhalb kürzester Zeit erforderlich machen.

²⁵⁵) Langenbacher in MünchKommHGB², § 355, Rz 112.

²⁵⁶) Iro in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I², Rz 1/168.

cc) Die Kündigungserklärung

Allgemein ist für die Kündigungserklärung eine bestimmte Form nicht vorgesehen, sodass sie formfrei erfolgen kann. Es muss in ihr lediglich deutlich zum Ausdruck kommen, dass eine kontokorrentrechtliche Behandlung der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nicht mehr gewollt ist, also der Parteiwille auf Beendigung gerichtet ist. Ihre sofortige Wirkung entfaltet die Kündigung sobald sie dem anderen Vertragspartner nach § 862a ABGB zugegangen ist. Die bloße Übersendung eines Rechnungsauszeuges oder das Verlangen der Auszahlung des Saldoguthabens kann für sich alleine nicht auf eine Kündigung schließen lassen. Wohl aber kann die Einklagung des Saldos durch eine der Parteien vor Ablauf der Rechnungsperiode eine konkludente Kündigung darstellen, genauso wie das Verlangen der Zahlung des Saldos am Ende der Rechnungsperiode, wenn eine Vortragung auf die neue Periode vereinbart war. Jedoch müssen immer die Umstände des Einzelfalles in Betracht gezogen werden: So können die eben erwähnten Fälle insb dann keine Kündigung bedeuten, wenn eine Partei stets den Ausgleich eines überhöhten Saldos zu fordern berechtigt ist. Aufgrund der dispositiven Natur des § 355 Abs 5 UGB, steht daher der Vereinbarung von Kündigungsfristen oder -gründen, aber auch eines gänzlichen Ausschlusses des Kündigungsrechtes nichts im Wege. In diesen Fällen bleibt aber die nach den für Dauerschuldverhältnisse geltenden Grundsätzen mögliche jederzeitige Kündigung aus wichtigem Grund aufrecht²⁵⁷), wenn einem Partner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wegen des Verlustes des Vertrauens in den anderen, wegen schwerwiegender Leistungsstörungen oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unzumutbar ist. Gründe, mit denen jedoch bei Vertragsabschluss gerechnet werden mussten, rechtfertigen keine vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund.

f) Insolvenz

Wie verhält es sich nun im Fall der Insolvenz eines Kontokorrentpartners? Kommt es dadurch zu einer Beendigung des Kontokorrents? Um diese Frage zu beantworten, muss eine Unterscheidung in Konkurs- und Ausgleichsverfahren getroffen werden. Das Konkursverfahren, das früher auf eine Liquidierung des Schuldnervermögens und nun auch auf eine Sanierung abzielt, führt nach hA zur sofortigen Beendigung des Kontokorrents, während das Ausgleichsverfahren, das stets auf eine Sanierung des Schuldners abzielte, nicht automatisch eine Beendigung des Kontokorrentverhältnisses zur Folge hat.

²⁵⁷) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 9.

aa) Konkurs

Die Konkursöffnung über das Vermögen einer der Kontokorrentpartner führt nach hA zur sofortigen Beendigung des Kontokorrents²⁵⁸). Ein Aktivsaldo der konkursbefangenen Partei wird Bestandteil der Konkursmasse, ein Passivsaldo wird Konkursforderung. Zum Teil wird diese Ansicht aus § 26 Abs 1 KO gefolgert, wonach ein vom Gemeinschuldner erteilter Auftrag mit der Konkursöffnung erlischt. Zum Teil wird aber auch argumentiert, dass die kontokorrentmäßige Abwicklung der beiderseitigen Ansprüche und Leistungen mit den Konkurszwecken nicht vereinbar seien. Die Gegenmeinung²⁵⁹) wendet gegen den § 26 Abs 1 KO ein, dass diese Bestimmung auf das Kontokorrent mangels eines auftragsähnlichen Verhältnisses nicht anwendbar sei. Auch der Konkurszweck könne ein Ende des Kontokorrents nicht notwendig erfordern, weil der Masseverwalter einen neuen Kontokorrentvertrag mit Wirkung für und gegen die Masse abschließen könne. Vielmehr müsse das Konkursverfahren – wie bei der Ausgleichseröffnung – zu einer Saldoziehung bezogen auf den Zeitpunkt der Konkursöffnung führen, sodass die KO lediglich nur die künftige Kontokorrentgebundenheit der Ansprüche und Leistungen bestimme, nicht aber zur Beendigung des Kontokorrentverhältnisses führe.

Für das Bankkontokorrent sieht § 78 Abs 4 KO vor, dass die Bank, die ein Konto des Gemeinschuldners führt, von der Konkursöffnung mit Auftrag zu benachrichtigen ist, dass fortan Verfügungen hierüber nur mit Zustimmung des Gerichtes zu vollziehen sind. Durch diese Kontosperrung sollen Verfügungen des Gemeinschuldners unterbunden werden, die die Masse schmälern könnten²⁶⁰).

bb) Ausgleich

Während also nach hA die Konkursöffnung die sofortige Beendigung des Kontokorrents zur Folge hat, bedeutet die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens hingegen nicht das Ende des Kontokorrents. Sie wird jedoch regelmäßig die Verrechnungsperiode mit dem der öffentlichen Bekanntmachung des Edikts folgenden Tag nach § 7 Abs 1 AO enden lassen, sodass es zu einer verfrühten Saldoziehung kommen muss²⁶¹).

Nach § 8 Abs 2 AO bedarf der Schuldner zu Verfügungen über sein Konto gS dann nicht der Zustimmung des Ausgleichsverwalters, wenn sie zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehören. Nach § 8 Abs 2 letzter Satz AO kann der Ausgleichsverwalter aber auch die Kontogebahrung ganz an sich ziehen.

²⁵⁸) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 308; *Schuhmacher* in *Straube*³, § 355, Rz 35.

²⁵⁹) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/117.

²⁶⁰) OGH ÖBA 2002, 62.

²⁶¹) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/113.

g) Wirkung der Beendigung

Die Beendigung des Kontokorrents entfaltet die Wirkung, dass es im Endigungszeitpunkt zu einer Verrechnung kommt und der sich für die eine oder andere Partei ergebende Saldoanspruch sofort fällig wird, ohne dass er einer vorherigen Feststellung und Anerkennung bedarf. Diese Rechtsfolge wird von § 355 Abs 5 UGB ausdrücklich zwar nur für den Fall der Kündigung vorgesehen, doch muss das gleiche auch gelten, wenn die Beendigung durch Parteienvereinbarung, durch Konkursöffnung oder aus einem anderen Grund erfolgt ist²⁶²). Es wird die Rechnungsperiode vorzeitig abgeschlossen. Kommt es zu keinem Anerkenntnis mehr, muss der Saldogläubiger die der Saldoberechnung zugrunde liegenden gegenseitigen Ansprüche und Leistungen so substantiiert darlegen, dass dem Gericht eine vollständige rechnerische und rechtliche Prüfung ermöglicht wird. Während vom Schlusssaldo bis zum Zeitpunkt der Beendigung noch Zinseszinsen berechnet werden können, muss sich die Berechnung für die Zeit danach auf Verzugszinsen beschränken. Der Schlusssaldo ist kontokorrentfrei und kann daher abgetreten, verpfändet und auch gepfändet werden.

13. Die Sicherheiten

a) Allgemeines

Das rechtliche Schicksal der Sicherheiten, die für die kontokorrentgebundenen Forderungen bestellt wurden, wird im § 356 UGB geregelt. Bereits der HGB-Gesetzgeber wollte mit der Vorgängerbestimmung (§ 356 HGB) der damaligen Rechtsprechung entgegentreten, wonach die für die einzelnen Forderungen bestellten Sicherheiten sowie auf einer Solidarschuld oder dergleichen beruhende Mithaftung anderer – als Ausfluss der Novationstheorie - untergehen sollten²⁶³) (*ratio legis*). So heißt es in der *Denkschrift* zum Entwurf eines HGB, dass das Erlöschen der Sicherheiten und der Wegfall der Mithaftung anderer Personen durch die beiderseitige Anerkennung des Saldos mit den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs nicht im Einklang stehen und auch nicht durch das Wesen des Kontokorrents bedingt werden. „Wenn auch das Saldoanerkennntnis einen selbstständigen Verpflichtungsgrund bildet, so schließt dieser Umstand nicht aus, daß die in der Rechnung enthaltenen Einzelforderungen in gewissen Beziehungen noch eine Wirkung üben.“ Außerdem soll nach dem Entwurf ein Übergang der Pfand- oder sonstigen Sicherungsrechte auf die Saldoforderung nicht stattfinden, sondern vielmehr die alte Forderung fortbestehen, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicher-

²⁶²) *Langenbucher* in MünchKommHGB², § 355, Rz 117.

²⁶³) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 356, Rz 1.

heit handelt. Damit wird der in Deutschland vertretenen Annahme einer gesetzlichen Forderungsauswechslung ein unüberwindbarer Riegel vorgeschoben: Man nahm nämlich an, dass eine Sicherheit, die für eine einzelne Forderung bestellt wurde (Gegenstand der Sicherung ist die in das Kontokorrent gestellte Einzelforderung), zu einer Sicherheit des Saldoanspruchs (Gegenstand der Sicherung ist die abstrakte Saldoforderung) würde, und dieser wiederum bei einer Vortragung auf eine neue Periode zu einer gebundenen Einzelforderung würde. Dieser Ansicht antagonistisch gegenüberstehend verweist *Canaris*²⁶⁴) bei der Konstruktion einer gesetzlichen Forderungsauswechslung auf die Mutation des § 356 HGB zu einer „grob systemwidrigen Norm“ (denn es wird nur eine äußerliche Konstruktion geschaffen, die keine Übereinstimmung mit dem inneren Gehalt des § 356 aufweist) und auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie (Sicherungsgeber würde für eine andere Forderung haften als für die ursprünglich gesicherte) sowie auf das verfassungsrechtlich gesicherte Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter, weil die Mitwirkung des Sicherungsgebers nicht vorgesehen ist (dadurch könnte sich seine Rechtsstellung ohne seine Mitwirkung verschlechtern). Die Forderungsauswechslung bewirke daher einen Übergang der Sicherheiten auf in Wahrheit ungesicherte Forderungen. In weiterer Folge hat sich daher auch die Rsp nicht der Forderungsauswechslung angeschlossen, sondern angenommen, dass die gesicherten Einzelforderungen selbst fortbestehen, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheiten handelt²⁶⁵). Das Spannungsverhältnis zur Novationstheorie, an der die Rsp weiter festgehalten hatte, wurde durch die Begründung gelockert, dass aufgrund des in § 356 verankerten Prinzips der Gläubiger immer dann auf die Einzelforderung zurückgreifen dürfen solle, wenn dieser daran ein „anzuerkennendes wirtschaftliches Interesse“ habe²⁶⁶). Nach *Canaris*²⁶⁷) sei das zwar dogmatisch wenig konsistent, stelle aber immerhin ein probates Mittel dar, um sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden.

b) Verhältnis Novationstheorie - § 356 HGB

Auch in Österreich folgte die hA vor dem HaRÄG, wie bereits zuvor ausgeführt, der Novationstheorie. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass daher Interpretationsschwierigkeiten vorprogrammiert waren, weil gerade für die Novation charakteristisch ist, dass sie zu einem Erlöschen der bestellten Sicherheiten führt. Die Anhänger der Novation versuchten diesem Ergebnis durch die Annahme einer Vorrangwirkung des § 356 HGB auszuweichen. Insbeson-

²⁶⁴) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 356, Rz 10.

²⁶⁵) *Langenbacher* in *MünchKommHGB*², § 356, Rz 11; *Schuhmacher* in *Straube*³, § 356, Rz 6.

²⁶⁶) auch BGH in JR 1956, 15.

