

ABTRETUNGSVERBOTE IM INTERNATIONALEN RECHTS- UND HANDELSVERKEHR

von Priv.-Doz. Dr. iur. Markus Müller-Chen, Rechtsanwalt (Basel)

I. EINLEITUNG

Vertragliche Abtretungsverbote sind die Sandkörner im Getriebe des internationalen Handels.* Das *pactum de non cedendo* limitiert die Möglichkeit des Gläubigers, seine Forderung zu mobilisieren. Der Gläubiger wird an den Schuldner gebunden, die Forderung kann nicht verkauft oder sicherungshalber zediert werden. Sie ist nicht mehr handelbar und die Beschaffung von Fremdkapital wird dadurch erheblich erschwert.

Davon besonders betroffen sind exportorientierte kleine und mittlere Unternehmen (KMU),¹ die ein Großunternehmen der Industrie, des Handels oder des Dienstleistungssektors oder die öffentliche Hand beliefern, welche in ihren allgemeinen Einkaufsbedingungen oder in Individualverträgen häufig Zessionsverbote vorsehen.² Dies benachteiligt die Zulieferbetriebe, welche regelmäßig großen Bedarf an Fremdfinanzierung haben. Die Eigenkapitalquote von 15 % aller KMU ist geringer als 20 % und besonders kleinere Unternehmen haben Schwierigkeiten, von den Banken Betriebsmittelkredite zu günstigen Konditionen zu erhalten.³ Kundenforderungen sind für diese Unternehmen regelmäßig die einzigen Kreditbeschaffungs- und Sicherungsmittel.⁴ Ein Abtretungsverbot hindert sie aber daran, ihre Ausstände durch Zession an ein Factoringinstitut oder eine Bank zu refinanzieren.⁵ Dies wiederum trägt maßgeblich zur Gefahr der Insolvenz bei: In den letzten 20 Jahren haben

* Ich danke Frau lic.iur. Monique Albrecht ganz herzlich für ihre wertvolle Unterstützung bei der textlichen Redaktion und der Überarbeitung des Fußnotenapparates.

¹ Als KMU gelten Unternehmen mit weniger als 250 Vollbeschäftigten: 99.6 % aller Unternehmen mit 75 % aller Beschäftigten fallen in der Schweiz in diese Kategorie: *Bundesamt für Statistik* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch der Schweiz, Bern 1999, G6.3, S. 175.

² *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Band I: Leasing und Factoring, München 1991, S. 303; *Hoop*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots, Diss. Innsbruck, Berlin 1992, S. 15; *Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, Diss. Tübingen, Tübingen 1994, S. 4 ff.

³ 80 % aller Betriebe beanspruchen Betriebsmittelkredite und die Zinsbelastung beträgt durchschnittlich 5.7 %: NZZ v. 30.10.98, Nr. 252, S. 21; *Depping/Nikolaus*, Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot auf dem Prüfstand der ökonomischen Analyse des Rechts, Der Betrieb 1994, 1199, 1203.

⁴ *Hoop*, Fn. 2, S. 15 ff.; *Wagner*, Fn. 2, S. 4 ff.

⁵ Vgl. auch *Müller-Chen*, Internationales Factoring, BJM 1999, 177, 178.

sich die Konkurse in der Schweiz und in Deutschland verdreifacht und Verluste in Milliardenhöhe verursacht.⁶ Dies verleiht der Problematik des Zessionsverbots indirekt eine volkswirtschaftliche Dimension.⁷

Mit diesem Beitrag soll zunächst dem Tatbestand des Abtretungsverbots sowie der wirtschaftlichen und rechtspolitischen Interessenlage im internationalen Handel nachgegangen werden. Es werden sodann einige kollisionsrechtliche Aspekte erläutert und die konkreten Auswirkungen des Abtretungsverbotes rechtsvergleichend untersucht. Schließlich sollen daraus Schlußfolgerungen gezogen und Vorschläge zur Lösung der vorhandenen Interessenkonflikte gemacht werden.

II. TATBESTAND DES ABTRETUNGSVERBOTS UND INTERESSENLAGEN

1. Tatbestand

Unter einem vertraglichen Abtretungsverbot wird die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner verstanden, daß der Gläubiger die Forderung nicht einer anderen Partei übertragen darf. Es handelt sich dabei um eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung, welche die Verfügungsbefugnis des Gläubigers über die Forderung beschlägt.⁸ Die Abtretungsfreiheit wird dadurch dem Interesse des Schuldners an der Beibehaltung des Gläubigers untergeordnet.⁹

Die Abtretbarkeit kann nicht nur ausgeschlossen, sondern auch bloß beschränkt werden, indem die Abtretung an sachliche Erfordernisse geknüpft wird.¹⁰ So pflegen z. B. Autohändler in ihren Geschäftsbedingungen festzuhalten, daß eine Abtretung des

⁶ Schweiz: 1980: 3'049 Konkurse mit CHF 727'387'000 Verlusten; 1997: 9'432 Konkurse mit CHF 4'313'454'000 Verlusten: *Bundesamt für Statistik*, Fn. 1, T6.4, S. 166; Deutschland: 1980: 9'140 Konkurse (im früheren Bundesgebiet); 1997: 33'398 Konkurse: *Statistisches Bundesamt (Hrsg.)*, Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 1998.

⁷ *Depping/Nikolaus*, Der Betrieb 1994, 1199, 1203.

⁸ *Wagner*, Fn. 2, S. 29 ff.; *Blaurock*, Abtretungsausschluß und Factoring, in: *Hagenmüller/Sommer* (Hrsg.), Factoring-Handbuch national-international, Frankfurt a. M. 1982, S. 121, 125 f.; *Goergen*, Das Pactum de non cedendo, Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsinitiativen, Diss. Münster, Baden-Baden 2000, S. 42 ff.

⁹ *ZürcherKomm/Spirig*, Art. 164 OR N 146.

¹⁰ RGZ 136, 395, 399; BGHZ 40, 156, 159 f.; *ZürcherKomm/Spirig*, Art. 164 OR N 157; *Wagner*, Fn. 2, S. 32 ff.

Lieferanspruches nur mit ihrer schriftlichen Zustimmung zulässig ist.¹¹ Zessionsverbote könne auch konkludent vereinbart werden, indem die Forderung z. B. in ein Kontokorrent eingestellt wird.

2. Interessenlage

a) Auf der Seite des Schuldners

Auf der Seite des Schuldners sprechen verschiedene Gründe für die Verwendung eines Abtretungsverbotes.¹² Zu nennen ist zunächst das Interesse des Schuldners an klarer und übersichtlicher Vertragsabwicklung.¹³ Er kann sich gegen die durch die Zession entstehenden Erschwernisse schützen und wird von der Prüfung enthoben, an wen er mit schuldbefreiender Wirkung leisten darf.¹⁴ Abrechnungsverkehr und Buchhaltung können einfach und rationell ausgestaltet werden. Dies ist insbesondere im Massengeschäft von praktischer Bedeutung, denn eine Abtretungsanzeige und der damit verbundene Gläubigerwechsel können im elektronischen Datenverkehr leicht übersehen werden.¹⁵ In anderen Fällen hat der Schuldner ein Interesse daran, in der Insolvenz des Lieferanten durch gezielte Zahlungen an den Konkursverwalter die Produktion des Zuliefererbetriebs aufrechtzuerhalten.¹⁶ Last but not least will der Schuldner seinen ursprünglichen Gläubiger vielleicht nur beibehalten, weil dieser besonders entgegenkommend ist.¹⁷

¹¹ *Wagner*, Fn. 2, S. 51 f.; *von Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 347; RGZ 94, 26; vgl. auch BGE 117 II 94, 99 f.: "Neither party shall assign or subcontract this agreement without prior written permission of the other party"; weitere Beispiele: Ausschluß bestimmter Erwerber (z. B. Inkassostellen), Beschränkung der Abtretung auf einen bestimmten Betrag oder auf eine bestimmte Dauer.

