

11/95

43. Jahrgang

Sonderdruck

DIE SITTENWIDRIGKEIT  
DES AUSSCHLUSSES DER  
FORDERUNGSABTRETUNG

Peter Bydlinski

HERAUSGEGEBEN VON DER  
ÖSTERREICHISCHEN BANKWISSENSCHAFTLICHEN GESELLSCHAFT

# Die Sittenwidrigkeit des Ausschlusses der Forderungsabtretung

Peter Bydlinski

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, unter welchen Umständen vertragliche Abtretungsausschlüsse wegen Sittenwidrigkeit unwirksam sein können. Nach eingehender Darstellung der (möglichen) Interessen von Schuldner und Gläubiger wird die notwendige Abwägung am Beispiel praktisch wichtiger Fallgruppen vorgenommen. Erwähnung findet auch die gesetzliche Sonderregelung des Problems durch den deutschen Gesetzgeber im Jahr 1994.

*Stichwörter:* Abtretungsausschluß, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kontokorrent, Sittenwidrigkeitselemente, Zessionsverbot.

## 1. Einleitung

Vor allem in den siebziger und achtziger Jahren stand die Frage im Vordergrund, welche Wirkung der zwischen Gläubiger und Schuldner getroffenen Vereinbarung zukommt, eine vertraglich begründete Forderung sei unabtretbar. Um mit den Worten einer rein praktisch orientierten Strömung der Jurisprudenz zu sprechen, hat der OGH diese Diskussion mit der Entscheidung eines verstärkten Senats vom 16. 1. 1984 [1] im Sinne seiner jüngeren Judikatur „beendet“: Die Privatautonomie gestatte es, Forderungen als von vornherein unabtretbar entstehen zu lassen; auch aus § 364c ABGB, der durch die dritte Teilnovelle eingeführt wurde und einem Veräußerungs- und Belastungsverbot nur in ganz engen Grenzen Drittwirkung beimißt, könne für Forderungen ein anderes Ergebnis nicht abgeleitet werden [2].

Der OGH sieht das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot somit als absolut wirkenden Abtretungsaus-

schluß an: Eine Zession ist nicht (nur) – bei sonstiger Ersatzpflicht – rechtswidrig („relative“ Wirkung), sondern unwirksam („absolute“ Wirkung). Dieser Aspekt der Problematik wird in der Folge kaum mehr zur Sprache kommen [3], wenn auch einige Argumente aus der „Wirkungsdiskussion“ für die Sittenwidrigkeitsfrage bedeutsam sein könnten. Behandelt wird aber genau die Sachverhaltskonstellation, die auch bei der Frage nach den Wirkungen einer solchen Vereinbarung im Mittelpunkt steht: Es geht um Geldforderungen (insbesondere aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen), und der rechtsgeschäftliche Ausschluß ihrer Abtretbarkeit erfolgt (spätestens) gleichzeitig mit ihrer Begründung [4].

## 2. Die Sittenwidrigkeitsproblematik im grundsätzlichen

### 2.1. Die Ausgangslage

Das Argument der Rechtsprechungskritiker, die bloß „relative“, also grundsätzlich nur inter partes ein tretende Wirkung der Vereinbarung reiche zur Wahrung der Schuldnerinteressen aus, sei für den Gläubiger aber weit weniger belastend und daher vorzugswürdig [5], führt zum eigentlichen Thema. Ohne Details vorwegzunehmen, kann schon jetzt gesagt werden, daß auch ein *bloß schuldrechtlich* wirkendes

Dr. Peter Bydlinski ist Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Juristische Methodenlehre und Geschäftsführender Direktor des Instituts für Bank- und Wirtschaftsrecht an der Universität Rostock;

Adresse: Möllner Straße 10, D-18109 Rostock.

Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, gehalten auf dem „Bankrechtsforum 1995“ am 20. 9. 1995 in Wien.

[1] 5 Ob 609/81 SZ 57/8 = JBl 1984, 311 = EvBl 1984/76 = RdW 1984, 106; dazu etwa Iro, RdW 1984, 103; Wilhelm, JBl 1984, 404. Zuletzt für „absolute“ Wirkung wieder OGH RdW 1992, 106, Anders nunmehr Hofmann in seinem Vortrag „Absolute Wirkung des Zessionsverbotes?“ auf dem Bankrechtsforum 1995 am 20. 9. 1995 in Wien (Veröffentlichung im ÖBA geplant).

[2] Interessanterweise waren diese in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Literatur sehr ausführlich begründeten Aussagen obiter dicta, da der Senat – in concreto nicht unbedenklich – von einem Verzicht des Schuldners auf die Einwendung der Unabtretbarkeit ausging.

[3] Ebensovien die in der Entscheidung näher erörterte (aber nicht entschiedene) Frage, ob und wann in solchen Fällen ein Gutgläubenserwerb der Forderung durch den „Zessionar“ in Betracht kommt; siehe dazu auch OGH RdW 1984, 209.

[4] Außer Betracht bleiben somit Forderungen auf andere Leistungen sowie *nachträgliche* Unabtretbarkeitsvereinbarungen; schon überhaupt Verbote in Hinblick auf Forderungen *gegen Dritte* (zu dieser letzten Konstellation OGH ÖBA 1991, 134 [Koziol] = JBl 1992, 46 = RdW 1991, 40; RdW 1992, 106).

[5] Siehe statt aller Koziol, JBl 1980, 113, 124 f mwN.

Verbot nicht unbedenklich ist; man denke nur an eine Konkurrenzklausele: Der Gläubiger ist dann ja mit – gerichtlich durchsetzbaren – Unterlassungspflichten belastet und von Schadenersatzpflichten zumindest bedroht. Daß er dennoch abtreten *kann*, schwächt die Einschränkung seiner Position also nur wenig ab. Seine Stellung ist nach den ihm im Verhältnis zum Vertragspartner (= Geld-Schuldner) zustehenden Befugnissen zu beurteilen, nicht nach seinen Möglichkeiten. Prüft man die Vereinbarung unter Sittenwidrigkeitsaspekten, muß daher ein Vergleich jedenfalls zwischen freier Abtretbarkeit und *Nichtabtretung* angestellt werden [6].

Ausgangspunkt für eine nähere Untersuchung ist folgender Befund, der beide möglichen Wirkungen gleichermaßen erfaßt [7]: Nach dispositivem Recht (§ 1393 Satz 1 ABGB) kann und darf der Gläubiger über seine Geldforderungen beliebig verfügen [8]. Das wäre ihm aufgrund einer wirksamen Unabtreubarkeitsabrede verwehrt. Beeinträchtigte diese Abweichung vom dispositiven Recht nun massiv wesentliche Gläubigerinteressen, müßte die Abrede an § 879 ABGB scheitern. Die praktische Bedeutung dieser Frage kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden: So sollen in Österreich gut 20% der unternehmensbezogenen Forderungen mit einem Abtreungsverbot belastet sein [9].

Damit sind im folgenden zumindest jene *Kriterien* anzusprechen, die bei der *Sittenwidrigkeitsprüfung* jedenfalls eine Rolle spielen; deren Gewicht ist anschließend gegeneinander abzuwägen [10]. ME sind zumindest vier Gesichtspunkte zu beachten: die Gründe des begünstigten Schuldners für die Vereinbarung des Ausschlusses (3.1.); die Intensität der Belastung des Gläubigers im Vergleich zum dispositiven Recht (3.2.); das Verhandlungsmachtgefälle und/oder die Erkennbarkeit der Gläubigerbeeinträchtigung bei Abschluß der Vereinbarung (3.3.); schließlich Alternativmöglichkeiten, die den Gläubiger geringer belasten, dem Schuldner aber ähnlich nützen (3.5.).

