

sui generis

DE NON SYSTEM DER RKEIT VON

Das pactum de non cedendo
im System der Unabtretbarkeit
von Forderungen

Eine rechtsvergleichende

Untersuchung de lege lata et ferenda

Johannes Lukas Hermann

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Luzern, 14. Mai 2024
der Dekan: Prof. Dr. Nicolas Diebold

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Das pactum de non cedendo im System der Unabtretbarkeit von Forderungen

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung de lege
lata et ferenda**

Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

vorgelegt von

Johannes Lukas Hermann

promoviert 2024

Luzerner Dissertation bei

Prof. Dr. Daniel Girsberger (Erstgutachter) und

Prof. Dr. Markus Müller-Chen (Zweitgutachter)

Meinen Liebsten

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand berufs- und später auch familienbegleitend während der Jahre 2010 bis 2024. Sie wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern im Mai 2024 als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende Dezember 2024 berücksichtigt.

Zum erfolgreichen Gelingen der Arbeit haben zahlreiche Personen und Institutionen beigetragen, denen ein grosses Dankeschön gebührt. Mein herzlicher Dank geht zunächst an meinen Doktorvater, Prof. Dr. Daniel Girsberger, LL.M., der die Dissertation über die vielen Jahre mit Wohlwollen und Geduld begleitet hat. Ferner danke ich Prof. Dr. Markus Müller-Chen für das Verfassen des Zweitgutachtens und Prof. Dr. Andreas Furrer, LL.M., für die Leitung des Doktoratskolloquiums. Daniel Girsberger und Andreas Furrer danke ich überdies für die bereichernde Assistenzzeit an ihren Lehrstühlen. Den Kolleginnen und Kollegen am Appellationsgericht Basel-Stadt und am Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West danke ich für die Rücksichtnahme in Zeiten grosser Beanspruchung durch die Dissertation.

Die Arbeit entstand in drei Bibliotheken. Am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg trug ich während Aufhalten in den Jahren 2012, 2013, 2017 und 2024 die Grundlagen für den rechtsvergleichenden Teil zusammen. Am Európa Központ an der Universität Pécs unter der Leitung von Prof. Dr. Szalayné Sándor Erzsébet und Dr. habil. Mohay Ágoston PhD forschte ich während eines längeren Aufenthalts in den Jahren 2013/2014 zum ungarischen Recht. Und in der Bibliothek der Juristischen Fakultät der Universität Basel schrieb ich die Dissertation zu grossen Teilen nieder (2022-2024). Alle drei Bibliotheken boten ein herausragendes Umfeld für juristische Forschung. Ihren Leiterinnen und Leitern sowie den Bibliotheksmitarbeiterinnen und -mitarbeitern schulde ich grossen Dank für ihre zahlreichen Hilfestellungen. Den Kolleginnen und Kollegen an diesen Instituten, die mir auch nach meinen Aufhalten Literatur und Gerichtsurteile aus ausländischen Rechtsordnungen verschafft haben, möchte ich ebenfalls meinen Dank aussprechen. Des Weiteren sei dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht für das Promotionsstipendium während meines Forschungsaufenthalts im Jahr 2013 gedankt. Ganz besonderer Dank gebührt sodann Birgit M. Kraatz, ehem. Italien-Korrespondentin für ZDF, STERN und SPIEGEL, und Rechtsanwalt Michael Nesselhauf, ehem. Richter am Hamburgischen Verfassungsgericht, für ihre überaus grosse Gastfreundschaft in Hamburg.

Für die Finanzierung der Open-Access-Publikation sei sodann dem Schweizerischen Nationalfonds gedankt.

Mein innigster Dank geht an meine Familie: an meine Eltern Rita Hermann und lic. iur., lic. oec. HSG et mag. oec. Urs Hermann, CPhH, für ihre bedingungslose Unterstützung meiner Ausbildung und an meinen Vater zudem für das Lektorat des Manuskripts; an meine Ehefrau Dr. iur. Veronika Hermann für ihre unerschöpfliche Liebe (*örökké és mindig*) und an unsere Kinder Dominik Luzian und Diana Sophia, die so oft auf ihren Dädi verzichten mussten, wenn er wieder «an seinem Buch schrieb», statt mit ihnen Zeit zu verbringen. Ihnen allen sei diese Arbeit von Herzen gewidmet.

Fontana (Val Bavona), 1. Mai 2025

Johannes Lukas Hermann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LXVII

§1 Einführung ins Thema	1
-------------------------------	---

1. Teil: Grundlagen	5
----------------------------------	----------

§2 Abtretung und Abtretungsverbot	7
---	---

§3 Grundsatz der Abtretbarkeit	50
--------------------------------------	----

§4 Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen	52
--	----

2. Teil: Das pactum de non cedendo nach Art. 164 OR	59
--	-----------

§5 Übersicht	61
--------------------	----

§6 Entstehungsgeschichte	62
--------------------------------	----

§7 Vereinbarung	78
-----------------------	----

§8 Zulässigkeit und Schranken	91
-------------------------------------	----

§9 Natur	95
----------------	----

§10 Rechtsfolgen der Abtretung in Verletzung eines pactum de non cedendo	101
---	-----

§11 Bewertung der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo	140
--	-----

3. Teil: Einordnung im System der Unabtretbarkeit von Forderungen	151
--	------------

§12 Übersicht	153
---------------------	-----

§13 Gesetzliche Abtretungsverbote	153
§14 Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses	194
§15 Einordnung im System der Unabtretbarkeit	207

4. Teil: Wirkungen des pactum de non cedendo in ausgewählten Rechtsordnungen und Regelwerken	219
§16 Übersicht	221
§17 Absolute Wirkung	222
§18 Relative Wirkung	237
§19 Rein obligatorische Wirkung	289
§20 Nichtigkeit	328
§21 Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung	337

5. Teil: Das pactum de non cedendo <i>de lege ferenda</i>	353
§22 Einleitung	355
§23 Bewertung der alternativen Regelungsmodelle	356
§24 Vorschlag für eine zeitgemässe Regelung	381

6. Teil: Schlussbetrachtung	415
§25 Fairness des Interessenausgleichs	417

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	LIX
Abkürzungsverzeichnis	LXVII

§1 Einführung ins Thema	1
I. Gegenstand, Anlass und Ziel der Untersuchung	1
II. Methodische Vorgehensweise und Gliederung	3

1. Teil: Grundlagen	5
----------------------------------	----------

§2 Abtretung und Abtretungsverbot	7
I. Abtretung	7
1. Begriff und Wesen der Abtretung	7
2. Voraussetzungen der Abtretung	8
3. Rechtsfolgen der Abtretung	10
4. Begriff der Forderung	10
5. Verfügungsmacht des Zedenten	11
A. Begriff und Wesen der Verfügungsmacht	11
B. Fehlende Verfügungsmacht	11
a) Ursachen fehlender Verfügungsmacht bei der Zession	11
b) Verfügungsbeschränkungen im Besonderen	12
c) Rechtsfolgen fehlender Verfügungsmacht	13
6. Abtretbarkeit der Forderung	14
A. Begriff und Umfang der Abtretbarkeit	14
B. Unabtretbarkeit und Beschränkung der Verfügbarkeit	14
C. Unabtretbarkeit und Beschränkung der Verfügungsmacht ...	15
II. Praktische Bedeutung der Abtretung	15
1. Praxis der forderungsgestützten Finanzierung	15
A. Zessionskredit	17
a) Begriff und Mechanismus	17
b) Praktische Bedeutung	18
c) Abtretungsverbot	20
B. Factoring	20

C. Forfaitierung	21
D. Securitisation (Asset Backed Securities)	23
E. Projektfinanzierung	27
2. Forderungsgestützte Finanzierung und Abtretbarkeit	29
III. Abtretungsverbot	31
1. Rechtliche Einordnung	31
2. Praktische Bedeutung	32
IV. Interessenlage beim pactum de non cedendo	33
1. Übersicht: Die Interessenten	33
2. Die einzelnen Interessen	34
A. Schuldnerinteressen	34
a) Einleitung	34
b) Befreiende Wirkung der Leistung	35
c) Wahrung von Verteidigungsmitteln	37
d) Vermeidung prozessualer Nachteile	38
e) Sicherstellung der Vertragsdurchsetzung	39
f) Vermeidung eines erhöhten Verwaltungsaufwands	40
g) Identität des Gläubigers	41
h) Weitere Schuldnerinteressen	42
i) <i>Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit</i> <i>des Gläubigers</i>	42
ii) <i>Sicherung von Vertriebsbindungen und Schutz</i> <i>des guten Rufs</i>	42
iii) <i>Vermeidung eines grauen Markts für Eintrittskarten</i> ...	43
iv) <i>Preisdifferenzierung</i>	43
v) <i>Diskretion</i>	43
vi) <i>Erschwerung der Anspruchsverfolgung</i>	44
B. Gläubigerinteressen	44
C. Interessen potentieller Zessionare	46
D. Interessen der Gläubiger des Zedenten bzw. des Zessionars	46
E. Interessen der Allgemeinheit	47
a) Verkehrsinteressen	47
b) Interesse an einer effizienten Vermögensverteilung	48
c) Interesse an einer Personalisierung des Schuldverhältnisses	49
<hr/>	
§3 Grundsatz der Abtretbarkeit	50

§4 Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen	52
I. Übersicht	52
II. Nichtigkeit	53
III. Absolute Unwirksamkeit	54
IV. Relative Unwirksamkeit	55

2. Teil: Das pactum de non cedendo nach Art. 164 OR	59
--	----

§5 Übersicht	61
---------------------------	----

§6 Entstehungsgeschichte	62
I. Einleitung	62
II. Das vertragliche Abtretungsverbot in der Zeit vor den Privatrechtskodifikationen	63
III. Kodifikationen vor dem Obligationenrecht von 1881	66
1. Übersicht	66
2. Code civil des français (1804)	67
3. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (1811)	68
4. Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern (1830)	69
5. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1855)	69
6. Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse («Dresdener Entwurf», 1866)	70
7. Ergebnis	72
IV. Obligationenrecht von 1881	73
V. Obligationenrecht von 1911	77

§7 Vereinbarung	78
I. Inhalt	78
II. Parteien	80
III. Form	82
1. Formfreiheit	82
2. Formulierungen	85
A. Umfassendes generelles Abtretungsverbot	85
B. Zustimmungsvorbehalt	86
C. Anzeigevorbehalt	86
D. Beschränkung in personeller Hinsicht	87
E. Beschränkung in gegenständlicher Hinsicht	87
F. Kombination	87

IV. Zeitpunkt	88
V. Aufhebung	89
<hr/>	
§8 Zulässigkeit und Schranken	91
I. Grundsatz der Vertragsfreiheit	91
II. Schranken	92
1. Übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 ZGB)	92
2. Missbräuchliche Berufung auf das Abtretungsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	94
<hr/>	
§9 Natur	95
I. Bisherige Diskussion	95
II. Stellungnahme	99
<hr/>	
§10 Rechtsfolgen der Abtretung in Verletzung eines pactum de non cedendo	101
I. Wirkung des pactum de non cedendo	101
1. Einleitung	101
2. Wirkung und Wirksamkeit	101
3. Unter dem Obligationenrecht von 1881	103
4. Unter dem Obligationenrecht von 1911	106
A. Relative Wirkung	106
B. Absolute Wirkung	108
C. Nichtigkeit der Abtretung?	112
D. Begründung einer Einrede für den Schuldner	113
E. Zusammenfassung	114
5. Stellungnahme	115
A. Einleitung	115
B. Relative Wirkung	116
C. Begründung einer Einrede für den Schuldner	119
D. Absolute Wirkung	123
II. Einverständnis des Schuldners	125
1. Zustimmung	125
2. Genehmigung	126
A. Wirksamkeit der Abtretung	126
B. Zeitpunkt der Wirksamkeit	128

- C. Kollisionsproblematiken 131
 - a) Zwischenzeitlich erworbene Rechte Dritter 131
 - b) Mehrfache abredewidrige Abtretung 132
- D. Zusammenfassung 133
- III. Guter Glaube des Zessionars (Art. 164 Abs. 2 OR) 133**
 - 1. Überblick 133
 - 2. Guter Glaube und Verfügungsmacht 134
 - 3. Ausnahme von Art. 164 Abs. 2 OR 136
- IV. Unwirksame Abtretung als Inkassovollmacht 137**
- V. Haftung des Zedenten gegenüber dem Zessionar 138**
- VI. Fazit: vorrangige Interessen des Schuldners 139**

§11 Bewertung der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo 140

- I. Absolute Wirkung und absolute Unwirksamkeit 140**
 - 1. Absolute Unwirksamkeit im Allgemeinen 140
 - 2. Absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung ... 141
 - A. Im Allgemeinen 141
 - B. Berufung des Schuldners auf das pactum 142
 - C. Berufung der Gläubiger des Zedenten auf das pactum 142
 - D. Berufung des Zedenten auf das pactum 143
- II. Bewertung 143**
 - 1. Vorteile 143
 - 2. Nachteile 144
 - A. Überschüssende Wirkung 144
 - B. Ausschluss der Verkehrsfähigkeit von Forderungen 145
 - C. Problematik der Genehmigung 147
 - D. Schutz verhandlungsmächtiger Schuldner 147
 - 3. Fazit 148

3. Teil: Einordnung im System der Unabtretbarkeit von Forderungen 151

§12 Übersicht 153

§13 Gesetzliche Abtretungsverbote 153

- I. Allgemeines 153**
- II. Abgrenzungen 154**

1.	Gesetzliche Unabtretbarkeit und gesetzliche Unzulässigkeit der Zession	154
2.	Gesetzliche Unabtretbarkeit von Forderungen, anderen Rechten und Schuldverhältnissen im weiteren Sinn	156
III.	Fälle	157
1.	Forderung des Entlehners auf Gebrauch der Leihsache	158
2.	Forderung des Mieters auf Gebrauch der Mietsache	158
3.	Forderung des Pächters auf Nutzung der Pachtsache	160
4.	Nutzniessung	161
5.	Wohnrecht	163
6.	«Andere Dienstbarkeiten»	164
7.	Forderung des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung	166
8.	Vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken	167
9.	Gesetzliche Vorkaufsrechte	168
10.	Ansprüche des Erben aufgrund seiner erbrechtlichen Stellung	170
11.	Mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte des Gesellschafters einer Personengesellschaft	172
12.	Künftige Lohnforderungen des Arbeitnehmers	173
13.	Forderung des Versicherten auf Leistungen aus (obligatorischer) beruflicher Vorsorge	174
14.	Forderung des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen aus (nicht obligatorischer) beruflicher Vorsorge	174
15.	Forderung des Versicherten auf Leistungen aus Sozialversicherungen	175
16.	Stammrecht des Leibrenten gläubigers	176
17.	Forderung des Pfründers auf Unterhalt und Pflege	176
IV.	Analyse der gesetzlichen Abtretungsverbote	178
1.	Übersicht	178
2.	Explizite und implizite Verbote	178
3.	Gründe der gesetzlichen Unabtretbarkeit	180
A.	Persönliche Natur der Forderung	181
B.	Schutzbedürftigkeit des Gläubigers	182
4.	Geschützte Interessen	183
A.	Interessen des Schuldners	183
B.	Interessen des Gläubigers	184
C.	Fazit	184
V.	Rechtsfolgen der verbotswidrigen Abtretung	185
1.	Nichtigkeit	185

- 2. **Abweichende Ansichten** 186
 - A. (Un-)Wirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung 186
 - B. Einverständnis des Schuldners 187
- 3. **Stellungnahme** 188
 - A. (Un-)Wirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung 188
 - B. Einverständnis des Schuldners 190
 - C. Zeitpunkt der Wirksamkeit der genehmigten Abtretung 193
 - D. Berücksichtigung der Unwirksamkeit von Amtes wegen 193
 - E. Zusammenfassung 194

- §14 Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses** 194
 - I. **Allgemeines** 194
 - II. **Fallgruppen** 196
 - 1. Veränderung des Inhalts der Forderung 196
 - 2. Vereitelung oder Gefährdung des Zwecks der Forderung ... 198
 - 3. Verschlechterung der Stellung des Schuldners 201
 - III. **Rechtsfolgen der Abtretung nicht abtretbarer Forderungen** 203
 - 1. Absolute Unwirksamkeit der Abtretung 203
 - 2. Einverständnis des Schuldners 203
 - 3. Berücksichtigung der Unwirksamkeit von Amtes wegen 206
 - 4. Zusammenfassung 207

- §15 Einordnung im System der Unabtretbarkeit** 207
 - I. **Vier Bereiche der Abtretbarkeit von Forderungen** 207
 - II. **Forderungstypen** 209
 - 1. Einleitung 209
 - 2. Dare, facere, praestare 210
 - 3. Positive und negative Obligationen 211
 - 4. Persönliche und sachliche Leistungen 211
 - 5. Geldforderungen und nicht monetäre Forderungen 212
 - 6. Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen
aus bürgerlichen Geschäften 213
 - 7. Einmalige, dauernde und wiederkehrende Leistungen 214
 - 8. Forderungen aus einfachen und aus komplexen
Vertragsverhältnissen 215
 - III. **Ergebnisse** 215
 - 1. Abtretbarkeit und Forderungstyp 215
 - 2. Diskrepanz zwischen Unabtretbarkeit zufolge pactum
de non cedendo und Interesse an Abtretbarkeit 216

4. Teil: Wirkungen des pactum de non cedendo in ausgewählten Rechtsordnungen und Regelwerken	219
§16 Übersicht	221
§17 Absolute Wirkung	222
I. Deutschland (bürgerliche Geschäfte)	223
1. Abtretungsrecht	223
2. Pactum de non cedendo	225
II. Österreich (bürgerliche Geschäfte)	229
1. Abtretungsrecht	229
2. Pactum de non cedendo	230
III. Niederlande	234
1. Nieuw Burgerlijk Wetboek	234
2. Abtretungsrecht	234
3. Pactum de non cedendo	235
4. Fazit	237
§18 Relative Wirkung	237
I. Italien	238
1. Abtretungsrecht	238
2. Pactum de non cedendo	240
3. Fazit	244
II. England und Wales	245
1. Abtretungsrecht	245
A. Legal assignment und equitable assignment	245
B. Assignment by way of security	247
C. Unabtretbare Forderungen	248
2. Pactum de non cedendo	249
A. Case law	249
B. English Contract Code	252
C. Draft Company Security Regulations	252
D. Gesetzliche Einschränkungen des pactum de non cedendo	254
E. Restatement of the English Law of Contract	255
3. Fazit	256
III. Frankreich (bürgerliche Geschäfte)	257
1. Cession de créance	258
A. Abtretungsrecht vor der Schuldrechtsreform	258
B. Abtretungsrecht nach der Schuldrechtsreform	261