¹² Ausführlich *Wagner*, Fn. 2, S. 41 ff.

¹³ BGHZ 110, 241, 245.

¹⁴ Gefahr der Doppelzahlung: Zahlt der Schuldner an den Zedenten nach Anzeige der Abtretung und wird er dann vom Neugläubiger in Anspruch genommen, trägt er das Risiko, daß sein Bereicherungsanspruch dem Altgläubiger gegenüber wegen dessen Insolvenz ausfällt; YB-UNCITRAL XXV (1994), S. 233, Nr. 22.

¹⁵ *Blaurock*, Fn. 8, S. 125; *Note*, Towards Unification and Predictability: The International Factoring Convention, 27 Colum. J. Transnat'l L. 367, 368 (1989); *Girsberger*, Defenses of the Account Debtor in International Factoring, 40 Am. J. Comp. L. 495 (1992); *Goode*, The Legal Aspects of International Factoring, in: *Hagenmüller/Sommer* (Hrsg.), Factoring-Handbuch national-international, Frankfurt a. M. 1982, S. 163, 172; *Martinek*, Fn. 2, S. 303.

¹⁶ *Basedow*, Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention, ZEuP 1997, 615, 633.

¹⁷ *Oditah*, Legal Aspects of Receivables Financing, London 1991, S. 260.

b) Auf der Seite des Gläubigers

Der Gläubiger hat demgegenüber ein evidentes Interesse an der möglichst unbeschränkten Verfügbarkeit der Forderung. Abtretungsverbote beschränken diese Freiheit und können ihn in ein Dilemma bringen. Marktstarke Käufer verlangen von ihren Lieferanten regelmäßig die Einräumung einer 30- bis 90-tägigen, manchmal sogar 120-tägigen Zahlungsfrist.¹⁸ Dies bringt den Verkäufer in einen Liquiditätsengpass, wenn er seinerseits kürzere Zahlungsziele einhalten, in größeren Mengen Rohmaterialien einkaufen muß oder Skonti seiner Lieferanten ausnutzen will. Das Zessionsverbot stellt somit die Verwertung von Geldforderungen vor ihrer Fälligkeit als Kreditsicherungs- oder Finanzierungsmittel in das freie Belieben eines starken Schuldners.¹⁹ Im internationalen Handel akzentuieren sich die geschilderten Probleme, da die Möglichkeit rascher Fremdkapitalzufuhr vielfach über Erfolg oder Mißerfolg eines Geschäftes entscheidet.

3. Abgrenzung zur change of control-Klausel

In internationalen Verträgen, insbesondere Lizenzverträgen, finden sich häufig sogenannte change of control-Klauseln. Danach kann diejenige Vertragspartei, zu deren Gunsten die Klausel lautet, im Falle der Änderung der Beteiligungsverhältnisse (change of control) an der anderen Vertragspartei den Vertrag innert einer bestimmten Frist kündigen.²⁰ Es stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Vereinbarung eines Zessionsverbotes und einer change of control-Klausel. Von praktischem Interesse ist vor allem, ob einem Zessionsverbot auch die Wirkungen einer change of control-Klausel zukommt, d.h. ob die betroffene Partei daran gehindert wird, sich ohne Zustimmung der Gegenseite gesellschaftsrechtlich, z.B. durch Fusion, umzustrukturieren.

Damit von einer Zession gesprochen werden kann, muß die Person des Gläubigers und mithin die Berechtigung an der Forderung in persönlicher Hinsicht verändert werden. Die Forderung

¹⁸ Cox/MacKenzie, International Factoring, London 1986, S. xiii ff.; Schaer, Die wirtschaftliche Funktionsweise des Factoring, in: Kramer (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 175, 178.

¹⁹ Drobniß: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?, Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag, München 1976, F 40; Depping/Nikolaus, Der Betrieb 1994, 1199, 1203 haben gezeigt, daß alleine die sieben deutschen Automobilkonzerne und die größeren Warenhausketten in ihren Bilanzen 17 Milliarden DM an Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistung ausweisen. Bei Zahlungszielen zwischen 30 und 60 Tagen macht das ca. 140 Milliarden DM durch Abtretungsverbote blockierte Liquidität pro Jahr.

²⁰ Eine change of control-Klausel kann beispielsweise folgendermaßen lauten: "In the event that the majority of the Distributor's capital is acquired by a third party or in the event that the Distributor amalgamates with or merges into another company or if a nationalisation of the Distributor's company is to be expected, the Distributor shall immediately inform the Manufacturer of this new situation in writing. Upon having obtained knowledge of such acquisition, amalgamation, merger or nationalisation, the Manufacturer shall have the right to terminate the Agreement by giving not less than three month's written notice of termination."

scheidet aus dem Vermögen des Gläubigers aus und geht in dasjenige des Erwerbers über. Es kann daher erst dann von einer Abtretung gesprochen werden, wenn auf der Gläubigerseite mindestens zwei Personen (natürliche oder juristische) beteiligt sind, unter welchen eine Vermögensverschiebung stattfindet.

Eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse wird regelmäßig durch die Übertragung von Anteilen (Aktien oder Stammanteilen) vollzogen. Solche Übertragungen ändern die faktische Verfügungsmacht über das Unternehmen, ohne daß die juristische Körperschaft als solche verändert wird; sie bleibt auch nach Übertragung der Anteile Inhaberin der obligatorischen und dinglichen Rechte und Pflichten.

Der Wechsel des am Unternehmen wirtschaftlich Berechtigten darf somit nicht mit dem Wechsel der Gläubigerstellung im formal-juristischen Sinn verwechselt werden. Auch wenn der Eigentümer des Unternehmens ändert, bleibt das Unternehmen als solches Gläubigerin der Forderungen und Rechte. Dies bedeutet, daß trotz Vereinbarung einer change of control-Klausel die Forderung abgetreten werden darf und umgekehrt das vertragliche Zessionsverbot den Wechsel des Eigentümers bzw. des an einer juristischen Person wirtschaftlich Berechtigten nicht erfaßt.

III. KOLLISIONSRECHT

1. Allgemeines

Enthält ein internationaler Vertrag ein Abtretungsverbot, stellt sich zunächst die Frage des anwendbaren Rechtes. Das Zessionsrecht ist bislang international nur im UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring vom 28. Mai 1988 ansatzweise vereinheitlicht.²¹ Gegenwärtig wird unter der Schirmherrschaft der UNO ein Zessionsabkommen (*Convention on Assignment in Receivables Financing*) erarbeitet, das ursprünglich noch in diesem Jahr hätte verabschiedet werden sollen.²² Die Konvention wurde in der 34. Session vom 25. bis 13. Juli 2001 zwar behandelt, ohne jedoch verabschiedet worden zu sein. Es ist im jetzigen Zeitpunkt noch nicht bekannt, wann sie in Kraft treten soll. Soweit internationales Einheitsrecht fehlt, muß das auf die Zession anwendbare Recht nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts ermittelt werden.

²¹ Die Unidroit-Konvention über das internationale Factoring wurde am 28. Mai 1988 auf einer diplomatischen Konferenz in Ottawa angenommen und ist am 1. Mai 1995 in Kraft getreten. Entstanden ist die Konvention aus der Einsicht, daß internationales Factoring die Ausbreitung des Handels maßgeblich fördert; *Goergen*, Fn. 8, S. 193 ff.