Dieser *Ansatz* steht mit der höchstgerichtlichen Judikatur nicht in Widerspruch: Der verstärkte Senat geht zwar – nicht anders als der Gesetzgeber des ABGB – im Grundsatz davon aus, daß die Parteien ihre Interessen selbst wahren, formuliert aber einschränkend: „...; notfalls hilft § 879 ABGB [11].“ Daraus folgt allenfalls, daß Abtreungsausschlüsse nach dem OGH *im Regelfall* zulässig sind [12]; nicht aber, daß er ausnahmslos Wirksamkeit einer solchen Abrede annehmen würde.

## 2.2. Bisherige Stellungnahmen

In der bisherigen österreichischen Diskussion spielte die Sittenwidrigkeitsfrage eine eher untergeordnete Rolle: *Schuhmacher* [13] untersucht den Abtreungsausschluß in AGB und hält diesen regelmäßig – wenn auch nicht ausnahmslos – für sittenwidrig gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Zum selben Ergebnis gelangt *Iro* [14], der die Problematik im Zusammenhang mit dem Factoring behandelt. Bei *Individualvereinbarungen* will *Iro* unterscheiden und Sittenwidrigkeit (jedenfalls) dann annehmen, wenn ein übermächtiger Schuldner die Abtreung hinsichtlich aller – gegenwärtig und zukünftig – gegen ihn gerichteter Forderungen untersagt und die dem Schuldner bei Abtreubarkeit drohenden Nachteile nicht von ähnlichem Gewicht sind wie die des Gläubigers durch die Einschränkung der Verfügungsmacht [15]. Das leitet zur genaueren Untersuchung der beteiligten Interessen über. Wenn hier auch nur die österreichische Rechtslage in Frage steht, so können einer aktuellen Novelle im deutschen Recht wertvolle Anregungen entnommen werden (dazu unter 3.4.).

## 3. Die bei der Sittenwidrigkeitsprüfung zu beachtenden Elemente

### 3.1. Die für eine Ausschlußvereinbarung maßgeblichen Gründe [16]

#### 3.1.1. Erwartung von Entgegenkommen des Vertragsgläubigers

Der Schuldner ist aus mehreren Gründen daran interessiert, auf Dauer nur seinem Vertragspartner gegenüberzustehen. Der erste Grund ist ein eher „außerrechtlicher“: Er möchte verhindern, einen „strenger“ Gläubiger zu erhalten, der etwa – im Gegensatz zum ursprünglichen – seine Rechtsposition (in Hin-

[6] So in der Sache schon *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/49 und 2/45, der aber zugleich unter Hinweis auf *Koziol*, JBl 1980, 113, sagt, die Annahme bloß relativer Wirkung könne die weitreichende Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gläubigers vermeiden.

[7] Ebenso *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/49; vgl aber auch dessen Differenzierung beim Factoring Rz 2/52 ff, insb 2/54, da der Gläubiger den Factor bei bloß relativer Wirkung nicht täusche.

[8] Siehe statt aller – auch zur Ungenauigkeit der Gesetzesformulierung – *Ertl* in Rummel § 1393 Rz 1.

[9] *Schuhmacher*, WB1 1993, 280; siehe auch aaO 283 die Zahlen zum Factoring, die dessen Bedeutung vor allem für Klein- und Mittelbetriebe deutlich machen.

[10] Siehe nur *Krejci* in Rummel § 879 Rz 55 (mit Rspr-Nachweisen); vgl ferner etwa *P. Bydlinski*, JBl 1993, 636 (zu Gewährleistungsausschlüssen).

[11] SZ 57/8; ebenso die über weite Strecken nahezu wortgleiche Entscheidung des OGH JBl 1984, 675 = ZVR 1985/133.

[12] So ausdrücklich OGH JBl 1984, 675.

[13] WB1 1993, 279, 286 f.

[14] Bankvertragsrecht II Rz 2/44 ff, insb 2/47; zustimmend *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I 292.

[15] *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/48; vgl auch 2/53.

[16] Ausführlich dazu *Schuhmacher*, WB1 1993, 280 ff.

blick auf Fälligkeit, Zinsen usw) paragraphengenau ausnützen könnte. Daß beim Vertragsgläubiger häufig ähnliches nicht zu befürchten ist, liegt gerade bei vereinbartem Abtretungsausschluß nahe. Solche Abreden werden ja allein auf Wunsch des Geldschuldners getroffen und meist aufgrund dessen wirtschaftlich stärkerer Position durchgesetzt; etwa von Handelsketten oder Automobilherstellern gegenüber ihren Zulieferern. In solchen Fällen ist der schwächere Gläubiger auch im Verzugsfall nicht selten zu Konzessionen bereit, will er nicht Gefahr laufen, daß sein Abnehmer bei der nächsten Gelegenheit aus dem Vertrag aussteigt. Einen Zessionar – praktisch meist eine Bank oder ein Factoring-Institut – plagen ähnliche Skrupel nicht.

Die eben skizzierten Interessen, trotz entsprechender Rechtspflichten geschont zu werden, sind nun schon für sich wenig schutzwürdig [17]. Auch schon ein Vertragspartner seinen Schuldner im Geschäftsverkehr regelmäßig nicht aus Menschenfreundlichkeit, sondern aus vernunftbetontem Überlebenswillen. Dazu kommt, daß der Gläubigerwechsel trotz Ausschlußvereinbarung sogar bei Unterstellung ihrer absoluten Wirkung in den kritischen Fällen ohnehin nicht verhindert werden kann; so bei Pfändung der Forderungen durch einen Gläubiger-Gläubiger, die nach ganz hA trotz der Ausschlußklausel möglich bleibt [18]. Dieser Gedanke trifft auch auf einige der folgenden Gesichtspunkte zu.

### 3.1.2. Wahrung der Klarheit und Übersichtlichkeit des Abrechnungsverkehrs

Der Schuldner kann auch an klarer und einfacher Abrechnung interessiert sein; darauf legt etwa der BGH in einer zentralen Entscheidung zur Sittenwidrigkeitsfrage großes Gewicht [19]: Der Abtretungsausschluß würde die Mühen von Änderungsbuchungen vermeiden, die Möglichkeit der Vermehrung der Gläubiger infolge von Teilabtretungen verhindern und den Schuldner von dem Risiko entlasten, zweimal zahlen zu müssen. Dieses kann sich dann verwirklichen, wenn der Schuldner eine wirksame Zessionsmitteilung [20] übersieht oder diese im internen Bereich nicht rechtzeitig bei der für Zahlungen zu-

ständigen Stelle einlangt, weshalb der Schuldner an den Altgläubiger zahlt, ohne daß diese Leistung schuldbeitreitend wäre [21] (§§ 1396 Satz 1 HS 1, 1395 Satz 2 ABGB).

Die genannten Interessen können keinesfalls negiert werden. Zum einen fragt sich jedoch, ob den wesentlichsten von ihnen nicht auch durch „mildere“ Vereinbarungen Rechnung getragen werden könnte (dazu noch unter 3.5.). Zum zweiten erscheint ihre Wertigkeit im Verhältnis zu manchen dem Gläubiger drohenden Nachteilen (dazu unter 3.2.) deutlich geringer. So ist die Evidenthaltung von Abtretungen für jemanden, der nur ganz wenige Verpflichtungen besitzt, kaum aufwendig. Für die praktisch allein bedeutsamen Unternehmer-Schuldner sind die dann mittels EDV vorgenommenen Änderungsbuchungen aber ebenfalls unproblematisch [22]. (Man sollte solche Unternehmer nur fragen, mit welchen Raffinessen ihre sonstige Logistik aufwarten kann.) ME sind auch die Kostenbelastungen zu vernachlässigen [23].