2. Pactum de non cedendo	263
A. Vor der Schuldrechtsreform	263
B. Nach der Schuldrechtsreform	266
C. Fazit	268
IV. Code Européen des Contrats (Avant-projet)	269
1. Abtretungsrecht	269
2. Pactum de non cedendo	270
3. Einordnung	270
V. Principles of European Contract Law	271
1. Anwendungsbereich	271
2. Pactum de non cedendo	271
3. Einordnung	274
VI. Deutschland (Handelsgeschäfte)	274
1. § 354a HGB	274
2. Normzweck	275
3. Anwendungsbereich	276
4. Wirkung des pactum de non cedendo	277
5. Fazit	280
VII. Draft Common Frame of Reference	283
1. Abtretungsrecht	283
2. Pactum de non cedendo	284
3. Fazit	288
<hr/>	
§19 Rein obligatorische Wirkung	289
I. UNIDROIT Factoring-Übereinkommen	290
1. Anwendungsbereich	290
2. Pactum de non cedendo	291
3. Einordnung	293
II. UNCITRAL Zessions-Übereinkommen	294
1. Anwendungsbereich	294
2. Abtretungsrecht	295
3. Pactum de non cedendo	296
4. Einordnung	299
III. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ...	299
1. Anwendungsbereich	299
2. Pactum de non cedendo	300
3. Einordnung	302
IV. Vereinigte Staaten von Amerika	303
1. Abtretungsrecht	303

A. Rechtsquellen	303
B. Zession im Allgemeinen	304
C. Sicherungszession	305
D. Abtretbare Forderungen	306
2. Pactum de non cedendo	308
A. Case Law und Restatements	308
B. Art. 2 UCC	312
C. Fazit	313
V. Österreich (Handelsgeschäfte)	313
1. § 1396a ABGB	313
2. Normzweck	314
3. Anwendungsbereich	315
4. Geltungs- und Inhaltskontrolle	315
5. Rein obligatorische Wirkung	316
6. Begrenzung der Rechtsfolgen einer abredewidrigen Abtretung	316
A. Einwendungsausschluss	317
B. Haftung des Zessionars	317
C. Herabsetzung von Konventionalstrafen	318
7. Schuldbefreiende Leistung an den Zedenten	318
8. Fazit	319
VI. Ungarn	320
1. Bürgerliches Gesetzbuch von 2013	320
2. Abtretungsrecht	321
3. Pactum de non cedendo	323
4. Fazit	325
VII. Schweiz (OR 2020)	326
<hr/>	
§20 Nichtigkeit	328
I. Vereinigte Staaten von Amerika (Art. 9 UCC)	329
1. § 9-406 UCC	329
2. Normzweck und Anwendungsbereich	330
3. Nichtigkeit des pactum de non cedendo	331
4. Fazit	332
II. Frankreich (Handelsgeschäfte)	333
1. Code de commerce	333
A. Art. L442-3 Code de commerce	333
B. Normzweck und Anwendungsbereich	333
C. Nichtigkeit des pactum de non cedendo	335

2. Cession Dailly	335
3. Fazit	336
<hr/>	
§21 Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung	337
I. Einleitung	337
II. Übersicht über die unterschiedlichen Lösungen	338
III. Erkenntnisse	340
1. Nationale Rechtsordnungen in Bewegung	340
2. Tendenz zu vermittelnden Lösungen in internationalen Regelwerken	342
3. Tendenz, die Abtretbarkeit von Forderungen zu fördern ...	342
4. Tendenz zu differenzierenden Lösungen	344
5. Erkenntnisse zu einzelnen Regelungsmodellen	346
A. Absolute Wirkung: abweichende Vereinbarung und Auslegung	346
B. Rein obligatorische Wirkung: Beschränkung der schuld- rechtlichen Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung ...	347
C. Nichtigkeit: detaillierte Regelung des Anwendungsbereichs	348
6. Kein Einfluss der allgemeinen Ausgestaltung des Abtretungsrechts auf die Regelung des <i>pactum de</i> <i>non cedendo</i>	348
A. Systematische Einordnung des Abtretungsrechts	349
B. Trennungs- oder Einheitsprinzip	349
C. Abstraktheit oder Kausalität der Abtretung	349
D. Formbedürftigkeit der Abtretung	350
E. Schuldnerbenachrichtigung als Wirksamkeitserfordernis	350
F. Zulässigkeit der Sicherungsabtretung	350
G. Priorität bei Mehrfachabtretung	351
IV. Wahl des Regelungsmodells als rechtspolitische Entscheidung	351
<hr/>	
5. Teil: Das <i>pactum de non cedendo de lege ferenda</i>	353
<hr/>	
§22 Einleitung	355
<hr/>	
§23 Bewertung der alternativen Regelungsmodelle	356
I. Nichtigkeit der abredewidrigen Abtretung	356
II. Relative Wirkung	357
1. Relative Wirkung und relative Unwirksamkeit	357

2.	Relative Unwirksamkeit im Schweizer Recht	357
A.	Übersicht	357
B.	Fälle, in denen die relative Unwirksamkeit diskutiert wird bzw. wurde	358
a)	Eigentumserwerb ohne Besitz	358
b)	Verfügungen des Grundpfandeneigentümers	359
c)	Verfügungen des Betreibungsschuldners	360
d)	Formfreie Abtretung nach Art. 184 aOR	362
e)	Übertragung von Namenaktien ohne Eintrag im Aktienbuch	366
C.	Ergebnisse	367
a)	Aktuell anerkannte Fälle relativer Unwirksamkeit	367
b)	Früher anerkannte Fälle relativer Unwirksamkeit	368
c)	Ansichten in der Literatur	369
d)	Fazit	370
3.	Bewertung der relativen Wirkung	370
A.	Vorteile	370
B.	Nachteile	371
a)	Im Allgemeinen	371
b)	Bei der abredewidrigen Abtretung im Besonderen	373
III.	Begründung einer Einrede für den Schuldner	376
IV.	Rein obligatorische Wirkung	378
V.	Nichtigkeit des pactum de non cedendo	380
<hr/>		
§24	Vorschlag für eine zeitgemässe Regelung	381
I.	Wahl des Regelungsmodells	381
1.	Rein obligatorische Wirkung (Geldforderungen) und absolute Wirkung (Nichtgeldforderungen)	381
2.	Begründung	382
A.	Einleitung	382
B.	Differenzierung zwischen Geldforderungen und nicht monetären Forderungen	382
C.	Rein obligatorische Wirkung (Geldforderungen)	384
D.	Absolute Wirkung (Nichtgeldforderungen)	386
E.	Keine Differenzierung zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften	388
F.	Keine Sonderregelungen für Forderungen aus Finanzdienstleistungsverträgen	390

G. Gutgläubensschutz	392
H. Keine besondere Geltungs- und Inhaltskontrolle	395
I. Keine Möglichkeit zur befreienden Leistung an den Zedenten	396
II. Die vorgeschlagene Neuregelung im Detail	397
1. Normentwurf	397
2. Abtretbarkeit im Allgemeinen (Art. 164)	397
3. Vertragliches Verbot der Abtretung von Geldforderungen (Art. 164^{bis})	398
A. Anwendungsbereich: Geldforderungen	398
B. Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (Abs. 1 und 2)	399
C. Begrenzung der Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung	400
a) Einleitung	400
b) Schadenersatzanspruch des Schuldners (Abs. 2, Satz 1)	401
c) Kein Verrechnungsrecht des Schuldners (Abs. 2, Satz 2)	402
d) Nichtigkeit einer Konventionalstrafe (Abs. 3)	404
e) Zulässigkeit von Schadenspauschalen	406
f) Kein Recht zur Vertragsauflösung (Abs. 4)	407
g) Keine Haftung des Zessionars für blasse Kenntnis des pactum	408
4. Vertragliches Verbot der Abtretung von Nichtgeldforderungen (Art. 164^{ter})	409
A. Anwendungsbereich: nicht monetäre Forderungen	409
B. Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (Abs. 1)	410
C. Schutz des guten Glaubens des Zessionars (Abs. 2)	410
5. Ausbau des abtretungsrechtlichen Schuldnerschutzes	411
A. Einleitung	411
B. Leistung nach Eintreffen der Anzeige und in Unkenntnis derselben	411
C. Unrichtige Anzeige durch eine andere Person als den Zedenten	412
D. Einreden und Einwendungen, die nach Kenntnis der Abtretung begründet werden	413
E. Verrechnung	414
<hr/>	
6. Teil: Schlussbetrachtung	415
<hr/>	
§25 Fairness des Interessenausgleichs	417

Literaturverzeichnis

- Abegg, Mike*, Das Dreiecksverhältnis im Haftpflichtversicherungsrecht, Diss. Zürich 2020, Zürich 2021
- Aicher, Josef*, Zur Wirkung des vertraglichen Zessionsverbotes, in: ÖJZ 1972, S. 309-319
- Allcock, Bob*, Restrictions on the Assignment of Contractual Rights, in: C.L.J. 1983, S. 328-346
- Alte, Timo*, Die Forderungsabtretung bei der Securitisation, Diss. Würzburg 2006, Köln 2006
- Amonn, Kurt / Walther, Fridolin*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013
- Apathy, Peter*
- Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im österreichischen Recht, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 509-540 (zit. Forderungsabtretung)
 - Die Sicherungszession, in: Apathy, Peter / Iro, Gert / Koziol, Helmut (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band IX, Kreditsicherheiten, Teil II, Wien 2012, 5. Kapitel, S. 303-362 (zit. Sicherungszession)
- Artl, Roland*, True Sale Securitisation unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Italien, Diss. Hamburg 2008, Berlin 2009
- Armbrüster, Christian*, §§ 134-138 BGB, in: Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Aufl., München 2021
- Armgardt, Matthias*, Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht, in: RabelsZ 2009, S. 314-335
- Arpagaus, Reto / Stadler, Ralph / Werlen, Thomas (Hrsg.)*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich 2021
- Astone, Francesco*, Art. 1260-1267, in: Rescigno, Pietro (Hrsg.), Codice Civile, Tomo I (Artt. 1-1702), 11. Aufl., Milano 2022

Attenhofer, K.

- Die Bedeutung der Denunciation bei der Cession nach heutigem praktischem Recht, in: ZBJV 1880, S. 305-348; 1881, S. 1-23, 541-595; 1882, S. 157-201
- Der Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationenrechte mit besonderer Berücksichtigung des heutigen gemeinen Rechtes, in: ZSR 1885, S. 185-250; 1886, S. 262-288; 1887, S. 339-377
- Die rechtliche Stellung des Cedenten zum Cessionar bei der Cession nach schweiz. Obligationenrecht, in: ZSR 1889, S. 335-365; 1890, S. 284-326

Aydinonat, Aylin, Nichtabtretungsvereinbarungen und der neue § 1396a ABGB, Wien 2007

Bähr, Otto, Zur Cessionslehre, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1857, S. 351-502

Bär, Hans Peter, Asset Securitisation, die Verbriefung von Finanzaktiven als innovative Finanzierungstechnik und neue Herausforderung für Banken, Diss. Zürich 1997, Bern 1997

Basedow, Jürgen, Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention, in: ZEuP 1997, S. 615-642

Batschwaroff, Alexander, Der Zweitmarkt für Eintrittskarten für Kultur- und Sportveranstaltungen, Eine Analyse aus vertrags- und wertpapierrechtlicher Sicht, Diss. Basel 2022, Basel 2023

Battafarano, Laura, Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsabtretung im deutschen und italienischen Recht, Diss. Mainz 2010, Berlin 2011

Bauer, Astrid, § 354a HGB – eine geglückte gesetzgeberische Lösung eines rechtspolitischen Problems?, Diss. Leipzig 2000, Berlin 2001 (zit. § 354a HGB)

Bauer, Christoph, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Diss. St. Gallen 2010, Zürich 2010 (zit. Parteiwechsel)

Bauhofer, Arthur, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853-55, in: ZSR 1927, S. 1-82

Baukelmann, Peter, Der Ausschluss der Abtretbarkeit von Geldforderungen in AGB – Fragen zu § 354a HGB, in: Pfeiffer, Gerd / Kummer, Joachim / Scheuch, Silke (Hrsg.), FS Hans Erich Brandner, Köln 1996, S. 185-205

- Bazinas, Spiros V.*, Der Beitrag von UNCITRAL zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften über Forderungsabtretungen: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen im internationalen Handel, in: ZEuP 2002, S. 782–803
- Beale, Hugh*, The New Override of Bans on Assignment of Receivables, in: Davies, Paul S. / Raczynska, Magda (Hrsg.), Contents of Commercial Contracts, Terms Affecting Freedoms, Oxford 2022, S. 113–138
- Beale, Hugh / Bridge, Michael / Gullifer, Louise / Lomnicka, Eva*, The Law of Security and Title-Based Financing, 4. Aufl., Oxford 2024
- Beale, Hugh / Gullifer, Louise / Paterson, Sarah*, A case for interfering with freedom of contract? An empirically-informed study of bans on assignment, in: J.B.L. 2016, S. 203–230
- Beatson, Jack / Burrows, Andrew / Cartwright, John*, Anson's Law of Contract, 31. Aufl., Oxford 2020
- Becker, Hermann*
- Art. 1–183 OR, in: Gmür, M. (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI, I. Abteilung, Bern 1917 (zit. 1. Aufl.)
 - Art. 1–183 OR, in: Becker, Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI, I. Abteilung, 2. Aufl., Bern 1941
- Beig, Daphne*, Ende der absoluten Wirkung des Zessionsverbots bei Unternehmensgeschäften, in: ecollex 2005, S. 676 f.
- Bénabent, Alain*, Droit des obligations, 19. Aufl., Paris 2021
- Berger, Bernhard*
- Duty of Confidentiality and its Impact on Asset Securitization in the Banking Business, Analysis of the Relative Law in the U.S. and Switzerland, Bern 2002 (zit. Confidentiality)
 - Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. Schuldrecht)
- Berger, Christian*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Habil. Bayreuth 1996, Tübingen 1998 (zit. Verfügungsbeschränkungen)
- Bianca, Cesare Massimo*, Diritto Civile, vol. IV, l'obbligazione, ristampa aggiornata, Milano 2019
- Bien, Florian / Borghetti, Jean-Sébastien*, Vorwort und Einführung, in: Bien, Florian / Borghetti, Jean-Sébastien (Hrsg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, Tübingen 2018, S. VII–XIV

- BK-[Bearbeiter]*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern, verschiedene Hrsg., Aufl. und Jahrgänge
- Blaise, Jean-Bernard / Desgorces, Richard*, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im französischen Recht, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 245-309
- Blaum, Matthias*, Das Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB und seine Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, Diss. Freiburg i.Br. 1983, Frankfurt a.M. 1983
- Blaurock, Uwe*, Die Factoring-Zession, Überlegungen zum Abtretungsverbot und zur Kollision mit anderen Vorausabtretungen, in: ZHR 1978, S. 325-341
- Bluntschli, Johann Caspar*
- Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 3. Bd., Forderungen und Schulden, Das zürcherische Obligationenrecht, Zürich 1855 (zit. PGB)
 - Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, in: ZVglRWiss 1880, S. 337-358
- Boemle, Max / Gsell, Max / Jetzer, Jean-Pierre / Nyffeler, Paul / Thalmann, Christian*, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002
- Borghetti, Jean-Sébastien*, Vertragsdritte – Forderungsabtretung, Schuld- und Vertragsübernahme nach der Reform des französischen Schuldrechts, in: Bien, Florian / Borghetti, Jean-Sébastien (Hrsg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, Tübingen 2018, S. 199-216
- Bourdeaux, Gautier*, Affacturage international, in: Jurisclasseur Droit bancaire et financier, vol. 3, Fascicule 590, à jour au 1^{er} novembre 2015, Paris 2016
- Bradfield, Graham*, Christie's Law of Contract in South Africa, 7. Aufl., Durban 2016, reprint 2018
- Bridge, Michael*, Chapter 24, Bars on Assignment, in: Bridge, Michael / Gullifer, Louise / Low, Kelvin F. K. / McMeel, Gerard, The Law of Personal Property, 3. Aufl., London 2022, S. 733-771
- Brink, Ulrich*, Art. 5-12 FactÜ, in: Drescher, Ingo / Fleischer, Holger / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 6, Bankvertragsrecht, Recht des Zahlungsverkehrs, Kapitalmarkt- und Wertpapiergeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring, 5. Aufl., München 2024

- Bruns, Alexander*, Die Dogmatik rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote im Lichte des § 354a HGB und der UNIDROIT Factoringkonvention, in: WM 2000, S. 505-514
- BSK ATSG-[Bearbeiter]*, in: Frésard-Fellay, Ghislaine / Klett, Barbara / Leuzinger, Susanne (Hrsg.), Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Basel 2025
- BSK ORI-[Bearbeiter]*, in: Widmer Lüchinger, Corinne / Oser, David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020
- BSK SchKG-[Bearbeiter]*, in: Staehelin, Daniel / Bauer, Thomas / Lorandi, Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I und II, 3. Aufl., Basel 2021
- BSK Wertpapierrecht-[Bearbeiter]*, in: Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a-108d IPRG, Basel 2012
- BSK ZGB I-[Bearbeiter]*, in: Geiser, Thomas / Fountoulakis, Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022
- BSK ZGB II-[Bearbeiter]*, in: Geiser, Thomas / Wolf, Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023
- Bucher, Eugen*
- Kreditsicherung durch Zession?, in: Probleme der Kreditsicherung, Bern 1982, S. 9-24 (zit. Kreditsicherung)
 - Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- Bühler, Theodor*, Geschichte des schweizerischen Obligationenrechts, Allgemeiner Teil, Zürich 2023
- Buholzer, René P. / Haigner, Stefan D. / Jenewein, Stefan / Schneider, Friedrich*, Wie der Traum vom Haus die Welt bedrohte, Die Finanz- und Schuldenkrise in 57 Stichworten und Schaubildern, Wien 2014
- Bürgi, Johannes A. / Moskriz, Elisabeth*, Asset-Backed Securitisation in der Schweiz, in: Reutter, Thomas / Werlen, Thomas (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen VIII, Zürich 2014, S. 165-205

- Burrows, Andrew*, A Restatement of the English Law of Contract, 2. Aufl., Oxford 2020
- Busche, Jan*, §§ 398–413 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432, Neubearbeitung 2022, Berlin 2022
- Büsser, Andres / Hotz, Reinhold*, Vorbemerkungen zu Art. 42–46, in: Das bürgerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011
- Buxbaum, Richard M. / Crawford, James E. / Singhof, Bernd*, Neue Entwicklungen im Bereich der Forderungsabtretung zu Sicherungszwecken in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 791–865
- Bydlinski, Franz*, Zessionsverbot und Vertragsauslegung, in: Honsell, Heinrich / Zäch, Roger / Hasenböhler, Franz / Harrer, Friedrich / Rhinow, René (Hrsg.), Privatrecht und Methode, FS Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 121–140
- Bydlinski, Peter*, Die Sittenwidrigkeit des Ausschlusses der Forderungsabtretung, in: ÖBA 1995, S. 850–859
- Bydlinski, Peter / Vollmaier, Peter*, Die gesetzliche Entschärfung vertraglicher Abtretungsverbote und Abtretungsausschlüsse (§ 1396a ABGB), in: JBl 2006, S. 205–232
- Cabrillac, Michel*, Cession de créances professionnelles (Com. 21 nov. 2000, Ste Clemessy c/ Scalbert Dupont), in: RTD com. 2001, S. 203
- Caeiro, António / Azevedo Maia, Pedro*, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im portugiesischen Recht, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 541–566
- Canaris, Claus-Wilhelm*
- Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, in: Huber, Ulrich / Jayme, Erik (Hrsg.), FS Rolf Serick, Heidelberg 1992, S. 9–35 (zit. FS Serick)
 - Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006 (zit. Handelsrecht)

