

**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

<b>§ 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung</b> .....	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 versehentlicher 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
<b>§ 2 Der Abtretungsausschluß nach bisheriger Rechtslage</b> .....	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“ Situa- tionen . . . . .	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
<b>§ 3 Tatbestand und Anwendungsbereich des § 354a HGB . . . . .</b>	<b>58</b>
I. Zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .	58
1. Zeitpunkt des Inkrafttretens . . . . .	58
2. Auswirkungen des § 354a HGB auf antizipierte Abtretungsaus- schlüsse . . . . .	59
a) (Entsprechende) Anwendbarkeit des Art. 170 EGBGB . . . . .	60
b) (Unechte) Rückwirkung des § 354a HGB . . . . .	64
aa) Echte Rückwirkung . . . . .	64
bb) Unechte 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
<b>§ 4 Die Rechtsfolgen des § 354a HGB und der verfolgte Schutzzweck. ....</b>	<b>88</b>
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: Befreiende 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 An- lehnung an spezialgesetzlich geregelte Formen einer Lei- stungsalternativität .....	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 alterna- tiva) .....	99
cc) Rechtliche Qualifizierung der Wahlmöglichkeit in Anleh- nung 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 Emp- fangszuständigkeit 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 Forderungs- inhaberschaft .....	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 Abhän- gigkeit 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 Zessionar .....	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 Aufrech- nung 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 Abtretungsaus- schlusses vorgenommenen Abtretung nach § 399 Fall 2 BGB zu werten? .....	138
1. Fehlen einer umfassenden Stellungnahme .....	138
2. Stellungnahme aus Anlaß der Ausnahmenvorschrift des § 354a HGB .....	139
<b>§ 5 Die praktische Bedeutung des § 354a HGB für den Forderungsver- kehr .....</b>	<b>142</b>
I. Legalzessionen .....	142
II. Gutgläubiger Erwerb vinkulierter verbriefter 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 vin- kulierten Forderung. ....	157
<b>§ 6 Prozessuale Auswirkungen des § 354a HGB .....</b>	<b>159</b>
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) Kenntniserlangung von der Abtretung nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung .....	174
(4) Kenntniserlangung 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 Zessionar ergehenden Urteils .....	194
dd) Zusammenfassung .....	196
c) Ankündigung des Schuldners während des anhängigen Verfahrens, 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 Forderungsverpfändung .....	202
I. Die Zwangsvollstreckung im Anschluß an das zivilgerichtliche Verfahren .....	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 Forderung.....	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

<b>§ 8 Die Auswirkungen des § 354a HGB in der Insolvenz</b>	237
I. Die Insolvenz des Zedenten	237
1. Die Auswirkung der Forderungsabtretung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens	239
a) Ersatzaussonderung und Ersatzabsonderung durch den Zessionar	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 Zessionars bei beiderseitig noch nicht vollständig erfüllten Verträgen	247
c) Zusammenfassung	250
2. Insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von Rechtshandlungen	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 Zessionar	258
(2) Ein Insolvenzgläubiger wird in Kenntnis der Krise und einer vorhergehenden Sicherungsabtretung unter Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses zum Schuldner des Zedenten	259
(3) Ein Gläubiger des Zessionars wird in Kenntnis der Krise des Zedenten und einer vorhergehenden Sicherungsabtretung an den Zessionar 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
<b>§ 9 Abtretungsausschlüsse im internationalen Forderungsverkehr im Vergleich zu § 354a HGB .....</b>	<b>279</b>
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
<b>§ 10 Rechtspolitische Würdigung des § 354a HGB.....</b>	<b>330</b>
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 Frank- reich .....	338
b) Abtretungsausschlüsse bei internationalen Forderungsabtretun- gen .....	339
II. Alternativer Lösungsvorschlag .....	339
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>344</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>364</b>

# § 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.<sup>1</sup>

Dieser durch das deutsche Abtretungsrecht gewährten Freizügigkeit 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.<sup>2</sup>

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

---

<sup>1</sup> 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 dispositive 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.

<sup>2</sup> *Hadding/van Look WM* 1988, Beil. 7, 1, 2.

<sup>3</sup> *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 herrschenden Meinung<sup>4</sup> 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)<sup>5</sup> oder den Angemessenheitsgrundsatz (§ 9 AGBG),<sup>6</sup> sofern der Abtretungsausschluß ohne Rücksicht auf die Finanzierungsinteressen des Zedenten vereinbart wird. Regierungsstellen und Spitzenverbände der Wirtschaft<sup>7</sup> mahnen daher seit jeher, Abtretungsausschlüsse nur zurückhaltend durchzusetzen.

Die Factoringunternehmen,<sup>8</sup> die ihr Augenmerk insbesondere auf die abträglichen Folgen der Abtretungsausschlüsse für Unternehmensfinanzierungen richten, unterstützen diese Vorstöße vorbehaltlos. Die Rechtsprechung<sup>9</sup> bezeichnet jedoch, *Serick*<sup>10</sup> folgend, Abtretungsausschlüsse zwar in ihrem konkreten Ausmaß für volkswirtschaftlich unerwünscht, weist indessen alle Angriffe der Rechtswissenschaft hiergegen als unbegründet zurück.

---

<sup>4</sup> 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-Kaduk<sup>12</sup>, § 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).

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

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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Zusammenfassung und Nachweis bei Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote, § 1 Fn 14.

<sup>9</sup> BGHZ 51, 113, 117; s. für die vergleichbare Zwangslage in Österreich Schuhmacher WBl 1993, 279, 282 ff.

<sup>10</sup> 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,<sup>11</sup> gingen mit zunehmender Marktstärke vermehrt dazu über, ihre Einkaufsbedingungen um Klauseln zu ergänzen, die verhindern sollten, daß die gegen sie gerichteten Forderungen abgetreten würden.<sup>12</sup>

Das Volumen der Forderungen, die so der Abtretbarkeit entzogen waren, belief sich nach Angaben des *Deutschen Factoring-Verbandes*<sup>13</sup> 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 Zahlungsziele<sup>14</sup> voll ausnutzten, waren ihre mittelständischen Gläubiger gezwungen, ihre Außenstände aus eigenen Mitteln vorzufinanzie-

---

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

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

<sup>13</sup> 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.