Noch weniger relevant ist die Gefahr, daß dem Schuldner „eine im voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern gegenübertritt“ [24]. Zum einen ist es geradezu die Regel, daß der Vertragsgläubiger seine Forderungen bloß an *einen* Zessionar, nämlich an seine kreditgewährende Bank oder an ein Factoring-Institut, (zur Sicherung) überträgt; zum zweiten könnte diesem Nachteil durch ein – wohl unbedenkliches – *Verbot der Teilabtretung* begegnet werden [25].

### 3.1.3. Unklarheiten in Hinblick auf eine Abtretung im besonderen

Beeinträchtigt werden könnten die Vereinfachungsinteressen des Schuldners insbesondere durch *zweifelhafte Zessionsmitteilungen* bzw bereits durch die unsichere Rechtslage: Es ist ja nicht unumstritten, wann der Forderungserwerber dem Schuldner iS des § 1396 Satz 1 ABGB „bekannt“ ist; so wollen manche auch Mitteilungen durch den (angeblichen) Zessionar

[17] Ebenso etwa schon *Koziol*, JBI 1980, 121.

[18] Siehe bloß OGH SZ 57/8 = JBI 1984, 311, 313 mwN; *Wilhelm*, JBI 1984, 307 (ausdrücklich in diesem Sinn § 851 Abs 2 dZPO). Anderes gilt nach hA nur im *Kontokorrent*: statt aller *Straube/Schuhmacher* § 355 Rz 15 (dazu noch kurz unter 4.2.), – Zur Diskussion von „Umgehungsmöglichkeiten“ (mit Hilfe der §§ 1358, 1422, 1041 ABGB) siehe neben *Wilhelm*, JBI 1984, 306 f, etwa *Hoyer*, JBI 1972, 519 ff; aber auch *Koziol*, JBI 1980, 119 f.

[19] BGHZ 51, 113 = NJW 1969, 415; Kurzreferat dieser Passage bei *Schuhmacher*, WBI 1993, 283 f.

[20] Das könnten bei Mehrfachzessionen in der Kette auch mehrere sein, – Zur Unsicherheit bei zweifelhaften Abtretungsanzeigen noch unter 3.1.3.

[21] Ist die Hausbank des Gläubigers (Sicherungs-)Zessionarin, ändert sich allerdings unter Umständen nicht einmal die bei der Überweisung zu beachtende Kontonummer (vgl auch *Wilhelm*, JBI 1984, 306).

[22] So auch die Begründung des Bundestags-Rechtsausschusses BT-Drucksache 12/7912 (siehe FN 44) zu Art 2 Nr 11 (§ 354a dHGB) unter 5, b). AA *Ertl* in Rummel § 1393 Rz 9 aA, der die „Schwerfälligkeit“ der Buchhaltung mittels EDV betont.

[23] Eine pauschalierte Überwälzung des Verwaltungsaufwands (durch eine entsprechende Vertragsklausel) hält *Schuhmacher*, WBI 1993, 287, für zulässig. Dem wird man vorbehaltlich der konkreten Höhe der Pauschalsumme zustimmen können. Siehe ferner *Koziol*, JBI 1980, 122 (mit wenig Vertrauen in die Leistungsfähigkeit einer Buchhaltung).

[24] BGHZ 51, 113, 117, – Auch die §§ 1392 ff ABGB gestatten Teilabtretungen (siehe nur OGH SZ 60/46 = JBI 1987, 527 = ÖBA 1987, 753 = RdW 1987, 256).

[25] *Schuhmacher*, WBI 1993, 287.

ausreichen lassen [26]. Diese Unsicherheiten rechtsgeschäftlich zu beseitigen, ist nun durchaus legitim. Allerdings gilt gerade auch diesbezüglich, daß ein vollständiger Abtretungsausschluß weit über das Ziel hinausschießt: Es reicht aus, dem Vertragspartner eine bestimmte Art der Abtretungsanzeige vorzugeben, etwa nur (schriftliche) Mitteilungen des Zedenten zu akzeptieren [27].

### 3.1.4. Erhalt von Aufrechnungsmöglichkeiten auf Dauer

Ein Aufrechnungsausschluß führt schließlich dazu, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber *auf Dauer* aufrechnungsbefugt sein kann. Dies wäre nach Verständigung von einer wirksamen Abtretung anders: Die Aufrechnung mit erst danach gegen den Vertragsgläubiger begründeten Geldforderungen scheiterte am Erfordernis der Gegenseitigkeit und am fehlenden Schutzbedürfnis des Schuldners [28].

Ob diese Ausdehnung der Rechte des Schuldners im Zentrum seiner bewußten Zwecküberlegungen steht, ist fraglich. Auch werden die praktischen Anwendungsfälle wegen der absolut gesehen eher kurzen Zahlungsfristen und weil der Schuldner regelmäßig andere als Geldforderungen erwirbt, nur gering sein. Für Fälle längeren Verzuges des Schuldners wäre eine derartige Begünstigung gegenüber dem dispositiven Recht beinahe frivol. Andererseits geht es aber häufig um längerfristige Geschäftsverbindungen, so daß etwa an Ersatzansprüche zu denken ist, die der geschädigte Kaufpreisschuldner von den ihm in Rechnung gestellten Beträgen abziehen möchte [29].

### 3.1.5. Besondere Ausschlußbedürfnisse gerade wegen der Kreditierung

Bei der Bewertung der (mehr oder weniger verständlichen) Motive des Schuldners für die Vereinbarung des Abtretungsausschlusses darf schließlich folgendes nicht übersehen werden [30]: Das verspürte Bedürfnis nach einer solchen Klausel wird vor allem durch eine andere den Schuldner begünstigende Abweichung vom dispositiven Recht ausgelöst, nämlich der Vorleistungspflicht des Lieferanten [31]. Wäre der Vertrag gemäß dem Zug-um-Zug-Prinzip (§§ 1052, 1062 ABGB) durch gleichzeitige Zahlung zu erfüllen, wären die eben dargestellten Risiken und Unannehmlichkeiten von vornherein weit geringer.

Zwar könnte der Lieferant seine Entgeltforderung auch schon vor Leistungserbringung abtreten. Eine solche Disposition ist bei sofortiger Zahlung (mangels Refinanzierungsbedarfs) jedoch häufig gar nicht nötig.

## 3.2. Die tangierten Interessen des Gläubigers [32]

### 3.2.1. Ausschluß vom Geldkreditverkehr

Besonders massiv beeinträchtigt sind die Interessen des Gläubigers dann, wenn der Großteil seiner Forderungen von der Abtretung ausgeschlossen ist: Unmittelbare Liquidität erhält er schon wegen des vereinbarten Zahlungsziels nicht; aber auch eine *Refinanzierung* bei einem Factoring-Institut oder durch Abtretung zur Sicherung eines Kredits („Zessionskredit“) mit Hilfe seiner Forderungen ist *ausgeschlossen* [33]. Kommt – wie bei vielen (vor allem Klein- und Mittel-)Betrieben [34] – hinzu, daß andere zur Sicherung geeignete Werte (zB Liegenschaften) nicht vorhanden oder bereits belastet sind, kann der Gläubiger unabhängig von der Höhe seiner offenen Forderungen sowie der Bonität seiner Schuldner nicht oder nur unter großen Erschwerungen Kredit erlangen. Er ist *wirtschaftlich geknebelt*.

