

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 138

**§ 354a HGB –
eine geglückte gesetzgeberische Lösung
eines rechtspolitischen Problems?**

Von

Astrid Bauer



Duncker & Humblot · Berlin

ASTRID BAUER

§ 354a HGB –
eine geglückte gesetzgeberische Lösung
eines rechtspolitischen Problems?

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 138

§ 354a HGB – eine geglückte gesetzgeberische Lösung eines rechtspolitischen Problems?

Von

Astrid Bauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bauer, Astrid:

§ 354a HGB – eine geglückte gesetzgeberische Lösung eines
rechtspolitischen Problems? / von Astrid Bauer. – Berlin :

Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 138)

Zugl.: Leipzig, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10363-7

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-10363-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern
und meiner Schwester*

Vorwort

Die anschließende Untersuchung lag der Juristenfakultät der Universität Leipzig im Sommersemester 2000 als Dissertation vor.

Für die Veröffentlichung wurde das Manuskript bis November 2000 aktualisiert. Rechtsprechung und Literatur sind bis einschließlich Februar 2001 berücksichtigt.

Die Anregung zu dieser Arbeit verdanke ich Herrn Prof. Dr. Franz Häuser, der die Arbeit betreut und gefördert hat. Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Reinhard Welter für die Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Walther Hadding für die Übernahme des externen Gutachtens sowie dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme in seine Schriftenreihe. Danken möchte ich ferner der Feldbausch-Stiftung für die Auszeichnung der Dissertation mit dem Feldbauschpreis für das Jahr 2000.

Mein herzlichster Dank richtet sich jedoch an meine Eltern und meine Schwester Karin für ihr beständiges Vertrauen und ihren Rückhalt während der gesamten Zeit meiner Ausbildung.

Astrid Bauer

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung	21
I. Problemstellung	21
1. Der Abtretungsausschluß im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach bisheriger Rechtslage	21
2. Die wirtschaftliche Bedeutung des Abtretungsausschlusses	23
a) Betroffenheit, insbesondere des Mittelstandes	23
b) Gründe für die Verbreitung von Abtretungsausschlüssen	24
aa) Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme bei versethtlicher Fehlleistung	24
bb) Ausübung von Marktmacht	26
c) Vorstöße zur Eindämmung des Machtmissbrauchspotentials	27
3. Lösung des rechtlichen und wirtschaftlichen Problems durch § 354a HGB?	28
a) Der Anlaß	28
b) Das Gesetzgebungsverfahren	29
aa) Vorschläge zur Ergänzung des BGB	29
bb) Vorschläge zur Ergänzung des HGB unter Ausweitung des Regelungsbereichs auf Geschäfte mit der öffentlichen Hand	30
(1) Ursprünglicher Vorschlag	30
(2) § 354a HGB	31
II. Gang der Untersuchung	32
§ 2 Der Abtretungsausschluß nach bisheriger Rechtslage	36
I. Rechtspolitische und rechtsdogmatische Lage vor Erlass des § 354a HGB	37
1. Der Begriff der Rechtsdogmatik in der Beurteilung durch die deutsche Rechtswissenschaft	37
a) Herkunft und Entwicklung	37
b) Grundthesen	39
2. Grundsätze der Rechtspolitik	40
3. Folgerungen für § 354a HGB	41
II. Problembewältigung vor dem Hintergrund bisheriger Rechtslage	41
1. Ansätze des Schrifttums	42
a) Übersicht	43
b) Gründe für eine lediglich relative Unwirksamkeit einer ausschlußwidrigen Abtretung	45
aa) Absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsausschlüsse	45
bb) Relative Unwirksamkeit einer ausschlußwidrigen Abtretung	46