²² Ohne auf Einzelheiten einzugehen, sei erwähnt, daß der UNCITRAL-Entwurf die Abtretung in einem umfassenderen Kontext als die UNIDROIT-Konvention regelt, *Müller-Chen*, BJM 1999, 177, 199; zum Verfahrensverlauf und Inhalt des Entwurfs siehe *Goergen*, Fn. 8, S. 206 ff.

2. Internationales Einheitsrecht

Wird eine Forderung im Rahmen eines Factoringvertrages abgetreten, enthält das UNIDROIT-Factoringabkommen eine Regelung des Abtretungsverbotes, auf deren Inhalt später eingegangen wird.²³ Im Factoringgeschäft läßt sich der Factor gegen Entgelt die Forderung seines Klienten übertragen, verwaltet und bevorschusst sie für die Zeit zwischen der Übernahme und dem effektiven Zahlungseingang und/oder übernimmt in dieser Zeitperiode das Delkredere-Risiko.²⁴ Factoring ist somit eine Form der umsatzkongruenten Zwischenfinanzierung kurzfristiger Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen.

Das UNIDROIT-Factoringabkommen ist seit dem 1. Dezember 1998 zwischen Frankreich, Italien, Nigeria, Ungarn, Lettland und Deutschland in Kraft.²⁵ Die Schweiz hat das Übereinkommen noch nicht ratifiziert.²⁶ Es regelt nur den Tatbestand des *internationalen* Factoring. Die Internationalität ergibt sich nach Art. 2 daraus, daß die dem Factor abgetretenen Forderungen einem grenzüberschreitenden Kauf- oder Dienstleistungsvertrag entspringen. Damit unterliegt auch ein rein nationaler Factoringvertrag dem Abkommen, wenn der Exporteur und der Importeur ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben.

Das Abkommen muß in Nichtvertragsstaaten wie der Schweiz schon vor der Ratifikation mittelbar angewendet werden, wenn sowohl der internationale Kauf- oder Dienstleistungsvertrag wie der Factoringvertrag dem Recht eines Vertragsstaates, z. B. Deutschland, unterliegen.²⁷ Als Beispiel soll angenommen werden, daß ein deutscher Exporteur Waren in die Schweiz liefert und seine Kaufpreisforderung einem deutschen Factor abtritt. Sowohl der Factoring- wie auch der Kaufvertrag unterliegen deutschem Recht bzw. dem UN-Kaufrecht.²⁸ Als Vertragsstatut beherrscht das deutsche Recht auch das Recht der abgetretenen Forderung und somit das Verhältnis zwischen dem schweizerischen Importeur als Schuldner und dem deutschen Factor als Zessionar.²⁹

²³ Vgl. Text bei Fn. 63; Basedow, ZEuP 1997, 615, 628; allgemein zur UNIDROIT-Konvention vgl. Goergen, Fn. 8, S. 193 ff.

²⁴ Schaer, Fn. 18, S. 275; Müller-Chen, BJM 1999, 177, 187 f.

²⁵ Vgl. www.unidroit.org/english/implement/i-88-f.htm.

²⁶ Gemäß Auskunft des Bundesamtes für Justiz ist die Ratifikation des Abkommens auch für die nähere Zukunft nicht geplant; zu pro und contra der Tendenz zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung vgl. Kramer, Die Europäisierung des Privatrechts, Basel 2001, S. 20 ff.

²⁷ Weller, Die UNIDROIT-Konvention von Ottawa über internationales Factoring, RIW 1999, 161, 163.

²⁸ Art. 117 IPRG, Art. 28 Abs. 1 und 2 EGBGB, Art. 3 des Haager IPR-Abkommens von 1955; Ferrari, Der internationale Anwendungsbereich des Ottawa-Übereinkommens von 1988 über Internationales Factoring, RIW 1996, 181, 188.

²⁹ Basedow, ZEuP 1997, 615, 620 ff.

Gemäß allgemeinen international-privatrechtlichen Grundsätzen umfaßt die Verweisung auf das ausländische Recht auch die von diesem Land abgeschlossenen Staatsverträge. Da der deutsche Richter im obengenannten Beispiel die Konvention auf Grund von Art. 2 Abs. 1 lit. b anwenden müßte, kommt es trotz der bis anhin unterbliebenen Ratifikation zur mittelbaren Anwendung des UNIDROIT-Abkommens auch in der Schweiz.³⁰ Die Konvention wird wohl im Nichtvertragsstaat Schweiz in Zukunft nicht selten angewendet werden müssen, da über die Hälfte aller Importe der Schweiz aus den Vertragsstaaten Frankreich, Deutschland und Italien kommt und in allen das Factoring verbreitet ist.³¹ Kommt die Konvention nicht zur Anwendung oder handelt es sich nicht um ein Factoringgeschäft, muß das Zessionsstatut festgestellt werden.

3. Zessionsstatut

Aus Gründen des Schuldnerschutzes untersteht die vertragliche Abtretung einer Forderung gemäß der Generalklausel von Art. 145 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 33 Abs. 1 EGBGB dem Recht der abgetretenen Forderung. Eine abweichende Rechtswahl im Abtretungsvertrag ist gegenüber dem Schuldner nur mit dessen Zustimmung wirksam.³² Das Zessionsstatut ist einschlägig zur Abtretbarkeit einer Forderung.³³ Darunter fallen neben anderen Fragen auch die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Zulässigkeit und Wirkung des Zessionsverbotes. Stammt die abgetretene Forderung aus einem internationalen Kaufvertrag, wird das Zessionsstatut unter dem Vorbehalt einer abweichenden Rechtswahl gewöhnlich das Recht des Verkäufers sein.³⁴

³⁰ BaslerKomm/Mächler-Erne, Art. 13 IPRG N 7; Ferrari, RIW 1996, 181, 188; *Idem*, The International Sphere of Application of the 1988 Ottawa Convention on International Factoring, 31 Int'l Lawyer 41, 57 (1997); Art. 2 Abs. 1 lit. b ist (auch) eine materielle Abgrenzungsnorm, welche den Konflikt zwischen den Sachnormen der Konvention und den allgemeinen Regeln zum Factoringvertrag des Staates, auf dessen Recht verwiesen wird, löst. Die Vorschrift stellt insoweit keine Regel des IPR dar. Sie bedient sich lediglich der Kollisionsnormen der berufenen Rechtsordnung, um einen internen Abgrenzungskonflikt in dieser zu regeln. Die IPR-Regeln wirken daher wie materielle Normen; Art. 14 Abs. 1 IPRG, der den Grundsatz einer einmaligen kollisionsrechtlichen Verweisung aufstellt, ist deshalb nicht zu berücksichtigen: Zaccaria, Internationales Factoring nach Inkrafttreten der Konvention von Ottawa, IPRax 1995, 279, 280.

³¹ Schweiz: Bundesamt für Statistik, Fn. 1, G6.3, S. 218; Deutschland: Mit knapp 80 Mrd. DM ist Frankreich das wichtigste Importland, gefolgt von der Niederlande und Italien; die Schweiz steht mit knapp 30 Mrd. DM an achter Stelle, Statistisches Bundesamt, Fn. 6; weitere Gedanken zur allfälligen Ratifikation durch die Schweiz: Müller-Chen, BJM 1999, 177, 194 f. und 198 f.

³² Art. 145 Abs. 1 Satz 2 IPRG bzw. Art. 33 Abs. 2 EGBGB; Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 1052 ff.