Die Interessenbewertung wäre eine andere, wenn allein die Abtretung ausgeschlossen (bzw verboten) wäre. Regelmäßig bezieht sich die Vertragsklausel aber ausdrücklich auf *alle Verfügungen* über die Forderung, also vor allem auch auf die *Verpfändung*. Dies ist wegen der mit dem Ausschluß erkennbar verfolgten Zwecke auch sehr naheliegend. Daher wird man sogar einen bloß in Hinblick auf Abtretung formulierten Ausschluß nach § 914 ABGB in diesem weiten Sinn auszulegen haben [35].

In geringerem Maße tangiert sind die Interessen des Gläubigers dann, wenn er *bloß einzelne* seiner Forderungen nicht übertragen kann oder darf. Abtretungsausschlüsse sind daher tendenziell bei einmaligem Kontakt mit einem Vertragspartner weniger bedenklich als im Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung; womöglich gar zu Lasten eines Lieferanten, dessen Existenz gerade von dieser Geschäftsverbindung abhängt. Besonders kraß ist der Fall, daß bereits zu Beginn der Geschäftsbeziehung – etwa in einem

[26] Zum Problem etwa *Mayrhofer*, Schuldrecht I 494 f mwN; kurz auch *P. Bydlinski*, Gestaltungsrechte 131 f; Nachweise der Rechtsprechung bei *Koziol/Welser* I 293 FN 21.

[27] Vgl *Schulmacher*, WBI 1993, 287.

[28] Siehe nur *Koziol/Welser* I 278 mwN.

[29] Diese Interessen betonen etwa *Mayrhofer*, OJZ 1973, 10, und *Koziol*, JBI 1980, 121.

[30] Ähnlich schon *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/47.

[31] Vgl einen ähnlichen Gedanken in etwas anderem Zusammenhang bei *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft 89 f.

[32] Dazu insb *Schulmacher*, WBI 1993, 282 f; BT-Rechtsausschuß BT-Drucksache 12/7912 (siehe FN 44) zu Art 2 Nr 11 unter 2. und 3.

[33] Zur parallelen Bewertung bei Annahme bloß relativer Wirkung eines wirksamen Ausschlusses im Rahmen der Sittenwidrigkeitsbeurteilung schon unter 2.1.

[34] Daß vor allem Unternehmer bzw Kaufleute, nicht aber Private, auf die Abtretungsmöglichkeit besonders angewiesen sind, war wohl mit ein Grund für den deutschen Gesetzgeber, eine den rechtsgeschäftlichen Abtretungsausschluß deutlich abschwächende Sonderregelung *in das HGB* aufzunehmen (zu dieser aktuellen Rechtsänderung näher unter 3.4.).

[35] Vgl *Wilhelm*, JBI 1984, 307; ferner *Koziol*, JBI 1980, 122.

Rahmenvertrag – die Abtretung auch für alle künftigen Forderungen ausgeschlossen wird.

### 3.2.2. Beeinträchtigung des Sachkredits

Bei dauernder Geschäftsbeziehung mit dem durch die Abtretung begünstigten Abnehmer hat der Lieferant auch beim Einkauf Nachteile: Kann er selbst nicht bar bezahlen, wird sein Verkäufer zur Vorleistung häufig nur unter „verlängertem“ Eigentumsvorbehalt bereit sein [36]. Einem rechtstreuen Gläubiger bleibt diese Möglichkeit aber versagt, da er entweder (bei Annahme absoluter Wirkung) seinen Vorbehaltslieferanten über die Abtretbarkeit seiner Forderungen aus der Weiterveräußerung täuschen müßte oder (bei Annahme relativer Wirkung) seine Unterlassungspflichten gegenüber dem durch die Ausschlußklausel begünstigten Schuldner verletzt.

### 3.2.3. Vereinfachung von Buchführung und Eintreibung

Schließlich stehen den schon (unter 3.1.2.) genannten Vereinfachungsinteressen des Schuldners ebensolche des Gläubigers gegenüber. Heutzutage ist es nicht selten, daß Factoring-Institute dem Unternehmer in einem „Gesamtpaket“ Buchführung sowie Forderungseintreibung und unter Umständen sogar Einbringlichkeitsrisiken abnehmen. Das geschieht bei allen Spielarten des Factoring nicht mittels Bevollmächtigung, sondern im Wege der Abtretung [37]. Der Abtretungsausschluß würde dem Geldgläubiger diese Möglichkeit versperren [38]. Überdies hätte er nicht einmal bei qualifiziertem Zahlungsverzug die Möglichkeit, die Forderung einem Inkassobüro zu übertragen.

### 3.2.4. Differenzierungen zwischen absoluter und relativer Wirkung?

Wie schon (unter 2.1.) gesagt, ist für die Sittenwidrigkeitsfrage die Wirkung des rechtsgeschäftlichen Abtretungsausschlusses nicht von zentraler Bedeutung. Während ein Abtretungsversuch trotz absolut wirkenden Ausschlusses regelmäßig eine (strafrechtlich relevante) Täuschung des „Erwerbers“ darstellte [39], wäre der Gläubiger bei „bloß“ relativer Wirkung der Gefahr von Unterlassungsklagen, Er-

satzansprüchen, Vertragsstrafenverpflichtungen und ähnlichem ausgesetzt. Das ist aus seiner Sicht massiv genug. Doch sogar bei Annahme bloß relativer Wirkung könnte sich der Geldgläubiger einer Täuschung (diesmal: des Schuldners) schuldig machen; nämlich dann, wenn er seine künftigen Forderungen bereits vorweg übertragen hat (zB Vorweg-Globalzession [40] zwecks Sicherung eines Bankkredits) und in der Folge dennoch ohne Hinweis auf seine Bindung das Abtretungsverbot akzeptiert.

### 3.3. Die Umstände des Vertragsschlusses

Wie vor allem § 879 Abs 2 Z 4 und Abs 3 ABGB schlagend beweisen, sind für die Sittenwidrigkeitsabwägung die *Umstände des Vertragsschlusses* von entscheidender Bedeutung. Wer wegen seiner wirtschaftlichen Übermacht dispositivrechtliche Regeln zu seinem Vorteil verändern kann, ist daher eher dem Urteil ausgesetzt, sittenwidrig gehandelt zu haben, als ein gleichwertiger Verhandlungspartner [41]. Ein solches „Machtgefälle“ liegt nun gerade im hier diskutierten Zusammenhang häufig vor: Der Großabnehmer (Lebensmittelkette, Automobilkonzern oä) diktiert dem Zulieferer seine Bedingungen. Nicht selten besteht für den Lieferanten keinerlei Alternative; sei es, daß er vom Abnahmewillen seines (alleinigen) Großkunden abhängig ist, sei es, daß der Abtretungsausschluß branchendeckend in Verwendung steht. Bei geringem oder fehlendem Machtgefälle kann es auch eine Rolle spielen, ob die Ausschlußklausel eigens ausgehandelt wurde (§ 879 Abs 1 ABGB) oder ob sie sich bloß in den Einkaufs- bzw Auftragsbedingungen des Geld-Schuldners findet (§ 879 Abs 3 ABGB).

*Subjektive Elemente* auf Seiten des Schuldners können die Bedenklichkeit seines Handelns verstärken; so wenn ihm erkennbar oder zumindest sehr wahrscheinlich ist, daß der Abtretungsausschluß seinen Vertragspartner „knebelt“. Dafür genügt ohne Zweifel die Kenntnis bzw Evidenz jene Aspekte, die eine derart massive Beschränkung nahelegen; vor allem Art und Struktur des Gläubiger-Unternehmens sowie die eigene Großkundeneigenschaft.

### 3.4. Exkurs: Die aktuelle Rechtsentwicklung in Deutschland

Daß die eben (vor allem unter 3.2.1.) dargestellten Nachteile für den Gläubiger unter Umständen existenzgefährdend sein können, wurde auch in Deutsch-

[36] Zum Begriff *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II 156 f.