²⁶⁷) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 356, Rz 12.

dere meint *Dullinger*²⁶⁸), dass § 1378 ABGB nicht dahingehend verstanden werden soll, dass bei einer Novation die Sicherheiten auf jeden Fall erlöschen. Sie würden aufrecht bleiben können, sofern die Rechtsstellung der Sicherungsgeber nicht nachteilig berührt wird. *Ertl*²⁶⁹) kritisiert § 1378 ABGB und bezeichnet ihn sogar „als teleologisch und rechtspolitisch äußerst fragwürdig“, weil nämlich kein Grund dafür bestünde, dem Sicherungsgeber nicht nachteilige Novationen durch das Erfordernis einer eigenen Abrede zu behindern. Daher war es streitig, ob § 356 HGB (nun UGB) die Richtigkeit der Novationstheorie voraussetzt und nur eine irreguläre Ausnahmeregelung darstellt, oder ob in der Vorschrift eine Artikulation der Abkehr des Gesetzgebers von dieser Theorie gesehen werden solle. Unter Zugrundelegung der obigen Gedankengänge und des Rückgriffs auf die Materialien, wird wohl eher zweiteres anzunehmen sein. Dass der UGB-Gesetzgeber ebenfalls auf ein „abgeschwächt abstraktes Anerkenntnis“ abstellt, stärkt diese Annahme nur noch mehr.

c) § 356 UGB

Was sind aber nun die Voraussetzungen für das Aufrechterhalten der Sicherheiten? Es muss sich um eine kontokorrentfähige Einzelforderung handeln, die nach dem Parteiwillen in das Kontokorrent aufgenommen wird und daher kontokorrentgebunden wird. § 356 erfasst nur die Sicherheiten einer Einzelforderung, nicht jedoch eine solche für die sich aus der Verrechnung ergebende Saldoforderung. Wird hingegen eine Saldoforderung besichert und als erster Posten auf die neue Rechnungsperiode vorgetragen, so ist § 356 erst wieder auf die nächste Saldoziehung anwendbar. Weiters ergibt sich aus der Kontokorrentbindung für die Sicherheit, dass diese während der Rechnungsperiode nicht selbstständig geltend gemacht werden darf, vorbehaltlich anderer Parteienvereinbarung. Bezüglich der Art der Sicherheit spricht § 356 von Pfand, Bürgschaft oder Sicherung in anderer Weise:

Es ist vom weiten Sicherheitenverständnis auszugehen und daher Sicherungen jeder Art zu verstehen²⁷⁰), nicht auch zuletzt wegen des Zwecks des § 356, nämlich die Rechtsstellung des Gläubigers durch die Feststellung des Saldos nicht zu verschlechtern.

Daher erfasst § 356 UGB neben der Bürgschaft das vertragliche und gesetzliche Pfandrecht an beweglichen Sachen, Forderungen, Rechten und unbeweglichen Sachen, sowie das Sicherungseigentum und die Sicherungsabtretung. Auch nicht dingliche Sicherungsrechte, wie das

²⁶⁸) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 293.

²⁶⁹) *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1378, Rz 3.

²⁷⁰) *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 356, Rz 6.

bürgerlichrechtliche und unternehmerische Zurückbehaltungsrecht (§§ 471 ABGB, 369ff UGB) zählen zum Sicherheitenbegriff des § 356, so wie die Garantie. Die hL zählt auch den Eigentumsvorbehalt dazu, doch wird dagegen eingewendet, dass er nicht das von § 356 als Rechtsfolge statuierte Befriedigungsrecht gäbe²⁷¹). Weiters wird das Aufrechnungsrecht aufgrund seiner Sicherungsfunktion und der engen Verwandtschaft zum Pfandrecht (Gläubiger verschafft sich Befriedigung für seine Forderung) von der hL als Sicherungsmittel iSd § 356 anerkannt, wogegen sich *Dullinger*, mE unzureichend, mit dem Argument wehrt, dass bei der Aufrechnung zwar die Befriedigungs- und Sicherungsfunktion nicht geleugnet werden kann, jedoch, aufgrund der systematischen Stellung der Aufrechnung im ABGB, die Zahlungsfunktion im Vordergrund stünde²⁷²).

d) Umfang der Haftung

Eine Frage, die zur Zeit des § 356 HGB für Interpretationsschwierigkeiten sorgte, war die nach dem Umfang der Haftung. Sie bestand bis zur Höhe der gesicherten Einzelforderung, soweit diese sich mit dem Saldoguthaben deckte. Sollte die gesicherte Einzelforderung den Saldo übersteigen, haftet die Sicherheit maximal in Höhe der Saldoforderung. Im Falle eines betragsmäßig limitierten Kredits ist die Haftung durch das Kreditlimit beschränkt. Wurde das Kontokorrentverhältnis fortgesetzt, und der Saldo als erster Posten auf die neue Rechnung vorgetragen, so bleibt die Sicherheit, die für eine Einzelforderung bestellt wurde, ja erhalten. Wie verhielt es sich mit der Haftung der Sicherheit, wenn mehrere Saldofeststellungen aufeinander folgen? Die Rsp folgte in dieser Angelegenheit dem „**Grundsatz der niedrigsten Saldohaftung**“, dh die Sicherheit haftete bis zur Höhe des niedrigsten Saldos der Zwischenzeit. Wurde daher zB eine Einzelforderung von € 600,- gesichert und betrug der Saldo der ersten Rechnungsperiode € 500,-, der zweiten € 1.00,-, der dritten € 450,- und der letzten € 850,-, so konnte die Sicherheit nur in Höhe von € 450,- als dem niedrigsten Saldo für die letzte Saldoforderung geltend gemacht werden. In diesem Sinne bestimmt der niedrigste Saldo die Höchstgrenze der Haftung des Sicherungsgebers. Glichen sich bei der Feststellung des Saldos die Soll- und Habenposten aus oder ergab sich für den Gläubiger ein Sollsaldo, so war die Sicherheit erloschen. Bezüglich des niedrigsten Saldos waren Fluktuationen des momentanen Saldostandes während der Rechnungsperiode irrelevant. Es zählte nur der sich bei Abschluss der Rechnungsperiode ergebende Saldobetrag. Daher war auch eine Verminderung des Saldobetrages in der Zeit zwischen zwei Rechnungsabschlüssen unerheblich. Insofern bestimmt der niedrigste Saldo auch die Mindestgrenze der Haftung des Sicherungsgebers.

²⁷¹) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 356, Rz 3.

²⁷²) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 356, Rz 2.

Daher kann sich zB ein Sicherungsgeber auch nicht auf den niedrigsten Kontostand innerhalb einer Rechnungsperiode berufen²⁷³).

Canaris schloss sich jedoch der Rsp und dem Grundsatz der niedrigsten Saldohaftung nicht an²⁷⁴). In § 356 HGB war nämlich nur die Rede von der „Anerkennung“, und nicht auch von der „Verrechnung“. Die Rsp würde daher § 356 leg cit und die Haftung für den niedrigsten Saldo entgegen dem Wortlaut des Gesetzes und daher unberechtigterweise auch der Verrechnung zugrunde legen. Die Verrechnung tilge jedoch die gesicherte Einzelforderung, sodass das Akzessorietätsprinzip einen Untergang der bestellten Sicherheiten erfordere bzw nicht akzessorische Sicherheiten rückübertragungspflichtig würden. Folglich hafte der Sicherungsgeber entgegen der Ansicht der Rechtsprechung nicht für den niedrigsten anerkannten Saldo, sondern nur für diejenige Kausalforderung, für die er die Sicherheit bestellt habe, und nur sofern und soweit diese trotz der Verrechnung noch fortbestehe. Um die Höhe der gesicherten Forderung zu ermitteln, empfahl *Canaris* die **analoge Heranziehung der bürgerlichrechtlichen Tilgungsordnung**. Dieses Lösungsmodell, das heute auch die wohl hA darstellt, wurde vom UGB zur Grundlage des § 356 genommen.

Durch das UGB wurde der letzte Gliedsatz des § 356 Abs 1 geändert: Während im HGB noch stand, dass der Gläubiger insoweit Befriedigung suchen kann, „als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken“, kann er dies nach UGB, „soweit die gesicherte Forderung nach § 355 Abs 3 fortbesteht.“

Es wird also, unter Bezugnahme auf die Tilgungsordnung nach Abs 3, klargestellt, dass die Sicherheiten zur Besicherung des anerkannten Saldos in jenem Umfang fortbestehen, als die Forderungen im kausalen Saldo noch enthalten sind²⁷⁵).

Die Stellung dritter Sicherungsgeber darf ohne deren Zustimmung nicht verschlechtert werden. Daher bleiben ihnen auch ihre Einwendungen gegen die ursprüngliche Einzelforderung erhalten²⁷⁶). Für den Fall, dass die Sicherungsgeber in Anspruch genommen werden, gehen die beglichenen Forderungen gegen den Hauptschuldner auf sie im Wege der Legalzession

²⁷³) *Hefermehl* in MünchKommHGB, § 356, Rz 16 (Vorauslage zu *Langenbacher*, die in der 2. Auflage Rz 14 der Ansicht *Canaris*' folgt und eine analoge Heranziehung der bürgerlich-rechtlichen Tilgungsordnung befürwortet).

²⁷⁴) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 356, Rz 15.

²⁷⁵) *Schauer* in *Krejci*, Reformkommentar UGB, § 356, Rz 2.

²⁷⁶) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 111; *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 294.

nach § 1358 ABGB über; und das trotz des im Kontokorrent grundsätzlich geltenden Abtretungsverbots. Die Begründung für die Zulassung der *cessio legis* liegt darin, dass das Abtretungsverbot seinem Schutzzweck nach nicht eingreifen kann. Durch das Abtretungsverbot soll nämlich nur eine reibungslose und von Dritten ungestörte Abwicklung des Kontokorrentverkehrs gewährleistet werden. Durch die Leistung des Dritten geht es aber um eine außerhalb des Kontokorrents stehende Rechtsbeziehung, nämlich um die zwischen Hauptschuldner und Sicherungsgeber. Die Zulassung der Legalzession tangiert also den Kontokorrentverkehr in keinsten Weise, was eine Art „teleologische Reduktion des kontokorrentrechtlichen Abtretungsverbots“ erfordert²⁷⁷). Die Rechte dritter Sicherungsgeber werden also weder durch das Kontokorrent per se noch durch die Saldofeststellung berührt. Und gerade dies wird als Konsequenz des Verbots von Verträgen zu Lasten Dritter notwendig sein. Da die Einbindung in das Kontokorrent an der ursprünglichen Fälligkeit einer (gesicherten) Forderung nichts zu ändern vermag, kann es in diesem Zusammenhang auch durchaus dazu kommen, dass eine solche Forderung während der Rechnungsperiode fällig wird. In solch einem Fall wird man dem Sicherungsgeber das Recht gewähren müssen, bei Fälligkeit, sei es auch während der laufenden Rechnungsperiode, zu zahlen und sich somit seiner Haftung zu entledigen. Auch in diesem Fall wird, trotz des kontokorrentrechtlichen Abtretungsverbots, die beglichene Forderung nach § 1358 ABGB ex lege auf den dritten Sicherungsgeber übergehen. Zu beachten ist, dass die Legalzession nur den ex lege Übergang der gesicherten Einzelforderung bewirkt, nicht jedoch den der abstrakten Saldoforderung.

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, ob sich der Sicherungsgeber am Hauptschuldner sofort regressieren kann oder ob sich der Hauptschuldner gegen einen sofortigen Regress mit der Einwendung wehren kann, dass er ja vom Gläubiger wegen der Kontokorrentabrede ohnehin noch nicht in Anspruch genommen werden hätte können. *Dullinger* würde hinsichtlich dieser Frage zugunsten des Sicherungsgebers entscheiden²⁷⁸). Sonst müsste der Sicherungsgeber mit der Geltendmachung seines Regressanspruches unter Umständen bis zum Ende des Kontokorrentverhältnisses zuwarten und somit bis dahin das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners tragen.