(1) Erforschung des mutmaßlichen Willens der Parteien	48
(2) Möglichkeit und Konstruktion relativer Unwirksamkeit	48
(3) Folgen dieser Konstruktion in „pathologischen“ Situationen	50
(a) Insolvenz des Zedenten	50
(b) Zwangsvollstreckung	51
(c) Einziehungsbefugnis des Zessionars	52
cc) Stellungnahme	53
2. Ansätze der Rechtsprechung	54
a) Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB	54
b) Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG	55
c) Rechtsfolgen eines wirksam vereinbarten Abtretungsausschlusses	56
III. Rechtspolitische Notwendigkeit für ein Einschreiten des Gesetzgebers	57
§ 3 Tatbestand und Anwendungsbereich des § 354a HGB	58
I. Zeitlicher Anwendungsbereich	58
1. Zeitpunkt des Inkrafttretens	58
2. Auswirkungen des § 354a HGB auf antizipierte Abtretungsausschlüsse	59
a) (Entsprechende) Anwendbarkeit des Art. 170 EGBGB	60
b) (Uechte) Rückwirkung des § 354a HGB	64
aa) Echte Rückwirkung	64
bb) Uechte Rückwirkung	65
c) Hinweis des Rechtsausschusses zur Anwendbarkeit des § 354a HGB	67
d) Zusammenfassung	68
II. Sachlicher Anwendungsbereich	69
1. Erfaßte Abreden	69
a) Beschränkungsabreden	69
b) Kontokorrentabreden	70
2. Teilabtretungen	73
3. Geldforderungen	74
4. Schuldrechtliche Abtretungsausschlüsse	74
III. Persönlicher Anwendungsbereich	76
1. Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften	77
a) Kaufmannseigenschaft des Schuldners	78
b) Kaufmannseigenschaft des Gläubigers (Zedenten)	79
2. Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand	80
a) Die öffentliche Hand als Schuldnerin	80
b) Die Kaufmannseigenschaft des Gläubigers	80
3. Verfassungswidrigkeit der Vorschrift wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ?	82

a) Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung einer Vorschrift anhand des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG	83
b) Folgen für § 354a HGB	84
4. Zusammenfassung	86
§ 4 Die Rechtsfolgen des § 354a HGB und der verfolgte Schutzzweck	88
I. Schutzzweck	88
II. Die Rechtsfolge des Satzes 1: Wirksamkeit einer ausschlußwidrigen Abtretung	88
1. Auswirkungen bei Kettenabtretungen	90
2. Auswirkungen bei Mehrfachabtretungen	90
III. Die Rechtsfolge des Satzes 2: Befreende Leistung des Schuldners an den Zedenten	91
1. Ausgestaltung der Rechtsfolge	92
a) Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Hinblick auf § 407 Abs. 1 BGB	92
b) Die Gründe für den Schutz auch des bösgläubigen Schuldners	93
aa) Die Argumente der Schuldnerseite	93
bb) Die Stellungnahme des Gesetzgebers	94
2. Die Wahlmöglichkeit des Schuldners	95
a) Praktische Auswirkung der Wahlmöglichkeit	95
b) Rechtliche Qualifizierung der Wahlmöglichkeit	95
aa) Die Wahlmöglichkeit des Schuldners als Folge relativer Unwirksamkeit der Abtretung im Verhältnis Schuldner – Zedent	96
bb) Bestimmung der Rechtsnatur der Wahlmöglichkeit in Anlehnung an spezialgesetzlich geregelte Formen einer Leistungsalternativität	97
(1) Wahlschuld im Sinne der §§ 262 ff BGB	98
(2) Schuld mit Bestimmungsvorbehalt, §§ 315 ff BGB	98
(3) Elektive Konkurrenz	98
(4) Ersetzungsbefugnis des Schuldners (facultas alternativa)	99
cc) Rechtliche Qualifizierung der Wahlmöglichkeit in Anlehnung an die Disponibilität des Rechtsscheins nach § 407 Abs. 1 BGB	101
(1) Der gutgläubige Schuldner	102
(2) Der bösgläubige Schuldner	102
(a) Die Wahlmöglichkeit des Schuldners nach § 407 Abs. 1 BGB als Folge einer gesetzlichen Empfangszuständigkeit des Zedenten	103
(b) Die Wahlmöglichkeit des Schuldners als Einrede ..	104
(c) Die Wahlmöglichkeit des Schuldners als sonstiges Gestaltungsrecht	105

dd) Zusammenfassung	105
c) Schranken der Wahlmöglichkeit	106
aa) Leistungsadressat bei Kettenabtretungen	106
bb) Rückgängigmachung der einmal erfolgten Wahl	107
(1) Rückgängigmachung nach der Leistungserbringung	107
(2) Rückgängigmachung vor der Leistungserbringung	108
cc) Grenzen der Wahlmöglichkeit	108
3. Gesetzliche Empfangszuständigkeit des Zedenten	111
a) Rechtsscheinzuständigkeit	111
b) Der „solutionis causa adiectus“	111
c) Gesetzliche Empfangszuständigkeit nach dem Vorbild der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB	112
aa) Der originäre Anwendungsbereich der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB	112
bb) Strukturelle Parallelität zu § 354a Satz 2 HGB	113
d) Der Rechtsgedanke der Anweisung auf Schuld (§§ 783, 787 BGB)	114
e) Fehlende Einziehungsbefugnis aufgrund fehlender Forderungsinhaberschaft	115
f) Zusammenfassung	116
4. Die Rechtsmacht von Schuldner und Zedent nach § 354a Satz 2 HGB im Hinblick auf die Leistung	117
a) Die „Leistung“ des Schuldners an den Zedenten	117
aa) Die Leistung erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) und an Erfüllungs Statt (§ 364 Abs. 1 BGB)	117
bb) Die Aufrechnung	118
(1) Bestimmung der Aufrechnungsmöglichkeit in Abhängigkeit von den zeitlichen Vorgaben des § 406 BGB	120
(2) Über die Regelung des § 406 BGB hinausgehende Konstellationen	120
(a) Die Forderung des Schuldners richtet sich gegen den Zedenten	120
(b) Die Forderung des Schuldners richtet sich gegen den Zessionär	123
(3) Zusammenfassung	123
b) Die Verfügungszuständigkeit des Zedenten hinsichtlich der zedierten Forderung	124
aa) Die Aufrechnung	124
bb) Die Belastung der Forderung	125
c) Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwischen Schuldner und Zedent in Ansehung der Forderung	126
aa) Stundung	126
bb) Erlaß	129
cc) Vergleich	132