³³ So auch Art. 12 Abs. 2 EVÜ; vgl. dazu und zum folgenden Keller/Girsberger, Kommentar zum schweizerischen IPRG, hrsg. von Heini/Keller et al., Zürich 1993, Art. 145 IPRG N 23 ff.

³⁴ Von diesem Grundsatz enthält Art. 3 Abs. 2 des Haager IPR-Abkommens 1955 eine wichtige Ausnahme zugunsten des Käuferrechts, falls der Vertrag im Lande des Käufers abgeschlossen wurde.

4. **Schlußfolgerungen**

Die Schlußfolgerungen aus diesen Überlegungen sind, daß der Kaufvertrag des schweizerischen bzw. deutschen Exporteurs mit einem ausländischen Importeur in der Regel dem schweizerischen bzw. deutschen Recht unterliegt. Für Importe gilt spiegelbildlich, daß sie vom Recht des ausländischen Vertragspartners beherrscht werden. Nach dem jeweiligen Vertragsstatut richtet sich auch das auf das Abtretungsverbot anwendbare Recht: Bei Exporten ist es schweizerisches bzw. deutsches, bei Importen das jeweilig ausländische Recht.

Beliefern allerdings kleine oder mittlere Unternehmen ein ausländisches Großunternehmen, wird letzteres in der Regel eine Rechtswahlklausel zu Gunsten des ausländischen Rechts durchsetzen können. Da das Forderungsstatut mit dem Zessionsstatut identisch ist, führt dies auch bei Exportgeschäften zur Anwendung ausländischen Rechts auf die Frage des Zessionsverbots. Es wird daher im folgenden bei der Behandlung der Wirkungen des vertraglichen Abtretungsverbots immer auch die Regelung ausländischer Rechte einbezogen.

IV. WIRKUNGEN DES VERTRAGLICHEN ABTRETUNGSVERBOTES

Die nationalen Rechtsordnungen differieren beträchtlich in der Beurteilung der Wirkungen vertraglicher Zessionsverbote. Es lassen sich international drei Hauptssysteme erkennen: die absolute Unwirksamkeit, die relative Unwirksamkeit und die absolute Wirksamkeit einer abredewidrigen Zession.

1. Absolute Unwirksamkeit einer abredewidrigen Zession

a) Im allgemeinen

Die Schweiz, Österreich, das bürgerliche Recht Deutschlands und ein umstrittener Teil der Rechtsprechung in England messen dem Abtretungsverbot nicht nur obligatorische Wirkung zwischen den Parteien zu, sondern statten es mit dinglicher Wirkung auch gegenüber Dritten aus.³⁵ Die mit dem Abtretungsverbot belastete Forderung ist damit nicht mehr verkehrsfähig.

³⁵ Art. 164 Abs. 1 OR, dazu: *Keller/Schöbi*, Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 58 f.; § 399 BGB, vgl. dazu MünchKomm/Roth, § 399 BGB Rn. 32; *Palandt/Heinrichs*, § 399 BGB Rn. 11; *Medicus*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 1995, Rn. 718; zum österreichischen Recht: OGH 16.1.1984, SZ 57/8 = JBl 1984, 311, 313 ff.; *Koziol/Welser*, Grundriß des Bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. Aufl., Wien 1995, S. 105; *Rummel/Ertl*, § 1393 ABGB Rn. 9; zum englischen Recht: *Helstan*

Daraus wird gefolgert, daß die abredewidrige Abtretung absolut unwirksam ist, so daß die Forderung nicht in der Person des Zessionars entstehen kann.³⁶ Die Forderung steht immer noch dem Zedenten zu; der Zessionar kann die Leistung vom Schuldner nicht aus eigenem Recht einfordern. Es kann allenfalls eine Einziehungsvollmacht zu Gunsten des Zessionaren angenommen werden.³⁷ Dies ist aber z. B. im Falle des Factoring für den Factor als Zessionar ungünstig. Ist er bloße Inkassostelle, bleiben allfällige Vorschüsse ungesichert, denn sowohl die Forderung wie die vom Schuldner erbrachte Leistung gehören zum Vermögen des Zedenten.³⁸

Hat der vermeintliche Zessionar die Forderung in eigenem Namen eingeklagt, müßte die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen werden.³⁹ Da in der Schweiz das Prozeßrecht (noch) kantonal verschieden geregelt ist, findet sich keine einheitliche und vollständig befriedigende Lösung. Nach der Praxis zur Basler Zivilprozeßordnung kann auf dem Wege der Klagänderung ein Parteiwechsel herbeigeführt werden, wenn triftige Gründe vorliegen.⁴⁰ Wird das Gesuch z. B. aus Gründen der Prozeßökonomie bewilligt, tritt der Zedent in den Prozeß als Kläger ein. Andernfalls muß die Klage mangels Aktivlegitimation abgewiesen werden. In Deutschland stellt der gewillkürte Parteiwechsel ein eigenes prozessuales Rechtsinstitut dar; er wird aber mit Modifikationen entsprechend der Klagänderung behandelt. Die Initiative zum Klägerwechsel kann vom alten oder vom neuen Kläger ausgehen; wie im schweizerischen Recht muß sich im letzteren Fall der alte Kläger dem Gesuch anschließen. Zudem muß in beiden Fällen der Beklagte zustimmen; da dem Beklagten beim Klägerwechsel nicht mehr zugemutet wird als bei der Klagänderung, kann in

Securities, Ltd. v. Hertfordshire CC [1978] 3 All E. R. 262 (umstritten: *Goode*, Note, (1979) Mod. L. Rev. 553, 555 ff.); *Goergen*, Fn. 8, S. 85 ff.

³⁶ BGE 112 II 241, 243; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rn. 90.26/34; *Schluep*, Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 763, 838; *ZürcherKomm/Spirig*, Art. 164 OR N 183; zum deutschen Recht vgl. *MünchKomm/Roth*, § 399 BGB Rn. 34; *Palandt-Heinrichs*, § 399 BGB Rn. 11; *Medicus*, Fn. 35, Rn. 718; *Goergen*, Fn. 8, S. 36.

³⁷ *ZürcherKomm/Spirig*, Vorbem. zu Art. 164-174 OR N 234 und Art. 164 OR N 158: Leistung an den Einziehungsermächtigten ist Leistung an den Gläubiger; *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil II, 7. Aufl., Zürich 1998, Rn. 2071.

³⁸ *Martinek*, Fn. 2, S. 304.

³⁹ Es ist auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Urteilsfällung abzustellen: *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 6. Aufl., Bern 1999, Kap. 5 Rn. 104/Kap. 7 Rn. 101 f.; *Zöller/Vollkommer*, vor § 50 ZPO Rn. 18.

⁴⁰ § 79 ZPO-BS, dazu Entscheid des Zivilgerichtspräsidenten vom 17.1.1984 in Sachen B. AG, in: *BJM* 1984, 211 ff.: Das Gesuch muß entweder vom Zessionar selbst oder vom Zedenten gestellt werden. In letzterem Fall muß sich jedoch der Zessionar dem Gesuch anschließen; Art. 17 Abs. 1 BZPO läßt einen Parteiwechsel mit Zustimmung der Gegenpartei zu.