[37] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I 297 f; ausführlich *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/1 ff, insb 2/25.

[38] Siehe *Koziol*, JBl 1980, 122; vgl ferner *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/50 ff, der Sittenwidrigkeit des Ausschlusses allerdings nur unter der Prämisse absoluter Wirkung annehmen will (Rz 2/54).

[39] Fraglich ist die Beurteilung eines Ausschlusses nach vorher getroffener Globalzessionsvereinbarung (zum Begriff etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II 148 mwN). Wenn der Geldgläubiger den Vertrag ohne Zessionsausschluß nicht hätte schließen können, kann aber wohl keinesfalls ein rechtswidriges Verhalten gegenüber dem Globalzessionar vorliegen,

[40] Daß auch diese weitreichende Vereinbarung unter Sittenwidrigkeitsgesichtspunkten nicht ganz unbedenklich ist (vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II 149 mwN), soll nicht unerwähnt bleiben.

[41] Daher wird für „vertypete Ungleichgewichtslagen“ eine analoge Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB vorgeschlagen: *Welser*, JBl 1979, 453; *Krejci* in Rummel § 879 Rz 235 f; *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/48 FN 87.

land schon bald erkannt. Dort ist deshalb der Gesetzgeber aktiv geworden. Nach gründlicher Vorbereitung durch die Rechtswissenschaft [42], konkret aber dann doch sehr überraschend, nämlich zugleich mit einer Novellierung ganz anderen Inhalts [43], wurde ein § 354a in das dHGB eingefügt, der am 30. 7. 1994 in Kraft trat. Diese Bestimmung will es insbesondere Lieferanten ermöglichen, ihre Forderungen trotz einer Abtretungsausschlußvereinbarung zur Refinanzierung zu verwenden; hingewiesen wird in der Begründung des Rechtsausschusses [44] unter anderem darauf, daß viele Lieferanten (und Dienstleistungsunternehmen) keine andere Kreditbasis besitzen, die Abtretung aber von nahezu allen Großunternehmen in ihren Einkaufsbedingungen ausgeschlossen wird. Nach den dortigen Angaben liegen zwischen Lieferung und Zahlung regelmäßig mehr als 45 Tage; 1992 wurde durch Abtretungsausschlüsse für den Mittelstand Liquidität von über 200 Milliarden DM blockiert.

#### § 354a dHGB lautet:

Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die Abtretung gleichwohl wirksam. Der Schuldner kann jedoch mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

Diese *zwingende* Norm (vgl Satz 3 leg cit) führt in ihrem Anwendungsbereich (vor allem zweiseitige Handelsgeschäfte [45]) zu einer besonderen Art „relativer“ Wirkung; allerdings anders, als sie in der deutschen Diskussion schon seit langem bekannt ist [46]: Die Abtretung ist entgegen § 399 Fall 2 BGB grundsätzlich wirksam; nicht aber zur Gänze gegenüber dem Schuldner, der auch nach Zessionsverständigung schuldbefreiend an den Zedenten leisten kann, wie wenn dieser noch Gläubiger wäre [47]. In der Sache

ist § 354a dHGB damit wohl als *gesetzliche Teilnichtigkeitsanordnung* zu qualifizieren [48].

Die Neuregelung wurde in der Literatur unterschiedlich aufgenommen [49]. Tatsächlich erweitert sie die Bewegungsfreiheit des Gläubigers deutlich: Trotz vereinbarten Abtretungsausschlusses *kann und darf* [50] er über seine Forderungen verfügen. Der Zessionar erwirbt die Forderung, weshalb ihm eine Insolvenz des Zedenten nicht mehr schadet. Auch kann er als Neugläubiger die Forderung geltend machen. Allerdings läuft der Zessionar Gefahr, die erworbene Forderung dadurch einzubüßen, daß der Schuldner an den Zedenten zahlt. Wieweit dieses Risiko den Zessionskredit behindern wird, ist noch nicht abzuschätzen; der Rechtsausschuß scheint es für vernachlässigenswert zu halten (siehe noch unter 3.5.1.).

Für das *österreichische Recht* könnte die deutsche Neuregelung aus zumindest zwei Gründen von Bedeutung sein: Zum einen zeigt sie deutlich das Unbehagen gegen vertragliche Abtretungsausschlüsse [51]; dieses ist für den deutschen Handelsverkehr aufgrund der massiven Gläubigerinteressen so groß, daß die Abtretung *zwingend* möglich und erlaubt bleibt (und nur teilweise „relativiert“ wird). Zum zweiten könnte sie als Modell für ein weniger weitgehendes – und daher eher akzeptables – Abgehen vom dispositiven Recht dienen (dazu sofort).

### 3.5. Rechtsgeschäftliche Alternativen

#### 3.5.1. Abreden nach dem Vorbild des § 354a dHGB

Soll man dem Schuldner nun tatsächlich empfehlen, zur unbedenklichen Wahrung seiner Interessen eine *rechtsgeschäftliche Nachbildung* der deutschen Lösung zu wählen? Die Abrede würde dann vorsehen, daß der Schuldner auch nach Verständigung von der

[42] Siehe statt vieler *Hadding/van Look*, WM-Sonderbeilage Nr 7/1988.

[43] Gesetz zur Änderung des D-Markbilanzgesetzes und anderer handelsrechtlicher Bestimmungen v 25. 7. 1994, BGBI I 1682.

[44] BT-Drucksache 12/7912 vom 15. 6. 1994 zu Art 2 Nr 11, abgedruckt in ZIP 1994, 1650–1652.

[45] Massiv gegen diese Beschränkung *Canaris*, Handelsrecht 365 f.

[46] Zur bisher diskutierten Relativität etwa *Hadding/van Look*, WM-Sonderbeilage Nr 7/1988, 13 f mwN; zur neuen Form *Canaris*, Handelsrecht 363.

[47] Damit sieht die Norm offenbar keine vollständige (relative) Unwirksamkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner vor; zu daraus resultierenden Unklarheiten näher *Wagner*, WM 1994, 2096 ff, der aus § 354a Satz 2 dHGB insb auch eine Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Alt-Gläubiger trotz Zession ableitet (2098 f).

[48] Beispiel aus dem österreichischen Recht: § 7 Abs 2 WucherG; dazu etwa *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 878. Weitere Beispiele bei *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I 148.

[49] Statt vieler *Canaris*, Handelsrecht 362 ff; *Wagner*, WM 1994, 2093 ff, insb 2103 f; *derselbe*, NJW 1995, 180 f; *Grub*, ZIP 1994, 1649 f; gegen *Grubs* Argumentation *Wagner*, WM 1994, 2093 FN 1a, 2102 FN 53a.

[50] Wenn in der Literatur im Zusammenhang mit § 354a dHGB von „verbotener“ bzw „verbotswidriger“ Abtretung die Rede ist (siehe etwa *Grub*, ZIP 1994, 1650; wiederholt *Wagner*, WM 1994, 2093 ff), so wird damit wohl nur auf das Tatbestandsmerkmal des vertraglichen Abtretungsausschlusses abgezielt, nicht aber die vorgenommene Abtretung qualifiziert. Schon wegen des Zwecks der Neuregelung kann kein Zweifel daran bestehen, daß der Gläubiger bei Abtretung *rechtmäßig* handelt. Merkwürdigerweise wird dieser Aspekt in der aktuellen Literatur soweit zu sehen nicht angesprochen, obwohl der Gedanke schon wegen § 137 Satz 2 BGB alles andere als abwegig ist.

[51] Daß ein solcher nach dem BGB an sich *absolut* wirkt, ergibt sich bereits aus der Formulierung des § 399 Fall 2.