d) Einschränkung der Rechtsmacht des Schuldners durch Aufrechnung des Zessionars?	133
e) Zusammenfassung	134
IV. Auswirkungen der Leistung des Schuldners nach § 354a Satz 2 HGB auf den Zessionar	135
1. Rechtliche Auswirkungen der Leistung	135
2. Wirtschaftliche Auswirkungen der Leistung	136
V. Der zwingende Charakter des § 354a Satz 3 HGB	137
VI. Ist § 354a HGB als Stellungnahme im klassischen Streit zwischen relativer und absoluter Unwirksamkeit einer trotz Abtretungsausschlusses vorgenommenen Abtretung nach § 399 Fall 2 BGB zu werten?	138
1. Fehlen einer umfassenden Stellungnahme	138
2. Stellungnahme aus Anlaß der Ausnahmeverordnung des § 354a HGB	139
§ 5 Die praktische Bedeutung des § 354a HGB für den Forderungsverkehr	142
I. Legalzessionen	142
II. Gutgläubiger Erwerb vinkulierter verbriefer Forderungen	143
III. Kollisionen	144
IV. Abtretungsausschluß und Sicherungszession	145
1. Gutgläubenserwerb der Forderung	146
2. Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers	146
V. Abtretungsausschluß und Factoring	147
1. Grundlagen des Factoring	147
a) Definition des Factoring	147
b) Erscheinungsformen des Factoring	148
aa) Das echte Factoring	148
(1) Die einzelnen Funktionen	148
(2) Der Charakter als offenes Factoring	150
bb) Das unechte Factoring	150
c) Rechtliche Qualifizierung des Factoringvertrages	151
2. Die Auswirkungen der früheren Rechtslage auf das Factoring	152
3. § 354a HGB und seine Auswirkungen auf das Factoring	155
a) Auswirkung des § 354a Satz 2 HGB auf die Vereinbarung als offenes Factoring	156
b) Auswirkung des § 354a Satz 2 HGB auf die Bewertung der vinkulierten Forderung	157
§ 6 Prozessuale Auswirkungen des § 354a HGB	159
I. Die Leistungsklage des Zedenten gegen den Schuldner	160
1. Forderungsabtretung nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage ..	160
a) Die Regelung des § 265 ZPO	160
aa) Der Einfluß der Abtretung auf das weitere Verfahren	161

bb) Die Stellung des Zedenten im Rechtsstreit nach erfolgter Abtretung	162
b) Die Beteiligung des Zessionars am Rechtsstreit	164
c) Die Leistung des Schuldners an den Zedenten als Titelgläubiger	165
d) Die Möglichkeit des Zessionars, den Zedenten nach der Leistung des Schuldners in Regreß zu nehmen	165
e) Zusammenfassung	166
2. Forderungsabtretung vor Rechtshängigkeit der Klage	167
a) Grundsätzliches	167
b) Beurteilung der Rechtslage außerhalb des Anwendungsbereiches des § 354a HGB	168
aa) Der Ausgangsprozeß des Zedenten gegen den Schuldner	168
(1) Die Leistung des Schuldners während des schwebenden Rechtsstreits	168
(2) Die Leistung des Schuldners nach rechtskräftiger Titulierung, aber vor Eintritt in die Zwangsvollstreckung ..	168
(3) Zusammenfassung	170
bb) Der Folgeprozeß des Zessionars gegen den Schuldner und die Auswirkungen des Ausgangsprozesses zwischen Zedent und Schuldner	170
(1) § 407 Abs. 2 BGB	171
(2) Die Auswirkungen der Gutgläubigkeit des Schuldners in bezug auf die Gläubigerstellung des Zedenten	172
(3) Kenntnisserlangung von der Abtretung nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung	174
(4) Kenntnisserlangung von der Abtretung nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage	175
(5) Kenntnis der Abtretung bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage	178
(6) Zusammenfassung	179
c) Die Auswirkungen des § 354a HGB	180
aa) Unterliegen des bösgläubigen Schuldners im Ursprungsprozeß mit dem Zedenten	180
(1) Die Leistung des bösgläubigen Schuldners während des schwebenden Verfahrens	181
(2) Rechtskräftige Titulierung des „Anspruches“ für den Zedenten	181
(a) Der Schutz des bösgläubigen Schuldners durch § 354a Satz 2 HGB	181
(b) Gleichstellung des rechtskräftigen Titels mit der „Leistung“ nach § 354a Satz 2 HGB	184
bb) Obsiegen des Schuldners im Ursprungsprozeß mit dem Zedenten – Ergänzung des § 354a Satz 2 HGB durch § 407 Abs. 2 BGB?	188