Im Großen und Ganzen stimme ich *Dullinger* dahingehend zu, dass es dem Sicherungsgeber nicht zumutbar ist, bis zum Ende des Kontokorrentverhältnisses mit dem Regress zuzuwarten und somit das Insolvenzrisiko des Hauptschuldners zu übernehmen. Fragt sich nur, ob eine

²⁷⁷) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 356, Rz 69.

²⁷⁸) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 356, Rz 5.

Erlaubnis des Dritten, und somit neuen Gläubigers, während der Rechnungsperiode auf den Hauptschuldner zu greifen, für das Kontokorrent aus Umständen, die ihren Ursprung im Kontokorrentverhältnis selbst haben (kontokorrentgebundene Forderung) eine unzulässige Belastung darstellt oder nicht. Man sollte darauf abstellen, ob dem Sicherungsgeber beim Vertragsabschluss mit dem Hauptschuldner erkennbar war, ob es sich um eine Verbindlichkeit handelt, die womöglich Gegenstand eines Kontokorrentverhältnisses sein könnte, wobei man natürlich bei Unternehmern einen höheren Sorgfaltsmaßstab voraussetzen kann als bei Nichtunternehmern. War daher bei Vertragsabschluss dem Sicherungsgeber erkennbar, dass er die Haftung für eine womöglich kontokorrentnahe Verbindlichkeit übernimmt, so wird sein sofortiger Regress während der Rechnungsperiode nicht zu rechtfertigen sein. Sei es, weil er hier nicht schutzwürdig scheint, oder weil hier womöglich das Abtretungsverbot seinem Schutzzweck nach greifen wird (man könnte sich einen Aufschub der Legalzession bis zum Zeitpunkt des Rechnungsabschlusses vorstellen), sei es aber auch, dass ein sofortiger Regress mit der Konstruktion der reinen Stundung von kontokorrentgebundenen Forderungen inkompatibel ist.

e) Gesamtschuldnerische Mithaftung eines Dritten

Im Abs 2 wird die gesamtschuldnerische Mithaftung eines Dritten den Sicherheiten explizit gleichgestellt, und zwar unabhängig davon, ob sie auf Vertrag oder Gesetz basiert²⁷⁹). Daher gilt dies zB auch für die Fortdauer der unbeschränkten Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer OG nach §§ 128, 159 UGB (nach hM haftet er zunächst in Höhe des rechnerischen Saldos zum Zeitpunkt seines Ausscheidens, wobei sich seine Haftung verringert, wenn der Saldo zum nächsten Rechnungsabschluss niedriger ist; die Gegenmeinung stellt jedoch auf das Gesellschaftsrecht ab und meint, dass nicht der Saldo, sondern nur der Schuldenstand im Zeitpunkt des Ausscheidens relevant sei. Habenposten verringerten die Haftung insofern, als sie im Verrechnungszeitpunkt nach der Tilgungsordnung zum Erlöschen der entsprechenden Schulden führen); die Haftung der vor Eintragung einer GmbH oder AG in deren Namen Handelnden (§§ 2 Abs 1 GmbHG, 34 Abs 1 AktG); für die pro-viribus-Haftung des Übernehmers eines Vermögens nach § 1409 ABGB und die Haftung nach § 38 UGB.

f) Rechtsvergleich

Bezüglich der Sicherheiten, die für eine ins Kontokorrent gestellte Einzelforderung bestellt wurden, kann aus rechtsvergleichender Sicht festgestellt werden, dass sich Italien und die

²⁷⁹) In Anbetracht der Tatsache, dass der Wortlaut des § 356 Abs 2 UGB und HGB völlig übereinstimmen, kann auf relevante Literatur des HGB verwiesen werden: *Schuhmacher in Straube*³, § 356, Rz 4; *Dullinger in Jabornegg*, § 356, Rz 3.

Niederlande an die in Österreich und Deutschland vorherrschenden Ansicht angeschlossen haben, wonach die Sicherheiten auch nach der Einstellung der Forderung unverändert fortbestehen. Das Erlöschen der Sicherheiten wird daher erst bei der Verrechnung aufgegriffen. Hier folgen Italien und die Niederlande der älteren deutschen RSpr, nach der die Sicherheiten zugunsten der künftigen Saldoforderung forthaften, und zwar begrenzt auf den Betrag des sich bei einem Rechnungsabschluss ergebenden niedrigsten Zwischensaldos²⁸⁰). Während in den Niederlanden auch die herrschende Rspr den Grundsatz der niedrigsten Saldohaftung teilt, erlöschen nach der hL hingegen die Sicherheiten, soweit die Einzelforderungen durch Verrechnung untergehen²⁸¹). Nach französischem, belgischem und luxemburgischem Recht hat jedoch die Verrechnung keine Bedeutung mehr für die Sicherheiten, da die Forderungen mit der Einstellung in das Kontokorrent kraft Novation erlöschen, was konsequenterweise auch ein Erlöschen der Sicherheiten mit sich bringt. Soll hingegen eine bestellte Sicherheit für die bei Saldoziehung entstehende Saldoforderung haften, so muss dies nach den allgemeinen Vorschriften von den Parteien vereinbart werden²⁸²).

g) Z 49 f ABB

Für das Bankkontokorrent sieht Z 49 ABB ein spezielles Pfandrecht vor: Demnach räumt der Kunde dem Kreditinstitut für bereits bestehende Ansprüche (alle kontokorrentgebundenen Einzelforderungen des Kreditinstituts) aus der Geschäftsverbindung (Z 50 Abs 1) ein Pfandrecht an Sachen und Rechten ein, die in die Innehabung des Kreditinstituts gelangen²⁸³). Es umfasst nach Z 49 Abs 2 insb auch pfändbare Ansprüche des Kunden gegenüber dem Kreditinstitut, zB aus Guthaben oder die zu einem Wertpapier gehörenden Zins- und Gewinnanteilscheine. Durch dieses Pfandrecht besichert sind aber nicht nur die kontokorrentgebundenen Einzelforderungen, sondern auch die jeweilige Saldoforderung²⁸⁴).

14. Pfändung des Saldos

a) Allgemeines

In formeller Hinsicht sei vorweg bemerkt, dass das UGB den § 357 HGB wortwörtlich übernommen hat. Lediglich die Überschrift „Pfändung des Saldos“ wurde vorangestellt.

²⁸⁰) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 118 ff.

²⁸¹) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 124.

²⁸²) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 125.

²⁸³) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/67.

²⁸⁴) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/67.

Nach allgemeinen Grundsätzen der Zwangsvollstreckung ist die Pfändung einer in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderung aus denselben Gründen unzulässig, derentwegen auch die Abtretung und Verpfändung nicht möglich ist, was sich zwangsläufig aus der Kontokorrentabrede ergibt. Daher ist dem Gläubiger eines Kontokorrentpartners der Griff auf eine kontokorrentgebundene Einzelforderung nicht möglich, da sie durch die Kontokorrentabrede ihrer Selbstständigkeit beraubt und zur Verrechnung gestellt wird. Sie können nicht selbstständig gepfändet werden. Ist eine Forderung nach dem Willen der Parteien kontokorrentgebunden, so ist sie unpfändbar. Lediglich die sich am Ende der Rechnungsperiode durch Verrechnung ergebende (künftige) Saldoforderung, kann vom Gläubiger gepfändet werden.

In den Materialien zu § 357 HGB ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung intendierte, den Gläubiger eines Kontokorrentpartners, der auf dessen Guthaben greifen möchte, vor nachteiligen Dispositionen eben dieses Kontokorrentbeteiligten zu schützen²⁸⁵). Hätte nämlich der Gläubiger, der das Saldoguthaben pfänden will, nur ein Recht auf das sich beim nächsten Rechnungsabschluss ergebende Guthaben, so hätte es der Schuldner (also Kontokorrentpartner) „in der Hand, seine Forderung an den Kontokorrentgegner dem Gläubiger durch beliebige Schaffung neuer Schuldposten zu entziehen“. Eindeutiges Ziel der Gesetzesverfasser war daher der Schutz der Gläubiger. Durch § 357 wird der Kontokorrentpartner in seiner Freiheit über das – an dieser Stelle sei nur erwähnt, dass es sich dabei um ein fiktives handelt – Guthaben zu verfügen eingeschränkt. Dadurch wird die Freiheit der Vertragspartner eingegrenzt, womit diese Bestimmung die Aufstellung einer Schranke der Privatautonomie für den Bereich der Zwangsvollstreckung beinhaltet. Es handelt sich aber nur um eine Ausnahmevorschrift zugunsten des Vollstreckungsgläubigers, sodass eine Anwendung außerhalb des Bereichs der Zwangsvollstreckung (zB Zession) nicht in Betracht kommt. *Canaris* gewinnt dem § 357 über den Bereich des Kontokorrents hinaus einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken ab, als durch ihn rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zwischen Schuldner und Drittschuldner gegenüber der Zwangsvollstreckung Grenzen gesetzt werden, und sieht daher eine analoge Anwendung auf das uneigentliche Kontokorrent als unproblematisch an.

b) Gegenwärtiger oder zukünftiger Saldo?

Welche (untechnisch gesprochen) Saldoforderung ist nun von der Pfändung iSd § 357 UGB erfasst? In Betracht käme der Saldo im Zeitpunkt der Pfändung, der sog „gegenwärtige Saldo“

²⁸⁵) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 357, Rz 1.

oder der Saldo im Zeitpunkt des nächsten Rechnungsabschlusses, der sog „zukünftige Saldo“. Einleitend sei erwähnt, dass die Frage, ob der Gläubiger künftige Salden, die sich am Ende der Rechnungsperioden ergeben, pfänden kann, strittig ist. In Deutschland wird diese Möglichkeit von der hL zugelassen²⁸⁶). In Österreich wird sie von *Krejci*²⁸⁷), *Schuhmacher*²⁸⁸), *Pisko*²⁸⁹), und *Holzhammer*²⁹⁰) bejaht und von *Apathy*²⁹¹), *Avancini*²⁹²) und *Dullinger*²⁹³) negiert. Allgemein wird die Pfändung von künftig entstehenden Forderungen abgelehnt; nur soweit es sich um fortlaufende Bezüge aus einem Dauerschuldverhältnis handelt, wird sie zugelassen. Abgesehen von dieser Kontroverse wird § 357 von der hA so verstanden, dass der gegenwärtige, also sich im Zeitpunkt der Pfändung ergebende, Saldo gemeint ist. Bezüglich des gegenwärtigen Saldos muss man die 2 verschiedenen Arten der Kontokorrentverrechnung aufgreifen: Weder der Typus des Staffekontokorrents, noch der des Periodenkontokorrents kann § 357 „bruchlos“ erklären. Während sich die Verrechnung beim Periodenkontokorrent periodisch vollzieht und daher während des Laufs einer Periode keine Saldoforderung existiert, die gepfändet werden könnte, verläuft die Verrechnung beim Staffekontokorrent laufend nach jedem Geschäftsvorfall. In diesem Fall besteht zwar eine Saldoforderung während der Rechnungsperiode, aber der Umstand, dass sie nach § 357 S 2 beeinflusst werden kann, lässt sich eben mit einem laufenden Vollzug der Verrechnung schwer vereinbaren. Die hL, die davon ausgeht, dass § 355 das Modell des Periodenkontokorrents vorsieht, lässt sich von der Kritik der Anhänger des Staffekontokorrents nicht einschüchtern, und interpretiert § 357 ungeachtet des Fehlens eines gegenwärtigen Saldos dahingehend, dass er sich auf die Pfändung eines gewissermaßen fiktiven Saldos bezieht, der sich bei einem Rechnungsabschluss im Moment der Pfändung ergäbe. Der dem Gläubiger zukommende Betrag richte sich daher nach dem rechenoperativen buchmäßigen Saldo. Soweit dieser Saldo gesicherte Einzelforderungen enthält, werden auch die entsprechenden Sicherheiten gepfändet²⁹⁴). Ist im Pfändungsbeschluss von einer „Saldoforderung“ die Rede, so wird im Zweifel anzunehmen sein, dass damit der gegenwärtige Saldo gemeint ist, weil in diesem Falle wegen § 357 die Stellung des Gläubigers wesentlich stärker ist als bei der Pfändung des zukünftigen Saldos. Also wird der mutmaßliche Wille des Gläubigers nur die Pfändung des gegenwärtigen Saldos erfassen.