Übernahme der gesetzlichen Wertung aus § 263 ZPO seine Zustimmung durch Bejahung der Sachdienlichkeit seitens des Gerichts ersetzt werden.⁴¹

Der gute Glaube des Zessionars vermag den Mangel der abredewidrigen Zession nicht zu heilen, da der gute Glaube nur beim Erwerb dinglicher Rechte geschützt wird.⁴² Eine wichtige Ausnahme bildet Art. 164 Abs. 2 OR bzw. § 405 BGB: Erwirbt der Zessionar die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis, welches das Abtretungsverbot nicht enthält, wird dem Schuldner die Einrede der Unabtretbarkeit verweigert.⁴³ Das italienische, englische und japanische Recht kennen vergleichbare Bestimmungen.⁴⁴ Dadurch werden die Folgen der Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession gemildert.⁴⁵

b) Leistung des Schuldners nach abredewidriger Zession

Leistet der Schuldner nach einer abredewidrigen Zession an den Altgläubiger, geht die Forderung unter Vorbehalt von Art. 164 Abs. 2 OR bzw. § 405 BGB unter.⁴⁶ Der Zessionar hat aus dem Abtretungsvertrag zwar einen Bereicherungsanspruch gegen den Zedenten, trägt aber das Insolvenzrisiko. Der Schuldner kann sich jedoch auch durch Leistung an den Zessionaren befreien, da er auf die Einrede des zu seinen Gunsten abgeschlossenen Abtretungsverbotes verzichten kann.⁴⁷

⁴¹ MünchKomm/Lüke, § 263 ZPO Rn. 70 ff.

⁴² Von Tuhr/Escher, Fn. 11, S. 332.

⁴³ MünchKomm/Roth, § 405 BGB Rn. 7; Palandt-Heinrichs, § 405 BGB Rn. 4; Schwenger, Fn. 36, Rn. 90.26; die Anwendbarkeit des Art. 164 Abs. 2 OR auf den Fall der Kettenzession ist umstritten: Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 877 f.

⁴⁴ Ein Abtretungsverbot ist dem Zessionar gegenüber nur wirksam, wenn er es kennt: Art. 1260 Abs. 2 italCC; Art. 466 Abs. 2 japCC, dazu Philbrick, Use of Factoring, 99 Comm. L.J. 150 (1991); zum englischen Recht: Moore/Elkins, International Factoring: The Practical Advantages, 14 UCC L.J. 135 f. (1981).

⁴⁵ Willoweit, Das obligatorisch wirkende Zessionsverbot, in: Mohr (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 549, 556.

⁴⁶ Im Falle der Kettenzession steht es im freien Belieben des Schuldners, welche Abtretung er validieren will; es entscheidet nicht der Grundsatz der Alterspriorität: BGHZ 40, 156, 160 ff.; Canaris, Claus-Wilhelm, Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, in: Huber/Jayme (Hrsg.), Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Bonn/Heidelberg 1992, S. 10.

⁴⁷ Von Tuhr/Escher, Fn. 11, S. 348; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 542; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Fn. 37, Rn. 3565; ZürcherKomm/Spirig, Art. 164 OR N 185; MünchKomm/Roth, § 399 BGB Rn. 33; Rummel/Ertl, § 1393 ABGB Rn. 9; Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen 1996, S. 417.

c) Zwangsvollstreckung gegen den Zedenten

Die Folgen der absoluten Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession zeigen sich besonders deutlich in der Zwangsvollstreckung gegen den Zedenten. Da die Forderung beim Zedenten verbleibt, kann sie von seinen Gläubigern gepfändet werden.⁴⁸ Im Konkurs fällt die Forderung in die Masse.⁴⁹ Dies hat die eigenartige Konsequenz, daß die ungesicherten Gläubiger ein "Zufallsgeschenk" erhalten, wenn z. B. eine Sicherungszession an einem Abtretungsverbot scheitert und die Forderung admassiert wird. Dies verstößt aber gegen den Grundsatz, daß gesicherte Gläubiger im Konkurs eine bessere Stellung verdienen als ungesicherte. Eine so weitreichende Folge ist m.E. durch den Schutzzweck des Abtretungsverbotes nicht gedeckt.⁵⁰

2. Relative Unwirksamkeit einer abredewidrigen Zession

Die Konstruktion der relativen Unwirksamkeit einer abredewidrigen Zession, welche die Wirksamkeit des Zessionsverbots *inter partes* von der Wirksamkeit gegenüber dem Schuldner trennt, kommt in Frankreich, im deutschen Handelsrecht und in der UNIDROIT-Factoringkonvention in verschiedenen Schattierungen vor.⁵¹

a) Frankreich

In Frankreich sind die Wirkungen eines vertraglichen Zessionsverbotes umstritten.⁵² Das Meinungsspektrum in Doktrin und Praxis geht von der Nichtigkeit des Abtretungsverbots⁵³ über die Wirksamkeit *inter partes* (rein obligatorische Wirkung)⁵⁴ bis zur (zeitlich

⁴⁸ Von Tuhr/Escher, Fn. 11, S. 347 f.

⁴⁹ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. Art. 164-174 OR N 158; Handschin/Hunkeler, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, hrsg. von Staehelin/Bauer/Staehelin, Basel/Genf/München 1998, Art. 197 SchKG N 83; MünchKomm/Roth, § 399 BGB Rn. 34.

⁵⁰ Canaris, Fn. 46, S. 24.

⁵¹ Die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung findet sich auch in Art. 121 Nr. 4 des "Europäischen Vertragsgesetzbuchs", der jüngsten Schöpfung europäischer Privatrechtsvereinheitlichung (erstellt von der Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler unter der Koordination von Giuseppe Gandolfi): Die trotz eines vertraglichen Abtretungsverbots vorgenommene Zession ist dem Schuldner gegenüber unwirksam, wenn jener nachweisen kann, dass der Zessionar das Abtretungsverbot gekannt hat; im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar ist die Zession jedoch in jedem Fall wirksam. In Art. 122 Nr. 8 wird das Factoringgeschäft explizit aus dem Regelungsbereich des Vertragsgesetzbuchs ausgeklammert und auf die diesbezüglichen Abkommen verwiesen.

⁵² Rosch, Pactum de non cedendo im französischen Recht: Totgesagte leben länger!, RIW 2001, 604, 605 ff.

⁵³ Cour d'Appel de Paris, 26.1.1996, RJ Comm. 1996, 188 ff. mit Anmerkungen Grua (zur Loi Dailly ergangen).

⁵⁴ Die relative Wirkung vertritt auch ein Teil der Rechtsprechung und Lehre in England: *Linden Gardens Trust, Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals, Ltd.* [1994] 1 A. C. 85 (H.L.); *Cheshire/Fifoot/Furmston*, Law of Contract, London 1991, S. 530 ff.

begrenzten) Wirkung auch gegen Dritte.⁵⁵ In einem neueren Entscheid des französischen Kassationshofes hat sich dieser nunmehr für die relative Wirksamkeit eines vertraglichen Abtretungsverbots ausgesprochen.⁵⁶ Dem Schuldner hat jedoch gegenüber dem Zedenten einen Schadenersatzanspruch wegen Verletzung des Vertrages.⁵⁷ Durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe kann dem Zedenten der Anreiz genommen werden, sich über das Zessionsverbot hinwegzusetzen.⁵⁸ Eine Aufhebung des Vertrages wegen Verletzung des Abtretungsverbot kommt mangels Wesentlichkeit der Verletzung hingegen wohl selten in Frage.⁵⁹ E

b) Deutsches Handelsrecht

Stammt die Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft oder ist der Schuldner die öffentliche Hand,⁶⁰ ist gemäß § 354a dtHGB die abredewidrige Abtretung im Grundsatz wirksam.⁶¹ Die Forderung fällt in das Vermögen des Zessionars und er kann die Forderung aus eigenem Recht geltend machen.⁶² Der Schuldner hat jedoch nach Satz 2 dieser Bestimmung unter dem Vorbehalt des Rechtsmißbrauchs die Wahl, ob er an den Zessionar oder statt dessen an den ursprünglichen Gläubiger leisten will. Dieses Wahlrecht steht ihm auch bei Kenntnis der Zession zu. Der Zedent ist aber verpflichtet, dem Zessionar das Erlangte nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben.