(1) Das Verhältnis von § 407 Abs. 1 BGB und § 407 Abs. 2 BGB	188
(2) Prozessuale Ergänzung der Regelung des § 354a Satz 2 HGB durch § 407 Abs. 2 BGB.....	189
(3) Zusammenfassung.....	190
II. Die Leistungsklage des Zessionars gegen den Schuldner.....	190
1. Klage des Zessionars auf Leistung an sich selbst	190
a) Grundsätzliches	190
b) Leistung des Schuldners an den Zedenten	192
aa) Leistung vor Rechtshängigkeit der Klage.....	192
bb) Leistung während des anhängigen Verfahrens	193
cc) Leistung nach Eintritt der Rechtskraft des für den Zessio- nar ergehenden Urteils	194
dd) Zusammenfassung.....	196
c) Ankündigung des Schuldners während des anhängigen Verfah- rens, von seinem Recht auf Leistung an den Zedenten nach § 354a Satz 2 HGB Gebrauch machen zu wollen.....	197
d) Sonstige rechtsgeschäftliche Vereinbarungen des Schuldners mit dem Zedenten in Ansehung der Forderung	198
aa) Vereinbarungen vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage	198
(1) Stundung	198
(2) Aufrechnung und Erlaß	199
(3) Vergleich	199
bb) Vereinbarungen während des anhängigen Rechtsstreits	199
cc) Vereinbarungen nach Eintritt der Rechtskraft des zugunsten des Zessionars ergehenden Urteils	200
2. Klage des Zessionars auf wahlweise Leistung an sich selbst oder den Zedenten	200
§ 7 § 354a HGB in der Zwangsvollstreckung und bei der Forderungsver- pfändung	202
I. Die Zwangsvollstreckung im Anschluß an das zivilgerichtliche Ver- fahren	203
1. Grundsätzliches zu den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung ..	203
2. Vollstreckung aus einem Urteil zugunsten des Zedenten.....	204
a) Vollstreckung durch den Zedenten	205
b) Vollstreckung durch den Zessionar	206
c) Zusammenfassung.....	207
3. Vollstreckung aus einem Titel des Zessionars	207
a) Der Titel lautet auf Leistung an den Zessionar	208
b) Der Titel lautet auf wahlweise Leistung an den Zessionar oder den Zedenten	209
c) Zusammenfassung.....	210
II. Der Abtretungsausschluß bei Pfändung und Verpfändung der Forde- rung.....	211

1. Pfändung der Forderung	211
a) Pfändung der Forderung durch Gläubiger des Zedenten	211
aa) Pfändung der Forderung durch Gläubiger des Zedenten vor Forderungsabtretung	212
(1) Inhibitorium nach § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO	213
(2) Arrestatorium nach § 829 Abs. 1 Satz 1 ZPO	214
(3) Zusammenfassung	216
bb) Pfändung der Forderung durch Gläubiger des Zedenten nach Forderungsabtretung	216
b) Pfändung der Forderung durch Gläubiger des Zessionars	218
aa) Vorrang der Regelung des § 354a Satz 2 HGB vor der Pfändungsmöglichkeit der Gläubiger des Zessionars?	218
(1) Abgeleitete Rechtsstellung des Vollstreckungsgläubigers	218
(2) Die Argumente <i>Wagners</i>	219
(3) Zusammenfassung	224
bb) Auswirkungen des § 354a HGB auf das Kredit- und Sicherungsgefüge in der Zwangsvollstreckung	225
2. Verpfändung der Forderung	225
a) Verpfändung der Forderung durch den Zedenten	225
aa) Isolierte Verpfändung der Forderung durch den Zedenten	226
(1) Die Rechtslage außerhalb des § 354a HGB	226
(2) Die Auswirkungen des § 354a HGB auf die rechtliche Beurteilung	227
bb) Verpfändung der Forderung durch den Zedenten vor Abtretung der Forderung	229
cc) Verpfändung der Forderung des Zedenten nach Abtretung der Forderung	230
dd) Zusammenfassung	230
b) Verpfändung der Forderung durch den Zessionar	231
aa) Verpfändung der Forderung bei aufschiebend bedingter Abtretung	231
bb) Verpfändung der Forderung durch den Zessionar nach Abtretung der Forderung	231
(1) Leistung des Schuldners an den Zedenten	232
(2) Leistung des Schuldners an den Zessionar	233
(a) Leistung des Schuldners vor Eintritt der Pfandreife	233
(b) Leistung des Schuldners nach Eintritt der Pfandreife	234
cc) Zusammenfassung	235