²⁸⁶) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 357, Rz 13.

²⁸⁷) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 307.

²⁸⁸) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 357, Rz 11.

²⁸⁹) *Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, 170.

²⁹⁰) *Holzhammer*, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht⁴, 295 f.

²⁹¹) *Apathy*, ÖBA 1996, 102 f, *derselbe* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/76.

²⁹²) *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/76 (Vorauslage zu *Apathy*).

²⁹³) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 357, Rz 7 ff.

²⁹⁴) *Dullinger* in *Jabornegg*, § 357, Rz 2.

Durch die Pfändung nach § 357 UGB wird das Kontokorrentverhältnis keinesfalls beendet. Sofern die Kontokorrentparteien nicht vereinbart haben, dass das Kontokorrentverhältnis bei einer Pfändung automatisch enden soll, kann in einer solchen auch keine Kündigung gesehen werden. Auch der Gläubiger erhält durch die Pfändung kein Kündigungsrecht. Eine Beendigung widerspräche nämlich den Interessen der Kontokorrentparteien, die gewöhnlich weiterhin in Geschäftsverbindung stehen. Dass auch das Gesetz von einem Fortbestand des Kontokorrents ausgeht, zeigt ein Blick auf § 357 S 2 UGB, wonach Sollposten, die nach der Pfändung entstehen, den Saldo unter noch zu behandelnden Voraussetzungen beeinflussen können. Aus denselben Gründen wird auch eine Beendigung der laufenden Rechnungsperiode zu verneinen sein²⁹⁵). Daher läuft die Rechnungsperiode ohne Unterbrechung weiter bis zum nächsten Rechnungstermin. Es kommt lediglich buchungstechnisch zu einem vorläufigen Abschluss im Verhältnis zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem anderen Kontokorrentpartner.

c) Die Pfändung

Die Form und Voraussetzungen einer Pfändung nach § 357 UGB bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln des Zwangsvollstreckungsrechts²⁹⁶), dh in erster Linie nach den Vorschriften über die Forderungspfändung nach den §§ 294 ff EO²⁹⁷). Für das Bestimmtheitsfordernis ist die Erwähnung des Kontokorrents zwar nicht unbedingt erforderlich, jedoch zweckmäßig. Weitere Voraussetzung für die Anwendung des § 357 UGB ist die Pfändung (§ 294 EO) und Überweisung (§ 303 EO) der Forderung des Schuldners auf den Überschuss. Eine Pfändung alleine kann nach hA die Rechtsfolgen des § 357 nicht auslösen, weil in diesem Fall nur das Sicherungsinteresse des Gläubigers verwirklicht würde (und nicht auch das Befriedigungsinteresse). Daher wird bei einem Fehlen der Überweisung dem Interesse des Drittschuldners an einer reibungslosen kontokorrentmäßigen Abrechnung und an der Sicherung seiner eigenen zukünftigen Forderung der Vorrang eingeräumt und § 357 nicht zur Anwendung gebracht. Es wurde aber auch vertreten, dass eine Pfändung alleine ausreiche um die Rechtsfolgen des § 357 auszulösen²⁹⁸). Mit der Neufassung des § 303 EO (BGBl 1991/628), wonach der Antrag auf Überweisung mit dem auf Bewilligung der Pfändung zu verbinden ist, dürfte sich diese Streitfrage jedoch weitgehend erübrigt haben, da es dadurch idR wohl nicht

²⁹⁵) *Schuhmacher in Straube*³, § 357, Rz 5; *Dullinger in Jabornegg*, § 357, Rz 3.

²⁹⁶) *Canaris in Staub*, HGB⁴, § 357, Rz 17; *Langenbacher in MünchKommHGB*², § 357, Rz 7; *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/75.

²⁹⁷) *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/75.

²⁹⁸) *AA Avancini in Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 5/75, der die Pfändung alleine ausreichen lassen will. *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 5/75 (Folgeauflage) vertritt wiederum die Ansicht, dass Pfändung UND Überweisung erforderlich sind.

zu einem zeitlichen Auseinanderfallen von Pfändungsbewilligung und Entscheidung über den Überweisungsantrag kommen wird. Als eine weitere Voraussetzung muss natürlich bei der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ein (wenn auch fiktiver) Saldo zugunsten des Schuldners bestehen, der gepfändet und überwiesen werden kann. Ansonst müsste die Pfändung als eine solche des zukünftigen Saldos aufrechterhalten werden, was nach deutschem Recht möglich ist.

Die Pfändung geschieht dadurch, dass das Exekutionsbewilligungsgericht dem Drittschuldner (also dem anderen Kontokorrentpartner) verbietet, an den Verpflichteten (dem eigentlichen Schuldner des betreibenden Gläubigers) zu bezahlen (Zahlungsverbot). Des Weiteren wird dem Verpflichteten untersagt über die gepfändete Forderung zu verfügen (Verfügungsverbot). Der Pfändungsbeschluss enthält also ein sog „Doppelverbot“. Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen (§ 294 Abs 3 EO). Danach bestimmt sich auch der Rang des Pfändungspfandrechtes. Der Gläubiger beantragt dann, dass die gepfändete Forderung ihm in Höhe der vollstreckbaren Forderung zur Einziehung (der Gläubiger kann die Forderung nur so geltend machen, wie sie dem Verpflichteten zusteht, sodass der Gläubiger zum gesetzlichen Vertreter des Verpflichteten wird), an Zahlungsstatt (es kommt zu einer quasi Abtretung: Die Forderung geht auf den Gläubiger über, und die Forderungsexekution ist mit der Überweisung beendet) oder zur anderweitigen Verwertung (öffentliche Versteigerung, Zwangsverwaltung, Freihandverkauf, börsenmäßiger Verkauf) überwiesen wird, wobei nach § 303 Abs 2 EO der Antrag auf Überweisung auch mit dem Antrag auf Bewilligung der Pfändung verbunden werden kann. Die Überweisung geschieht generell durch Zustellung des dem Überweisungsantrag stattgebenden Beschlusses an den Drittschuldner. Dadurch erlangt der Gläubiger das Recht, die gepfändete Forderung zu verwerten und vom Drittschuldner Zahlung zu verlangen.

d) Die „relative Sperrwirkung“

Die Wirkung des § 357 UGB wird dahingehend formuliert, dass „dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden“ können. In dieser „relativen Sperrwirkung“²⁹⁹⁾ liegt die entscheidende Besonderheit dieser Regelung und die Privilegierung des Gläubigers gegenüber den allgemeinen Regeln. Zeitliche Zäsur ist nach § 294 Abs 3 EO die Zustellung des Zahlungsverbotes an den Drittschuldner. Nur, wenn der Drittschuldner vom Pfändungs- und Überweisungsbeschluss

²⁹⁹⁾ *Canaris in Staub, HGB⁴, § 357, Rz 20.*

keine Kenntnis haben sollte, können, so *Canaris*, nach diesem Zeitpunkt eventuell neue Posten wirksam den Saldo ändern. Dabei seien die relevanten Bestimmungen des BGB analog anzuwenden, die im Ergebnis den §§ 1395, 1396 ABGB entsprechen. Ansonst ist jedoch der (fiktive) Saldo im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsverbotes gepfändet, sodass neue Geschäfte - genauer gesagt Schuldposten, die durch neue Geschäfte entstehen – dem Gläubiger nicht in Rechnung gestellt werden können, also den gepfändeten Saldo nicht beeinflussen.

§ 357 S 2 UGB stellt klar, dass „Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechtes oder einer schon vor diesem Zeitpunkte bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden“ nicht als neue Geschäfte gelten. Dabei handelt es sich um ein Erfordernis des Grundsatzes, dass die Stellung des Drittschuldners durch die Pfändung nicht verschlechtert werden darf. Der Pfändungsgläubiger soll nämlich nicht mehr und auch nicht weniger als die gleiche Rechtsstellung erlangen, die der Schuldner hatte. Wenn daher der Schuldner im Pfändungszeitpunkt einen positiven Saldo hat, aber aufgrund einer internen Abrede nicht berechtigt sein sollte, das Guthaben ausbezahlt zu verlangen, so wirkt diese Beschränkung auch für den Gläubiger. Umgekehrt stehen dem Drittschuldner alle Einwendungen und Einreden, die er seinem Kontokorrentpartner (dem Schuldner) entgegenhalten könnte, auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber zu. Sollten jedoch die Kontokorrentparteien vereinbart haben, dass derjenige, dem das Saldoguthaben zusteht, die sofortige Auszahlung verlangen darf, so kann dieses Recht auch einem betreibenden Gläubiger zustehen. Und gerade das wird regelmäßig für das Bankkontokorrent zutreffen. Denn einem Bankkunden, der mit der Bank einen Girovertrag geschlossen hat, steht das Recht zu, jederzeit die Auszahlung seines Guthabens zu verlangen. In diesem Fall muss der Gläubiger zusätzlich zum gegenwärtigen Saldo auch noch den auf dem Girovertrag beruhenden Zahlungsanspruch des Schuldners pfänden und sich überweisen lassen. Was ist aber, wenn die Kontokorrentparteien vereinbart haben, dass der sich beim Rechnungsabschluss ergebende Saldo nicht ausbezahlt, sondern auf neue Rechnung vorgetragen werden soll? Muss der Gläubiger auch diese Abrede gegen sich gelten lassen? Früher bejahte die hL diese Frage unter Zugrundelegung des Verschlechterungsverbot der Rechtsstellung des Drittschuldners³⁰⁰). *Canaris* meint jedoch, dass die Vereinbarung über die Vortragung in der Konstellation der Pfändung des Saldos ihren Sinn verloren hätte, weil sie sich auf eine Verrechnung der Saldoforderung mit den zukünftigen Schuldposten beziehe, die jedoch aufgrund der Pfändung ausgeschlossen würde. Daher sei die Abre-

³⁰⁰) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 357, Rz 37.

de der Parteien unwirksam und wirke nicht gegenüber dem Pfändungsgläubiger³⁰¹). Außerdem würde durch § 357 S 1 dem Schutz des Gläubigers vor dem Drittschuldnerinteresse der Vorrang eingeräumt. Daher könne der Gläubiger zwar grundsätzlich nicht vor Beendigung der laufenden Rechnungsperiode die Zahlung des gepfändeten Saldos verlangen, wohl aber erwerbe er mit deren Ablauf, mE auch zu Recht, eine fällige Forderung gegen den Drittschuldner. Auch ich finde, dass sich der Drittschuldner gewisse Eingriffe in seine Privatautonomie, nicht zuletzt wegen des vom Gesetzgeber intendierten Gläubigerschutzes, gefallen lassen muss. Einer internen Vereinbarung über die Vortragung des Saldos Immunität gegenüber dem Pfändungsgläubiger zuzusprechen und ihr somit zum Durchbruch zu verhelfen, würde dem § 357 UGB „den Großteil der relativen Sperrwirkung nehmen“ und den Gläubigerschutz auf eine theoretische Ebene senken, da er zwar den Saldo pfänden kann, unter Umständen aber eine unzumutbar lange Zeit auf die Auszahlung warten müsste. Und da die Pfändung den Gläubiger nicht berechtigt, das Kontokorrentverhältnis zu kündigen, erfordert der Gläubigerschutz umso mehr eine fällige Forderung nach Abschluss der Rechnungsperiode.