⁵⁵ Rosch, RIW 2001, 604, 607 m.w.Nw.

⁵⁶ Cass. Comm., 21.11.2000, D. 2001, 123 mit Anmerkung *Avena-Robardet*; Rosch, RIW 2001, 604, 608 ff.

⁵⁷ Cass. Civ., 1^{re}, 4.4.1984, Bull. civ., I, n° 131; Zur *Loi Dailly* s. *Mazeaud/Mazeaud/Chabas*, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9. Aufl., Paris 1998, n° 1258; *Basedow*, ZEuP 1997, 615, 635; *Diehl-Leistner*, *Internationales Factoring, Eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und der USA unter Einschluß der UNIDROIT-Konvention über das internationale Factoring* (1988), München 1992, S. 41; *Goergen*, Fn. 8, S. 138 ff.; *Girsberger*, 40 Am. J. Comp. L. 495 (1992); *Note*, 27 Colum. J. Transnat'l L. 367, 371 (1989).

⁵⁸ *Rey*, Die Behandlung des Factoringvertrages im schweizerischen Recht, in: *Kramer* (Hrsg.), *Neue Vertragsformen in der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, 2. Aufl., Bern 1992, S. 289, 312; *Goode*, *Centre Point, Conclusion of the Leasing and Factoring Conventions - II*, 1988 J. Bus. L. 511; YB-UNCITRAL XXVII (1996), S. 189, Nr. 66; *Basedow*, ZEuP 1997, 615, 634.

⁵⁹ YB-UNCITRAL XXVII (1996), S. 189 f., Nr. 68.

⁶⁰ *Medicus*, Fn. 35, Rn. 718; *Basedow*, ZEuP 1997, 615, 634.

⁶¹ Vgl. zum Ganzen *Canaris*, *Handelsrecht*, 23. Aufl., München 2000, § 28 Rn. 5 ff; *Weller*, RIW 1999, 161, 163.

⁶² In der Einzelvollstreckung gegen den Zedenten kann der Zessionar die Forderung im Weg des Widerspruchsverfahrens geltend machen und im Konkurs des Zedenten fällt die Forderung nicht in die Konkursmasse; vgl. *Wagner*, *Vertragliche Abtretungsverbote im kaufmännischen Geschäftsverkehr* (§ 354a HGB), in: *Hadding/Schneider* (Hrsg.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlin 1999, S. 27, 85 ff.

c) UNIDROIT-Factoringkonvention

Die Factoringkonvention bestimmt in Art. 6 Abs. 1, daß eine abredewidrige Zession wirksam ist.⁶³ Für gewisse Staaten war dies inakzeptabel, da sie in ihrem nationalen Recht andere Regelungen kennen. Im Sinne eines Kompromisses wurde daher die Möglichkeit geschaffen, zu Art. 6 Abs. 1 einen einseitigen Vorbehalt abzugeben.⁶⁴ Danach ist eine abredewidrige Zession dem Schuldner gegenüber — *und nur ihm gegenüber* — unwirksam, wenn dieser in einem Vertragsstaat niedergelassen ist, der eine entsprechende Erklärung abgegeben hat. Dadurch gelangt man zu weitgehend ähnlichen Ergebnissen wie unter Anwendung des § 354a dtHGB.⁶⁵

3. Absolute Wirksamkeit einer abredewidrigen Zession

In Abkehr vom traditionellen Common Law statuiert der US-amerikanische Uniform Commercial Code radikal, daß vertragliche Abtretungsverbote generell, d.h. auch *inter partes*, unwirksam sind.⁶⁶ Art. 11 Abs. 1 des UNCITRAL-Entwurfs eines internationalen Zessionsübereinkommens folgt im Grundsatz diesem Konzept.⁶⁷

Das Abtretungsverbot hat damit keinerlei Wirkungen auf die Rechte des Zessionars, die abredewidrige Zession ist wirksam und stellt auch keine Vertragsverletzung dar.⁶⁸ Die Forderung ist frei handelbar; der Gläubiger kann sie verkaufen oder zur Sicherung eines Kredites zedieren.⁶⁹ Der Schuldner kann sich nur durch Leistung an den Zessionar von seiner Verbindlichkeit befreien,⁷⁰ es sei denn, er habe vor der Anzeige der Abtretung gutgläubig

⁶³ *Rebmann*, Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988), *RabelsZ* 53 (1989), 599, 608 ff.

⁶⁴ Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 18; bislang hat nur Frankreich einen Vorbehalt abgegeben. Dieser schafft einen ökonomischen Vorteil für die heimische Importindustrie: *Note*, 27 *Colum. J. Transnat'l L.* 367, 369 (1989); *Goergen*, Fn. 8, S. 194 ff.

⁶⁵ *Basedow*, *ZEuP* 1997, 615, 636 f.

⁶⁶ § 9-318 (4) UCC; so der Sache nach auch der neue § 9-406 (d)(1) UCC (zitiert nach dem Final Draft Art. 9 UCC vom 30. 7. 1998, da der revidierte Art. 9 bislang noch nicht in allen US-Bundesstaaten in Kraft ist); *Goergen*, Fn. 8, S. 108 f.; zum englischen Recht: *Cheshire/Fifoot/Furmston*, Fn. 55, S. 580 ff.

⁶⁷ U. N. DOC A/CN. 9/489, S. 29 ff.

⁶⁸ *Salinger*, *Factoring Law and Practice*, 2. Aufl., London 1995, § 12-31.

⁶⁹ *White/Summers*, UCC, Bd. 1, 4. Aufl., § 3-13; *Idem*, Bd. 4, § 34-5; § 9-318 UCC, Official Comment 4.

⁷⁰ Art. 6 Abs. 3 Unidroit-Abkommen schützt den Käufer insoweit, als die Verletzung des Abtretungsverbots einen Schadenersatzanspruch gegen den Exporteur auslöst. In der Praxis wird ein Abtretungsverbot zudem in der Regel durch eine Konventionalstrafe gesichert: *Rey*, Fn. 58, 311 f.

dem Altgläubiger geleistet.⁷¹ Im Konkurs des Zedenten wird die abgetretene Forderung dem Vermögen des Zessionars zugeordnet.

Der Gläubiger wird so gegenüber einem wirtschaftlich mächtigeren Schuldner gestärkt und seine Kreditfähigkeit konsolidiert.⁷² Die absolute Unwirksamkeit des Abtretungsverbots kommt daher den Bedürfnissen der kleinen und mittleren Unternehmen am weitesten entgegen.

V. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Ausgangslage

Wir haben gesehen, daß die in der Schweiz, in Österreich und im bürgerlichen Recht Deutschlands vertretene absolute Ungültigkeit einer abredewidrigen Zession die Kreditbeschaffung und -sicherung der Gläubiger erschwert. Das Abtretungsverbot schießt dadurch über sein Ziel hinaus, indem es nicht bloß den Schuldner vor den Fährnissen der Abtretung schützt, sondern darüber hinaus dem Kreditgeber (Zessionar) die Tragung des Insolvenzrisikos auferlegt. Dies ist aber nur gerechtfertigt, wenn dieser es kennt, denn lediglich dann kann er sich gegen den Verlust absichern.⁷³ Es fragt sich, wie den Interessen der Parteien des Abtretungsvertrags besser Rechnung getragen werden kann, ohne den Schutz des Schuldners zu vernachlässigen.