§ 8 Die Auswirkungen des § 354a HGB in der Insolvenz	237
I. Die Insolvenz des Zedenten	237
1. Die Auswirkung der Forderungsabtretung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	239
a) Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung durch den Zessionär 240	
aa) Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung bei Zahlung des Schuldners an den Zedenten	240
(1) Ersatzaussonderung oder Ersatzabsonderung nach § 48 Satz 1 InsO (analog)	242
(2) Ersatzaussonderung oder Ersatzabsonderung nach § 48 Satz 2 InsO (analog)	243
(3) Die Folgen der Vereitelung des Ersatzaussonderungs- oder Ersatzabsonderungsanspruchs	244
bb) Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung bei Aufrechnung des Schuldners gegen die abgetretene Forderung des Zedenten	246
b) Auswirkungen des § 103 InsO auf die nach § 354a Satz 1 HGB erworbene Rechtsstellung des Zessionärs bei beiderseitig noch nicht vollständig erfüllten Verträgen	247
c) Zusammenfassung	250
2. Insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von Rechts-handlungen	251
a) Die Abtretung des Zedenten in der Krise oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen	251
b) Die Aufrechnung des Schuldners	253
aa) Herstellung der Aufrechnungslage vor Ausbruch der Krise ..	254
bb) Herstellung der Aufrechnungslage nach Ausbruch der Krise ..	255
(1) Erwerb der Gegenforderung durch Abtretung in Kenntnis der Krise und anschließende Aufrechnung	256
(a) Die erworbene Forderung richtet sich gegen den Zedenten	256
(b) Die erworbene Forderung richtet sich gegen den Zessionär	258
(2) Ein Insolvenzgläubiger wird in Kenntnis der Krise und einer vorhergehenden Sicherungsabtretung unter Ver-einbarung eines Abtretungsausschlusses zum Schuldner des Zedenten	259
(3) Ein Gläubiger des Zessionärs wird in Kenntnis der Krise des Zedenten und einer vorhergehenden Sicherungsabtretung an den Zessionär unter Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses zum Schuldner des Zedenten	261
cc) Zusammenfassung	265
3. Resümee: Das Zusammenspiel von § 354a Satz 1 und Satz 2 HGB in der Insolvenz des Zedenten	266

II. Die Insolvenz des Zessionars	268
III. Die Insolvenz des Schuldners	271
1. Erfüllungshandlungen im Verhältnis zwischen Schuldner und Zessionar	272
a) Die Zahlung des Schuldners	272
b) Die Aufrechnung des Zessionars	273
2. Erfüllungshandlungen im Verhältnis zwischen Schuldner und Zedent	273
a) Deckungsanfechtung gegenüber dem Zessionar (§ 130 InsO) ..	274
b) Anfechtung gegenüber dem Zedenten	276
3. Zusammenfassung	278
§ 9 Abtretungsausschlüsse im internationalen Forderungsverkehr im Vergleich zu § 354a HGB	279
I. § 354a HGB und das Internationale Privatrecht	279
1. Das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) vom 19. Juni 1980	280
2. Das Einführungsgesetz zum BGB (EGBGB)	282
a) Das Verpflichtungsstatut nach Art. 33 Abs. 1 EGBGB und das Forderungsstatut nach Art. 33 Abs. 2 EGBGB	282
aa) Art. 33 Abs. 1 EGBGB	283
bb) Art. 33 Abs. 2 EGBGB	283
b) Die Anwendbarkeit des Forderungsstatuts auf die Übertragbarkeit der Forderung	283
II. § 354a HGB und ausgewählte ausländische Rechtsordnungen	285
1. Das Abtretungsrecht in Österreich	286
2. Das Abtretungsrecht der Schweiz	290
3. Das Abtretungsrecht in Frankreich	293
4. Stellungnahme zur „Harmonisierungsabsicht“ des deutschen Gesetzgebers	296
III. § 354a HGB und Internationale Konventionen mit dem Ziel der einheitlichen Regelung des grenzüberschreitenden Forderungsverkehrs ..	297
1. Das Unidroit-Übereinkommen über das internationale Factoring vom 28. Mai 1988	298
a) Die Funktion als privatrechtsvereinheitlichendes Übereinkommen	300
b) Das internationale Factoring	301
aa) Grundsätzliches zur Ausgestaltung des internationalen Factoring in Deutschland	301
bb) Sachlicher Anwendungsbereich des Unidroit-Übereinkommens über das internationale Factoring (Art. 1 Abs. 2)	303
c) Die Regelung der Abtretungsausschlüsse	305
aa) Die Ausgestaltung nach dem Unidroit-Übereinkommen und der deutschen Ratifizierung	305