Um noch mal auf § 357 S 2 UGB zurückzukommen: Für die Fähigkeit, das gepfändete Saldoguthaben zu mindern, stellt er auf die rechtliche Grundlage des Geschäfts ab: Sie muss vor der Pfändung begründet worden sein. Daher muss der Gläubiger solche Schuldposten wohl gegen sich gelten lassen. Dazu gehören zB Schadenersatzansprüche aus diesem Geschäft; Gutschriften, die dem Schuldner unter Vorbehalt erteilt wurden (Z 41 ABB); insb Gutschriften für eingesandte, aber noch nicht eingelöste Rimessen; Rückbelastungen aufgrund eines Stornorechts (Z 40 ABB). Auch Berichtigungsbuchungen gem Z 40 Abs 2 ABB sind nicht auf neue Geschäfte zurückzuführen, weil die Bank durch sie lediglich geltend macht, dass ihr dieser Anspruch schon vor der Pfändung zustand und buchmäßig nicht im Rechnungsabschluss enthalten war („Durch einen zwischenzeitlichen Rechnungsabschluss wird das Recht zum Storno nicht beseitigt.“). Des Weiteren zählen Saldoverminderungen, die auf Anfechtung, Rücktritt oder Wandlung eines kontokorrentzugehörigen Geschäfts zurückzuführen sind, zu den Geschäften, deren rechtliche Grundlage iSd § 357 S 2 UGB schon vor der Pfändung gelegt wurde. Während sich das für die Anfechtung bereits aus ihrer ex-tunc-Wirkung ergibt, begründet man diese Wirkung für den Rücktritt und die Wandlung mit dem engen rechtlichen Zusammenhang mit dem ursprünglichen Geschäft und damit, dass nur durch deren Berücksichtigung eine Verschlechterung der Stellung des Drittschuldners verhindert werden kann. Desgleichen fallen Geschäfte, zu deren Vornahme sich der Schuldner durch einen Vorvertrag gebunden

³⁰¹) Zustimmend auch *Langenbucher* in *MünchKommHGB*², § 357, Rz 14.

hat, unter § 357 S 2 UGB. Erwähnenswert ist, dass eine Bank durch die Aushändigung einer Eurocheque-Karte samt den zugehörigen Scheckformularen an den Scheckaussteller (Kunden) die rechtliche Grundlage für die Verpflichtung, ordnungsgemäß ausgestellte und fristgerecht eingereichte Eurocheques einzulösen, setzt. Nach diesem Zeitpunkt kann die Bank nämlich nicht mehr verhindern die Schecks auszustellen und die Garantiepflicht der Bank zur Einlösung der Schecks zu begründen. Somit handelt es sich, sofern die Aushändigung noch vor der Pfändung erfolgt, nicht mehr um ein neues Geschäft und kann dem Pfändungsgläubiger eingewendet werden³⁰²).

Nach zwangsvollstreckungsrechtlichen Regeln sind grundsätzlich Zahlungen des Drittschuldners an den Schuldner nach Zustellung des Zahlungsverbotes dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam. Aus dem Wortlaut des § 357 S 2 UGB könnte man aber den davon abweichenden Schluss ziehen, dass jede nach der Pfändung erfolgte Zahlung des Drittschuldners, die auf einen vor der Pfändung begründeten Rechtsgrund zurückzuführen ist, dem Gläubiger als altes Geschäft in Rechnung gestellt werden könnte. Doch ist dies nicht Sinn und Zweck der Vorschrift, die nur eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Drittschuldners prävenieren, nicht aber eine Besserstellung schaffen möchte. Dem Drittschuldner ist ohnehin aufgrund des zugestellten Zahlungsverbots untersagt an den Schuldner zu leisten. Dieses Zahlungsverbot geht dem § 357 S 2 UGB vor, wonach also Zahlungen im Hinblick auf vor der Pfändung abgeschlossene Geschäfte dem betreibenden Gläubiger nicht als altes Geschäft in Rechnung gestellt werden können. Auch wirken Zahlungen, die vom Drittschuldner an einen Dritten für Rechnung des Schuldners (zB Einlösung von Schecks oder Wechseln) nach der Pfändung vorgenommen werden, nicht gegen den Pfändungsgläubiger (anders jedoch, wenn zB der Wechsel vor der Pfändung angenommen wurde, da dadurch eine selbstständige Leistungsverpflichtung entsteht).

Da es auf den Saldo im Zeitpunkt der Pfändung ankommt, kann der betreibende Gläubiger auf neue Habenposten, die nach der Pfändung entstanden sind, nicht mehr greifen. Dies wird bereits in den Materialien zum HGB erwähnt und entspricht auch der hM³⁰³). Nur durch die zusätzliche Pfändung des künftigen Saldos, deren Zulässigkeit allerdings streitig ist, könnte der Gläubiger die neuen Posten erfassen. Der Pfändungszeitpunkt ist auch für die Aufrechenbarkeit einer Forderung des Drittschuldners gegen die gepfändete Forderung von Relevanz: Soweit also im Pfändungszeitpunkt der Drittschuldner (zumindest dem Grunde nach) eine Ge-

³⁰²) *Canaris in Staub*, HGB⁴, § 357, Rz 26.

³⁰³) *Schuhmacher in Straube*³, § 357, Rz 9; *Dullinger in Jabornegg*, § 357, Rz 4.

genforderung gegen seinen Gläubiger (der Schuldner und somit Verpflichtete im Exekutionsverfahren) hat, kann er mit ihr noch aufrechnen³⁰⁴). Durch die Pfändung des gegenwärtigen Saldos, kann der Gläubiger auch insofern auf Sicherheiten greifen, als sich Guthaben und gesicherte Forderung decken.

e) Pfändbarkeit künftiger Salden?

Wie bereits erwähnt, ist die Frage, ob der Gläubiger künftige Salden, die sich am Ende der Rechnungsperioden ergeben, pfänden kann, nicht eindeutig geklärt. In Deutschland wird die Pfändbarkeit künftiger Salden von der hL³⁰⁵) bejaht. In Österreich wird sie jedoch teils bejaht und teils verneint. Im Zwangsvollstreckungsrecht gibt es keine allgemeine Bestimmung, die festlegen würde, unter welchen Voraussetzungen die Pfändung künftiger Forderungen zulässig wäre. Es existiert lediglich die spezielle Regelung des § 299 EO, die das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer anderen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Bezüge und - bei einer verzinslichen Forderung – Zinsen erstreckt. Aus § 299 EO wird allgemein auf die Pfändbarkeit künftig fällig werdender Ansprüche geschlossen. Ob daraus aber auch auf die Pfändbarkeit von künftig erst entstehenden Forderungen geschlossen werden kann, ist nicht so eindeutig beantwortet. Grundsätzlich können nach österreichischem Recht erst künftig entstehende Forderungen, soweit es sich nicht um fortlaufende Bezüge iSd § 299 EO handelt, nicht gepfändet werden³⁰⁶). Befürworter der Pfändbarkeit, wie zB *Krejci*³⁰⁷) oder *Schuhmacher*³⁰⁸), begründen ihre Ansicht mit der inhaltlich hinreichenden Bestimmbarkeit des Exekutionsobjektes aufgrund Bestands des Kontokorrentverhältnisses. Die Wirkung wäre, dass dem Gläubiger neue Habenposten seines Schuldners zugute kämen, umgekehrt aber auch neue Schuldposten in Abzug gebracht werden müssten. Somit wäre auch die Möglichkeit eröffnet auf Salden zu greifen, die jene übersteigen, die im Pfändungszeitpunkt buchmäßig gegebenen waren. Für den Fall, dass der gepfändete gegenwärtige Saldo zur Deckung des Gläubigeranspruchs nicht ausreichen sollte, sei es auch möglich zusätzlich noch den zukünftigen Saldo zu pfänden (Doppelpfändung). Antagonisten der Pfändbarkeit künftiger Salden wenden ein, dass das Kontokorrentverhältnis für die Bestimmbarkeit der entstehenden Forderungen keine Bedeutung hätte, da der Kontokorrentvertrag nur den Tilgungsmodus zwischen den

³⁰⁴) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/85.

³⁰⁵) *Canaris* in *Staub*, HGB⁴, § 357, Rz 12; *Langenbacher* in *MünchKommHGB*², § 357, Rz 25.

³⁰⁶) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 301; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/76.

³⁰⁷) *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 307.

³⁰⁸) *Schuhmacher* in *Straube*³, § 357, Rz 11.

Parteien regle. Rechtsgrund seien vielmehr die Geschäfte, aus denen die Einzelansprüche entstehen. Relevant sei daher die Art der Rechtsverhältnisse, aus denen die kontokorrentgebundenen Forderungen entstehen³⁰⁹). Insofern seien künftige Saldoforderungen nur insoweit pfändbar, als im Saldo Einzelansprüche enthalten sind, die bereits vor ihrem Entstehen pfändbar waren.

Für den Fall der Pfändbarkeit künftiger Salden ist es von Bedeutung, dass dadurch die Dispositionsbefugnis des Schuldners vor Ablauf der Rechnungsperiode nicht beeinflusst wird. Zeitliche Zäsur ist hier nicht der Pfändungs-, sondern der Verrechnungszeitpunkt. Gepfändet wird der zum Verrechnungszeitpunkt bestehende Saldo, was zu einem Ausschluss der Anwendbarkeit des § 357 UGB führt. Am Rande sei noch erwähnt, dass vor dem Hintergrund des österreichischen Disputs über die Zulässigkeit der Pfändung künftiger Salden, die deutsche Rspr noch einen Schritt weiter geht und auch die Pfändung aller künftigen Aktivsalden für zulässig hält, bis der Gläubiger vollständig befriedigt ist³¹⁰). Weiters sind nach der deutschen Rspr auch noch künftige Einzelforderungen (Girotagesguthaben) pfändbar, die zwischen zwei Rechnungsabschlüssen entstehen, auch wenn das Konto als Kontokorrentkonto geführt wird, und auch die Ansprüche eines Bankkunden gegen das Kreditinstitut aus einem vereinbarten Dispositionskredit (offene Kreditlinie), soweit der Kunde den Kredit in Anspruch nimmt.

f) Rechtsvergleich

Vergleicht man die österreichischen und deutschen Kontokorrentregelungen auf der einen Seite mit dem italienischen, französischen, belgischen, luxemburgischen und niederländischen Recht auf der anderen Seite, so fällt zuerst auf, dass die italienische Regelung im Art 1830 codice civile von § 357 HGB abgeleitet ist und fast dieselbe Regelung enthält wie sein deutsches Vorbild³¹¹). Auch nach Art 1830 codice civile darf der „beschlagnahme“ oder gepfändete Saldo durch die andere Kontokorrentpartei nicht durch neue Leistungen beeinträchtigt werden, wobei solche Leistungen nicht als neu gelten, die im Hinblick auf vor der Beschlagnahme oder Pfändung entstandene Ansprüche vorgenommen werden. Ansonsten sind solche Leistungen dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Von einigen Autoren jedoch wird eine interessante Herangehensweise vorgenommen und solche Leistungen nur dann als unwirksam angesehen, wenn sie in der Absicht vorgenommen worden sind, den Gläubiger zu benachtei-

³⁰⁹) *Dullinger*, Handbuch d. Aufrechnung, 302.

³¹⁰) Zustimmend *Schuhmacher* in *Straube*³, § 357, Rz 12.