- Carl, Michael H.*, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in England, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 197-212
- Chantepie, Gaël / Latina, Mathias*, Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 3. Aufl., Paris 2024
- Chappuis, Christiane / Marchand, Sylvain / Meakin, Ian*, Clauses standard / Boiler Plate Clauses, in: Marchand, Sylvain / Chappuis, Christine / Hirsch, Laurent (Hrsg.), Recueil de contrats commerciaux, Basel 2013, S. 7-49
- Chénéde, François*
- La cession de créance, in: Forti, Valerio / Andreu, Lionel (Hrsg.), Le nouveau régime général des obligations, Paris 2016, S. 89-97 (zit. cession de créance)
 - Droit des obligations et des contrats, 3. Aufl., Paris 2023 (zit. droit des obligations)
- CHK-[Bearbeiter]*
- in: Arnet, Ruth / Breitschmied, Peter / Jungo, Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Zürich 2023
 - in: Atamer, Yeşim M. / Furrer, Andreas (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 4. Aufl., Zürich 2023
- Chonkov, Borislav*, Die internationale Projektfinanzierung, Rechtsdogmatische Untersuchung eines Finanzierungsmodells sui generis unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und deutschen Rechts, Diss. Zürich 2005, Zürich 2006
- Chorus, Jeroen M.J.*, Chapter 9, Law of Property, in: van den Herik, Larissa / Hondius, Ewoud / Voermans, Wim (Hrsg.), Introduction to Dutch Law, 6. Aufl., Alphen aan den Rijn 2022, S. 201-239
- Clive, Eric*, Multiparty-relationships in the DCFR, in: Sagaert, Vincent / Storme, Matthias / Terryn, Evelyne (Hrsg.), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives, Cambridge 2012, S. 135-146
- Couchepin, Gaspard*, Les peines conventionnelles, Etude approfondie de la clause pénale en droit suisse, d'institutions voisines et notions de droit comparé, Basel 2024

- CR CO I-[Bearbeiter]*, in: Thévenoz, Luc / Werro, Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Teilband 1 und 2, 3. Aufl., Basel 2021
- CRLP-[Bearbeiter]*, in: Dallèves, Louis / Foëx, Bénédicte / Jeandin, Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Art. 1-336 LP, Art. 166-175 LDIP, Basel 2005
- Cranston, Ross / Avgouleas, Emiliós / van Zwieten, Kristin / Hare, Christopher / van Sante, Theodor*, Principles of banking law, 3. Aufl., Oxford 2017
- Crocq, Pierre*
- L'inefficacité des limitations conventionnelles de la cession Dailly (Com. 21 nov. 2000, Bull. civ. IV, n° 180 [...]), in: RTD civ. 2001, S. 933
 - L'efficacité temporairement retrouvée des limitations conventionnelles de la cession Dailly (Com. 22 oct. 2002, n° 99-14.793), in: RTD civ. 2003, S. 129-130
- Curran, Lisa*, Italy, in: Sigman, Harry C. / Kieninger, Eva-Maria (Hrsg.), Cross-Border Security over Receivables, München 2009, S. 255-266
- Day, William*, Non-Assignment Clauses – The Statutory Solution, in: L.Q.R. 2019, S. 205-209
- de Gottrau, Nicolas*, Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire, in: Iynedjian, Nicolas (Hrsg.), Sûretés et garanties bancaires, Lausanne 1997, S. 173-257
- Degenkolb, H.*, Zu Artikel 184 und Artikel 191 des schweizerischen Obligationenrechts, Die formlose Abtretung ein pactum de cedendo? Das pactum de cedendo ein Vorvertrag?, in: ZSR 1891, S. 257-310
- Denck, Johannes*, Die Relativität im Privatrecht, in: JuS 1981, S. 9-14
- Dernburg, Heinrich*, Pandekten, 2. Bd., Obligationenrecht, 5. Aufl., Berlin 1897
- Des Gouttes, René*, Abtretung von Forderungen, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 704, 1969
- Deschenaux, Henri*, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/3, I, Das Grundbuch, Erste Abteilung, Basel 1988
- Deshayes, Olivier / Genicon, Thomas / Laithier, Yves-Marie*, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, 2. Aufl., Paris 2018

- Deuber, Andreas*, Rechtliche Aspekte der Forfaitierung, Diss. St. Gallen 1993, Bern 1993
- Diehl-Leistner, Barbara A.*, Internationales Factoring, Eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und der USA unter Einschluß der UNIDROIT-Konvention über das Internationale Factoring (1988), Diss. Augsburg 1991, München 1992
- Dölemeyer, Barbara*, Nationale Rechtsvereinheitlichung, in: Coing, Helmut (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Bd., Das 19. Jahrhundert, 2. Teilband, Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, München 1982, S. 1961-2029
- Dolmetta, Aldo Angelo*, Cessione dei crediti, in: Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Bd. II, Torino 1988, S. 285-338
- Dolmetta, Aldo Angelo/Portale, Giuseppe B.*, Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in Italien, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 339-392
- Dörner, Heinrich*, Dynamische Relativität, Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, Habil. München 1982/1983, München 1985
- Drobnig, Ulrich*, Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?, Gutachten F für den 51. Deutschen Juristentag, München 1976
- Eidenmüller, Horst*, Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, in: AcP 2004, S. 457-501
- Enchelmaier, Stefan*, Übertragung und Belastung unkörperlicher Gegenstände im deutschen und englischen Privatrecht, Habil. München 2011/2012, Tübingen 2014
- Engel, Pierre*, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997
- Ertl, Gunter*, §§ 1392-1399 ABGB, in: Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 3. Teil, 3. Aufl., Wien 2002
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8. Aufl., Heidelberg 2000

- Eugster, Richard*, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883, Diss. Zürich 1925, Weida i.Thür. 1926
- Fages, Bertrand*, Droit des obligations, 13. Aufl., Paris 2023
- Farnsworth, E. Allan*, Farnsworth on Contracts, vol. III, 3. Aufl., New York 2004
- Fässler, Benedikt*, Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 2010, Zürich 2010
- Fellmann, Walter*, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017
- Fick, F.*, Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Titel 1-22, mit leicht faßlichen Erläuterungen, Zürich 1915
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl., Berlin 2022
- Fischinger, Philipp S./Hengstberger, Silas*, § 134 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-138, ProStG, Neubearbeitung 2024, Berlin 2024
- Fleiner, Suzanne*, Asset-Backed Securitization, Analysis of the Special Purpose Entity Structure under the Legal Systems of Switzerland and of the United States of America, Diss. Zürich 2007, Zürich 2007
- Floyd, Tomas*, Cession, in: Hutchison, Dale/Pretorius, Chris (Hrsg.), The Law of Contract in South Africa, 3. Aufl., Cape Town, 2017, S. 365-386
- Foëx, Bénédicte*
- La nouvelle réglementation des droits de préemption, d’emption et de réméré dans le CC/CO, in: SJ 1994, S. 381-416
 - Le contrat de gage mobilier, Basel 1997 (zit. contrat de gage mobilier)
 - Quelques questions pratiques relatives aux droits de préemption du CC/CO, in: ZBGR 2007, S. 1-20
- François, Jérôme*, Les obligations, Régime général, 6. Aufl., Paris 2022
- Furmston, Michael P.*, Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract, 17. Aufl., Oxford 2017
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus*, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018
- Gabler*, Gabler Wirtschaftslexikon, 19. Aufl., 6 Bde., Wiesbaden 2019

Galgano, Francesco

- *Diritto privato*, 18. Aufl., Milano 2019 (zit. *Diritto privato*)
- *Trattato di diritto civile*, vol. 2, *Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, 3. Aufl., Padova 2015/Nachdruck Milano 2020 (zit. *Trattato*)

Gandolfi, Giuseppe, Académie des Privatistes Européens, Code Européen des Contrats, Avant-projet, Livre premier, Coordinateur Gandolfi, Giuseppe, Edition de poche revue et corrigée, Milano 2004

Ganter, Hans Gerhard, § 75 Sicherungsabtretung, in: Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, Band II, 6. Aufl., München 2022

Gárdos, Péter

- *A Polgári Törvénykönyv*, Ptk. 1959 – Ptk. 2013, Gt. 2006 – Ptk. 2013, Csjt. 1952 – Ptk. 2013, *Polgári jogi jogszabályok változásai*, Budapest 2013 (zit. *változások*)
- §§ 6:193-6:201 Ptk., in: Vékás, Lajos/Gárdos, Péter (Hrsg.), *Nagykommentár a Polgári Törvénykönyvhöz*, Bd. 2, Budapest 2020, S. 1828-1859 (zit. *Ptk.*)

Gauch, Peter, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2019

Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Jäggi, Peter, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Band II, 4. Aufl., Zürich 1987

Gauch, Peter/Schluep, Walter/Emmenegger, Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich 2020

Gauch, Peter/Schluep, Walter/Schmid, Jörg, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020

Gauch, Peter/Schluep, Walter/Tercier, Pierre, *La partie générale du droit des obligations*, tome II, réimpression, Zürich 1980

Gellner, Otto, *Das vertragsmäßige Zessionsverbot, seine Wirkungen und wirtschaftlichen Funktionen*, in: ZBl 1913, S. 1-12

Gijssbers, Charles, *Le nouveau visage de la cession de créance*, in: *Droit & Patrimoine* n° 260 (2016), S. 48-55

Gilliéron, Pierre-Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, 5 vol., Lausanne 1999-2003

Gilmore, Grant, *Security Interests in Personal Property*, vol. I, Boston 1965

Girsberger, Daniel / Hermann, Johannes Lukas

- Reformbedarf beim pactum de non cedendo?, Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Wirtschaftspraxis, in: Lorandi, Franco / Staehelin, Daniel (Hrsg.), *Innovatives Recht*, FS Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 319–337 (zit. FS Schwander)
- Art. 163–177 OR 2020, in: Huguenin, Claire / Hilty, Reto M. (Hrsg.), *Schweizer Obligationenrecht 2020*, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013 (zit. OR 2020)
- Art. 164–174 OR, in: Widmer Lüchinger, Corinne / Oser, David (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK-GIRSBERGER/HERMANN)

Gócza, Éva (Hrsg.), Polgári Törvénykönyv, Bürgerliches Gesetzbuch, Budapest 2013

Goergen, Ute, Das Pactum de non cedendo, Diss. Münster 1998, Baden-Baden 2000

Goode, Roy

- Inalienable Rights?, in: M.L.R. 1979, S. 553–557
- Contractual Prohibitions against Assignment, in: L.M.C.L.Q. 2009, S. 300–318

Goode, Roy / McKendrick, Ewan, *Goode and McKendrick on Commercial Law*, 6. Aufl., London 2020

Graham-Siegenthaler, Barbara, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, Eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung, Habil. Zürich 2003, Bern 2005

Grau, Nadine, *Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr*, Diss. Köln 2004, Baden-Baden 2005

Grundmann, Stefan / Renner, Moritz, *Vertrag und Dritter – zwischen Privatrecht und Regulierung*, in: JZ 2013, S. 379–389

Grüneberg, Christian, §§ 398–413 BGB, in: *Grüneberg, Beck'sche Kurz-Kommentare*, Bd. 7, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Aufl., München 2025

Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER)

Gullifer, Louise, *Should Clauses Prohibiting Assignment be Overridden by Statute?*, in: *Gullifer, Louise / Akseli, Orkun (Hrsg.)*, *Secured Transactions Law Reform*, Oxford 2016, S. 319–336

Haberstich, J., Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Allgemeiner Theil, Zürich 1884

Hadding, Walther / van Look, Franz, Vertraglicher Abtretungsausschluss, Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, in: WM Sonderbeilage Nr. 7/1988, S. 1-20

Hafner, H.

- Das Schweizerische Obligationenrecht, Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister, Zürich 1883 (zit. 1. Aufl. 1883)
- Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 2. Aufl., Zürich 1905 (zit. 2. Aufl. 1905)

Hagedorn, Axel / Tervoort, Adrianus, Niederländisches Wirtschaftsrecht, Frankfurt a.M. 2017

Handelsblatt, Handelsblatt Wirtschafts-Lexikon, Das Wissen der Betriebswirtschaftslehre, 12 Bde., Stuttgart 2006

Hattenhauer, Christian

- Aktuelles zum pactum de non cedendo, Deutsche Dogmatik und internationale Entwicklungen, in: Saar, Stefan Chr. / Roth, Andreas / Hattenhauer, Christian (Hrsg.), Recht als Erbe und Aufgabe, FS Heinz Holzhauser, Berlin 2005, S. 549-561 (zit. FS Holzhauser)
- §§ 398-413. Übertragung einer Forderung, in: Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband, §§ 305-432, Tübingen 2007 (zit. HKK)

Hausheer, Heinz / Aebi-Müller, Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020

Häusler, Christoph, Das UNIDROIT Übereinkommen über internationales Factoring (Ottawa 1988) unter besonderer Berücksichtigung seiner Anwendbarkeit, Diss. Regensburg 1997, Frankfurt a.M. 1998

Hausmann, Rainer

- Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO, Internationales Factoring, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 11-29 Rom I-VO, Art. 46b-d EGBGB, Verfahrensrecht für internationale Verträge, Neubearbeitung 2021, Berlin 2021 (zit. Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO)
- Anh. III zu Art. 14 Rom I-VO, UN-Übereinkommen über die Forderungsabtretung im Internationalen Handel von 2001, in: J. von Staudingers

- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 11-29 Rom I-VO, Art. 46b-d EGBGB, Verfahrensrecht für internationale Verträge, Neubearbeitung 2021, Berlin 2021 (zit. Anh. III zu Art. 14 Rom I-VO)
- Heer, Philipp E.*, Die Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken zu Refinanzierungszwecken, Eine Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Diss. Frankfurt a.M. 2010, Baden-Baden 2011
- Heidinger, Albert*, §§ 1392-1399 ABGB, in: Kodek, Georg/Schwimann, Michael (Hrsg.), ABGB, Praxiskommentar, Bd. 6, 4. Aufl., Wien 2016
- Heinrich, Peter*, Die Untermiete, Diss. Zürich 1999, Zürich 1999
- Heinz, Marx*, Das dingliche Wohnrecht, Diss. Bern 1969, Bern 1970
- Heisch, Martin*, Abtretungsmodelle im Zivilprozess, Die gebündelte Anspruchsdurchsetzung mittels Inkassoession, objektiver Klagenhäufung und Prozessfinanzierung, Diss. Zürich 2021, Zürich 2022
- Hofmann, Kurt*, Absolute Wirkung des Zessionsverbotes?, in: ÖBA 1995, S. 919-926
- Holzner, Christian*, Weiterhin: Drittwirksamkeit vertraglicher «Abtretungsverbote», in: JBl 1998, S. 495-504
- Hoop, Gerold*, Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots, Die vermögensrechtliche Konzeption ausgewählter naturrechtlicher und pandektistischer Kodifikationen und deren Verflechtung (ABGB, ALR, CC, ZGB, Liechtenstein), Diss. Innsbruck 1991, Berlin 1992
- Huber, Eugen*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, 4. Bd., Basel 1893
- Huc, Théophile*, Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances, tome premier, Paris 1891
- Huguenin, Claire*, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019
- Huguenin, Claire/Hilty, Reto M.*, Einleitung vor Art. 1 ff., in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013

Hurni, Christoph, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Vergleichende Studie zu einem neuen Institut des Fusionsgesetzes, Diss. Bern 2007, Zürich 2008

Hurni, Christoph / Bank, Isabelle, Art. 164-174 OR, in: Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc / Fankhauser, Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar OR, 4. Aufl., Zürich 2023

Huwiler, Bruno

- Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der vermögensrechtlichen Lehren, Diss. Zürich 1974, Zürich 1975 (zit. Diss.)
- Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1881, in: Caroni, Pio (Hrsg.), Das Obligationenrecht 1883-1983, Bern 1984, S. 209-276 (zit. Begriff und Rechtswirkung)
- Quellenbuch zur Privatrechtsgeschichte, Bd. I und II, 10. Aufl., 2011 (zit. Quellenbuch)

Inderbitzin, Ernst, Grundriss des Zessionsrechtes der USA, Aus der Sicht der Schweiz, Diss. Zürich 1986, Zürich 1988

Iro, Gert

- Das Factoringgeschäft, in: Apathy, Peter / Iro, Gert / Koziol, Helmut (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band VII: Leasing, Factoring und Forfaitierung, 2. Aufl., Wien 2015, 2. Kapitel, S. 217-331 (zit. Factoringgeschäft)
- Das Forfaitinggeschäft, in: Apathy, Peter / Iro, Gert / Koziol, Helmut (Hrsg.), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band VII: Leasing, Factoring und Forfaitierung, 2. Aufl., Wien 2015, 3. Kapitel, S. 333-375 (zit. Forfaitinggeschäft)

Iscru, Constantin Aurel, Protection of Debtors on Assignment under English and French Law and the Principles of European Contract Law, master thesis Oxford 2008

Jaeger, Carl / Walder, Hans Ulrich / Kull, Thomas M. / Kottmann, Martin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 89-158, 5. Aufl., Zürich 2006; Bd. II, Art. 159-292, 4. Aufl., Zürich 1997/1999; Bd. III, Art. 293-352, 4. Aufl., Zürich 1997/2001

Jansen, Nils, Art. 11:101 bis 11:401 PECL, in: Jansen, Nils / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, S. 1626-1727

- Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard*, General Introduction, European Contract Laws: Foundations, Commentaries, Synthesis, in: Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, S. 1-18
- Jeanprêtre, Raymond*, La cession de salaire, in: SJZ 1967, S. 17-24, 37-39
- Jon, Woo-Jung*, A Comparative Analysis of the Regulations on Anti-assignment Clauses, in: Kor. U. L. Rev. 2010, S. 93-121
- Julienne, Maxime*
- Cession de créance: transfert d'un bien ou changement de créancier?, in: Droit & Patrimoine n° 249 (2015), S. 69-72
 - Le régime général des obligations après la réforme, 4. Aufl., Paris 2022
- Jung, Peter*, Handelsrecht, 13. Aufl., München 2023
- Kaller, Maria*, Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität, Diss. Wien 2007, Wien 2007
- Kämper, Lukas*
- Forderungsbegriff und Zession, Geschichte und Dogmatik der Abtretung in Frankreich und Deutschland, Diss. Münster 2018, Tübingen 2019 (zit. Diss.)
 - L'incessibilité conventionnelle de la créance et la réforme de 2016, in: R.I.D.C. 2018, S. 945-963
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021
- Kaufmann, Thomas*, Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung, Unter besonderer Berücksichtigung von Mortgage-backed Securities, Diss. Zürich 2005, Zürich 2005
- Keller, Max/Schöbi, Christian*
- Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988 (zit. Bd. I)
 - Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel 1984 (zit. Bd. IV)
- Kern, Christoph*, Die Sicherheit gedeckter Wertpapiere, Diss. Freiburg i.Br. 2004, Tübingen 2004