(1) Der rechtsgeschäftlich vereinbarte Abtretungsausschluß nach Art. 6 des Unidroit-Übereinkommens	305
(2) Ratifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland	307
bb) Der Vergleich mit § 354a HGB	309
(1) Welche Auswirkungen wären im Hinblick auf § 354a HGB bei Erklärung des Vorbehaltes nach Art. 6 Abs. 2, 18 des Unidroit-Übereinkommens zu erwarten gewesen?	309
(2) Besteht ein Einklang zwischen § 354a HGB und dem Unidroit-Übereinkommen?	310
2. Der Entwurf der UNCITRAL-Konvention über die Forderungsabtretung im internationalen Rechtsverkehr	313
a) Grundsätzliches zum Verständnis der UNCITRAL	313
b) Regelungen des UNCITRAL-Entwurfes über die Finanzierung von Forderungsübertragungen	315
aa) Der Anwendungsbereich des UNCITRAL-Entwurfes	317
bb) Die Wirksamkeit der Abtretung und die Auswirkungen auf den Schuldner	320
cc) Rechtsgeschäftliche Abtretungsausschlüsse nach Art. 11 des UNCITRAL-Entwurfes	321
(1) Die Wirksamkeit der entgegen einem Abtretungsausschluß vorgenommenen Abtretung (Art. 11 Abs. 1 des UNCITRAL-Entwurfes)	322
(2) Die Rechtsfolgen der Leistung des Schuldners an den Zedenten nach der Abtretung	324
(3) Die Haftung des Zedenten gegenüber dem Schuldner wegen vertragswidriger Abtretung (Art. 11 Abs. 2 Satz 1 des UNCITRAL-Entwurfes)	325
(4) Die Ausnahme von Art. 11 f des UNCITRAL-Entwurfes bei Beteiligung der öffentlichen Hand (Art. 38 des UNCITRAL-Entwurfes)	326
dd) Zusammentreffen mit anderen internationalen Übereinkommen	328
c) Der Vergleich des UNCITRAL-Entwurfes mit § 354a HGB	329
§ 10 Rechtspolitische Würdigung des § 354a HGB	330
I. Kritik an der Umsetzung der Zielvorstellungen des Gesetzgebers	330
1. Eingeschränkter persönlicher Anwendungsbereich	330
2. Wiederherstellung der Freizügigkeit im Recht der Forderungsabtretung	331
a) Praktische Auswirkungen für den Schuldner	331
b) Praktische Auswirkungen für den Zessionar	332
aa) Belastung mit dem Weiterleitungsrisiko des Zedenten	332
bb) Ansatz der Factoringwirtschaft zur Vermeidung des Weiterleitungsrisikos	332
c) Gleichrangigkeit des Verkehrs- und Schuldnerschutzes?	333

3. Die Auswirkungen auf Dritte	334
a) Zwangsvollstreckung	334
b) Verpfändung	335
c) Insolvenz	335
4. Gewährleistung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit	336
a) Rechtsklarheit	336
b) Rechtssicherheit	337
5. Die Harmonisierungsabsicht im Hinblick auf eine internationale Rechtsvereinheitlichung	338
a) Abtretungsausschlüsse in Österreich, der Schweiz und Frankreich	338
b) Abtretungsausschlüsse bei internationalen Forderungsabtretungen	339
II. Alternativer Lösungsvorschlag	339
Literaturverzeichnis	344
Sachverzeichnis	364