³¹¹) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 131.

ligen³¹²). Ob sich die Pfändung auf den gegenwärtigen oder zukünftigen (bis zur Höhe des Betrages, der dem rechnerischen Saldo im Zeitpunkt der Pfändung entspricht) Saldo bezieht, ist nicht eindeutig geklärt, aber die Lehre neigt eher zur Pfändung des künftigen Saldos, der bis zur Höhe des Betrages ergriffen wird, der dem rein rechnerischen Saldoguthaben des Schuldners im Augenblick der Pfändung entspricht. Eine von § 357 HGB nicht vorgesehene Regelung, die jedoch im Art 1830 codice civile explizit enthalten ist, sieht für den Schuldner, bei dem die Beschlagnahme oder Pfändung erfolgt ist, verpflichtend vor, dass er seinen Kontokorrentpartner darüber in Kenntnis zu setzen hat. Außerdem gewährt die Pfändung selbst jeder Partei ein „Rücktrittsrecht“ vom Kontokorrentvertrag³¹³). Bezüglich der Informationspflicht ist zu sagen, dass sie mE ohnehin von den vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten erfordert wird und nicht unbedingt ausdrücklich in den Gesetzestext gepackt werden muss um relevant zu sein. Auch das „Rücktrittsrecht“ wäre nach österreichischer bzw deutscher Rechtslage überflüssig, da es ohnehin ein frist- und begründungsloses Kündigungsrecht nach § 355 Abs 5 UGB und § 355 Abs 3 HGB gibt.

Das französische, belgische und luxemburgische Recht enthält bezüglich der Saldopfändung keine gesetzliche Regelung. Vielmehr ist nach Ansicht des Kassationsgerichtshofes aufgrund des Unteilbarkeitsgrundsatzes (indivisibilité) bis zum Ende des Kontokorrentverhältnisses (clôture définitif) keine der Parteien Gläubiger einer Saldoforderung, womit auch eine Pfändung ausscheidet³¹⁴). Ein Teil der Literatur, die diesbezüglich uneinheitlich ist, verlangt jedoch im Interesse des Rechtsschutzes zugunsten Dritter (Gläubiger einer Kontokorrentpartei, Konkursgläubiger etc) auch bei noch laufender Rechnung eine zu jeder Zeit fällige Saldoforderung. Eine gesetzliche Regelung scheint daher höchst notwendig³¹⁵). Das niederländische Recht regelt die Pfändung des Saldos ident mit der deutschen und österreichischen Methode³¹⁶). Es wird auch hier der gegenwärtige Saldo gepfändet.

g) Die Pfändung beim Bankkonto

Abschließend sei noch überblicksmäßig auf die Pfändung speziell beim Bankkonto eingegangen. Die Pfändung beim Bankkonto setzt einen Exekutionstitel gegen den Gläubiger des Guthabens voraus, das ist in der Regel der Kontoinhaber³¹⁷). Auf die wirtschaftliche Zurechnung

³¹²) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 132.

³¹³) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 131.

³¹⁴) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 134.

³¹⁵) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 136.

³¹⁶) *Raschke*, Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrentvertrags, 137.

³¹⁷) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/87.

(zB Treugeber im Fall des Treuhandkontos) kommt es nicht an, ebenso wenig auf die Zeichnungsberechtigung. Der zu pfändende Anspruch muss so genau bezeichnet werden, dass Drittschuldner und Verpflichteter die gemeinte Forderung einwandfrei erkennen können und eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben ist. Der Grad der Spezifizierung hängt auch von der Intensität und Varietät der Rechtsbeziehung des Verpflichteten zum Drittschuldner ab³¹⁸). Sind über ein Konto mehrere Kontoinhaber verfügungsbefugt (Gemeinschaftskonto), so sind zwei Konstellationen denkbar: Im einen Fall können die Kontoinhaber nur gemeinschaftlich über das Konto verfügen („Und-Konto“); im anderen steht jedem der Kontoinhaber das alleinige Verfügungsrecht zu („Oder-Konto“). Beim Und-Konto handelt es sich beim Kontoguthaben um eine Gesamthandforderung, an der eine Pfändung nur möglich ist, wenn sich der Exekutionstitel gegen alle Kontoinhaber richtet³¹⁹). Für den Fall, dass ein Und-Kontoinhaber im Innenverhältnis über einen Anteil am Kontoguthaben verfügen sollte, läge eine Vermögensgemeinschaft vor und der Gläubiger könnte den Anspruch des Verpflichteten gegen die anderen Kontoinhaber auf Teilung und Ausscheidung des ihm gebührenden Anteils nach § 331 EO pfänden³²⁰). Er wäre weiters zu ermächtigen die Rechte des Verpflichteten geltend zu machen. Trotzdem kann eine Einziehung des Guthabens nur durch alle Kontoinhaber gemeinsam erfolgen. Denkbar wäre noch die Pfändung der Kontoverfügungsbefugnis, verbunden mit der Ermächtigung sie im Namen des Verpflichteten auszuüben. Beim Oder-Konto hingegen handelt es sich beim Kontoguthaben um eine Solidarforderung, wonach dem Gläubiger für die Pfändbarkeit ein Exekutionstitel bloß gegen einen Kontoinhaber genügt³²¹). Die Rspr verbietet dem Drittschuldner mit Zugang des Zahlungsverbotes jede Zahlung an irgendeinen Solidargläubiger. *Wahle* und *Avancini*³²²) verweisen jedoch auf § 892 ABGB und stellen fest, dass der Drittschuldner bis zum „Angehen“ durch einen Solidargläubiger frei mit der Wahl sei, welchem Gläubiger er leisten wolle. Nach einem Angehen (jede Art der Geltendmachung, nicht erst die gerichtliche Einklagung) könne nur an den Angehenden geleistet werden.

Bei einem Treuhandkonto erhält der Kontoinhaber Rechte übertragen, die er im eigenen Namen, aber aufgrund einer besonderen obligatorischen Bindung zu einer anderen Person nur in einer bestimmten Weise ausüben soll. Man unterscheidet offene und verdeckte Treuhandkonten, je nachdem, ob die Treuhändereigenschaft der Bank gegenüber offengelegt wurde oder nicht. Zu den offenen Treuhandkonten zählen auch „Anderkonten“, die von den Banken nur

³¹⁸) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/89.

³¹⁹) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/92.

³²⁰) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/93.

³²¹) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/94.

³²²) *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/93.

für bestimmte Berufszweige vorgesehen sind (zB für Rechtsanwälte, Notare etc) und für die in Ergänzung und Modifizierung der ABB noch spezielle Geschäftsbedingungen gelten³²³). Beim Treuhandkonto ist nur der Kontoinhaber Vertragspartner der Bank, sodass der Treugeber keine unmittelbaren Ansprüche gegen die Bank hat und auch nicht zu Verfügungen über das Konto befugt ist³²⁴). Mit einem Titel, der sich gegen den Treugeber richtet, kann daher Exekution auf das Guthaben aus einem Treuhandkonto nicht geführt werden. Auf der anderen Seite ist es jedoch den Gläubigern des Treuhänders möglich mit einem gegen diesen erwirkten Titel das Treuhandkonto in Exekution zu ziehen. Dem Treugeber bleibt dann nur mehr die Möglichkeit offen, den ihm nach der Lehre und Rspr zustehenden Exszindierungsanspruch geltend zu machen und gegebenenfalls die Exszindierungsklage nach § 37 EO zu erheben³²⁵).

Einen besonderen Pfändungsschutz gewährleistet die zwingende Bestimmung des § 292i EO bei einem Konto eines Verpflichteten, auf das beschränkt pfändbare Gehaltsforderungen überwiesen werden: Bei solch einem Gehalts- oder Pensionskonto ist die Pfändung des Guthabens auf Antrag des Verpflichteten vom Exekutionsgericht insoweit aufzuheben, als das Guthaben dem unpfändbaren Teil der Einkünfte für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Zahlungstermin entspricht. Nach § 292i Abs 2 EO darf dem betreibenden Gläubiger erst 14 Tage nach Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner aus dem gepfändeten Guthaben geleistet oder der Betrag hinterlegt werden um dem Verpflichteten die Geltendmachung des Pfändungsschutzes zu ermöglichen³²⁶). In einem vereinfachten Verfahren, in dem der Verpflichtete die Voraussetzungen lediglich glaubhaft machen muss, und ohne Einvernahme des betreibenden Gläubigers wird dem Verpflichteten ein vorläufiger Rechtsschutz für den Teil des Guthabens gewährt, dessen der Verpflichtete bis zum nächsten Zahlungstermin dringend bedarf, um seinen notwendigen Unterhalt zu bestreiten und seine laufenden gesetzlichen Unterhaltspflichten zu erfüllen (§ 292i Abs 3 EO).

³²³) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/97.

³²⁴) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/98.

³²⁵) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/99.

³²⁶) Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht II², Rz 2/101.

G. Zusammenfassung

Das Kontokorrent wurde erstmals in Art 291 AHGB einer gesetzlichen Regelung unterzogen, und dort auch nur sehr sparsam: Lediglich die Zulässigkeit von Zinseszinsen und die Regelung der Dauer der Rechnungsperiode waren vorgesehen. In weiterer Folge ging das HGB auf eine detailliertere Regelung ein. So wurde zum ersten Mal eine Legaldefinition des Kontokorrents vorgenommen, die mit geringen Abweichungen auch vom UGB beibehalten wurde. Des Weiteren wurde auch das Kündigungsrecht der Parteien gesetzlich festgeschrieben. Die Zweifelsregel über die Rechnungsperiode (Abs 2) und Zulässigkeit von Zinseszinsen (Abs 1) wurden in den § 355 HGB eingearbeitet. Das rechtliche Schicksal der Sicherheiten im Falle der Feststellung des Saldos erfuhr seine Regelung im § 356 HGB, und die Pfändung des Saldos durch den Gläubiger eines Kontokorrentpartners im § 357 HGB.

Im Zuge der Schaffung des UGB wurden die Kontokorrentregelungen redaktionell überarbeitet. Der Stoff wurde aufgeteilt um übersichtlicher gestaltet zu werden. Weiters wurde der Abkehr vom Grundtatbestand des HGB, nämlich dem Kaufmannsbegriff, Rechnung getragen. Der rechtsgeschäftliche Charakter, durch den die Zugehörigkeit des Kontokorrents zum Bürgerlichen Recht nicht verneint werden kann, wurde betont.

Das Kontokorrent verfolgt dieselben Zwecke wie die Aufrechnung: Befreiungs-, Befriedigungs-, Sicherungs- und Vereinfachungszweck. Hinzu kommt noch der Vereinheitlichungszweck. Ein Kreditierungszweck wird von der hA jedoch nicht anerkannt.

Aufgrund des rechtsgeschäftlichen Charakters, kann die Kontokorrentabrede ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden. Je nachdem, ob eine getroffen wurde oder nicht, unterscheidet man das echte und unechte Kontokorrent. Während *Canaris* meint, das Kontokorrent bestünde aus insgesamt 4 Verträgen (Kontokorrentabrede, Geschäfts-, Verrechnungs- und Feststellungsvertrag), scheint mir die Ansicht *Krejcis*, wonach die Kontokorrentabrede das In-Rechnung-Stellen, die Verrechnung in regelmäßigen Perioden und rechtlich selbstständige Saldoforderungen beinhalte, plausibler³²⁷).

Je nachdem, ob am Kontokorrentverhältnis zumindest ein Unternehmer beteiligt ist oder nicht, unterscheidet man es in ein eigentliches oder uneigentliches. Aufgrund des neuen Grundtatbestandes des UGB – es wird auf die Unternehmereigenschaft abgestellt – werden in

³²⁷) Siehe II.D.4.

der Praxis wohl uneigentliche Kontokorrente ziemlich selten sein. Diese Überlegungen haben den Gesetzgeber auch davon abgehalten, den Standort der revidierten Kontokorrentregelungen in das ABGB zu transferieren. Sollten aber dennoch uneigentliche Kontokorrentverhältnisse vorkommen, wären die §§ 355 ff UGB gs analog anzuwenden.