Abtretung schuldbefreiend an den Altgläubiger leisten darf [52]. Sinnvoll ist eine solche Klausel von vornherein nur, wenn ihr die vorgesehene Drittwirkung zukommt. Dann würde sie aber in zwei zentralen Punkten Schuldner- und Gläubigerinteressen berücksichtigen: Der Gläubiger wäre in seiner Verfügungsfreiheit nicht beschränkt, der Schuldner wäre nicht der Gefahr doppelter Inanspruchnahme ausgesetzt [53]. Gewisse Unterschiede zwischen gesetzlicher und vertraglicher Regelung bestehen aber doch: Während die Gesetzesnorm für alle Beteiligten (in etwa) klare Verhältnisse schafft, besteht *bei vertraglicher Regelung* eine gewisse *Unsicherheit*: Teilt der Zedent dem Zessionar die genauen Umstände nicht mit, könnte der Erwerber die Forderung wieder verlieren – der Schuldner zahlt schuldbefreiend an den Zedenten –, ohne daß er damit rechnen mußte. Bei vollständiger Information bestünde hingegen das Risiko, daß der Erwerbwillige vom Erwerb Abstand nimmt oder nur zu für den Zedenten ungünstigeren Bedingungen zu kontrahieren bereit ist.

Diesem letzten Aspekt hat zumindest der deutsche Gesetzgeber ersichtlich keine Bedeutung beigemessen; vielmehr ging er davon aus, daß die Anordnung trotz der Möglichkeit schuldbefreiender Zahlung an den Altgläubiger den Zessionsverkehr nicht behindert [54]. Stimmt diese Prognose, so wird der Zedent auch nicht gezwungen sein, dem Zessionar die Sondervereinbarung zu verschweigen, um etwa den gewünschten Kredit zu erhalten.

Die hier diskutierte Variante ist eine Alternative zum Abtretungsausschluß, nicht eine Abart davon [55]. Da sie den Gläubiger deutlich geringer belastet als ein Ausschluß, wäre es jedoch nicht überzeugend, für die befreiende Wirkung generell zusätzlich zu verlangen, daß der Zessionar der Zahlung an den Altgläubiger zugestimmt hat. Das ist nur soweit zutreffend, wie die Vereinbarung *nach* Entstehung und Abtretung der einzelnen Forderung getroffen wurde [56]. Nur dann wird ja in schon bestehende fremde Rechtspositionen eingegriffen. Eine generelle „relative“ Wirkung der bereits von ihrem Inhalt her drittgerichteten Abrede ist hingegen abzulehnen und ergäbe überdies kaum einen Sinn.

[52] „Darf“ trifft die Sache wohl noch etwas präziser als das in § 354a dHGB verwendete Wort „kann“: Allein die rechtliche Möglichkeit folgt ja bereits aus der Befreiungswirkung. Zum „dürfen“ auch schon unter 3,4.

[53] Siehe nur den BT-Rechtsausschuß zu Art 2 Nr 11 unter 5.

[54] AaO unter 5,a): „Die Forderungsabtretung stellt wieder eine vollwertige Kreditsicherheit dar.“

[55] Vgl OGH JBl 1973, 370, der deshalb meint, die Diskussion über absolute oder relative Wirkung eines Zessionsverbotes habe für die vorliegende Vereinbarung keinerlei Bedeutung.

[56] Diesbezüglich etwas unklar der OGH JBl 1973, 370.

Es soll aber auch nicht verschwiegen werden, daß einige praktisch bedeutsame Detailfragen schon für die deutsche Gesetzesvorschrift noch nicht geklärt sind; so die Möglichkeit einer Aufrechnung auch mit erst nach Kenntnisnahme von der Abtretung gegen den Zedenten erworbenen Forderungen (vgl § 406 BGB) oder der Behandlung von an den Zedenten geleisteten Zahlungen in dessen Insolvenz (Aussonderungsrecht des Zessionars nach den Grundsätzen der Treuhand?) [57]. Sehr problematisch ist auch die Bejahung der Befugnis des Zedenten, durch Vertrag mit dem Schuldner die Leistungsmodalitäten (zB durch Stundung) oder gar den Bestand der Forderung (durch Vergleich bzw Erlaß) zu verändern [58]. Entsprechende Fragen würden sich nach österreichischem Recht bei rechtsgeschäftlicher Nachbildung des § 354a dHGB stellen.

ME wird ein vertraglich eingeräumtes Recht des Schuldners, mit befreiender Wirkung an den Altgläubiger zu leisten, nicht derart weit verstanden werden dürfen. Das Recht zu schuldbefreiender Zahlung wird durch die dispositivrechtliche Befugnis ergänzt, mit bis zur Verständigung von der Abtretung entstandenen Forderungen gegen Ansprüche des Zedenten aufzurechnen [59]. Um sich darüber hinaus Aufrechnungsmöglichkeiten zu sichern (dazu schon unter 3.1.4.) oder die Forderung durch Abreden mit dem Zedenten verändern zu können, müßte der Schuldner die Klausel allerdings weiter fassen (vgl § 1395 Satz 2 Fall 2 ABGB: „oder sich sonst mit ihm abfinden“); ob eine solche Regelung zu beanstanden wäre, sei hier offengelassen.

### 3.5.2. Andere vertragliche Ausgestaltungsmöglichkeiten

Einige sonst denkbare Gestaltungsvarianten wurden bereits im Zusammenhang mit den widerstreitenden Interessen von Schuldner und Gläubiger genannt: Gegenüber der Anlehnung an § 354a dHGB weiter abgeschwächt wäre die Vereinbarung einer ab Verständigung laufenden Frist (zB sieben Tage), innerhalb der noch schuldbefreiend an den Alt-

[57] In ganz krassen Fällen könnte sich der Schuldner bei Zahlung an den Zedenten wohl auch trotz § 354a Satz 2 dHGB einer sittenwidrigen Schädigung des Zessionars schuldig machen, die Ersatzpflichten auslöst: zB bei Kenntnis vom unmittelbar bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch und der geplanten Flucht des Zedenten ins Ausland. Vgl nummehr *Canaris*, Handelsrecht 364; uU Rechtsmißbrauchseinwand gemäß § 242 BGB.

[58] Zur Diskussion im deutschen Recht, ob § 354a Satz 2 dHGB dem Schuldner gegenüber dem Altgläubiger auch andere Verfügungen als die Zahlung ermöglicht, siehe nur *Wagner*, WM 1994, 2098 f, der Stundungen und sogar Erlässe des Zedenten unter Berufung auf die Materialien für wirksam hält und meint, die für die Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit folge gerade aus Satz 2 leg cit. Ebenso weitgehend *Canaris*, Handelsrecht 364 f.

[59] Siehe bei FN 28,



gläubiger gezahlt werden darf. Zur Vermeidung von Unsicherheiten könnte dem Gläubiger die Art der Zessionsverständigung präzise vorgeschrieben werden. Auch der Ausschluß von Teilzessionen würde den Gläubiger weit weniger belasten als ein genereller Abtretungsausschluß [60].

#### 4. Folgerungen zur Wirksamkeit genereller Abtretungsausschlüsse

##### 4.1. Grundsätzliches

Bei der mittels einer *ex-ante*-Betrachtung [61] vorzunehmenden Abwägung kommt es auf die Kriterien des zu entscheidenden Falles an. In der Folge können daher nur *Tendenzen* im Sinne einer „Basiswertung“ [62] genannt werden: Treten weitere relevante Umstände hinzu, sind auch andere Ergebnisse denkbar („bewegliche Abwägung“ [63]). Vorweg kann allgemein zumindest festgehalten werden, daß die Beeinträchtigung der Interessen des Gläubigers tendenziell typischerweise schwerer wiegt als die Gründe, die den Schuldner zur Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses bewogen haben.