Kieninger, Eva-Maria

- Das Abtretungsrecht des DCFR, in: ZEuP 2010, S. 724–746
- § 17 Kreditsicherheiten im grenzüberschreitenden Verkehr, Rechtsangleichung und Harmonisierung, in: Lwowski, Hans-Jürgen / Fischer, Gero / Gehrlein, Markus (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl., Berlin 2018, S. 968–1048 (zit. Kreditsicherheiten)
- Art. 5–12 FactÜ, in: Ferrari, Franco / Kieninger, Eva-Maria / Mankowski, Peter / Otte, Karsten / Saenger, Ingo / Schulze, Götz / Staudinger, Ansgar (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO · CISG · CMR · FactÜ, Kommentar, 3. Aufl., München 2018 (zit. Art. 6 FactÜ)
- Die Forderungsabtretung – Eine Würdigung des neuen französischen Rechts vor dem Hintergrund des deutschen Rechts und der Principles of European Contract Law, in: Bien, Florian / Borghetti, Jean-Sébastien (Hrsg.), Die Reform des französischen Vertragsrechts, Tübingen 2018, S. 217–228 (zit. Forderungsabtretung)
- §§ 398–413 BGB, in: Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 9. Aufl., München 2022 (zit. MüKo-KIENINGER)
- § 20 Eigentumsvorbehalt, in: Gehrlein, Markus / Graewe, Daniel / Wittig, Judith (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 11. Aufl., Berlin 2023, S. 1093–1128 (zit. Eigentumsvorbehalt)

Kieninger, Eva-Maria/Schütze, Elisabeth, Neue Chancen für internationale Finanzierungsgeschäfte: Die UN-Abtretungskonvention, in: ZIP 2003, S. 2181–2185

Kirsch, Daniela, Public Private Partnership, Eine empirische Untersuchung der kooperativen Handlungsstrategien in Projekten der Flächenerschließung und Immobilienentwicklung, Diss. Saarbrücken 1997, Köln 1999

Kisfaludi, András, Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code, in: ELTE LJ 2014/2, S. 109–122

Klarer, Heinz, Die Globalzession von Debitorenforderungen als wirksames und notwendiges Sicherungsmittel und ihre Behandlung im Konkurs, in: SJZ 1998, S. 354–357

Klein, Rebecca, Vertragliche Abtretungsverbote im multilateralen Rechtsvergleich, Diss. Konstanz 2021, Tübingen 2022

Kleinheisterkamp, Jan, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Tübingen 2009, S. 1547–1551

Kohler, Jürgen, §§ 135-137 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-138, ProstG, Neubearbeitung 2024, Berlin 2024

Koller, Alfred

- *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, in: Brem, Ernst / Druey, Jean Nicolas / Kramer, Ernst A. / Schwander, Ivo (Hrsg.), FS Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 323-331 (zit. FS Pedrazzini)
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. Aufl., Bern 2023
- Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992

Kötz, Hein

- Europäisches Vertragsrecht, Bd. I, Tübingen 1996 (zit. Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl.)
- Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2015 (zit. Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl.)
- Chapter 13, Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment, in: von Mehren, Arthur T. (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII, Contracts in General, Part 2, Tübingen 2008, (zit. Rights of Third Parties)
- Abtretung, in: Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Tübingen 2009, S. 9-12 (zit. Abtretung)
- Vertragsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2012 (zit. Vertragsrecht)

Koziol, Helmut, Das vertragliche Abtretungsverbot, in: JBl 1980, S. 113-125

Kramer, Ernst A. / Arnet, Ruth, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024

Kramer, Ernst A. / Probst, Thomas, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Basel 2025

Kramme, Malte Friedrich, Der Konflikt zwischen dem Bankgeheimnis und Refinanzierungsabtretungen, Diss. Bayreuth 2012/13, Tübingen 2014

Kratzsch, Susanne

- Internationales Industriebeschäft, in: Rieder, Markus S. / Schütze, Rolf A. / Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2, Wirtschaftsrecht I, 8. Aufl., München 2020 (zit. Bd. 2)
- Internationales Industriebeschäft, in: Schütze, Rolf A. / Weipert, Lutz / Rieder, Markus S. (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, Wirtschaftsrecht III, 8. Aufl., München 2018 (zit. Bd. 4)

- Krauskopf, Frédéric*, Art. 164-174 OR, in: Gauch, Peter / Stöckli, Hubert (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2023), 11. Aufl., Zürich 2025
- Kroll, Markus*, Securitisation in der Schweiz, in: Nobel, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 7, Bern 1999, S. 173-185
- Kropf, Christian*, Public Private Partnership-Finanzierungen, in: Kümpel, Siegfried / Müllbert, Peter O. / Früh, Andreas / Seyfried, Thorsten (Hrsg.), Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 7. Aufl., Köln 2025, Rz. 6.236-6.254
- Kuhn, Hans*
- Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011 (zit. Kreditsicherungsrecht, 1. Aufl.)
 - Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. Kreditsicherungsrecht)
 - Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht, in: SZW 2002, S. 129-142
 - Die Modernisierung des schweizerischen Abtretungsrechts – Bemerkungen zum Zessionsrecht im OR 2020, in: SZW 2015, S. 351-374
 - The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions – a Swiss Perspective, in: Foëx, Bénédicte (Hrsg.), The Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Why and how?, Genf 2016, S. 61-89 (zit. Secured Transactions)
 - Vertrauen, Kredit und Kreditsicherheiten, in: SZW 2017, S. 792-809
- KUKO OR-[Bearbeiter]*, in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014
- KUKO SchKG-[Bearbeiter]*, in: Hunkeler, Daniel (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 3. Aufl., Basel 2025
- Labonté, Hendric*, Forderungsabtretung International, Art. 14 Rom I-Verordnung und seine Reform, Diss. Bonn 2015, Tübingen 2016
- Lando, Ole / Beale, Hugh* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague 2000
- Lando, Ole / Clive, Eric / Prüm, André / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, The Hague 2003
- Landrove, Juan Carlos*, Assignment and Arbitration, A Comparative Study, Diss. Luzern 2008, Zürich 2009

Langenbucher, Katja, § 354a HGB, in: Drescher, Ingo / Fleischer, Holger / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 6. Aufl., München 2025

Laporte, Claude, La titrisation d'actifs en Suisse, Asset-Backed Securitisation, Diss. Genf 2004, Genf 2005

Lardelli, Flavio, Art. 164-174 OR, in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014

Larenz, Karl

- Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 1972 (zit. AT BGB, 2. Aufl.)
- Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989 (zit. AT BGB, 7. Aufl.)
- Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (zit. Schuldrecht)

Leavy, James, France, in: Sigman, Harry C. / Kieninger, Eva-Maria (Hrsg.), Cross-Border Security over Receivables, München 2009, S. 123-146

Lettl, Tobias, Die Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung trotz wirksamen Abtretungsverbots nach § 354a HGB, in: JA 2010, S. 109-113

Leyens, Patrick C., § 354a HGB, in: Hopt, Klaus J., Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 9, Handelsgesetzbuch, 44. Aufl., München 2025

Licari, François-Xavier, L'incessibilité conventionnelle de la créance (Le pactum de non cedendo, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques), in: Rev. jur. com. 2002, S. 66-84, 101-107

Lieder, Jan, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, Tübingen 2015

Liew, Ying Khai, Guest on the Law of Assignment, 4. Aufl., London 2021

Liver, Peter, Das Eigentum, in: SPR V/1, Basel 1977, S. 1-401

Lord, Richard A., Williston on Contracts, vol. 29, 4. Aufl., Eagan 2003, May 2024 Update (zit. Williston/LORD)

Lukas, Meinhard

- Auf dem Weg zu einem internationalen Zessionsrecht?, Bemerkungen zur «UNCITRAL Draft Convention on Assignment ...» aus österreichischer Sicht, in: ÖBA 2000, S. 501-518

- Das vertragliche Zessionsverbot de lege ferenda, in: ÖBA 2004, S. 755-765
- (Neu-)Regelung des Zessionsverbots, in: ÖBA 2005, S. 703-709

Lukas, Meinhard / Geroldinger, Andreas, §§ 1392-1399 ABGB, in: Kletečka, Andreas / Schauer, Martin (Hrsg.), ABGB-ON, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 50. Update (Stand 15.04.2024), Wien 2010

Lüke, Wolfgang, Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot, in: JuS 1992, S. 114-116

Lurger, Brigitta, Assignment, in: Smits, Jan M. / Husa, Jaakko / Valcke Catherine / Narciso, Madalena (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 3. Aufl., vol. 1, Cheltenham 2023, S. 152-162

MacMahon, Paul

- Contract Law's Transferability Bias, in: Ind.L.J. 2020, S. 485-531
- Rethinking Assignability, in: C.L.J. 2020, S. 288-314

Malaurie, Philippe / Aynès, Laurent / Stoffel-Munck, Philippe, Droit des obligations, 12. Aufl., Paris 2022

Marchand, Sylvain, Les stipulations codifiées du droit suisse, Basel 2023

Martin, Alfred, De la défense d'aliéner, in: ZSR 1923, S. 1-21

Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, Band I, Leasing und Factoring, München 1991

Martino, Marco, La cessione del credito con causa di garanzia, Pisa 2021

Maruyama, Eike, Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in Japan, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1986, S. 229-242

Maultzsch, Felix

- Rechtspolitische Grundfragen und Anwendungsprobleme des § 354a HGB, in: Siekmann, Helmut (Hrsg.), FS Theodor Baums, Bd. II, Tübingen 2017, S. 787-803 (zit. FS Baums)
- § 354a HGB, in: Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., München 2024 (zit. § 354a HGB)

Mazza, Francesca, Art. 9.1.1-9.3.7 PICC, in: Vogenauer, Stefan (Hrsg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., Oxford 2015

- McCormack, Gerard*, Debts and non-assignment clauses, in: J.B.L. 2000, S. 422-445
- McFarlane, Ben*, Chapter 23, Assignment and Novation, in: Beale, Hugh G. (Hrsg.), Chitty on Contracts, vol. I, General Principles, 35. Aufl., London 2023
- McGregor, Harvey*, Contract Code, Drawn up on behalf of the English Law Commission, Milano 1993
- Meier-Hayoz, Arthur / Forstmoser, Peter*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023
- Meier-Hayoz, Arthur / von der Crone, Hans Caspar*, Wertpapierrecht, 3. Aufl., Bern 2018
- Menyhárd, Attila*, §§ 6:193-6:201 Ptk., in: Osztoivits, András (Hrsg.), A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja, Bd. III, Budapest 2014, S. 468-481
- Mignot, Marc*, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), in: Petites affiches 2016, n° 83, S. 6-15
- Milo, John M.*, Art. 11:101-104, Art. 11:201-204 PECL, in: Busch, Danny / Hondius, Ewoud / van Kooten, Hugo / Schelhaas, Harriët (Hrsg.), The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law, A Commentary, Bd. 2, The Hague 2006, S. 83-86, 98 f.
- Mittendorfer, Franz*, PPP und Vertragsrecht: Grundsätzliches und ausgewählte vertragsrechtliche Fragen, in: Mittendorfer, Franz / Weber, Stefan (Hrsg.), Public Private Partnerships, Gestaltung aus ökonomischer und juristischer Sicht, Wien 2004, S. 103-128
- Moskric, Elisabeth / Bürgi, Johannes*, Facetten des Zessionsrechts, Überblick über ausgewählte Rechtsaspekte der Zession unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendung im Finanzierungsbereich, in: Jusletter 13. September 2021
- Mühlenbruch, Christian Friedrich*, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts, 3. Aufl., Greifswald 1836
- Müller, Christoph*, Swiss Contract Law in International Commercial Arbitration, Cambridge 2023

Müller-Chen, Markus

- Internationales Factoring, in: BJM 1999, S. 177-206
- Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr, in: Schwenger, Ingeborg / Hager, Günter (Hrsg.), FS Peter Schlechtriem, Tübingen 2003, S. 903-921 (zit. FS Schlechtriem)

Mummenhoff, Winfried, Vertragliches Abtretungsverbot und Sicherungsbesitz im deutschen, österreichischen und us-amerikanischen Recht, in: JZ 1979, S. 425-430

Münch, Joël Benjamin, Abtretungsverbote im deutschen und französischen Recht, Diss. Saarbrücken 2000, Frankfurt a.M. 2001

Munday, R. J. C., Prohibitions Against Assignment of Choses in Action, in: C.L.J. 1979, S. 50-53

Murray Jr., John E., Corbin on Contracts, Third Party Beneficiaries, Assignment, Joint and Several Contracts, vol. 9, revised edition, Newark (NJ) 2007

Natale, Andrea, Il patto di incedibilità del credito, in: Guimezanes, Nicole (Hrsg.), Leçons du Droit Civil, FS François Chabas, Bruxelles 2011, S. 677-707

Nefzger, Alexander, Vertragliche Abtretungsverbote, Diss. Hannover 2012, Berlin 2013

Neumayr, Matthias, §§ 1392-1399 ABGB, in: Bydlinski, Peter / Perner, Stefan / Spitzer, Martin (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 7. Aufl., Wien 2023

Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023

Nieper, Franz / Westerdijk, Arjen S. (Hrsg.), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Bücher 3-5 (Allgemeiner Teil des Vermögensrechts, Erbrecht, Sachenrecht), München / The Hague 1996

Nörr, Knut Wolfgang / Scheyhing, Robert / Pöggeler, Wolfgang, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Sukzessionen, 2. Aufl., Tübingen 1999

Oertle, Matthias, Asset Securitization in der Schweiz, in: SZW 1993, S. 153-171

Omlor, Sebastian

- § 81 Das Factoringgeschäft, in: Ellenberger, Jürgen / Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band II, 6. Aufl., München 2022 (zit. Factoringgeschäft)

- § 82 Das Forfaitinggeschäft, in: Ellenberger, Jürgen / Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band II, 6. Aufl., München 2022 (zit. Forfaitinggeschäft)
- Oser, Hugo*, Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Art. 1-529, Zürich 1915
- Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm*, Art. 1-183 OR, in: Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, erster Halbband, 2. Aufl., Zürich 1929
- Ostendorf, Patrick*, Buchbesprechung, Klein, Rebecca: Vertragliche Abtretungsverbote im multilateralen Rechtsvergleich, Tübingen 2022, in: *RabelsZ* 2023, S. 188-192
- Patti, Salvatore (Hrsg.)*, Italienisches Zivilgesetzbuch, Codice Civile Italiano, 3. Aufl., München 2019
- Peel, Edwin*, The Law of Contract, 15. Aufl., London 2020
- Pellier, Jean-Denis*, Une figure méconnue: la cession de l'émolument de la créance, in: *RTD civ.* 2019, S. 229-242
- Perillo, Joseph M.*, Contracts, 7. Aufl., St. Paul 2014
- Perlingieri, Pietro*, Della cessione dei crediti, Art. 1260-1267, in: Scialoja, Antonio / Branca, Giuseppe (Hrsg.), Commentario del Codice civile, Bologna 1982
- Pestana de Vasconcelos, Miguel*, § 111 Portugal, in: Derleder, Peter / Knops, Kai-Oliver / Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg 2017, S. 2685-2712
- Petrik, Béla*, §§ 6:193-6:201 Ptk., in: Wellmann, György (Hrsg.), Polgári Jog, Kötelmi Jog, Első és Második Rész, A Ptk. magyarázata V/VI., aktualisierte 4. Aufl., Budapest 2024, S. 639-659
- Piotet, Denis*, Die beschränkten dinglichen Rechte im Allgemeinen, die Dienstbarkeiten und Grundlasten, SPR V/2, Basel 2022 (zit. SPR)
- Probst, Thomas*
 - Datenschutzprobleme bei vertraglicher Veräußerung einer Arztpraxis, in: *AJP* 1994, S. 968-983
 - Art. 164-174 OR, in: Thévenoz, Luc / Werro, Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Genf 2021 (zit. CR-PROBST)

Raape, Leo, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1908

Raber, Fritz, Zum vertraglichen Abtretungsverbot, in: JBl 1971, S. 441-459

Rademacher, Lukas, Verkehrsschutz im englischen Privatrecht, Zur Beständigkeit von Erwerbsvorgängen nach englischem Sachen-, Stellvertretungs-, Abtretungs- und Bereicherungsrecht, Diss. Münster 2016, Tübingen 2016

Raible, Adalbert, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, Eine Untersuchung zum Verhältnis von §§ 413, 399 2. Alt. BGB zu § 137 Satz 1 BGB, Diss. Tübingen 1968, Tübingen 1969

Ranieri, Filippo, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Wien 2009

Rasche, Georg, Abtretungsverbote, einheitliches Zivilrecht und Unternehmensfinanzierung, in: EuLF 2002, S. 133-140

Raynard, Jacques/Seube, Jean-Baptiste, Droit des contrats spéciaux, 10. Aufl., Paris 2019

Rebmann, Eberhard

- Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988), in: RabelsZ 1989, S. 599-621
- Auf dem Weg zu einem einheitlichen Abtretungsrecht, in: Diederichsen, Uwe / Fischer, Gerfried / Medicus, Dieter / Pirrung, Jörg / Wagenitz, Thomas (Hrsg.), FS Walter Rolland, Köln 1999, S. 291-304 (zit. FS Rolland)

Reehuis, Willem H. M., Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in den Niederlanden, in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 469-508

Reetz, Peter

- Die Sicherungszession von Forderungen, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Habil. Fribourg 2005, Zürich 2006 (zit. Habil.)
- Die Anwendbarkeit von Art. 152 Abs. 3 OR im Rahmen der Sicherungszession, in: recht 2006, S. 233-246

Reetz, Peter/Burri, Christof, Art. 164-174 OR, in: Atamer, Yeşim M. / Furrer, Andreas (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 4. Aufl., Zürich 2023

Rehbein, Hugo, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Bestimmungen, Berlin 1903

Rehm, Christian, Projektfinanzierung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2002, Zürich 2002

Reichmuth, Marco, Art. 22 ATSG, in: Kieser, Ueli/Kradolfer, Matthias/Lendfers, Miriam (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 5. Aufl., Zürich 2024

Renfert, Markus / Brun, Jean-Pascal, Les clauses prohibant la cession de créances en droit français et en droit comparé, in: RTDF 2009, n° 3, S. 37-43

Rey, Heinz

- Die Behandlung des Factoringvertrages im Schweizer Recht, in: Kramer, Ernst A. (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, 2. Aufl., Bern 1992, S. 289–331 (zit. Factoringvertrag)
- Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, in: ZSR 1994 I, S. 39-72
- Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. Sachenrecht)

Ringe, Wolf-Georg, The Law of Assignment in European Contract Law, in: Gullifer, Louise/Vogenauer, Stefan (Hrsg.), English and European Perspectives on Contract and Commercial Law, Essays in Honour of Hugh Beale, Oxford 2014, S. 251-278

Rinne, Burkhard, § 95 Verbriefung von Forderungen – Asset Backed Securities («ABS»), in: Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band II, 6. Aufl., München 2022

Riss, Olaf, §§ 353-379 ABGB, in: Bydlinski, Peter/Perner, Stefan/Spitzer, Martin (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, 7. Aufl., Wien 2023

Romagno, Giuseppe Werther, Cessione dei crediti, Art. 1260–1267, in: De Nova, Giorgio (Hrsg.), Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Bologna 2024

Rosch, Wolfgang, Pactum de non cedendo im französischen Recht: Totgesagte leben länger!, in: RIW 2001, S. 604–610

Rossel, Virgile

- Manuel du droit fédéral des obligations, Bern 1892 (zit. Manuel 1892)

- Manuel du droit fédéral des obligations, 2. Aufl., Lausanne 1905 (zit. Manuel 1905)
- Manuel du droit civil suisse, code (révisé) des obligations, 3. Aufl., Lausanne 1912 (zit. Manuel 1912)
- Manuel du droit fédéral des obligations, Bd. 1, 4. Aufl., Lausanne 1920 (zit. Manuel 1920)

Ruckteschler, Alexander, Die Veräußerung streitbefangener Gegenstände, Diss. Hamburg 2020, Tübingen 2021

Rudolf, Claudia, Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen, UN-Abtretungsübereinkommen, UNIDROIT-Factoringübereinkommen, PECL, UNIDROIT-Principles, Habil. Wien 2004, Tübingen 2006

Rüegg, Jonas, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern 2014, Zürich 2014

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2021

Schaller, Jean-Marc, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Zürich 2009, Zürich 2010

Schlesinger, Ernst, Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo, Diss. Erlangen 1892, Berlin 1892 (zit. Diss.)