Beiderseitige Forderungen, die in das Kontokorrent einbezogen werden sollen, müssen kontokorrentfähig und –zugehörig sein: Während die Kontokorrentfähigkeit darüber entscheidet, ob eine Forderung Gegenstand einer Kontokorrentabrede sein kann (gewöhnlich wird dabei auf die Buchungsfähigkeit abgestellt), entscheidet der Parteiwille, ob eine kontokorrentfähige Forderung kontokorrentzugehörig ist. Im Zweifel wird dabei auf die im gewöhnlichen Geschäftsverkehr entstandenen Ansprüche abgestellt.

Die Wirkungen des Kontokorrents können folgendermaßen zusammengefasst werden: Die Einbindung in das Kontokorrent hat auf die Rechtsnatur und die rechtliche Existenz der Ansprüche und Leistungen keine Auswirkungen. Forderungen werden bis zum Rechnungsabschluss gestundet, aber ab der ursprünglichen Fälligkeit verzinst, was ein Indiz für eine „reine Stundung“ ist. Derjenige, dem beim Rechnungsabschluss ein Überschuss gebührt, kann nach § 355 Abs 4 letzter Satz UGB vom Tag des Abschlusses an neuerlich Zinsen verlangen. Es kommt also zu Zinseszinsen. Während der Rechnungsperiode ist die Verjährung gehemmt, und die Forderungen können nicht selbstständig geltend gemacht, nicht abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden (Abweichendes gilt jedoch beim Bankkontokorrent). Nach Ablauf der Rechnungsperiode kommt es automatisch zur Verrechnung mit Tilgungswirkung, und somit zur Bildung des kausalen Saldos. Der kausale und festgestellte Saldo erfahren durch das UGB eine eindeutige Regelung, womit auch der jahrelange Streit der 3 Theorien über die Frage, aus welchen Forderungen der kausale Saldo bestünde, im Sinne der Theorie über die zivilrechtliche Tilgungsordnung, bereinigt wurde.

Das Bankkontokorrent ist der praktisch wichtigste Anwendungsfall des Kontokorrents. Im Verkehr mit Banken müssen daher, aufgrund der vereinbarten ABB, Modifikationen berücksichtigt werden, so zB bei der Rechnungsperiode, Verrechnung und Saldofeststellung. Diese Ergänzung durch die ABB macht das Bankkontokorrent jedoch nicht zu einem grundlegend anderen Rechtsinstitut, sondern lediglich zu einer besonderen Ausformung des allgemeinen Kontokorrents.

Der Zusammenhang zwischen dem Institut der Aufrechnung und dem Kontokorrent, wird va bei der am Ende der Rechnungsperiode erfolgenden Verrechnung deutlich, wobei es eine interessante Tatsache darstellt, dass das Schweizer OR unter dem Begriff „Verrechnung“ das versteht, was wir eben als Aufrechnung bezeichnen, nämlich die Kompensation. Nach hA stellt die Verrechnung nämlich einen Anwendungsfall vereinbarter Aufrechnung dar. In diesem Sinne teilt auch der BGH einen ähnlichen Standpunkt und spricht von einer „antizipierten kontokorrentrechtlichen Aufrechnungsvereinbarung“ und erkannte auch an, dass die Verrechnung die Rechtswirkung einer die Einzelforderung tilgenden Aufrechnung besitze³²⁸). Dass sich Aufrechnungsverbote auf die Kontokorrentgebundenheit auswirken, ist eine weitere Parallelität der beiden Institute.

Was die Saldofeststellung anbelangt, war zu Zeiten des HGB unklar, ob sie eine Novation oder ein Anerkenntnis darstellte. Das UGB hat diesbezüglich die Klärung gebracht und die Saldofeststellung als „abgeschwächt abstraktes Schuldanerkenntnis“ qualifiziert, das neben den kausalen Saldo tritt und einen eigenständigen Verpflichtungsgrund schafft. Der Saldo ist deshalb „abgeschwächt“ abstrakt, weil die Abstraktheit nicht absolut ist, sondern durch die Unrichtigkeit des ermittelten Saldos relativiert wird. Für diesen Fall sieht nämlich das Bereicherungsrecht einen Interessenausgleich vor.

In Bezug auf Sicherheiten stellt § 356 UGB klar, dass sie durch ein Saldoanerkenntnis nicht untergehen. Die Stellung dritter Sicherungsgeber darf aber ohne deren Zustimmung nicht verschlechtert werden. In § 356 Abs 2 UGB wird die gesamtschuldnerische Mithaftung eines Dritten den Sicherheiten explizit gleichgestellt, und zwar unabhängig davon, ob sie auf Vertrag oder Gesetz basiert.

Bezüglich der Pfändung des Saldos übernimmt das UGB den § 357 HGB wortwörtlich. Während daher der Gläubiger eines Kontokorrentpartner nicht auf eine kontokorrentgebundene Einzelforderung greifen kann, ist es ihm wohl möglich, die sich am Ende der Rechnungsperiode ergebende Saldoforderung zu pfänden. Um den Gläubiger in weiterer Folge vor nachteiligen Dispositionen zu schützen, dürfen ihm gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstanden sind, nicht in Rechnung gestellt werden.

³²⁸) BGHZ 1993, 307.

Anhang

Abstrakte Zusammenfassung der Arbeit

Die Dissertation ist aufgrund des engen sachlichen Bezugs untereinander in 2 Kapitel unterteilt: Das erste Kapitel beschäftigt sich mit der Aufrechnung nach den §§ 1438 – 1443 ABGB, das zweite, den Schwerpunkt der Arbeit bildende Kapitel behandelt das Kontokorrent nach den §§ 355 – 357 UGB.

Die Aufrechnung, die in den §§ 1438 – 1443 ABGB unter „Kompensation“ geregelt ist, war dem römischen Recht ursprünglich fremd; sie hat sich mit der Zeit jedoch allmählich durchgesetzt. Durch sie werden 2 Forderungen, soweit sie sich decken, getilgt und erlöschen somit. Im Ergebnis wird eine die Effektivleistung ersparende, wechselseitige Ausgleichung zweier oder mehrerer sich gegenüberstehender, gleichartiger Forderungen bewirkt. Die gesetzlichen Voraussetzungen der einseitigen Aufrechnung sind die Gegenseitigkeit, Richtigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit von Forderung und Gegenforderung. Während die Geltendmachung der Aufrechnung durch die Aufrechnungserklärung erfolgt, werden jedoch nach hA die Wirkungen auf jenen Zeitpunkt bezogen, in dem sich Forderung und Gegenforderung zum ersten Mal kompensabel gegenüberstanden (Rückwirkung). Neben der einseitigen Aufrechnung besteht auch noch die im ABGB nicht ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit eine Kompensation zu vereinbaren.

Der Zusammenhang zwischen dem Institut der Aufrechnung und dem Kontokorrent, wird bei der am Ende der Rechnungsperiode erfolgenden Verrechnung deutlich, wobei es eine interessante Tatsache darstellt, dass das Schweizer OR unter dem Begriff „Verrechnung“ das versteht, was wir eben als Aufrechnung bezeichnen, nämlich die Kompensation. Nach der österreichischen hA stellt die Verrechnung nämlich einen Anwendungsfall vereinbarter Aufrechnung dar. In diesem Sinne teilt auch der BGH einen ähnlichen Standpunkt und spricht von einer „antizipierten kontokorrentrechtlichen Aufrechnungsvereinbarung“ und erkannte auch an, dass die Verrechnung die Rechtswirkung einer die Einzelforderung tilgenden Aufrechnung besitze. Dass sich Aufrechnungsverbote auf die Kontokorrentgebundenheit auswirken, ist eine weitere Parallelität der beiden Institute. Auch die von ihnen verfolgten Zwecke sind ident.

Das Kontokorrent wurde erstmals in Art 291 ADHGB einer gesetzlichen Regelung unterzogen, und dort auch nur sehr sparsam: Lediglich die Zulässigkeit von Zinseszinsen und die Regelung der Dauer der Rechnungsperiode waren vorgesehen. In weiterer Folge ging das HGB auf eine detailliertere Regelung ein. Im Zuge der Schaffung des UGB wurden die Kontokorrentregelungen redaktionell überarbeitet. Der Stoff wurde aufgeteilt um übersichtlicher gestaltet zu werden. Weiters wurde der Abkehr vom Grundtatbestand des HGB, nämlich dem Kaufmannsbegriff, Rechnung getragen. Der rechtsgeschäftliche Charakter, durch den die Zugehörigkeit des Kontokorrents zum Bürgerlichen Recht nicht verneint werden kann, wurde betont. Der kausale und festgestellte Saldo wurden eindeutig geregelt, womit auch der jahrelange Streit der 3 Theorien über die Frage, aus welchen Forderungen der kausale Saldo bestünde, im Sinne der Theorie über die zivilrechtliche Tilgungsordnung, bereinigt wurde. Es müssen jedoch, vor allem im Verkehr mit Banken, aufgrund der vereinbarten ABB, Modifikationen berücksichtigt werden, so zB bei der Rechnungsperiode und bei der Verrechnung. Die rechtliche Existenz und die Rechtsnatur der ins Kontokorrent gestellten Ansprüche und Leistungen werden nicht tangiert. Während des Laufs der Rechnungsperiode, kommt es zu einer reinen Stundung, die die Fälligkeit nicht verändert. Es wird lediglich die selbstständige Geltendmachung verhindert. Die Forderungen werden ab ihrer ursprünglichen Fälligkeit verzinst. Aufgrund des § 355 Abs 4 S 4 UGB können Zinseszinsen verlangt werden, obwohl vielleicht keine ausdrückliche Vereinbarung nach § 1000 Abs 2 ABGB vorliegt. Während der Rechnungsperiode können einzelne Forderungen, die ins Kontokorrent einbezogen worden sind, nicht abgetreten, gepfändet oder verpfändet werden.

Nach der Rechtslage des HGB war unklar, als welcher Vertragstypus die Saldofeststellung zu qualifizieren war; ob sie eine Novation oder ein Anerkenntnis darstellte. Das UGB hat diesbezüglich die Klärung gebracht und die Saldofeststellung als „abgeschwächt abstraktes Schuldanerkenntnis“ qualifiziert, das neben den kausalen Saldo tritt und einen eigenständigen Verpflichtungsgrund schafft.

In Bezug auf Sicherheiten stellt § 356 UGB klar, dass sie durch ein Saldoanerkenntnis nicht untergehen. Die Stellung dritter Sicherungsgeber darf aber ohne deren Zustimmung nicht verschlechtert werden. In § 356 Abs 2 UGB wird die gesamtschuldnerische Mithaftung eines Dritten den Sicherheiten explizit gleichgestellt, und zwar unabhängig davon, ob sie auf Vertrag oder Gesetz basiert.

Bezüglich der Pfändung des Saldos übernimmt das UGB den § 357 HGB wortwörtlich. Während daher der Gläubiger eines Kontokorrentpartner nicht auf eine kontokorrentgebundene Einzelforderung greifen kann, ist es ihm wohl möglich, die sich am Ende der Rechnungsperiode ergebende Saldoforderung zu pfänden. Um den Gläubiger in weiterer Folge vor nachteiligen Dispositionen zu schützen, dürfen ihm gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstanden sind, nicht in Rechnung gestellt werden.