2. Lösungsansätze

a) Rechtshistorischer Hinweis

Noch im gemeinen Recht war anerkannt, daß ein Abtretungsverbot bloß relative, d.h. obligatorische Wirkung hatte. Die abredewidrige Zession war gültig, der Gläubiger wurde aber dem Schuldner schadenersatzpflichtig.⁷⁴ Erst die Pandektistik des späten 19. Jahrhunderts vertrat die Ansicht, daß das Zessionsverbot kein schuldrechtliches Veräußerungsverbot sei, sondern — wie es *Windscheid* ausdrückte — “von vornherein der Macht des Gläubigers die Grenze setzt, daß nur er von dem Schuldner die Leistung soll

⁷¹ Kötz, Fn. 47, S. 428.

⁷² Goode, Centre Point: The proposed new Factoring and Leasing Conventions, 1987 J. Bus. L. 220; Salinger, Fn. 68, § 12-31.

⁷³ Note, 27 Colum. J. Transnat'l L. 367, 369 f. (1990).

⁷⁴ Willoweit, Fn. 45, S. 552 f.

fordern dürfen”.⁷⁵ Der Sache ähnlich hielt der deutsche Bundesgerichtshof fest: “Ein Abtretungsverbot fügt der Forderung nicht ein ihrem Wesen fremdes Veräußerungsverbot hinzu, sondern läßt die Forderung von vornherein als ein unveräußerliches Recht entstehen”.⁷⁶

Diesem begriffsjuristischen Argument ist entgegenzuhalten, daß der wahre Grund für die Zulässigkeit des Abtretungsverbots im Prinzip der Vertragsfreiheit liegt. Der Inhalt der Verpflichtung kann von den Parteien beliebig begrenzt werden.⁷⁷ Damit wird klar, daß ein Abtretungsverbot rechtslogisch nicht nur die absolute Unwirksamkeit, sondern auch die relative Wirkung zur Folge haben kann. Zudem ist es beachtenswert, daß es in der Schweiz weder zum alten noch zum revidierten Obligationenrecht eine publizierte höchstrichterliche Entscheidung zur Wirksamkeit einer abredewidrigen Zession gibt.

b) Interessenabwägung

aa) Argumente für die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession

Der historische Gesetzgeber ging noch davon aus, daß das Zessionsverbot individuell ausgehandelt wird. Der Gläubiger hat in einem solchen Fall bewußt auf eine Refinanzierung seiner Forderung verzichtet und ist verpflichtet, dem Zessionar, z.B. dem Factor, dies mitzuteilen.⁷⁸ Die absolute Unwirksamkeit abredewidriger Abtretungen ist in diesen Fällen gerechtfertigt. Darüber hinaus kann der Zweck des Abtretungsverbotes unter Umständen nur erreicht werden, wenn der Forderungsübergang selbst verhindert wird, weil die Vertragsverletzung durch den Schadenersatzanspruch nicht aufgewogen werden kann.⁷⁹ Ein Beispiel dafür ist das Verbot, ärztliche Honorarforderungen abzutreten, welches den Zweck hat, die Persönlichkeitssphäre des Patienten zu schützen.⁸⁰

bb) Argumente für die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession

In den praktisch weitaus häufigeren Fällen bedarf der marktstärkere Schuldner aber nicht in jedem Fall des absoluten Schutzes des Abtretungsverbotes. Zunächst gewährt ihm das international anerkannte Prinzip, daß er durch die Zession nicht schlechter gestellt werden

⁷⁵ Windscheid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, S. 248.

⁷⁶ BGH 9.2.1990, BGHZ 110, 241, 242 f.

⁷⁷ So schon von Tuhr/Escher, Fn. 11, S. 347.

⁷⁸ Blaurock, Fn. 8, S. 126 ff.; Hoop, Fn. 2, S. 19 f.

⁷⁹ Willoweit, Fn. 45, S. 561.

⁸⁰ BGHZ 115, 123, 125 .

darf, einen umfassenden Einredeerhalt gegen den Zessionar.⁸¹ Dem Risiko einer Doppelzahlung wird weitgehend durch die Regel begegnet, daß der gutgläubige Schuldner an den Zedenten leisten darf, bevor ihm die Abtretung angezeigt wird.⁸² Dieser Schutz kann durch eine Zusicherung des Zessionars verstärkt werden, daß er den Schuldner bei irrtümlicher Zahlung an den Altgläubiger nicht in Anspruch nehmen werde.⁸³ Es ist auch nicht einzusehen, warum das Abtretungsverbot den Übergang der Forderung auf den Zessionar auch dann vereiteln soll, wenn der Schuldner den geschuldeten Betrag hinterlegt hat und der Streit nur noch zwischen dem Zessionar und den Gläubigern des Zedenten ausgetragen wird.⁸⁴ Es leuchtet auch nicht ein, daß es alleine dem Schuldner überlassen sein soll, wem er durch nachträgliche Genehmigung der unwirksamen Abtretung zum Vorrang im Prioritätenstreit verhilft.⁸⁵ Die absolute Unwirksamkeit eines Abtretungsverbotes kann schon *de lege lata* umgangen werden, wenn bei Vertragsschluß vereinbart wird, daß der Schuldner auf ein Konto des Gläubigers bei einem Factoring- oder Bankinstitut zahlen soll, auf das der Kreditgeber Zugriff hat. Nachträglich braucht der Gläubiger nur noch den Zessionar unwiderruflich zur Einziehung zu bevollmächtigen.⁸⁶ Schließlich wird der Schuldner auch das Rechtsmißbrauchsverbot vor den Folgen mehrfacher Teilabtretungen geschützt.

c) **Wirksamkeitskontrolle standardisierter Abtretungsverbote**

Es fragt sich, ob Abtretungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, weil sie den Vertragspartner des Verwenders, d. h. den Zedenten, unangemessen benachteiligen.⁸⁷ Bei der absoluten Unwirksamkeit einer abredewidrigen Zession kann sich — wie gezeigt — ein schweres Mißverhältnis zwischen den gravierenden Nachteilen für den Gläubiger bei der Finanzierung und den nicht sonderlich gewichtigen Vorteilen für den Schuldner bei der Vereinfachung seines Buchhaltungswesens ergeben.⁸⁸

⁸¹ YB-UNCITRAL XXV (1994), S. 233, Nr. 23.

⁸² Art. 167 OR; § 407 Abs. 1 BGB; YB-UNCITRAL XXVI (1995), S. 221, Nr. 36; *Willoweit*, Fn.45, S. 561.

⁸³ *Blaurock*, Fn. 8, S. 123; *Diehl-Leistner*, Fn. 57, S. 22.

⁸⁴ *Kötz*, Fn. 47, S. 416.

⁸⁵ *Kötz*, Fn. 47, S. 416 f.

⁸⁶ *Wilhelm*, Das Abtretungsverbot in der Entscheidung des verstärkten Senats, JBl 1984, 304, 306.

⁸⁷ *BernerKomm/Kramer*, Art. 19-20 OR N 161, 292; BGHZ 110, 241, 244: Bei der Abwägung sind Art, Gegenstand, Zweck und besondere Eigenarten des Geschäftes zu berücksichtigen. Es ist zu prüfen, ob der Klauselinhalt bei der in Rede stehenden Art des Rechtsgeschäftes generell unter Berücksichtigung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergibt.