Schlesinger, Piero, La cartolarizzazione dei crediti, in: Riv. dir. civ. 2001 II, S. 265-270

Schmid, Albert, Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht, Zweiter Theil, Die Klagform, Braunschweig 1866

Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina, Sachenrecht, 6. Aufl., Zürich 2022

Schmidt, Holger, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Abtretung von Forderungen im Internationalen Handel, Ein Fortschritt für die Forfaitierungs- und Kreditsicherungspraxis?, in: IPRax 2005, S. 93-103

Schmidt, Karsten

- Zur Rechtsfolgendeite des § 354a HGB, in: Horn, Norbert/Lwowski, Hans-Jürgen/Nobbe, Gerd (Hrsg.), Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, FS Herbert Schimansky, Köln 1999, S. 503-520 (zit. FS Schimansky)
- Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014 (zit. Handelsrecht)

- Schmidt-Kessel, Martin*, Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2024, Berlin 2024
- Schmiedel, Liane*, Burgerlijk Wetboek, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Tübingen 2009, S. 233-238
- Schneider, A.*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Auf Grundlage des Bluntschli'schen Kommentars allgemeinaufläglich erläutert, Zürich 1888
- Schneider, A. / Fick, H.*
- Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1882 (zit. 1. Aufl. 1882)
 - Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1896 (zit. 2. Aufl. 1896)
- Schnell, Samuel Ludwig*, Civil-Gesetzbuch vom 18. März 1830 für die Stadt und die Republik Bern, 2. Teil, Sachen-Recht, 2. Hauptstück, Persönliche Rechte, Bern 1831
- Schober, Roger*, Art. 204 SchKG, in: Kren Kostkiewicz, Jolanta/Vock, Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017
- Schreiber, Klaus*, §§ 398–413 BGB, in: Pfeiffer, Thomas (wissenschaftliche Redaktion), Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §§ 328–432, 13. Aufl., Stuttgart 2010
- Schubert, Claudia*, § 242 BGB, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 9. Aufl., München 2022
- Schuler, Othmar Heinrich*, Der Ausschluss der Zessionsfreiheit bei Forderungen durch «Vereinbarung» und «Gesetz» (Art. 164 OR), Diss. Zürich 1951
- Schulin, Hermann/Vogt, Nedim Peter*, Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerischen Vertrags- und Erbrecht, in: Pichonnaz, Pascal/Vogt, Nedim Peter/Wolf, Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, FS Bruno Huwiler, Bern 2007, S. 609–623
- Schumacher, Reto T.*, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Diss. Zürich 2005, Zürich 2005

Schütz, Wilhelm, Der Ausschluss der Abtretbarkeit bei Forderungen, Eine aktuelle Frage der Kreditbeschaffung, in: DR 1940, S. 1175-1178

Schütze, Elisabeth, Zession und Einheitsrecht, Diss. Würzburg 2005, Tübingen 2005

Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020

Scott, Susan

- Once Again: Agreements Prohibiting Cession, in: *Stell. L. Rev.* 2008, S. 483-494
- *Scott on Cession, A Treatise on the Law in South Africa*, Cape Town 2018 (zit. on cession)

Seiler, Benedikt, Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Habil. Basel 2016, Zürich 2017

Selke, Christopher, Ein optionales europäisches Zessionsrecht?, Diss. Würzburg 2012, Baden-Baden 2014

Serick, Rolf

- Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, Heidelberg 1965
- Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. IV, Heidelberg 1976

Seuffert, Lothar, Ueber die Wirkung eines vertragsmässigen Cessionsverbotes, in: *AcP* 1868, S. 102-110

Siebel, Ulf R., Einleitung, in: *Siebel, Ulf R. / Röver, Jan-Hendrik / Knütel, Christian (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl., Köln 2008, S. 3-14

Siebel, Ulf R. / Röver, Jan-Hendrik / Knütel, Christian (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl., Köln 2008

Siehr, Kurt, Code Européen des Contrats (Avant-projet), in: *Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.)*, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, Tübingen 2009, S. 260-263

Sigman, Harry C., Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: a basis for comparison, in: *Kieninger, Eva-Maria (Hrsg.)*, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge 2004, S. 54-80

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand

- Das practische gemeine Civilrecht, Zweiter Bd.: Das Obligationenrecht, Leipzig 1847 (zit. 1847)
- Das practische gemeine Civilrecht, Zweiter Bd.: Das Obligationenrecht, 3. Aufl., Leipzig 1868 (zit. 1868)

Smith, Marcus/Leslie, Nico, The Law of Assignment, 3. Aufl., Oxford 2018

Spielbüchler, Karl, §§ 285-446 ABGB, in: Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 3. Aufl., Wien 2000

Spirig, Eugen, Art. 164-174 OR, in: Gauch, Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Teilband V 1k, erste Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1993

Stahelin, Adrian, Zur Abtretung künftiger Forderungen, in: Dessemontet, François/Piotet, Paul (Hrsg.), FS Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 381-392

Stamm, Jürgen, Ein Plädoyer für die Abschaffung des vertraglichen Abtreungsverbots mit dinglicher Wirkung, in: JZ 2022, S. 1093-1100

Stauder, Bernd/Stauder-Bilicki, Hildegard, Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz, in: Hadding, Walther/Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 767-790

Stegemann [ohne Vornamen], Das pactum de non cedendo, in: AcP 1884, S. 315-322

Steinauer, Paul-Henri

- Les droits réels, tome II, 5. Aufl., Bern 2020
- Les droits réels, tome III, 5. Aufl., Bern 2021

Steiner, Christoph, Die Abtretung von Forderungen geheimhaltungspflichtiger Gläubiger, Dargestellt am Anwalts- und Bankgeheimnis, Diss. Bern 2001, Bern 2001

Stofer, Hellmuth, Leibrentenversprechen und Verpfändungsvertrag, in: SPR VII/2, Basel 1979, S. 731-762

Stoppelhaar, Ricarda, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz im schweizerischen Recht, in: AJP 2023, S. 1339-1348

Storme, Matthias E., The structure of the law on multi-party situations in the 2009 Draft Common Frame of Reference and Belgian Law, in: Sagaert, Vincent/Storme, Matthias/Terry, Evelyne (Hrsg.), The Draft Common

Frame of Reference: national and comparative perspectives, Cambridge 2012, S. 147-199

Stoufflet, Jean, Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau, in: *Jurisclasseur Droit bancaire et financier*, vol. 3, Fascicule 570, à jour au 30 septembre 2023, Paris 2023

Stoyanov, Dimitar, The Contractual Prohibition of Assignment – A Comparative Overview of the Legal Protection of the Assignee, in: *Yearbook of the International Scientific Conference of Law, Ohrid School of Law*, vol. 6, 2017, S. 107-125

Strebel, Lorenz/Hotz, Reinhold, Vorbemerkungen zu Art. 47 und 48, in: *Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991*, 2. Aufl., Brugg 2011

Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012

Sturzenegger, Roman/Sprecher, Thomas, Zum Konkurs einer Factoringgesellschaft aus praktischer Sicht, in: *Jusletter* 26. August 2019

Sunkel, Kelly Dawn

- The pactum de non cedendo: A re-evaluation, Diss. Western Cape 2009 (zit. Diss.)
- A comprehensive suggestion to bring the pactum de non cedendo into the 21st century, in: *Stell. L. Rev.* 2010, S. 463-478

Szilágyi, Ferenc, Das Zessionsrecht im neuen Zivilgesetzbuch Ungarns, in: *ZEuP* 2015, S. 52-86

Tercier, Pierre/Bieri, Laurent/Carron, Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl., Genf 2016

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal, *Le droit des obligations*, 7. Aufl., Genf 2024

Terré, François/Simler, Philippe/Lequette, Yves/Chénéde, François, *Droit civil, Les obligations*, 13. Aufl., Paris 2022

Thöni, Wilfried, §§ 1392-1399 ABGB, in: *Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas* (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., Wien 2011

Tolhurst, Greg, *The Assignment of Contractual Rights*, 2. Aufl., Oxford 2016

Torrente, Andrea / Schlesinger, Piero, Manuale di diritto privato, 26. Aufl., Milano 2023

van Vliet, Lars, Art. 11:301-308 PECL, in: Busch, Danny / Hondius, Ewoud / van Kooten, Hugo / Schelhaas, Harriët (Hrsg.), The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law, A Commentary, Bd. 2, The Hague 2006, S. 105-108

Vékás, Lajos, Über das neue ungarische Zivilgesetzbuch, in: Annales 2013, S. 5-31

Veltri, Federica Maria Grazia Ester, La cessione del credito, in: i Contratti 2012, S. 174-180

Vionnet, Guillaume, L'exercice des droits formateurs, Diss. Lausanne 2006, Genf 2008

Vogt, Emil

- Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechtes, Heft I, Einleitung und Artikel 1-77, Bern 1877 (zit. Entwurf)
- Zur Einbürgerung des Schweizerischen Obligationenrechtes, besonders im Kanton Bern, Heft II, Bern 1880 (zit. Einbürgerung)
- Leichtfaßliche Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts im alten Theile des Kantons Bern, Bern 1882 (zit. Anleitung)

von Bar, Christian / Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 6 Bde., München 2009 (zit. DCFR, Full Edition)

von Bar, Christian / Zimmermann, Reinhard, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, München 2005

von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964

von Goethe, Johann Wolfgang, Faust, Eine Tragödie, Der Tragödie Erster Theil, Tübingen 1808

von Tuhr, Andreas

- Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910 (zit. BGB I)
- Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, München 1914 (zit. BGB II/1)

- Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, München 1918 (zit. BGB II/2)
- Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, Tübingen 1924, Zweiter Halbband, Tübingen 1925 (zit. OR)

von *Tuhr, Andreas/Escher, Arnold*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974

von *Tuhr, Andreas/Peter, Hans*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Lieferung 1, Zürich 1974, Lieferung 2, Zürich 1979

von *Wyss, Paul Friedrich*

- Bemerkungen zum Commissionale Entwurf der ersten Lesung eines Schweiz. Obligationenrechtes, Bern 1877 (zit. Bemerkungen)
- Motive zu der auf Grund der Commissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte (Titel I Kap. 3 und 4, Titel II, III Kap. 3 und 4, Titel V Kap. 1, 2, 3, 4, 5 und 6), Bern 1877 (zit. Motive)

Wada, Katsuyuki, Das Recht der Forderungsabtretung, in: Yamamoto, Keizo / Koziol, Gabriele (Hrsg.), Das reformierte japanische Schuldrecht, Tübingen 2021, S. 109-123

Wagner, Eberhard

- Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, Diss. Tübingen 1992, Tübingen 1994
- Absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote gleich absolute Unwirksamkeit verbotswidriger Abtretung?, in: JZ 1994, S. 227-233
- Abtretbarkeit von Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften und Aufträgen der öffentlichen Hand nach § 354a HGB, in: NJW 1995, S. 180 f.
- Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme des § 354a HGB, in: WM Sonderbeilage Nr. 1/1996, S. 1-27 (zit. WM-Sonderbeilage)
- Vertragliche Abtretungsverbote im kaufmännischen Geschäftsverkehr (§ 354a HGB), in: Hadding, Walther / Schneider, Uwe H. (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1999, S. 27-97 (zit. § 354a HGB)

Walter, Hans Peter, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Mobiliarsicherheiten, Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht, Bern 1998, S. 43-74

- Wältermann, Frank / Surma, Ralph-Andreas*, §12 Abtretungsverbote (non-assignment clauses), in: Ostendorf, Patrick (Hrsg.), *Internationale Wirtschaftsverträge*, 3. Aufl., München 2023, S. 389-415
- Watter, Rolf / Kägi, Urs*, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, in: SZW 2004, S. 231-248
- Weber, Jörg-Andreas*, *Kreditsicherungsrecht*, 10. Aufl., München 2018
- Wehrli, Thomas*, Die vertragliche Abtretung von Forderungen, insbesondere Voraus- und Globalzession und deren Behandlung bei Konkurs des Zedenten, Diss. Bern 1991, Bern 1993
- White, James J. / Summers, Robert S.*, *Uniform Commercial Code, Practitioner Treatise Series*, vol. 4, 6. Aufl., St. Paul 2015
- White, James J. / Summers, Robert S. / Barnhizer, Daniel D. / Barnes, Wayne / Snyder, Franklin G.*, *Uniform Commercial Code*, 7. Aufl., St. Paul 2022
- Wiegand, Wolfgang / Zellweger-Gutknecht, Corinne*, Assignment, in: *International Court of Arbitration (Hrsg.), UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, Paris 2005, S. 27-41
- Willoweit, Dietmar*, Das obligatorisch wirkende Zessionsverbot, in: Lange, Hermann / Nörr, Knut Wolfgang / Westermann, Harm Peter (Hrsg.), FS Joachim Gernhuber, Tübingen 1993, S. 549-561
- Windscheid, Bernhard*
- Die Singularsukzession in Obligationen, in: Arndts, Ludwig / Bluntschli, Johann Caspar / Pözl, Joseph (Hrsg.), *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 1, München 1853, S. 27-46
 - Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856
 - Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Bd., Erste Abtheilung, Düsseldorf 1865 (zit. 1865)
 - Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Bd., 4. Aufl., Düsseldorf 1875 (zit. 1875)
 - Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Bd., 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1887 (zit. 1887)
- Wolf, Stephan*, Das Civil-Gesetzbuch für den Kanton Bern von 1824-1830 (CGB) und seine Orientierung am ABGB, in: Schurr, Francesco A. / Umlauf, Manfred (Hrsg.), FS Bernhard Eccher, Wien 2017, S. 1299-1314

Wolff, Max, Wesen und Voraussetzungen der Zession, Eine grundbegriffliche Untersuchung auf schweizerisch-rechtlicher Grundlage, Diss. Zürich 1916, Aarau 1917

Wünschmann [ohne Vornamen], Vom pactum de non cedendo, in: Gruchot 1910, S. 209–226

Wurm, Christoph, Der Gläubiger- und Schuldnerwechsel im reformierten französischen Recht, Diss. München 2019/2020, Tübingen 2020

Zaccaria, Alessio

- Internationales Factoring nach Inkrafttreten der Konvention von Ottawa, in: IPRax 1995, S. 279–286
- Art. 1260–1267, in: Cian, Giorgio / Trabucchi, Alberto (Hrsg.), Commentario breve al codice civile, 15. Aufl., Milano 2022 (zit. Art. 1260)

Zimmermann, Reinhard, Der «Codice Gandolfi» als Modell eines einheitlichen Vertragsrechts für Europa? – Überlegungen zur Regelung der Aufrechnung (Art. 132), in: Mansel, Heinz-Peter / Pfeiffer, Thomas / Kronke, Herbert / Kohler, Christian / Hausmann, Rainer (Hrsg.), FS Erik Jayme, Bd. 2, München 2004, S. 1401–1408

ZK [Bearbeiter], in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, verschiedene Hrsg., Aufl. und Jahrgänge

ZK IPRG II [Bearbeiter], in: Müller-Chen, Markus / Widmer Lüchinger, Corinne (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Art. 108a–200 IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018

Zurbriggen, Felix, Die irregulären Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB), Diss. Fribourg 1981, Bern 1981

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996

Materialienverzeichnis

I. Nationale Rechtsordnungen

1. Schweiz

- a) **Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern (1824-1830)**
Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern vom 18. März 1830, 2. Teil Sachen-Recht, 2. Hauptstück Persönliche Rechte, mit Anmerkungen herausgegeben von Schnell, Samuel Ludwig, Bern 1831 (zit. CGB)
- b) **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1853-1855)**
Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen herausgegeben von Bluntschli, Johann Caspar, 3. Bd., Forderungen und Schulden, Zürich 1855 (zit. PGB)
- c) **Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 (altes Obligationenrecht)**
- Obligationenrecht, Entwurf 1869, Nachdruck in: Fasel, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 513-554 (zit. Entwurf 1869)
 - Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf von 1871, von Walther Munzinger, Nachdruck in: Fasel, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 555-691 (zit. Entwurf 1871)
 - Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 22.-28. Oktober 1869 und vom 6.-13. Oktober 1872, gedruckt im Juli 1875 in Bern, Nachdruck in: Fasel, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 701-865 (zit. Entwurf 1875)
 - Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 17. Oktober 1876, Bern 1877, Nachdruck in: Fasel, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 867-1050 (zit. Entwurf 1877)
 - Protokoll der Commission für Berathung des Gesetz-Entwurfes eines schweizerischen Obligationenrechtes, Basel, 12. bis 29. September 1877 (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2070*, Dokumente 1-4) (zit. Sitzungsprotokoll 1877)
 - Beschlüsse der Commission für Berathung des Gesetz-Entwurfes eines schweizerischen Obligationenrechtes (Basel, 12. bis 29. Sept. 1877), Bern

- (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2068*, Dokument 1) (zit. Beschlüsse 1877)
- Redaktions-Vorschläge von Hrn. Profess. Dr. Fick (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2071*, Dokument 21) (zit. Redaktions-Vorschläge Prof. Fick)
 - Entwurf eines Bundesgesetzes über Obligationenrecht, Allgemeiner Theil (Beschlüsse der Redaktions-Kommission), Januar und März 1878, Bern 1878 (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2074*, Dokument 1) (zit. Entwurf 1878)
 - Bericht des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1877, in: BBl 1878 II, S. 463-534 (zit. Bericht BR 1877)
 - Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesezentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879, in: BBl 1880 I, S. 149-232 (zit. Botschaft 1879)
 - Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, (Art. 64 der Bundesverfassung), Entwurf des eidgenöss. Justiz- und Polizei-Departementes, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission, Juli 1879, Nachdruck in: Fasel, Urs, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 1051-1204 (zit. Entwurf 1879, Botschaftsentwurf)
 - Bericht der ständeräthlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechtes vom 31. Mai 1880, in: BBl 1880 III, S. 149-179 (zit. Bericht SR 1880)
 - Bericht der nationalräthlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechtes vom November 1880, in: BBl 1881 I, S. 153-193 (zit. Bericht NR 1880)
 - Protokoll der Sitzung des Schweizerischen Bundesrates vom 30. September 1881 (Bundesarchiv, Online-Amtsdruckschriften, Referenznummer 70006520)
 - Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881, in: BBl 1881 III, S. 109-317/AS 1882 (5. Bd. NF), S. 635-843 (zit. aOR)
- d) Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911**
- Bericht über die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und über die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche, für die Expertenkommission als Manuskript gedruckt im August 1904 (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2106*, Subdossier 6, Dokument 24) (zit. Bericht 1904)
 - Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen

Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, in: BBl 1905 II, S. 1-76 (zit. Botschaft 1905)

- Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil, Das Obligationenrecht, in: BBl 1905 II, S. 77-306 (zit. Entwurf 1905)
- Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechtes (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905) vom 1. Juni 1909, in: BBl 1909 III, S. 725-756 (zit. Bericht BR 1909)
- Entwurf Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes, in: BBl 1909 III, S. 757-924 (zit. Entwurf 1909)
- Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizer. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes, in: StenBull NR 1909, S. 459-500, 501-525, 529-573
- Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizer. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes, in: StenBull SR 1910, S. 169-196
- Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes, in: StenBull NR 1910, S. 325-341
- Protokoll der Sitzung des Schweizerischen Bundesrates vom 7. Juli 1911 (Bundesarchiv, Online-Amtsdruckschriften, Referenznummer 70010641)
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, in: BBl 1911 II, S. 355-634/AS 1911 (27. Bd. NF), S. 317-596 (zit. OR)

e) Schweizer Obligationenrecht 2020

Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechtes, Bericht des Bundesrates vom 31. Januar 2018 (zit. Bericht des Bundesrates vom 31.1.2018)

f) Revision Mobiliarsicherungsrecht

Regulierungsfolgenabschätzung zur Schaffung einer Rechtsgrundlage für eine allfällige Revision des schweizerischen Mobiliarsicherungsrechtes, im Auftrag des SECO und des BJ (zit. RFA Mobiliarsicherungsrecht)

2. Deutschland

a) Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756)

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, oder: Baiierisches Landrecht, unveränderte Aufl., München 1821

- b) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)**
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Textausgabe, Frankfurt a.M. 1970
- c) Entwurf eines BGB für Hessen (1842-1853)**
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, nebst Motiven, 4. Abtheilung, Von den Verbindlichkeiten, 1. Buch, Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen, Bd. I, Gesetzesentwurf, Darmstadt 1853
- d) Entwurf eines BGB für Bayern (1861-1864)**
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, in: Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 3, Aalen 1973
- e) BGB Sachsen (1863)**
Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, in: Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 4, Aalen 1973
- f) Dresdener Entwurf (1866)**
- Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, in: Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd. 2, Aalen 1973
 - Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, Bd. 2, Dresden 1864 (zit. Protocolle Dresdener Entwurf, Bd. 2)
 - Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, Bd. 6, Dresden 1866 (zit. Protocolle Dresdener Entwurf, Bd. 6)
- g) BGB (1896)**
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Alexander / Gebhard, Albert / Spahn, Peter, Bd. I, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I., Berlin 1897 (zit. Protokolle BGB, Bd. 1)
 - Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben und bearbeitet von Mugdan, Benno, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, Nachdruck 2005 (zit. MUGDAN, Bd. II)

- Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 19/26915 – Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge [...], in: BT-Drucksache 19/30840, S. 1-20 (zit. Beschlussempfehlung und Bericht BGB)

h) zu § 354a HGB (1994)

- Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem a) Gesetzentwurf der Bundesregierung [...] Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des D-Markbilanzgesetzes, b) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD [...] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches, in: BT-Drucksache 12/7912, S. 1-26 (zit. Beschlussempfehlung und Bericht HGB)
- Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz), in: BT-Drucksache 16/7438, S. 1-19 (zit. Entwurf Risikobegrenzungsgesetz)
- Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung [...] Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) [...], in: BT-Drucksache 16/9821, S. 1-27 (zit. Bericht Finanzausschuss)

3. England und Wales

- The Law Commission, *Company Security Interests*, Law Com No 296 (7 July 2005), Appendix A, Draft Company Security Regulations and Explanatory Notes, S. 158-213 (zit. Draft Company Security Regulations)
- Department for Business, Innovation & Skills, *Government Response, Invoice finance: nullifying the ban on invoice assignment contract clauses*, August 2015 (zit. Government Response to «Nullification of Ban on Invoice Assignment Clauses»)

4. Frankreich

Ministère de la Justice, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in: *Journal officiel de la République française*, 11 février 2016, Texte 25 (zit. Rapport au Président)

5. Österreich

Regierungsvorlage, Bundesgesetz, mit dem im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch das Zessionsrecht geändert wird (Zessionsrechts-Änderungsgesetz – ZessRÄG), in: ErläutRV 861, BlgNR 22. GP (zit. ErläutRV 861, BlgNR 22. GP)

6. Vereinigte Staaten von Amerika

- The American Law Institute, Restatement of the Law of Contracts, vol. I, St. Paul, Minnesota 1932 (zit. Restatement First)
- The American Law Institute / National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Commercial Code, Official Draft, Text and Comments Edition 1952, with Changes and Modifications Approved by the Enlarged Editorial Board at Meetings Held on December 29, 1952, February 16, 1953, May 21, 1953 and December 11, 1953, Philadelphia/Omaha 1953 (zit. UCC, Text and Comments Edition 1952)
- The American Law Institute, Restatement of the Law Second, Contracts 2d, vol. 3, §§ 316–End, St. Paul, Minnesota 1981 (zit. Restatement Second)
- The American Law Institute / National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Commercial Code, Official Text and Comments, June 2023 Update, Philadelphia/Chicago 2021 (zit. UCC, Official Comment)

II. Internationale Regelwerke

1. Benelux-Entwurf

Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit, Projet de réglementation uniforme de la cession de créances, abgedruckt in: *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruxelles 1980, S. 725 f., einschliesslich Commentaire général [S. 719-725] und Commentaire des articles [S. 726-729]

2. UNIDROIT Convention on International Factoring (1988)

UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 1988), Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat (zit. Explanatory Note FactÜ)

3. United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (2001)

- UNCITRAL, Possible future work, Addendum, Assignment of claims, UN-Doc. A/CN.9/378/Add.3, 28.5.1993 (zit. UNCITRAL, Possible future work)
- UNCITRAL, Draft Convention on Assignment, Compilation of comments by Governments and international organizations, Addendum, UN-Doc. A/CN.9/472/Add.1, 22.3.2000 (zit. Compilation of comments ZessÜ)
- UNCITRAL, Receivables Financing, Analytical Commentary on the draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade, Note by the Secretariat, UN-Doc. A/CN.9/489, 13.3.2001 (zit. Analytical Commentary ZessÜ)
- UNCITRAL, Receivables Financing, Analytical Commentary on the draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade, Addendum, Note by the Secretariat, UN-Doc. A/CN.9/489/Add.1, 22.5.2001 (zit. Analytical Commentary ZessÜ, Addendum)
- United Nations, Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, New York 2004 (zit. Explanatory Note ZessÜ)

4. Code européen des contrats (2001)

Académie des Privatistes Européens, Code Européen des Contrats, Avant-projet, Livre premier, Coordinateur Gandolfi, Giuseppe, Edition de poche revue et corrigée, Milano 2004 (zit. GANDOLFI)

5. Principles of European Contract Law (2003)

- The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Part III, herausgegeben von Lando, Ole / Clive, Eric / Prüm, André / Zimmermann, Reinhard, The Hague 2003 (zit. LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN)
- Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, deutsche Ausgabe, von Bar, Christian / Zimmermann, Reinhard, Teil III, München 2005 (zit. VON BAR / ZIMMERMANN)

6. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004/2016)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, Rom 2016 (zit. Official Comment)

7. Draft Common Frame of Reference (2009)

- European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, herausgegeben von Fauvarque-Cosson, Bénédicte / Mazeaud, Denis, München 2008 (zit. Materials for a Common Frame of Reference)
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, herausgegeben von von Bar, Christian / Clive, Eric, 6 Bde., München 2009 (zit. DCFR, Full Edition)

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter (St. Paul, Minnesota)
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series (St. Paul, Minnesota)
a.A.	anderer Ansicht
aAbs.	alter Absatz (frühere Fassung)
a.a.O.	am angeführten Ort
aArt.	alter Artikel (frühere Fassung)
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811 (Kurtitel: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
A.C.	The Law Reports, Appeal Cases (Third Series) (London)
aCC	Code civil des français vom 21. März 1804 (Stand vor der Schuldrechtsreform vom 10. Februar 2016)
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AD	South African Law Reports, Appellate Division (Cape Town)
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
alin.	alinéa = Absatz
All E.R.	The All England Law Reports (London)
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Annales	Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Iuridica (Budapest)
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 (altes Obligationenrecht, AS 1882 [5. Bd. NF], S. 635-843)
AppGer	Appellationsgericht
AppHof	Appellationshof
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage

B2B	business to business
B2C	business to consumer
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
Bde.	Bände
BDT	Bírósaági Döntések Tára (Sammlung der Gerichtsentscheide)
BE	Kanton Bern/Canton de Berne
BEG	Bundesgesetz über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (Bucheffektengesetz, SR 957.1)
betr.	betreffend
bez.	bezüglich
BezGer	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Deutschland, Österreich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	(schweizerisches) Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, SR 935.61)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichts in Zivilsachen (Köln)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (BJM)
BK	Berner Kommentar
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates (Österreich)
BR	Bundesrat
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BT-Drucksache	— Drucksache des Deutschen Bundestages
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation (Paris)

BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVGer	(schweizerisches) Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CaS	Causa Sport (Zürich)
Cass.	Corte Suprema di Cassazione
CC	Code civil des français vom 21. März 1804 (Stand nach der Schuldrechtsreform vom 10. Februar 2016)
CCit	Codice civile italiano vom 16. März 1942
C. com.	Code de commerce
CGB	Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern
Ch.	The Law Reports, Chancery Division (3 rd Series) (London)
Ch. D.	The Law Reports, Chancery Division (2 nd Series) (London)
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Wien, 11. April 1980, SR 0.221.211.1)
CJ	Cour de Justice (Genève)
C.L.C.	Commercial Law Cases (London)
C.L.J.	The Cambridge Law Journal (Cambridge)
CMF	Code monétaire et financier
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (SR 220)
Corbin	Corbin on Contracts
CR	Commentaire Romand
D	Digesta (Corpus iuris civilis)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
Doc.	Document
DR	Deutsches Recht (Berlin)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (SR 235.1)
E.	Erwägung(en)
ECC	English Contract Code
ecolex	ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Wien)
EG	Europäische Gemeinschaft

ehem.	ehemalig, ehemals
Einl.	Einleitung
ELTE	Eötvös Loránd Tudományegyetem (Eötvös Loránd Universität Budapest)
ELTE LJ	ELTE Law Journal (Budapest)
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage (Österreich)
et al.	et alii = und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuLF	The European Legal Forum (München)
EUR	Euro
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal, Civil Division
EWHC	England and Wales High Court
f./ff.	und folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series (St. Paul, Minnesota)
F.3d	Federal Reporter, Third Series (St. Paul, Minnesota)
FactÜ	UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28. Mai 1988)
Fed. Appx.	Federal Appendix (St. Paul, Minnesota)
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018 (Finanzinstitutsgesetz, SR 954.1)
FN	Fussnote
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement, First Series (St. Paul, Minnesota)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, SR 221.301)
FZV	Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 3. Oktober 1994 (SR 831.425)
GE	République et canton de Genève
gl.A.	gleicher Ansicht
GIUNF	Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofs (Wien)
GP	Gesetzgebungsperiode (Österreich)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot (Berlin)
Grüneberg	Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 7, Bürgerliches Gesetzbuch

Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HGer	Handelsgericht
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h.L.	herrschende Lehre
Hopt	Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 9, Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin(nen)
hrsg.	herausgegeben
i Contratti	i Contratti, mensile di dottrina, giurisprudenza e pratiche contrattuali (Milanofiori Assago)
i.d.R.	in der Regel
i.f.	in fine = am Ende
i.i.	in initio = am Anfang
Ind.L.J.	Indiana Law Journal (Bloomington)
insb.	insbesondere
Inst	Institutiones (Corpus iuris civilis)
Intr.	Introduction
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
J	Justice (Richter, Richterin)
JBl	Juristische Blätter (Wien)
J.B.L.	The Journal of Business Law (London)
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (Österreich)
JuS	Juristische Schulung (München)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
K.B.	The Law Reports, King's Bench Division (London)
KGer	Kantonsgericht
k.k.	kaiserlich-königlich
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
Kor. U. L. Rev.	— Korea University Law Review (Seoul)
krit.	kritisch
KUKO	Kurzkommentar
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)

lit.	litera = Buchstabe
L.M.C.L.Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (London)
L.Q.R.	The Law Quarterly Review (London)
LU	Kanton Luzern
m.E.	meines Erachtens
M.L.R.	The Modern Law Review (Oxford)
m.Nw.	mit Nachweis(en)
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
N	Note, Randnote
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
N.E.	North Eastern Reporter (St. Paul, Minnesota)
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series (St. Paul, Minnesota)
NF	Neue Folge
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (München)
n°	numéro
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
N.W.	North Western Reporter (St. Paul, Minnesota)
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series (St. Paul, Minnesota)
OAS	Organization of American States
ÖBA	BankArchiv, Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Wien)
OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OR 2020	Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil
P.	The Law Reports, Probate Division (London)
P.2d	Pacific Reporter, Second Series (St. Paul, Minnesota)
P.3d	Pacific Reporter, Third Series (St. Paul, Minnesota)
PECL	Principles of European Contract Law
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich

pr.	principium
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
Ptk.	Polgári Törvénykönyv vom 11. Februar 2013 (ungarisches Bürgerliches Gesetzbuch)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel (Tübingen)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
reg.	regulation
Regulations 2018	— Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018
resp.	respektive
Rev. jur. com.	— Revue de jurisprudence commerciale (Paris)
RGBl	Reichsgesetzblatt (Deutschland)
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé (Paris)
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile (Padova)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ABl. 2008 L 177/6)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Paris)
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (Paris)
RTDF	Revue Trimestrielle de Droit Financier (Paris)
Rz.	Randziffer(n)
s.	section
S.	Seite(n)
SA	South African Law Reports (Cape Town)
sc.	scilicet = das heisst, nämlich
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
S. Ct.	Supreme Court Reporter (St. Paul, Minnesota)
S.E.2d	South Eastern Reporter, Second Series (St. Paul, Minnesota)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	Sammelstelle Gerichtsentscheide (Zürich)
SI	Statutory Instruments (Vereinigtes Königreich)
SJ	La Semaine Judiciaire (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Soergel	Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Ständerat; Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
Staudinger	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Stell. L. Rev.	Stellenbosch Law Review (Cape Town)
StenBull	Stenografisches Bulletin
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
str.	streitig
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TAPP	Tribunale d'appello
TCC	Queen's Bench Division (Technology and Construction Court)
TI	Repubblica e Cantone Ticino
T.L.R.	The Times Law Reports (London)
u.a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UNIDROIT Principles	— UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
vol.	volume
VS	Kanton Wallis / Canton du Valais
vs.	versus
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
Williston	Williston on Contracts
W.L.R.	The Weekly Law Reports (London)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier- mitteilungen (Frankfurt a.M.)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grund- buchrecht (Wädenswil)

ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis (Wien)
ZessÜ	United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 12. Dezember 2001)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (München)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Heidelberg)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
z.T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Frankfurt a.M.)

§1 Einführung ins Thema

I. Gegenstand, Anlass und Ziel der Untersuchung

Das Abtretungsrecht verfolgt zwei konträre Ziele: Zum einen ermöglicht die Zession die Mobilisierung von Forderungen. Deren Verkehrsfähigkeit entspricht einem wesentlichen Bedürfnis des modernen Wirtschaftsverkehrs. Zum anderen dient das Abtretungsrecht dem Schutz des Schuldners¹, in dessen Rechtslage die Zession eingreift, ohne dass er an ihr beteiligt ist. Ein zentrales Element zum Ausgleich dieser beiden Ziele ist das *pactum de non cedendo*, d.h. die Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger einer Forderung, dass diese nicht zediert werden soll. Je stärker eine Rechtsordnung die Wirkungen eines solchen vertraglichen Abtretungsverbots ausgestaltet, desto stärker schützt sie den Schuldner vor einer ihm unliebsamen Abtretung. Umgekehrt gereicht eine schwache Wirkung des *pactum de non cedendo* der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zum Vorteil.

Die Forderungsabtretung gewann in den letzten Jahrzehnten wirtschaftlich erheblich an Bedeutung. Insbesondere für die Refinanzierung von kleinen und mittleren Unternehmen ist die Mobilisierung von Forderungen elementar. Dementsprechend ist in vielen ausländischen Rechtsordnungen eine klare Tendenz zugunsten der Abschwächung der Wirkungen vertraglicher Abtretungsverbote feststellbar. So wurden beispielsweise 1994 in Deutschland, 2005 in Österreich und 2014 in Ungarn die Wirkungen des *pactum de non cedendo* durch Gesetzesrevisionen eingeschränkt. Auch internationale Regelwerke wie etwa die PECL, der DCFR, das UNIDROIT Factoring-Übereinkommen oder das UNCITRAL Zessions-Übereinkommen begünstigen die Abtretbarkeit von Forderungen.

Im schweizerischen Zessionsrecht hingegen hat das in Art. 164 OR geregelte *pactum de non cedendo* gemäss Rechtsprechung und Lehre nach wie vor zur Folge, dass eine abredewidrig vorgenommene Zession ungültig ist. Durch die Vereinbarung eines Abtretungsverbots kann der Schuldner somit die für ihn nachteiligen Folgen eines Gläubigerwechsels ausschliessen. Unberücksichtigt bleiben dabei die Interessen an der Verkehrsfähigkeit von

¹ Der einfacheren Lesbarkeit und Verständlichkeit halber wird in der vorliegenden Arbeit das generische Maskulinum verwendet, soweit nicht ein geschlechtsneutraler Begriff zur Verfügung steht. Das maskuline Wort (hier: der Schuldner) ist somit geschlechtsübergreifend zu verstehen (hier: die Schuldnerin bzw. der Schuldner).

Forderungen. Angesichts der gewachsenen wirtschaftlichen Bedeutung der Abtretung und der Entwicklung in ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken drängt sich daher die Frage auf, ob die im schweizerischen Zessionsrecht beim *pactum de non cedendo* vorgenommene Abwägung der divergierenden Interessen noch zeitgemäss ist. So empfiehlt denn auch eine vom SECO und vom BJ in Auftrag gegebene und 2021 veröffentlichte Studie über eine allfällige Revision des schweizerischen Mobiliarsicherungsrechts, «[d]ie Wirkungen von rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten [...] zu überprüfen und eine Einschränkung solcher Verbote in Erwägung zu ziehen».²

4 Die vorliegende Arbeit hat sich deshalb zum Ziel gesetzt, die Regelung des *pactum de non cedendo* gemäss Art. 164 OR kritisch zu beleuchten. Im Fokus steht dabei die Frage, wie die Wirkungen des *pactum de non cedendo* auszugestalten sind, um die unterschiedlichen Interessen der von einer Forderungsabtretung betroffenen Personen möglichst in Einklang zu bringen. Wie sich zeigen wird, lässt Art. 164 OR *de lege lata* grundsätzlich keinen Spielraum für eine Auslegung, welche die Interessen fair ausgleicht. Als Ergebnis soll daher eine gesetzliche Regelung *de lege ferenda* vorgeschlagen werden, die sowohl das Interesse an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen als auch das Interesse am Schuldnerschutz angemessen wahrt.