##### 4.2. Einige praktisch bedeutsame Konstellationen

● Wird der Gläubiger durch den Abtretungsausschluß – unter Umständen auch in Verbindung mit entsprechenden Klauseln anderer Vertragspartner – so weit eingeengt, daß er im Vergleich mit freier Abtretbarkeit seiner Forderungen *keinen oder bloß geringen Kredit* (zu üblichen Bedingungen) erhalten kann, liegt Sittenwidrigkeit nahe. Sicherlich ist § 879 ABGB erfüllt, wenn diese Beeinträchtigung für den Schuldner schon bei Vertragsschluß erkennbar oder zumindest nicht unwahrscheinlich war. Das ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Schuldner Großabnehmer ist und der Abtretungsausschluß für eine Vielzahl von Geschäften gelten soll. In einem solchen Fall müßte sich der Schuldner vergewissern, daß keine Knebelung des Gläubigers droht, will er sich nicht dem Vorwurf rücksichtsloser – und damit sittenwidriger – Vertragsgestaltung zum Nachteil seines Partners aussetzen. Keine Anwendung findet § 879 ABGB hingegen dann, wenn die in der Zukunft entstehende Knebelung nicht einmal absehbar war. Unter Umständen sind dann jene späteren Vereinbarungen (mit

anderen Geschäftspartnern) unwirksam, die zu der massiven Beeinträchtigung führen [64].

● Wird bloß die Abtretbarkeit der aus einem *Einzelgeschäft* entstehenden Forderung ausgeschlossen, so ist einmal zu beachten, daß der Gläubiger (voraussichtlich) auch in vielen anderen Einzelgeschäften mit anderen Vertragspartnern ähnlich beschränkt sein könnte. Bei Privaten wird das kaum einmal der Fall sein; ebensowenig sind sie typischerweise auf die Abtretbarkeit ihrer Geldforderungen angewiesen. Umgekehrt ist im Unternehmergeschäft das Bedürfnis, den Gläubigerwechsel auszuschließen, bei einmaligem Geschäftskontakt als eher gering zu bewerten. Die Klausel wird aber dennoch rechtlich akzeptabel sein, sofern sie zu keiner massiven Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gläubigers führt.

● Wird der *Abtretungsausschluß in AGB* [65] vorgesehen, ist zusätzlich folgendes zu beachten: Bereits die Vorgangsweise des Schuldners (und AGB-Aufstellers) spricht dafür, er habe sich über Art und Umfang der konkreten Belastung des Gläubigers keinerlei Gedanken gemacht. Da die dadurch bewirkte Abweichung vom dispositiven Recht die Position des Gläubigers bei typisierter Sicht gravierend verschlechtert, genügt dies mit der hA [66] zur grundsätzlichen Bejahung von Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB. Nur wenn der Schuldner dartun kann, daß in concreto keine nennenswerte Beeinträchtigung des Gläubigers zu befürchten war, kann die Ausschlußvereinbarung Bestand haben. Solche Fälle werden nicht häufig sein. Ein *Beispiel*: Abgeschlossen wird ein Einzelgeschäft geringen Volumens; überdies refinanziert sich der Gläubiger generell nicht mit Hilfe seiner offenen Geldforderungen, was dem Schuldner bekannt ist.

Auch im Rahmen einer Beurteilung nach § 879 Abs 3 ABGB muß also den *konkret* betroffenen Interessen des AGB-Unterworfenen Beachtung geschenkt werden [67]. Dafür spricht nicht zuletzt die Formulierung

[60] Weitere diskutierte Möglichkeiten. zB Zustimmungspflichten des Schuldners, bei *Schuhmacher*, WBI 1993, 287 (unter Hinweis auf deutsche Literatur).

[61] So die ganz hA zur Sittenwidrigkeit: siehe nur OGH JBI 1983, 534; JBI 1986, 373; P. *Bydlinski*, JBI 1993, 634 mwN in FN 11.

[62] Vgl *Schilcher*, Soziale Schadensverteilung 204.

[63] Vgl die Methode des beweglichen Systemdenkens: *Wilburg*, Bewegliches System; speziell zur Sittenwidrigkeitsprüfung *Mayer-Maly* in *Bydlinski/Krejci/Steininger*, Das Bewegliche System 117 ff.

[64] Ein wegen der gebotenen *ex-ante*-Sicht heikler Fall sei hier nur genannt: Aufgrund fehlender oder bloß ganz geringfügiger Beeinträchtigung des Gläubigers ist ein für die gesamte Geschäftsverbindung vereinbarter Zessionsausschluß im Abschlußzeitpunkt unbedenklich. Das durch Geschäfte mit diesem Schuldner erwirtschaftete Volumen steigt in der Folge aber kräftig an, andere Partner des Gläubigers fallen hingegen weg. Die Ansprüche gegen diesen Schuldner betragen nun nicht mehr wie zu Beginn 5%, sondern 90% des Gesamtumsatzes. Hier wird man dem Gläubiger wohl nur damit helfen können, daß man die Ausschlußklausel in jeden Einzelvertrag hineindenkt und sie mit Eintritt der Knebelung des Gläubigers für unwirksam erklärt. Vgl ferner die Teilnichtigkeitserwägungen in FN 75.

[65] Zur Berücksichtigung von Verhandlungsübermacht, die sich auf andere Weise als in der Durchsetzung eigener AGB äußert, etwa P. *Bydlinski*, JBI 1993, 636 mwN.

[66] Siehe FN 13 f.

[67] Näher dazu etwa *Krejci* in *Rummel I* § 879 Rz 240 ff mwN.

des Abs 3. Allerdings ist schon wegen der „verdünnten“ Willensfreiheit zunächst zu typisieren: Massive Abweichungen vom dispositiven Recht legen bereits für sich eine gröbliche Benachteiligung nahe. Wer behauptet, dies sei im zu entscheidenden Fall anders, muß die entsprechenden Tatsachen vorbringen und beweisen.

● Grundsätzlich unbedenklich ist die Rechtslage hingegen beim *Kontokorrent*. Diese zwecks Vereinfachung einer laufenden Geschäftsbeziehung vereinbarte Abrechnungsmethode beinhaltet nach ganz hA auch einen stillschweigend vereinbarten Ausschluß der Abtretung kontokorrentgebundener Forderungen [68]. Schon aus zwei Gründen ist eine solche Abrede keinesfalls sittenwidrig: Zum einen ist die kontokorrentmäßige Abrechnung im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (§§ 355 ff HGB) und ihr Zweck ohne die Beeinträchtigung der Abtretbarkeit von Einzelforderungen nicht zu erreichen. Zum zweiten erfaßt die (vorweg getroffene) Ausschlußabrede beide Vertragspartner gleichermaßen. Anderes gilt bloß in Umkehrfällen; so wenn von vornherein feststeht, daß in der Geschäftsbeziehung nur ein Teil Geldforderungen erwerben wird, die Abrede in ihren beabsichtigten Wirkungen daher einem einseitigen Zessionsausschluß entspricht [69].

Nur kurz angesprochen sei die – nicht unmittelbar zum Thema gehörende – Frage, ob zumindest *im Kontokorrent* der *Abtretungsausschluß absolut* wirkt. In der österreichischen Literatur wird sie – meist nicht näher reflektiert – bejaht [70].