§ 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung

I. Problemstellung

1. Der Abtretungsausschluß im kaufmännischen Geschäftsverkehr nach bisheriger Rechtslage

Das Abtretungsrecht des BGB ermöglicht es, eine Forderung zu übertragen, indem sich Zedent und Zessionar über den Gläubigerwechsel nach § 398 BGB einigen, ohne daß der Schuldner hieran mitwirkt.¹

Dieser durch das deutsche Abtretungsrecht gewährten Freiheitlichkeit steht die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit des § 399 Alt. 2 BGB gegenüber, wonach die Abtretung einer Forderung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden kann. Als Ausnahme vom Regelfall der Abtretbarkeit wird damit das „pactum de non cedendo“ den gesetzlichen Fällen eines Abtretungsausschlusses gleichgestellt.²

Freiheitlichkeit der Abtretung einerseits und die Möglichkeit einer Ausschließungsabrede (pactum de non cedendo) andererseits sind gewissermaßen die beiden Seiten der Privatautonomie, die das Abtretungsrecht beherrschen.³ Während die Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses in der Praxis somit grundsätzlich eine Frage des schuldnerischen Verhandlungsschickes ist, ergeben sich Probleme bei bestehender Vertragsdisparität. Diese wird von marktstarken Schuldern ausgenutzt, um Abnehmern/Zedenten

¹ Anders Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, § 15 II 2: Nach dem Grundsatz der Parteiautonomie bestehe zur Übertragung einer Forderung zunächst eine gemeinschaftliche Zuständigkeit von Gläubiger und Schuldner. Da dieser Grundsatz gerade bei Geldforderungen oftmals nicht interessengerecht sei, stelle der Gesetzgeber zudem eine am mutmaßlichen Parteiwillen ausgerichtete dispositivo Zuständigkeitsordnung für die Abtretung bereit. Der Vorschrift des § 398 BGB dürfe ein Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungen daher nicht entnommen werden, sondern nur eine Beweislastregel. Die Frage der Abtretbarkeit habe sich vielmehr an der in § 399 BGB enthaltenen, am mutmaßlichen Parteiwillen orientierten Differenzierung auszurichten. Ebenso noch die romanistische Vorstellung; s. zu Geschichte und Rechtsvergleichung Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 78 I; instruktiv auch Jahr AcP 168 (1968), 9. Das Erfordernis einer Anzeige an den Schuldner war im übrigen bis in die Beratungen der zweiten Kommission hin umstritten.

² Hadding/van Look WM 1988, Beil. 7, 1, 2.

³ Bette WM 1994, 1909.

einen Abtretungsausschluß zu oktroyieren. In diesen Fällen stößt das dem Gläubiger als Zedenten gesetzlich gewährte Recht, seine Forderung frei abzutreten, an Schranken tatsächlicher Art.

Da ein rechtsgeschäftlich vereinbarter Abtretungsausschluß gemäß § 399 Alt. 2 BGB nach der herrschender Meinung⁴ absolut wirkt, ist die betroffene Forderung nicht verkehrsfähig. Die Bestrebungen, dieser Rechtsfolge zu begegnen, sind vielgestaltig. Das rechtswissenschaftliche Schrifttum wertet die Ausnutzung der Möglichkeit, die § 399 Alt. 2 BGB bietet, als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)⁵ oder den Angemessenheitsgrundsatz (§ 9 AGBG),⁶ sofern der Abtretungsausschluß ohne Rücksicht auf die Finanzierungsinteressen des Zedenten vereinbart wird. Regierungsstellen und Spitzenverbände der Wirtschaft⁷ mahnen daher seit jeher, Abtretungsausschlüsse nur zurückhaltend durchzusetzen.

Die Factoringunternehmen,⁸ die ihr Augenmerk insbesondere auf die abträglichen Folgen der Abtretungsausschlüsse für Unternehmensfinanzierungen richten, unterstützen diese Vorstöße vorbehaltlos. Die Rechtsprechung⁹ bezeichnet jedoch, *Serick*¹⁰ folgend, Abtretungsausschlüsse zwar in ihrem konkreten Ausmaß für volkswirtschaftlich unerwünscht, weist indessen alle Angriffe der Rechtswissenschaft hiergegen als unbegründet zurück.

⁴ BGHZ 112, 387, 389 ff; 110, 241, 243; BGH WM 1991, 554, 556; BGH WM 1988, 460, 462; BGHZ 70, 299, 301 = WM 1978, 267; BGHZ 56, 228, 230 = WM 1971, 933; BGH WM 1968, 195; BGHZ 40, 156, 160; RGZ 148, 110, 113; 136, 395, 399; OLG München VersR 1987, 810; OLG Düsseldorf WM 1970, 105, 107; Palandt/Heinrichs, § 399 BGB RdNr. 11; Soergel-Zeiss, § 399 BGB RdNr. 6; MünchKomm-Roth, § 399 BGB RdNr. 32; Larenz, Schuldrecht AT, Bd. I, § 34 II; Staudinger-Kaduk¹², § 399 BGB RdNr. 85 ff; Bülow NJW 1993, 901; Huber NJW 1968, 1905; Pürner BuW 1995, 257. s. hierzu die Ausführungen unter § 2 II 2b)aa).