5 Die Untersuchung beschränkt sich auf die Darstellung der Auswirkungen des *pactum de non cedendo* auf die rechtsgeschäftliche Abtretung von Forderungen³ im Rahmen einer Einzelrechtsnachfolge. Nicht behandelt werden die Folgen des *pactum* für Legalzessionen⁴ (wie z.B. bei der Subrogation nach Art. 110 OR⁵) bzw. für Universalsukzessionen (wie z.B. bei der Erbschaft nach Art. 560 ZGB⁶ oder bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen nach FusG⁷). Nicht näher eingegangen wird sodann auf die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Übertragung von Forderungen, die in einem Wertpapier verbrieft sind, von Wertrechten und von Bucheffekten, soweit die Übertragung sich nicht nach den allgemeinen Bestimmungen von

2 RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 103f., Empfehlung 10.

3 Unter Ausschluss der Übertragung anderer Rechte wie z.B. dinglicher Rechte, Immaterialgüterrechte oder Mitgliedschaftsrechte.

4 Vgl. zu den Auswirkungen des *pactum de non cedendo* auf ausgewählte Fälle der Legalzession SCHULIN/VOGT, S. 621–623.

5 Vgl. SCHULIN/VOGT, S. 621 (betr. die Subrogation nach Art. 110 Ziff. 2 OR).

6 Vgl. HURNI, S. 156; SCHULIN/VOGT, S. 622f.

7 Vgl. zum Forderungsübergang bei der Fusion Art. 22 FusG, bei der Spaltung Art. 52 FusG und bei der Vermögensübertragung Art. 73 FusG. Vgl. zu den Wirkungen von Übertragungsbeschränkungen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen WATTER/KÄGI, SZW 2004, S. 231, 241–243; SCHUMACHER, S. 119f., 145f.; HURNI, S. 178, 230; BAUER, Parteiwechsel, S. 298f.

Art. 164-174 OR richtet.⁸ Ebenso wenig thematisiert werden die Besonderheiten der Abtretung grundpfandgesicherter Forderungen.⁹ Die Untersuchung beschränkt sich schliesslich auf die Darstellung des Sachrechts und klammert die kollisionsrechtliche Behandlung von *pacta de non cedendo* aus.¹⁰

II. Methodische Vorgehensweise und Gliederung

Die Darstellung der Natur und der Wirkungen des *pactum de non cedendo* ⁶ *de lege lata* beruht auf einer Auslegung von Art. 164 OR. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Entstehungsgeschichte der Norm und das seitherige Verständnis des *pactum* in Rechtsprechung und Lehre gelegt. Sodann wird das *pactum* mit den anderen in Art. 164 OR geregelten Gründen für die Unabtretbarkeit von Forderungen – Gesetz und Natur des Rechtsverhältnisses – verglichen. Dies soll helfen, den Zusammenhang zwischen dem Typus einer Forderung und ihrer Abtretbarkeit aufzuzeigen. Um Anhaltspunkte und Anregungen für die Regelung des *pactum de lege ferenda* zu gewinnen, wird anschliessend untersucht, wie vertragliche Abtretungsverbote im Ausland und in internationalen Regelwerken behandelt werden. Dabei werden die idealtypischen Regelungsmodelle herausgearbeitet und anhand ausgewählter Rechtsordnungen und Regelwerke dargestellt.

Die Gliederung der Untersuchung ist damit vorgezeichnet. Einleitend ⁷ werden die rechtlichen und praktischen Grundlagen der Forderungsabtretung und des *pactum de non cedendo* vermittelt. Gestützt darauf werden die Interessen der von einer Abtretung betroffenen Personen untersucht. Des Weiteren wird der Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungen dargestellt. Der Grundlagenteil schliesst sodann mit einem Überblick über die verschiedenen Arten der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften (1. Teil). Als Nächstes wird das *pactum de non cedendo* im geltenden schweizerischen Recht näher erörtert. Der Schwerpunkt dieser Analyse liegt auf den Wirkungen des *pactum* auf die abredewidrig vorgenommene Abtretung. Anschliessend wird die Lösung des Schweizer Rechts einer Bewertung unterzogen (2. Teil). Anhand eines Vergleichs des *pactum* mit gesetzlichen Abtretungsverböten und mit der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses wird sodann der Zusammenhang zwischen dem Typus einer Forderung und ihrer Abtretbarkeit

8 Vgl. die Sonderregelungen für Wertpapiere (Art. 967-969 OR), Wertrechte (Art. 973c Abs. 4 OR) und Bucheffekten (Art. 24 BEG).

9 Vgl. die Sonderregelungen für Register-Schuldbriefe (Art. 858 ZGB) und für Papier-Schuldbriefe (Art. 864 ZGB).

10 Vgl. zum Kollisionsrecht Art. 145 IPRG und Art. 14 Rom I-VO.

bzw. Unabtretbarkeit aufgezeigt (3. Teil). In einem nächsten Schritt werden die verschiedenen Lösungen in ausgewählten ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken dargestellt und gruppiert (4. Teil). Gestützt auf diese Erkenntnisse werden die herausgearbeiteten alternativen Regelungsmodelle bewertet, um schliesslich eine Reform der Regelung des pactum de non cedendo in Art. 164 OR vorzuschlagen und zu erläutern (5. Teil). Eine Schlussbetrachtung rundet die Untersuchung ab (6. Teil).

1. Teil:

Grundlagen

§2 Abtretung und Abtretungsverbot

I. Abtretung

1. Begriff und Wesen der Abtretung

Abtretung (oder Zession) bedeutet Übertragung einer Forderung vom bisherigen Gläubiger (dem Zedenten) auf einen neuen Gläubiger (den Zessionar). Sie ist ein zweiseitiges, zwischen Zedent und Zessionar abzuschliessendes Verfügungsgeschäft.^{11, 12} Der Schuldner der Forderung (debitor cessus, Drittschuldner) nimmt an diesem Rechtsgeschäft nicht teil.¹³ Häufig ist ein Verpflichtungsgeschäft (z.B. ein Kaufvertrag) zwischen Zedent und Zessionar der Rechtsgrund (*causa*) der Abtretung.¹⁴ Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*) und Verfügungsgeschäft (Zession) fallen in der Praxis regelmässig zusammen.¹⁵ Sie werden im Schweizer Recht jedoch begrifflich und inhaltlich auseinandergehalten.¹⁶

Um das Verhältnis zwischen Abtretung und Abtretungsverbot zu verstehen, werden nachfolgend zunächst die Voraussetzungen (unten Ziff. 2) und die Rechtsfolgen (Ziff. 3) der Zession im Allgemeinen dargestellt. Besonders

11 BGE 84 II 355 E. 1 S. 363; CR-PROBST, Art. 164 OR N 4; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 16; ZK-SPIRIG, vor Art. 164-174 OR N 31; BUCHER, S. 547; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.04; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3408; KOLLER, Rz. 84.02; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2097.

12 Eine Verfügung ist ein «Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar betroffen wird, und zwar namentlich durch Veräusserung, Belastung, Änderung oder Verzicht» (VON TUHR / PETER, S. 194; vgl. auch BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 158; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 3.33; BERGER, Schuldrecht, Rz. 253). Bei der Abtretung wird ein Forderungsrecht veräussert.

13 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, vor Art. 164-174 OR N 1; CR-PROBST, Art. 164 OR N 1; BUCHER, S. 549; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.02; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3408; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2097.

14 BUCHER, S. 552 f.; KOLLER, Rz. 84.02; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2145.

15 Vgl. BGer, 4A_314/2016, 4A_320/2016, Urteil vom 17.11.2016, E. 4.2.1; CR-PROBST, Art. 164 OR N 50; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 16; ZK-SPIRIG, vor Art. 164-174 OR N 34; VON BÜREN, S. 316 f.; BUCHER, S. 553.

16 Sog. Trennungsprinzip. Vgl. ZK-SPIRIG, vor Art. 164-174 OR N 34; CR-PROBST, Art. 164 OR N 49; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 16; BUCHER, S. 552-554; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.06; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3411; KOLLER, Rz. 84.02; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2098; vgl. zum Trennungsprinzip auch LIEDER, S. 265-271.

eingegangen wird anschliessend auf drei für das Verständnis des *pactum de non cedendo* zentrale Tatbestandselemente der Zession: der Begriff der Forderung (Ziff. 4) und die Voraussetzungen der Verfügungsmacht des Zedenten (Ziff. 5) sowie der Abtretbarkeit der Forderung (Ziff. 6).

2. Voraussetzungen der Abtretung

- 10 Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 OR). Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Rechtsprechung und Lehre leiten aus diesen Bestimmungen folgende Voraussetzungen einer gültigen Abtretung ab:

- (1) Als *Vertrag* zwischen Zedent und Zessionar muss die Abtretung die allgemeinen Voraussetzungen für ein gültiges Zustandekommen eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts erfüllen, wie z.B. Handlungsfähigkeit der Parteien,¹⁷ übereinstimmende Willenserklärungen (Konsens), Fehlen von Willensmängeln und Rechtmässigkeit des Inhalts des Vertrags (Art. 20 OR).¹⁸
- (2) Gegenstand der Abtretung sind *Forderungen*.¹⁹ Diese müssen hinsichtlich der beteiligten Personen (Zedent und debitor cessus), des Inhalts (Art und Umfang der Leistung) und des Rechtsgrunds *bestimmt* oder zumindest *bestimmbar* sein.²⁰
- (3) Die Forderung muss *abtretbar* sein.²¹

17 Zedent und Zessionar müssen geschäftsfähig sein. Bezogen auf das Verfügungsgeschäft der Abtretung bedeutet dies, dass Zedent und Zessionar der Fähigkeit bedürfen, durch Verträge Rechte zu veräussern bzw. zu erwerben (vgl. Art. 12 ZGB betr. Verpflichtungsgeschäfte: «Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen»).

18 BGE 130 III 248 E. 3.2 S. 253; BGer, 4A_10/2012, Urteil vom 2.10.2012, E. 2.1.2; 4C.84/2004, Urteil vom 9.6.2004, E. 2.2; CR-PROBST, Art. 164 OR N 47; ZK-SPIRIG, vor Art. 164-174 OR N 17, 20 f., 31 f.; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 20; BUCHER, S. 548; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3408; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.11; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2139.

19 BGE 131 III 217 E. 3 S. 219; CR-PROBST, Art. 164 OR N 16; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 9-20; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5; BUCHER, S. 539 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3421; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2105.

20 BGE 131 III 217 E. 3 S. 219; 113 II 163 E. 2a S. 165; BGer, 4A_616/2012, Urteil vom 19.2.2013, E. 5.1; CR-PROBST, Art. 164 OR N 17-20, 48; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 11; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5-14, 36; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3441; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.28; KOLLER, Rz. 84.76-84.82; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2199.

21 BGE 130 III 417 E. 3.3 S. 426 («les exceptions d'incessibilité prévues par l'art. 164 al. 1 CO»); CR-PROBST, Art. 164 OR N 27-40; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 111-182; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 27-35; BUCHER, S. 540-542; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3421, 3428-3433; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.18, 90.22-90.26; KOLLER,

- (4) Der Zedent bedarf der *Verfügbungsmacht* über die abzutretende Forderung. Nur der Gläubiger oder ein zur Verfügung über die Forderung bevollmächtigter Stellvertreter des Gläubigers kann zedieren.²²
- (5) Die nach Art. 165 Abs. 1 OR vorausgesetzte *Schriftlichkeit* der Abtretung richtet sich nach Art. 12-15 OR. Von der Schriftform müssen sämtliche Merkmale erfasst sein, welche die Parteien und die abzutretende Forderung hinreichend individualisieren. Zudem muss der Wille der Parteien, die Forderung mit Übergabe der Abtretungsurkunde auf den Zessionar übergehen zu lassen, aus der Urkunde hervorgehen.²³

Die Frage, ob die Gültigkeit der Abtretung von der *Gültigkeit des* ihr zugrunde liegenden *Verpflichtungsgeschäfts* abhängt (Kausalität der Zession) oder nicht (Abstraktheit der Zession), ist im schweizerischen Recht nicht entschieden. Das Gesetz schweigt hierzu.²⁴ Das Bundesgericht hat sich früher für die Abstraktheit ausgesprochen,²⁵ später die Frage aber wieder offengelassen.²⁶ In der Literatur ist die Frage umstritten.²⁷

Keine Voraussetzungen für die Gültigkeit der Abtretung sind im schweizerischen Recht die Benachrichtigung des Schuldners über die Abtretung oder gar die Zustimmung des Schuldners.²⁸

Rz. 84.20, 84.56-84.75; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2108. Ausführlicher zur Abtretbarkeit der Forderung unten Rz. 22-24.

22 BGE 130 III 248 E. 4.1 S. 254; CR-PROBST, Art. 164 OR N 51-57; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 63-69; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 17; BUCHER, S. 548; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3410; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.04; KOLLER, Rz. 84.17; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2156; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1363. Ausführlicher zur Verfügungsmacht des Zedenten unten Rz. 15-21.

23 BGE 131 III 217 E. 3 S. 219; 105 II 83 E. 2 S. 84; BGer, 4C.280/2005, Urteil vom 10.11.2005, E. 3.2.1; CR-PROBST, Art. 165 OR N 5; ZK-SPIRIG, Art. 165 OR N 19, 22-43; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 165 OR N 2; BUCHER, S. 550 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3415-3419; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.13-90.17; KOLLER, Rz. 84.18, 84.43-84.55; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2151-2153; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1349-1351.

24 Im Unterschied dazu ordnet Art. 974 Abs. 2 ZGB die Kausalität der Verfügung über ein Grundstück an.

25 BGE 71 II 167 E. 2 f. S. 169 f.; 67 II 123 E. 4 S. 127 f., mit Hinweis auf die frühere Rechtsprechung.

26 BGE 95 II 109 E. 2b S. 112; 84 II 355 E. 1S. 363 f.; vgl. zuletzt BGer, 4A_314/2016, 4A_320/2016, Urteil vom 17.11.2016, E 4.2.2.

27 Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei CR-PROBST, Art. 164 OR N 6, FN 18 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3516, FN 168 und Rz. 3519, FN 173; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1347, FN 2024.

28 BGE 95 II 109 E. 4 S. 115; BGer, 5A_408/2019, Urteil vom 20.11.2019, E 2.3.2; CR-PROBST, Art. 164 OR N 58; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 78; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 21; BUCHER, S. 549; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2097; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1359.

3. Rechtsfolgen der Abtretung

- 13 Die Abtretung bewirkt eine Einzelnachfolge²⁹ in die abgetretene Forderung: Die Forderung geht aus dem Vermögen des Zedenten in dasjenige des Zessionars über. Damit steht sie als Haftungsobjekt nicht mehr den Gläubigern des Zedenten, sondern denjenigen des Zessionars zur Verfügung. Dieser kann sich Dritten gegenüber darauf berufen, dass er nunmehr Inhaber der Forderung sei. Der Zedent hingegen verliert die Verfügungsmacht über die Forderung. Er kann sie daher nicht mehr im eigenen Namen geltend machen, weder durch Erhebung noch durch Verrechnung. Auch kann er die Forderung nicht ein zweites Mal abtreten.³⁰

4. Begriff der Forderung

- 14 Gegenstand der Abtretung sind Forderungen, auch «Obligationen» oder «Schuldverhältnisse im engeren Sinn» genannt. Eine Forderung ist die Rechtsbeziehung zwischen mindestens einem Gläubiger (*creditor*) und einem Schuldner (*debitor*), kraft derer der Schuldner gegenüber dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet ist und der Gläubiger umgekehrt die Leistung vom Schuldner verlangen kann.³¹ So besteht z.B. eine Kaufpreisforderung (Art. 211 Abs. 1 OR) in der Beziehung zwischen dem den Kaufpreis fordernden Verkäufer und dem zu dieser Leistung verpflichteten Käufer. Vom Schuldverhältnis im engeren Sinn ist das Schuldverhältnis im weiteren Sinn zu unterscheiden. «Schuldverhältnis im weiteren Sinn» bezeichnet ein gesamtes schuldrechtliches Rechtsverhältnis (z.B. das Kaufvertragsverhältnis), aus dem regelmässig eine ganze Reihe von Leistungspflichten, Neben- und Schutzpflichten, Gestaltungsrechte und Rechtslagen abgeleitet werden können.³² Ein solches kann nicht durch Abtretung übertragen werden.³³

29 Im Unterschied zur Gesamtnachfolge in ein Vermögen (z.B. infolge Erbschaft, Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung).

30 Vgl. zur ganzen Rz. CR-PROBST, Art. 164 OR N 61; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 46; VON TUHR/ESCHER, S. 337 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.33; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3452; KOLLER, Rz. 84.29, 84.31; KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., S. 500.

31 BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 177. Die Obligation ist vom Standpunkt des Gläubigers aus betrachtet eine Forderung; für den Schuldner eine Verbindlichkeit oder Schuld (VON TUHR/PETER, S. 9).

32 BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 36; vgl. auch BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 257.

33 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 24; WEHRLI, S. 4; BUCHER, S. 539; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2102; KOLLER, Rz. 83.01; vgl. auch CR-PROBST, Art. 164 OR N 10.

5. Verfügungsmacht des Zedenten

A. Begriff und Wesen der Verfügungsmacht

Die Abtretung setzt Verfügungsmacht des Zedenten über die abzutretende Forderung voraus.³⁴ Unter Verfügungsmacht versteht man die rechtliche Beziehung zwischen dem Verfügenden und dem von der Verfügung betroffenen Recht.³⁵ Normalerweise steht die Verfügungsmacht über ein Recht dessen Träger zu. Sie ist damit Bestandteil dieses Rechts. So kann z.B. nur der Gläubiger über eine Forderung verfügen.³⁶ Es gilt der Grundsatz, dass der Träger eines Rechts die Verfügungsmacht hinsichtlich aller Verfügungen hat, denen dieses Recht überhaupt zugänglich ist.³⁷ Bei Forderungen kann der Gläubiger diese z.B. stunden, erlassen, durch Entgegennahme der Leistung zum Untergang bringen oder eben abtreten. Vom Grundsatz, dass die Verfügungsmacht über ein Recht dessen Träger zusteht, gibt es jedoch Abweichungen: Zum einen gibt es Verfügungsmacht über fremdes Recht³⁸ und zum anderen kann die Verfügungsmacht des Trägers ausgeschlossen oder beschränkt sein.³⁹ Letzteres ist für die vorliegende Untersuchung von Interesse.