⁸⁸ Dies kann z. B. im Falle des Factoringvertrages die Erreichung des Vertragszwecks im Sinne von § 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGB-Gesetz bzw. § 879 Abs. 3 ABGB ernsthaft gefährden; *Canaris*, Fn. 46, S. 35; *Hoop*, Fn. 2, S. 20; *Wagner*, Fn. 2,

Angesichts der Zurückhaltung der schweizerischen Rechtsprechung bei der offenen Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen muß allerdings ein Fragezeichen hinter die Wirksamkeit dieser Überlegungen gesetzt werden. Selbst in Deutschland und Österreich, wo die Literatur schon seit längerem darauf dringt, die Wirksamkeit der Abtretungsverbote mit den bestehenden Mechanismen der Inhaltskontrolle einzuschränken, verschlossen sich die Gerichte bislang dieser Argumentation.⁸⁹ Es ist daher in unmittelbarer Zukunft nicht zu erwarten, daß Abtretungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam erklärt werden.

3. Ergebnis

Die vorgenommene Interessenabwägung zeigt, daß es in der Mehrzahl der Fälle genügt, dem Abtretungsverbot relative Wirkung zuzuerkennen.⁹⁰ Entscheidend muß immer der rechtsgeschäftliche Parteiwille sein. Der Zedent ist dadurch frei, die Forderung zur Sicherung eines Kredites zu zedieren oder einem Factoringinstitut zu verkaufen. Der Zessionar erhält eine gesicherte Stellung, da sich Dritte, z. B. Gläubiger des Zedenten, nicht auf die Unwirksamkeit der Zession berufen können. Der Schuldner wird nicht benachteiligt, da einerseits genügend Möglichkeiten bestehen, ihn vor den Gefahren der Abtretung zu schützen und er andererseits einen vertraglich absicherbaren Schadenersatzanspruch gegen den Zedenten hat.

Die freie Übertragbarkeit der Forderung reduziert die Kosten des Gläubigers und führt durch die niedrigeren Transaktionskosten letztlich zu tieferen Waren-, Kredit- oder Dienstleistungskosten, was auch dem Schuldner zu Gute kommt. Insgesamt ist es daher für alle Beteiligten wirtschaftlich günstiger, wenn die Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession eingeschränkt wird.⁹¹

S. 8; zweifelnd *Martinek*, Fn. 2, S. 306 f.; gemäß *BernerKomm/Kramer*, Art. 19-20 OR N 295 können diese Überlegungen auch im Rahmen der Auslegung von Art. 19 OR fruchtbar gemacht werden.

⁸⁹ BGHZ 110, 241, 243; vgl. auch z.B. *Wagner*, Absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote gleich absolute Wirksamkeit verbotswidriger Abtretung?, JZ 1994, 227, 231 f.: Die verbotswidrige Abtretung ist je nach Intensität des Beschränkungs- bzw. Ausschlußinteresses des Schuldners entweder absolut (bei Ausschluß) oder relativ (bei Beschränkung durch Zustimmung-, Form- oder Anzeigerfordernisse); *Rummel/Ertl*, § 1393 ABGB Rn. 9; *Wilhelm*, JBl 1984, 304, 306.

⁹⁰ Für die relative Wirkung finden sich in der Schweizer Literatur zum Obligationenrecht nur gerade *ZürcherKomm/Oser/Schönenberger*, Art. 164 N 20 und dem Sinn nach *Rossel*, Manuel du droit fédéral des obligations, Band I, 4. Aufl., Lausanne 1920, S. 228, Rn. 337: Das Abtretungsverbot entfaltet zwischen den Parteien nur nach den Voraussetzungen von Art. 164 Abs. 2 OR Wirkung; so der Sache nach nun auch *Schwenzer*, Fn. 36, Rn. 90.24; *Blaurock*, Fn. 8, S. 125; *Rebmann*, *RabelsZ* 53 (1989), 599, 610 f.; *Zaccaria*, *IPRax* 1995, 279, 285.

⁹¹ So im Ergebnis auch die UNCITRAL-Kommission in ihrem Kommentar zum UNCITRAL-Entwurf eines internationalen Zessionsübereinkommens, U. N. DOC A/CN. 9/489, Art. 11 N 100.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Einkaufsbedingungen großer Unternehmen und der öffentlichen Hand enthalten standardmäßig Abtretungsverbote. Gleichzeitig haben diese Unternehmen häufig eine säumige Zahlungsmoral. Das lange Warten auf den Zahlungseingang, die mangelnde Eigenkapitalausstattung und die durch das Abtretungsverbot verursachte Blockierung der Vorfinanzierung durch Factoring bringt kleinere und mittlere Unternehmen in Liquiditätsengpässe und wirkt sich negativ auf die Entwicklung des internationalen Handels aus. Eine Einschränkung der Wirksamkeit von Abtretungsverböten im grenzüberschreitenden Handel dient daher nicht nur den Interessen der Parteien, sondern hat auch eine positive volkswirtschaftliche Wirkung.

Die Beurteilung der Wirkung der rechtsgeschäftlichen Abtretungsverböte richtet sich bei Importen nach dem Recht des ausländischen Vertragspartners, bei Exporten in der Regel nach inländischem Recht. Ist eine der Parteien jedoch ein marktstarkes Unternehmen, wird es häufig eine Rechtswahlklausel zu Gunsten des eigenen Rechtes durchsetzen können. Bei Importen aus einem Vertragsstaat des UNIDROIT-Factoringabkommens kommen überdies dessen Regelungen zur Anwendung.

Eine Interessenabwägung hat unter Berücksichtigung rechtshistorischer und rechtsvergleichender Hinweise ergeben, daß die absolute Unwirksamkeit abredewidriger Zessionen keine zwingende, von der Rechtslogik geforderte, Konsequenz ist. Statt dessen muß m. E. primär auf den Parteiwillen abgestellt und im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden.⁹²

Die absolute Unwirksamkeit als Folge eines Abtretungsverbötes ist nur dort angebracht, wo den Interessen des Schuldners an der Verhinderung eines Gläubigerwechsels nicht mit anderen Maßnahmen gedient werden kann.⁹³ In den praktisch häufigeren Fällen wird jedoch die bloß relative Wirkung den Interessen der Parteien und des Rechtsverkehrs besser gerecht.⁹⁴ Das Finanzierungsinteresse des Gläubigers ist insbesondere dann dem Interesse des Schuldners vorzuziehen, wenn dieser bloß einen kostengünstigen Zahlungsverkehr durchsetzen will.

Die Vorteile der interessenorientierten Auslegung des Abtretungsverbötes liegen darin, daß die Rechtsfolgen nicht über das Maß hinausgehen, das zum Schutz des Schuldners erforderlich ist. Dem Gläubiger wird es erleichtert, die Forderung zu refinanzieren und der

⁹² Willoweit, Fn. 45, S. 557 ff.

⁹³ Wagner, Fn. 2, S. 7 f.; Reismann, The Uniform Commercial Code and the Convention on International Factoring, 22 UCC L.J. 353 (1990); dem Sinne nach so auch OGH, JBl 1992, 46.

⁹⁴ So im Ergebnis auch Goergen, Fn. 8, S. 216 ff.

Zessionar wird in der Zwangsvollstreckung des Zedenten wirksam geschützt. Die bloß relative Wirkung eines Zessionsverbotes entlastet zudem den kreditgebenden Zessionar von der Tragung des Insolvenzrisikos des Zedenten. All dies erlaubt kleineren und mittleren Unternehmen, sich genügend Fremdmittel zu beschaffen, um erfolgreich international Handel treiben zu können.