Lebenslauf des Verfassers

Persönliche Daten:

Nachname: DURAN
Vorname: Yalcin
Geburtsdatum: 08.11.1982
Geburtsort: Wiener Neustadt/Niederösterreich
Staatsbürgerschaft: Österreich (seit 16.04.1997)
Familienstand: ledig
Vater: Nevzat, geb.: 04.02.1942 (Sivas/Türkei)
Mutter: Zehra, geb.: 07.01.1950 (Sivas/Türkei)
Geschwister: 2 Brüder (Cengiz, geb. 17.05.1967; Musayip, geb. 22.11.1969),
1 Schwester (Zarife, geb. 01.07.1971)

Bildungsweg:

1988 – 1992 Volksschule Steinabrückl (Bezirk Wiener Neustadt-Land)
1992 - 1996 Bundesgymnasium Babenbergerring, Wiener Neustadt
1996 – 2001 Bundeshandelsakademie Wiener Neustadt

2001 – 2007 Diplomstudium Rechtswissenschaften, Wien:

- 2 Diplomandenseminare aus Straf- und Strafprozessrecht (Schütz) und interdisziplinär Bürgerliches Recht/Römisches Recht (Benke/Fischer-Czermak/Meissel)
- Absolvierung des Wahlfachkorbs „Wirtschafts- und Unternehmensrecht“ (Krejci)
- Über das erforderliche Ausmaß hinaus Absolvierung weiterer Wahlfachstunden in den Bereichen Bank- und Versicherungsrecht, Europäische und vergleichende Rechtsgeschichte, Liegenschafts- und Baurecht, Wirtschafts- und Unternehmensrecht

2007 - 2009 Doktoratsstudium Rechtswissenschaften, Wien:

- 2 Dissertantenseminare aus Unternehmensrecht (Krejci/Straube) und interdisziplinär Unternehmensrecht/Privatrecht (Ofner/Weilinger)
- 17 Wahlfachstunden aus den Bereichen Bank- und Versicherungsrecht, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Liegenschafts- und Baurecht

Schwerpunktmäßige Interessen:

Bürgerliches Recht (vor allem Schuldrecht, Besonderes Vertragsrecht, Insolvenzrecht) und Unternehmensrecht (vor allem Rechnungslegungs- und Sondervertragsrecht). Praktische Freizeitbetätigung im Vereinsrecht als Mitglied des Disziplinarausschusses im Alevitischen Kulturverein Wiener Neustadt (bis Sommer 2008).

Literaturverzeichnis

Apathy, Peter

Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33 ff.

Apathy, Peter

Aufrechnungsverbot bei Girokonten?, ÖBA 1996, 99 ff.

Apathy, Peter

Auswirkungen der Judikatur zu Verbraucherverträgen auf Bankgeschäfte mit Unternehmern, ÖBA 2004, 737 ff.

Apathy, Peter

Das Saldoanerkennnis nach österreichischem Recht, ÖBA 1999, 679 ff.

Apathy, Peter/Iro, Gert/Koziol, Helmut

Österreichisches Bankvertragsrecht, Band I – 2. Auflage – Wien: Springer, 2007,
Band II – 2. Auflage – Wien: Springer, 2008.

Avancini, Peter/Iro, Gert/Koziol, Helmut

Österreichisches Bankvertragsrecht, Band I – Wien: Springer, 1987,
Band II – Wien: Springer, 1993.

Bamberger, Heinz Georg

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Auflage – München: Beck, 2007.

Beitzke, Günther

Bearb des BGH-Urteils in JR 1956, 15 ff.

Brix, Alexander

Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung,
Wien, 1864 (Homepage des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte:
<http://dliip-mpier.mpg.de>).

Bucher, Eugen

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich: Schulthess, 1988 (www.eugenbucher.ch).

Bydlinski, Peter

Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, Wien: Springer, 1991.

Bydlinski, Peter

Einreden des Bürgen, ÖBA 1987, 697 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm

Die Verrechnung beim Kontokorrent, DB 1972, 1. Teil: 421 ff, 2. Teil: 469 ff.

Dullinger, Silvia

Handbuch der Aufrechnung, Wien: Springer, 1995.

Dittrich, Robert/Tades, Helmuth

Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar), 36. Auflage, Wien: Manz, 2003.

Dehn, Wilma/Krejci, Heinz

Das neue UGB, 2. Auflage, Wien: Linde, 2007.

Edler, Florence

Glossary of mediaeval terms of business, Cambridge: Mediaeval Acad. Of America, 1934.

Faistenberger, Christoph (Hrsg)

Gedenkschrift Gschnitzer, Franz, Privatrechtliche Beiträge, Innsbruck: Kommissionsverlag der österreichischen Kommissionsbuchhandlung, 1969.

Fenyves, Atilla

Versicherungsvertragsrecht, Vorlesungsunterlage (Skriptum), Wien, 2007.

Gareis, Karl/Fuchsberger, Otto

Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, nebst den sich daran anschließenden Reichsgesetzen (Markenschutzgesetz, Aktiennovelle vom 18. Juli 1884, Gesetze über die Neutralität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugniß zur Führung der Bundesflagge, Seemannsordnung u.a.), Homepage des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte: <http://dlip-mpier.mpg.de>.

Göppert, Heinrich

Zur Vereinfachung der Lehre vom Kontokorrent, ZHR 102 (1936), 161 ff.

Grigat, Wilfried

Die Verrechnung im Kontokorrent, NJW 1952, 812 ff.

Hausmaniger, Herbert/Selb, Walter

Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Wien: Böhlau, 2001.

Holzhammer, Richard

Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Auflage, Wien: Springer, 1993.

Iro, Gert

Anmerkung zur OGH-Entscheidung in ÖBA 2003, 373 ff.

Jabornegg, Peter (Hrsg)/Apathy, Peter

Kommentar zum HGB, Wien: Springer, 1997.

Jabornegg, Peter/Strasser, Rudolf

Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 2. Teilband, 4. Auflage, Wien: Manz, 2004.

Kaser, Max

Das römische Privatrecht, erster Abschnitt: das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, 1971,
zweiter Abschnitt: die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, München: Beck, 1975.

Keinert, Heinz

Bemerkungen zum Entwurf eines Unternehmensgesetzbuches, ÖJZ 2004, 460 ff.

Keinert, Heinz

Das neue Unternehmensrecht, Wien: Manz, 2006.

Kellner, Markus

Die gemäß § 33 Abs 8 BWG zulässigen Beschränkungen des Rechts auf vorzeitige Rückzahlung von Verbraucherverträgen, ÖBA 2006, 661 ff.

Kerschner, Ferdinand

Aufrechnungsprobleme bei Bankgeschäften, ÖBA 1989, 254 ff.

Klang, Heinrich (Hrsg)

Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag Österreich,
Band 4, Bettelheim, Ernst (Bearb), Wien, 1935,
Band 4, Halbband 1, Gschnitzer, Franz (Bearb), 2. Auflage, Wien, 1968,
Band 6, Gschnitzer, Franz (Bearb), 2. Auflage, Wien, 1951.

Koch, Bernhard

Gegenseitigkeit und deren Nachbildung durch Aufrechnungsvertrag, JBl 1989, 222 ff.

Koch, Berhard

OGH-Entscheidungen, ÖBA 2008, 585 ff.

Koch, Berhard

Nochmals zur Aufrechnung bei Zession künftiger Forderungen, ÖBA 1989, 1120 ff.

Koch, Christian Friedrich

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, Berlin, 1863, Homepage des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte: <http://dliip-mpier.mpg.de>).

Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich

Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage, Wien: LexisNexis – Verl. ARD Orac, 2007.

Koziol, Helmut

Die Haftung der Bank für Überfälle auf ihre Kunden nach dem Besuch der Bank,
ÖBA 2005, 526 ff.

Koziol, Helmut

Bearb der OGH-Entscheidungen in ÖBA 2000, 614 ff.

Koziol, Helmut

Bearb der OGH-Entscheidung in ÖBA 2001, 640 ff.

Koziol, Helmut

Bearb der OGH-Entscheidung, ÖBA 2008, 872 ff.

Koziol, Helmut

Bearb der OGH-Entscheidung, ÖBA 2009, 218 ff.

Koziol, Helmut

Zur Zulässigkeit abstrakter Rückgarantien nach österreichischem Recht, ÖBA 1986,
443 ff.

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf

Bürgerliches Recht II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erb-
Recht, Wien: Manz, 2007.

Krejci, Heinz

Handelsrecht, 3. Auflage, Wien: Manz, 2005.

Krejci, Heinz

HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67 ff.

Krejci, Heinz

Privatrecht, 7. Auflage, Wien: Manz, 2007.

Krejci, Heinz

Unternehmensrecht, 4. Auflage, Wien: Manz, 2008.

Krejci, Heinz/Schmidt, Karsten

Vom HGB zum Unternehmergebiet, Wien: Manz, 2002.

Krejci, Heinz (Hrsg)/Bydlinski Sonja (Bearb)

Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmens-
gesetzbuch und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Reform-Kommentar UGB-
ABGB), Wien: Manz, 2007.

Krünitz, Johann Georg

Oeconomische Encyclopädie, Band 8, 2. Auflage, Trier, 1785,
([http://www. Kruenitz1.uni-trier.de](http://www.Kruenitz1.uni-trier.de)).

Nebelung

Das Bankkontokorrent, NJW 1953, 449 f.

Oetker, Hartmut

Handelsrecht, Jena: Springer, 1998.

Ostheim, Rolf

Probleme des österreichischen Bankenrechts, JBl 1977, 352 ff.

Palandt, Otto (Hrsg)

Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar bearb von Bassage, Peter), 67. Auflage,
München: Beck, 2008.

Pfersmann, Hans

Bearb der OGH-Entscheidung in JBl 1995, 662 ff.

Pisko, Oskar

Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, Wien: Hölder-Pichler-Tempsky, 1923.

Raschke, Ulrich

Grundsätzliche Rechtsfragen des Kontokorrents in Italien, Frankreich, Deutschland und den Benelux-Staaten, Dissertation, Universität Saarland, 1975.

Reiterer, Irmgard

Die Aufrechnung (Funktionen und Rechtsnatur von außergerichtlicher Aufrechnung und Prozessaufrechnung), Graz: Leykam, 1976.

Röhricht, Volker/Graf von Westphalen, Friedrich

Handelsgesetzbuch (Kommentar), 3. Auflage, Köln: Schmidt, 2008.

Rummel, Peter

Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien: Manz,
Band 1, 3. Auflage (2000),
Band 2, Teil 2a, 3. Auflage (2007),
Band 2, Teil 3, 3. Auflage (2002).

Schauer, Martin

Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform, *ecolex* 2004, 4 ff.

Schauer, Martin

Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, *ÖJZ* 2006, 75 ff.

Schauer, Martin

Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, *JB1* 2004, 23 ff.

Schell, Josef

Das gesetzliche Pfandrecht am Kostenersatzanspruch (Ein Beitrag zur Lehre vom Pfandrecht an Forderungen), *JB1* 1930, 133 f.

Scherer, Willibald

Die Pfändung von Kontokorrentansprüchen, *NJW* 1952, 1397 ff.

Schinnerer, Erich

Bankverträge (unter Mitarbeit von Avancini, Peter), Band I, 3. Auflage, Wien: Manz, 1975.

Schmidt, Karsten

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band V, München: Beck, 1. Auflage 2001, 2. Auflage 2009.

Schwimann, Michael

ABGB-Praxiskommentar, Wien: LexisNexis – Verlag ARD Orac, Band 4, 3. Auflage (2006), Band 6, 3. Auflage (2006).

Staub, Hermann

Großkommentar zum HGB, Canaris/Ulmer/Schilling (Hrsg), 4. Auflage, Berlin: de Gruyter, 2004.

Straube, Manfred

Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Rechtsvorschriften, Wien: Manz, Band 1, 3. Auflage (2003).

Welser, Rudolf/Foglar-Deinhardstein, Andreas

Die Bedeutung von Sicherungszession, Kontokorrent und Anfechtung im Geschäftsverkehr der Banken, ÖZW 1976, 75 ff.

Wilhelm, Georg

Müllabfuhr UGB, ecolex 2004, 4 ff.

Zehetner, Jörg

Rechnungslegung, Vorlesungsunterlage (Skriptum), Wien, 2007.

Zeiller, Franz von

Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Band IV, Wien, Triest: Geistinger, 1813.