⁵ Bette, Praxis und Rechtsnatur des Factoring-Geschäfts, S. 89 ff. s. hierzu die Ausführungen unter § 2 II 1a), 2a).

⁶ Hadding/van Look WM 1988, Beil. 7, 1, 8; s. hierzu die Ausführungen unter § 2 II 1a), 2b).

⁷ Runderlaß des Reichsministers der Finanzen und Erklärung der Reichswirtschaftskammer, abgedr. bei Schütz DR 1940, 1175, 1177 f; Aufruf der Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft aus dem Jahr 1965 sowie die BDI-Erklärung von 1969, abgedr. bei Eberstein, Ausgestaltung von AGB, S. 78, 81 f.

⁸ Zusammenfassung und Nachweis bei Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote, § 1 Fn 14.

⁹ BGHZ 51, 113, 117; s. für die vergleichbare Zwangslage in Österreich Schuhmacher WBI 1993, 279, 282 ff.

¹⁰ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, § 24 III 2.

2. Die wirtschaftliche Bedeutung des Abtretungsausschlusses

Der durch § 399 Alt. 2 BGB ermöglichte Ausschluß der Forderungsabtretung hatte bis zum Jahr 1994 eine wirtschaftliche Bedeutung erlangt, die der Gesetzgeber zum Ende des vorigen Jahrhunderts nicht vorhersehen konnte. Indem marktstarke Schuldner die Möglichkeit, Abtretungsausschlüsse zu vereinbaren, exzessiv nutzen, wird das freizügige deutsche Abtretungsrecht in weiten Bereichen des heutigen Wirtschaftslebens unterlaufen. Hierdurch scheiden Geldforderungen eines Unternehmens gegen solvente Kunden als Finanzierungs- und Sicherungsgrundlage aus, da sie zwar Vermögenswerte eines Unternehmens bilden, aber infolge des Abtretungsausschlusses bis zur Fälligkeit der Forderung nicht einsetzbar sind.

a) Betroffenheit, insbesondere des Mittelstandes

Ganze Industriezweige, allen voran die Automobilindustrie,¹¹ gingen mit zunehmender Marktstärke vermehrt dazu über, ihre Einkaufsbedingungen um Klauseln zu ergänzen, die verhindern sollten, daß die gegen sie gerichteten Forderungen abgetreten würden.¹²

Das Volumen der Forderungen, die so der Abtretbarkeit entzogen waren, belief sich nach Angaben des *Deutschen Factoring-Verbandes*¹³ auf rund 160 Mrd. DM im Jahr 1992. Hinzu trat ein gebundenes Forderungsvolumen von ca. 40 Mrd. DM bei konzerngebundenen Warenhäusern. Die turnusmäßig vom Bundesverband deutscher Banken herausgegebene Liste von Firmen und Stellen der öffentlichen Hand, die eine Abtretung gegen sie gerichteter Forderungen ausschließen, wies zuletzt 1750 Unternehmen und Ämter aus.

Forderungen gegen die vorgenannten Großabnehmer und die öffentliche Hand konnten wegen des vereinbarten Abtretungsausschlusses nicht als Finanzierungsinstrument genutzt werden, obwohl sie regelmäßig von einwandfreier Bonität waren. Da die Abnehmer als Schuldner ferner die ihnen eingeräumten Zahlungsziele¹⁴ voll ausnutzten, waren ihre mittelständischen Gläubiger gezwungen, ihre Außenstände aus eigenen Mitteln vorzufinanzie-

¹¹ Ebenso die chemische Industrie, die Mineralölindustrie, die Elektroindustrie, große Bauunternehmen und Warenhäuser sowie zahlreiche Bauverwaltungen der öffentlichen Hand.

¹² Nach *Baukelmann*, in: *Festschr. für Brandner*, S. 185, 186 ein Ausdruck der „Lästigkeit“ einer Zession für den Schuldner als Verwender des Abtretungsausschlusses.

¹³ So der Vorstandssprecher des Deutschen Factoring-Verbandes e.V., *Siegfried Olbort*, zit. in *F.A.Z.* vom 10. März 1994, S. 17. s. hierzu auch *Bette WM* 1994, 1909, 1910.