Zumindest vier Argumente sprechen für diese Lösung: Zum einen entstammt § 355 HGB dem deutschen Rechtsbereich; Zweck der Einführung in Österreich war die *Angleichung* der Rechtslage [71]. Zweitens sind viele der in der Lehre gegen die absolute Wirkung ins Treffen geführten Gründe dann nicht schlagkräftig, wenn ex ante betrachtet keine Benachteiligung *eines bestimmten* der beiden Vertragspartner droht, weil auch der andere entsprechend belastet ist. Drittens kann das Kontokorrentverhältnis mangels anderer Abrede jederzeit gekündigt werden (§ 355 Abs 3 HGB). Schließlich ist viertens die Anordnung des § 357 HGB zu beachten. Dieser Bestimmung wird – zum Teil in Verbindung mit allgemeinen

Grundsätzen – entnommen, daß sogar eine *Pfändung* der in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen durch Dritte ausgeschlossen ist [72]. Diese Folge knüpft der OGH nicht einmal an einen absolut wirkenden Ausschluß [73]. Kann wegen der vom Gesetz höher bewerteten Interessen des Kontokorrentpartners nun nicht einmal ein Dritter im Exekutionsweg auf die Forderung greifen, so muß umso mehr eine rechtsgeschäftliche Disposition des Gläubigers *ausgeschlossen* – nicht bloß verboten – sein.

## 5. Die Rechtsfolge bei Bejahung von Sittenwidrigkeit

Steht Sittenwidrigkeit der Ausschlußvereinbarung fest, stellt sich die Frage nach *Gesamt-* oder *Teilnichtigkeit*. Totalunwirksamkeit würde den gesamten Vertrag erfassen, durch den die Geldforderung begründet wurde; bei einem für mehrere Geschäfte geltenden Ausschluß alle Verträge.

Diese Wirkung ist nun weder vom hypothetischen Parteiwillen gedeckt noch von den Gründen her geboten, die zum Sittenwidrigkeitsverdikt führen. Da es hier um den Schutz des einen Vertragsteils vor krasser Benachteiligung durch den anderen geht [74], spricht nichts dagegen, den Vertrag ohne den Abtretungsausschluß aufrechtzuerhalten [75]. Diese *Klausel* wird also einfach *gestrichen* [76].

Abzulehnen ist hingegen eine inhaltliche Reduktion bloß des Abtretungsausschlusses – etwa iS des § 354a dHGB; dies schon deshalb, weil die Auswahl einer bestimmten Variante aus einer Vielzahl milderer Einschränkungen (vgl unter 3.5.) ganz willkürlich wäre.

## 6. Wichtige Ergebnisse

1. Der Gläubiger wird durch einen Abtretungsausschluß in vielen Fällen stark beeinträchtigt. Diese Nachteile sind häufig von deutlich größerem Gewicht als die verständlichen Gründe des Schuldners an einer Beschränkung der freien Übertragbarkeit von Geldforderungen.

2. Dieser Befund gilt gleichermaßen bei Annahme absoluter wie relativer Wirkung eines Zessions-„verbots“.

[68] Siehe nur *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/55 mwN. – Dieser Ausschluß dürfte in Deutschland vom neuen § 354a dHGB nicht erfaßt sein; vgl *Wagner*, WM 1994, 2094 f.

[69] *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/52 aE.

[70] *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht III 120; *Straube/Schuhmacher* § 355 Rz 15; *Avancini*, Bankvertragsrecht I Rz 5/24; *Krejci*, Handelsrecht 256; vgl auch *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/55. – Die häufig zu findenden Verweise auf die deutsche Lehre sind wegen des in Österreich nicht geltenden § 399 Fall 2 BGB jedenfalls zu wenig.

[71] Siehe *Krejci*, Handelsrecht 17 mwN.

[72] *Avancini*, Bankvertragsrecht I Rz 5/26, 5/21; *Straube/Schuhmacher* § 357 Rz 1, § 355 Rz 15; *Krejci*, Handelsrecht 256, 261.

[73] Siehe FN 18.

[74] Zur Bedeutung des Schutzzwecks auch für die detaillierten Rechtsfolgen siehe nur die reichen Nachweise bei *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht I 147 FN 53.

[75] Zumindest mißverständlich *Iro*, Bankvertragsrecht II Rz 2/52 (2. Abs aE), der von Nichtigkeit des *Vertrages* spricht.

[76] Für Teilnichtigkeit etwa auch der OGH in SZ 56/144; JBI 1992, 517; WBI 1994, 136 (*Schuhmacher*): Die sittenwidrige Dauer eines Bierbezugsvertrags wurde auf eine angemessene Laufzeit reduziert, der Vertrag als solcher aber aufrechterhalten.

3. Ein Sittenwidrigkeitsurteil kann erst nach Beachtung aller *im konkreten Fall wirksamer* Gesichtspunkte pro und contra gefällt werden. Unwirksamkeit nach § 879 ABGB ist vor allem dann anzunehmen, wenn der Gläubiger – bei Vertragsschluß erkennbar – massiv in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt ist. Davon ist insbesondere bei dauernder Geschäftsverbindung des Gläubigers zu einem Großkunden, der die Vertragsbedingungen weitestgehend diktiert („Machtgefälle“), auszugehen; nicht hingegen in der Regel bei einmaligem Geschäftskontakt.

4. In AGB enthaltene Abtretungsausschlußklauseln sind regelmäßig nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam.

5. Der kontokorrentrechtliche Abtretungsausschluß ist unbedenklich.

6. Bei Bejahung von Sittenwidrigkeit bleibt der Vertrag ohne die Ausschlußklausel aufrecht (Teilnichtigkeit).

#### Verzeichnis der zitierten Literatur:

- Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987).
- Bydlinski, P.*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986).
- , Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, *ÖBA* 1987, 876.
- , Kreditbürgschaft anhand aktueller Rechtsprechung (1993).
- , Beschränkung und Ausschluß der Gewährleistung, *JB1* 1993, 559 und 631.
- Canaris*, Handelsrecht, 22. Auflage 1995.
- Grub*, Der neue § 354a HGB – ein Vorgriff auf die Insolvenzrechtsreform, *ZIP* 1994, 1649.
- Hadding / van Look*, Vertraglicher Abtretungsausschluß – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, *WM-Sonderbeilage Nr 7/1988*.
- Hämmerle / Wünsch*, Handelsrecht III, 3. Auflage 1979.
- Hoyer*, Absolute Wirkung eines vertraglichen Zessionsverbotes? *JB1* 1972, 511.
- Iro*, OGH: Absolute Wirkung des vertraglichen Abtretungsverbotes, *RdW* 1984, 103.
- in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993).
- Koziol*, Das vertragliche Abtretungsverbot, *JB1* 1980, 113.
- Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I, 10. Auflage 1995 und II, 9. Auflage 1991.
- Krejci*, Grundriß des Handelsrechts (1995).
- Mayer-Maly*, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in *Bydlinski/Krejci/Steininger* (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) 117.
- Mayrhofer*, Abtretung von Bestandrechten und Abtretungsverbot, *ÖJZ* 1973, 2.
- , Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986).
- Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, 2. Auflage, Bd I 1990, Bd II 1992.
- Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977).
- Schuhmacher*, Zur Wirksamkeit von Abtretungsverboten in Einkaufs- und Auftragsbedingungen, *WBl* 1993, 279.
- Straube* (Hrsg), Kommentar zum HGB, 2. Auflage, Bd I 1995.
- Wagner, E.*, Neue Rechtslage bei vertraglichen Abtretungsverboten im kaufmännischen Geschäftsverkehr, *WM* 1994, 2093.
- , Abtretbarkeit von Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften und Aufträgen der öffentlichen Hand nach § 354a HGB, *NJW* 1995, 180.
- Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, *JB1* 1979, 449.
- Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950).
- Wilhelm*, Das Abtretungsverbot in der Entscheidung des verstärkten Senats, *JB1* 1984, 304.