B. Fehlende Verfügungsmacht

a) Ursachen fehlender Verfügungsmacht bei der Zession

Fehlende Verfügungsmacht des Gläubigers kann verschiedene Ursachen haben. Es mangelt dem Zedenten an der Verfügungsmacht, wenn die Forderung, die er abtreten möchte, gar nicht existiert oder wenn die Forderung einem Dritten zusteht.⁴⁰ Letzteres ist auch der Fall, wenn der Zedent die Forderung bereits abgetreten hat. Denn durch die Abtretung geht die Verfügungsmacht zusammen mit der Forderung auf den Zessionar über. Der Zedent kann die Forderung daher nicht ein weiteres Mal abtreten.⁴¹ Es gilt somit der römisch-rechtliche Grundsatz «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse*

34 Siehe oben Rz. 10.

35 VON TUHR/PETER, S. 214.

36 WOLFF, S. 53.

37 BUCHER, S. 46.

38 Z.B. bei der Stellvertretung. Vgl. VON TUHR/PETER, S. 216 f.

39 Zur ganzen Rz. VON TUHR/PETER, S. 214.

40 CR-PROBST, Art. 164 OR N 52.

41 Für die Priorität zwischen mehreren Abtretungen derselben Forderung durch denselben Gläubiger ist folglich die zeitliche Reihenfolge des Zustandekommens der Abtretungsverträge massgebend (BGE 56 II 363 E. 2 i. f. S. 370; CR-PROBST, Art. 164 OR N 52, 57; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 17; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 66; BUCHER, S. 548, FN 50; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3410; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 90.04; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2158).

habet.»⁴² Des Weiteren führen auch Verfügungsbeschränkungen zu fehlender Verfügungsmacht des Zedenten.⁴³

b) Verfügungsbeschränkungen im Besonderen

- 17 Bei Beschränkungen der Verfügungsmacht (Verfügungsbeschränkungen) fehlt einem Rechtssubjekt infolge einer besonderen Rechtslage die Befugnis zur Verfügung.⁴⁴ Die Beschränkung kann die Verfügungsmacht umfassend entziehen oder – weniger weitgehend – für die Wirksamkeit der Verfügung die Zustimmung oder Mitwirkung einer anderen Person oder Behörde voraussetzen.⁴⁵ Ein praktisch bedeutsamer Fall einer Verfügungsbeschränkung ist der Konkursbeschluss. Mit der Konkursöffnung verliert der Gemeinschuldner grundsätzlich das Recht, über sein Vermögen zu verfügen.⁴⁶
- 18 Verfügungsbeschränkungen betreffen die Fähigkeit zur Verfügung und damit das rechtliche «Können» des Rechtssubjekts. Keine Beschränkung des rechtlichen «Könnens», sondern eine solche des rechtlichen «Dürfens» liegt dagegen vor, wenn dem Rechtssubjekt nicht die Fähigkeit zur Verfügung fehlt, sondern die Pflicht obliegt, eine Verfügung zu unterlassen. Man spricht in diesem Zusammenhang von *Verfügungsverboten*.⁴⁷ Verfügungen, die das Rechtssubjekt entgegen einem Verfügungsverbot vornimmt, sind wirksam, aber pflichtwidrig und können daher Schadenersatzfolgen auslösen.⁴⁸
- 19 Die Verfügungsmacht ist als Ausfluss der Privatautonomie eine Grundlage der Privatrechtsordnung.⁴⁹ Daraus wird geschlossen, dass sie grundsätzlich nur durch gesetzliche Vorschrift, nicht jedoch durch Rechtsgeschäft beschränkt werden kann.⁵⁰ Verträge solchen Inhalts haben nur obligatorische Wirkung und hindern das Rechtssubjekt nicht an einer wirksamen Verfügung,

42 Im Original (D 50,17,54): «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.*»; auf Deutsch: Niemand kann mehr Rechte auf einen anderen übertragen, als er selber hatte (vgl. HUWILER, Quellenbuch, Bd. I, Rz. 189).

43 Siehe hierzu sogleich Rz. 17–19.

44 VON TUHR, BGB II/1, S. 366.

45 STEINER, S. 29.

46 Rechtshandlungen, die der Schuldner nach der Konkursöffnung über Bestandteile der Konkursmasse vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber ungültig (Art. 204 Abs. 1 SchKG).

47 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 101; STEINER, S. 12.

48 VON TUHR/PETER, S. 215.

49 Vgl. VON TUHR/PETER, S. 215.

50 Vgl. im deutschen Recht § 137 Satz 1 BGB: «Die Befugnis zur Verfügung über ein äußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.» Vgl. auch die Nachweise unten in FN 2143.

selbst wenn der Erwerber die Verpflichtung zur Unterlassung der Verfügung kennt.⁵¹ Rechtsgeschäftliche Beschränkungen der Verfügungsmacht stellen somit grundsätzlich Verfügungsverbote dar. Ob vertragliche Abtretungsverbote eine Ausnahme von diesem Prinzip bilden,⁵² wird in der vorliegenden Arbeit untersucht.⁵³

c) Rechtsfolgen fehlender Verfügungsmacht

Fehlt dem Verfügenden die Verfügungsmacht, ist das Verfügungsgeschäft 20 unwirksam, soweit nicht der gute Glaube des Erwerbers geschützt wird.⁵⁴ Der gute Glaube des Zessionars wird in der Regel nicht geschützt.⁵⁵ Dieser Grundsatz erfährt allerdings zwei Ausnahmen. Gemäss Art. 18 Abs. 2 OR kann der Schuldner dem Zessionar, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, die Einwendung der Simulation nicht entgegensetzen.⁵⁶ Und nach Art. 164 Abs. 2 OR wird der gute Glaube des Zessionars geschützt, der sich im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis eine Forderung hat abtreten lassen, ohne zu wissen, dass Schuldner und Zedent ein pactum de non cedendo vereinbart haben.⁵⁷ In diesen beiden Fällen erwirbt der gutgläubige Zessionar die Forderung trotz fehlender Verfügungsmacht des Zedenten bzw. trotz mangelnder Abtretbarkeit der Forderung.⁵⁸

Verfügungsgeschäfte, die aufgrund fehlender Verfügungsmacht unwirk- 21 sam sind, können durch Genehmigung oder durch Konvaleszenz wirksam werden: Zum einen wird die Beschränkung der Verfügungsmacht beseitigt, wenn die Person, zu deren Schutz die Beschränkung besteht, die Verfügung genehmigt.⁵⁹ Zum anderen konvalesziert die Verfügung, wenn (1) die Person, die ohne Verfügungsmacht über ein Recht verfügt hat, dieses später erwirbt oder wenn (2) der Träger des Rechts Erbe des unbefugte Verfügenden wird.⁶⁰

51 VON TUHR/PETER, S. 215 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 OR N 24 f.; vgl. auch MARTIN, ZSR 1923, S. 1, 6-8, der rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbote für nichtig hielt.

52 So BUCHER, S. 46, FN 54.

53 Siehe Rz. 188-198 (zur Natur des pactum de non cedendo) und Rz. 199-253 (zur Wirkung des pactum).

54 VON TUHR/PETER, S. 217; STEINER, S. 19.

55 Siehe hierzu auch unten Rz. 272, m.Nw. in FN 766.

56 Ausführlicher hierzu unten FN 780.

57 Ausführlicher hierzu unten Rz. 271-277.

58 Siehe zur Unabtretbarkeit und ihrem Verhältnis zur fehlenden Verfügungsmacht unten Rz. 24.

59 VON TUHR/PETER, S. 220 i.i.

60 Zur ganzen Rz. VON TUHR/PETER, S. 217 f.

Aufgrund dieser Möglichkeiten, die Unwirksamkeit der Verfügung zu beseitigen, ist diese nicht (unheilbar) nichtig, sondern bloss unwirksam.⁶¹

6. Abtretbarkeit der Forderung

A. Begriff und Umfang der Abtretbarkeit

- 22 Die Abtretung einer Forderung setzt deren Abtretbarkeit voraus. Darunter wird die Eigenschaft der Forderung verstanden, der Verfügungsform der Abtretung zugänglich zu sein.⁶² Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR sind grundsätzlich alle Forderungen abtretbar.⁶³ Als Umstände, die eine Forderung ausnahmsweise unabtretbar machen, nennt die Bestimmung «Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses». Die Abtretbarkeit kann dabei ganz ausgeschlossen sein oder auf bestimmte Personen, einen bestimmten Umfang der Forderung, einen bestimmten Zweck, eine bestimmte Zeit oder auf eine Kombination dieser Elemente beschränkt sein. Sie kann ausserdem an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sein, wie insbesondere die Zustimmung des Schuldners oder die Anzeige an diesen.⁶⁴

B. Unabtretbarkeit und Beschränkung der Verfügbarkeit

- 23 Die Unabtretbarkeit ist ein Teilbereich der übergeordneten Kategorie der Beschränkung der Verfügbarkeit einer Forderung. Eine solche liegt vor, wenn ein Recht seiner Beschaffenheit nach, ungeachtet seines Trägers, der Verfügung entzogen ist.⁶⁵ Andere Teilbereiche der Beschränkung der Verfügbarkeit sind beispielsweise die Unverpfändbarkeit und die Unvererblichkeit. Die Unabtretbarkeit einer Forderung hat deren Unverpfändbarkeit zur Folge.^{66,67} Dagegen zieht weder die Unabtretbarkeit die Unvererblichkeit noch diese

61 Siehe zur Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit unten Rz. 106 f. (Nichtigkeit), Rz. 108-111 (absolute Unwirksamkeit) und Rz. 112-118 (relative Unwirksamkeit).

62 STEINER, S. 33.

63 Siehe zum Grundsatz der Abtretbarkeit aller Forderungen unten Rz. 100-103.

64 STEINER, S. 34.

65 VON TUHR, BGB II/1, S. 366.

66 Art. 899 Abs. 1 ZGB: «Forderungen und andere Rechte können verpfändet werden, wenn sie übertragbar sind.» Vgl. BK-ZOBL, Art. 899 ZGB N 32, 69; krit. betr. die Unverpfändbarkeit aufgrund eines pactum de non cedendo FOËX, contrat de gage mobilier, Ziff. 528. Siehe zum vertraglichen Verpfändungsverbot unten FN 2027.

67 Weil die Forderungsverpfändung die Übertragbarkeit der Forderung voraussetzt, ist sie keine Alternative zur (Sicherungs-)Abtretung, wenn dieser ein pactum de non cedendo entgegensteht.

jene nach sich.⁶⁸ Gleich wie Verfügungsbeschränkungen betreffen Beschränkungen der Verfügbarkeit das rechtliche «Können» und nicht das rechtliche «Dürfen» des Rechtssubjekts.⁶⁹

C. Unabtretbarkeit und Beschränkung der Verfügungsmacht

Nach VON TUHR liegt eine Beschränkung der Verfügungsmacht nur dann vor, «wenn dem Rechtssubjekt infolge seiner persönlichen Rechtsstellung die Befugnis zur Verfügung fehlt, nicht wenn ein Recht infolge seiner Beschaffenheit unübertragbar ist».⁷⁰ Die Unabtretbarkeit nach Art. 164 Abs. 1 OR wird gemeinhin als Beschaffenheit der Forderung verstanden.⁷¹ Folglich schränkt die Unabtretbarkeit die Verfügbarkeit der Forderung ein und berührt die Verfügungsmacht des Gläubigers nicht unmittelbar. Die Beschränkung der Verfügbarkeit wirkt sich jedoch mittelbar auf die Verfügungsmacht aus. Wenn die unabtretbare Forderung der Verfügung der Abtretung nicht zugänglich ist, kann dem Gläubiger nämlich auch keine Verfügungsmacht hinsichtlich der Abtretung erwachsen. Die Unabtretbarkeit einer Forderung hat daher als Reflexwirkung immer auch fehlende Verfügungsmacht des Gläubigers hinsichtlich der Abtretung zur Folge. Demnach kann der Gläubiger die Forderung nicht nur aufgrund ihrer Unabtretbarkeit nicht zedieren, sondern es mangelt ihm als Folge der Unabtretbarkeit auch an der Verfügungsmacht.⁷²

II. Praktische Bedeutung der Abtretung

1. Praxis der forderungsgestützten Finanzierung

Eine Wirtschaftsordnung, die auf einem entwickelten Geld- und Kreditverkehr beruht, ist auf die freie Übertragbarkeit von Forderungen angewiesen.⁷³ Forderungen, insbesondere Geldforderungen gegenüber Kunden aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen (sog. Debitorenforderungen), machen in der Bilanz vieler Unternehmen einen grossen Teil der Aktiven aus. Dies gilt

68 BK-BECKER, Art. 164 OR N 28; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 35.

69 STEINER, S. 12.

70 VON TUHR, OR, S. 190, FN 4; VON TUHR/PETER, S. 214, FN 4.

71 Ausführlich zur Natur des pactum de non cedendo unten Rz. 188-198.

72 Zur ganzen Rz. STEINER, S. 34. Vgl. auch DÖRNER, S. 142f.: «Der Begriff der Verfügungsbeschränkung zielt [...] auf die nur mehr eingeschränkte Verschiebbarkeit des Vermögenswerts Forderung im Verhältnis zu Dritten ab; Unabtretbarkeit als Bestimmung des Forderungsinhalts kennzeichnet demgegenüber die innerobligatorischen Konsequenzen des Abtretungsausschlusses.»

73 KÖTZ, Abtretung, S. 9; DERS., Rights of Third Parties, Ziff. 60, S. 54.

besonders für Unternehmen des Dienstleistungssektors, bei denen physische Vermögenswerte von untergeordneter Bedeutung sind. Die Bedeutung einer Forderung als Vermögenswert wird zudem dadurch verstärkt, dass die Zahlungsfristen, welche die Unternehmen ihren Kunden gewähren, in den letzten Jahren immer länger geworden sind.⁷⁴

26 Die Rechtsordnung erlaubt es, eine Forderung als Vermögenswert einzusetzen. Der in der Forderung verkörperte Wert soll dabei nicht nur durch Erfüllung, sondern auch in anderer Form realisiert werden können.⁷⁵ Der Forderungsinhaber ist dadurch nicht auf die Erfüllung des Schuldners beschränkt und muss nicht auf die Fälligkeit der Forderung warten. Ihm eröffnet sich durch die Möglichkeit der Abtretung die Aussicht auf einen grossen Kreis potentieller Geldgeber. Die Abtretung dient Unternehmen dabei zur schnelleren Finanzierung⁷⁶ ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit. Sie ermöglicht ihnen, Forderungen als Sicherheit für ein Darlehen zu verwenden (Sicherungscession) oder Forderungen zu verkaufen, um den Gegenwert der Forderung unmittelbar in Geld zu erhalten (Factoring). Die Abtretung ist daher ein fester Bestandteil der modernen Finanzierungspraxis.⁷⁷

27 Unter dem Begriff «forderungsgestützte Unternehmensfinanzierung» (receivables financing) werden Praktiken zusammengefasst, «die Forderungen und andere Rechte zum Zwecke der Unternehmensfinanzierung nutzbar machen».⁷⁸ Die wichtigsten dieser Finanzierungsgeschäfte werden nachfolgend dargestellt. Nach einer allgemeinen Erläuterung zu Begriff und Funktion der Finanzierungsform werden jeweils die Rolle der Abtretung und der Einfluss von Abtretungsverboten auf das Finanzierungsgeschäft dargelegt.

74 Zum ganzen Absatz KUHN, Kreditsicherungsrecht, 1. Aufl., § 23 Rz. 12; vgl. zu den Zahlungsfristen auch DERS., Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., Rz. 1017.

75 LABONTÉ, S. 1.

76 Der Begriff **Finanzierung** wird definiert als «Massnahmen der Mittelbeschaffung und -rückzahlung und damit der Gestaltung der Zahlungs-, Informations-, Kontroll- und Sicherheitsbeziehungen zwischen Unternehmen und Kapitalgebern» (Gabler Wirtschaftslexikon, S. 1230). Bei der Finanzierung von Unternehmen wird auch von **Refinanzierung** gesprochen. Dieser Begriff betont, dass das Unternehmen seinen Kunden durch Vorleistungen einen Kredit gewährt und dazu selber die erforderlichen Mittel (z.B. für Lohnzahlungen und Materialbeschaffung) durch Finanzierungsgeschäfte beschaffen muss (vgl. BOEMLE ET AL., S. 890).

77 Vgl. KUHN, SZW 2015, S. 351, 352-356; MOSKRIC/BÜRGI, Rz. 7, 12; EIDENMÜLLER, ACP 2004, S. 457, 458 f.

78 KUHN, SZW 2015, S. 351, 352 f.; vgl. DERS., Kreditsicherungsrecht, Rz. 1335.

A. Zessionskredit

a) Begriff und Mechanismus

Ein Zessionskredit⁷⁹ liegt vor, wenn ein Bankkredit⁸⁰ durch Abtretung einer oder mehrerer bestehender oder zukünftiger Forderungen sichergestellt wird.⁸¹ Zentraler Bestandteil des Zessionskredits ist die Sicherungszession. Dabei tritt der Sicherungsgeber (Sicherungszedent) dem Sicherungsnehmer (Sicherungszessionar) eine Forderung oder ein Recht (Sicherungsforderung) zur Sicherstellung einer Hauptforderung (gesicherte Forderung) zu vollem Recht ab.⁸² Der Sicherungszessionar wird dadurch vollberechtigter Inhaber der abgetretenen Forderung bzw. des abgetretenen Rechts.⁸³ Zugleich vereinbaren die Parteien (im Innenverhältnis), dass die Forderung nur vertragsgemäss, d.h. zur Sicherung eines Kredits, verwendet werden darf. Der Sicherungszessionar darf von seiner im Verhältnis zum Sicherungszweck überschüssenden Rechtsmacht nur so weit Gebrauch machen, als es jener gebietet. Die Sicherungszession ist mithin ein fiduziarisches Rechtsgeschäft.⁸⁴ Der Sicherungszweck wird dadurch erreicht, dass der Sicherungszessionar gemäss der Sicherungsabrede berechtigt ist, die abgetretene Forderung bei Eintritt des Verwertungsfalls zu verwerten. Tritt dieser nicht ein, weil der Sicherungszweck sich durch Tilgung oder anderweitiges Erlöschen der Hauptforderung erledigt hat, hat der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung auf den Sicherungszedenten zurückzuübertragen.⁸⁵ Die Sicherungszession braucht dem debitor cessus nicht angezeigt zu werden (sog. stille Zession). Dies liegt im Interesse des Sicherungszedenten, der so vermeidet, dass der debitor cessus

79 Vgl. zum Zessionskredit bzw. zur Sicherungszession *im Schweizer Recht* REETZ, Habil.; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 1506-1697; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1331-1333, 1343-1398; DERS., SZW 2015, S. 351, 354 f.; *im deutschen Recht* GANTER, §75; *im österreichischen Recht* KALLER.

80 Im weiteren Sinn versteht man unter «Bankkredit» «die Zusicherung der Bank an einen Kreditnehmer, ihm Geld auszuleihen gegen angemessene Verzinsung und Rückzahlung bzw. eine Verpflichtung an seiner Stelle zu übernehmen zu Gunsten eines Dritten gegen Zahlung einer Kommission» (BOEMLE ET AL., S. 135).

81 BOEMLE ET AL., S. 1136.

82 BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 1507; REETZ, Habil., Rz. 25-39; GANTER, §75 N 1.

83 BGer, 4C.84/2004, Urteil vom 9.6.2004, E. 2.2; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 1553; REETZ, Habil., Rz. 42; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1331; GANTER, §75 N 16.

84 BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 1507, 1551; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1331; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 44; BUCHER, S. 559; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3412; KOLLER, Rz. 84.08; GANTER, §75 N 16.

85 REETZ, Habil., Rz. 25.

Kenntnis erlangt, dass er auf die Finanzierung mittels eines Zessionskredits angewiesen ist. Üblicherweise wird eine stille Sicherungszession mit einer Vollmacht des Zedenten zur Eintreibung der Forderung verbunden.⁸⁶

b) Praktische Bedeutung

29 Der Zessionskredit war im Kreditgeschäft der Banken vor allem bei der Kreditvergabe an kleine und mittlere Unternehmen verbreitet, bei denen Forderungen gegen Kunden die einzigen Mittel waren, die zu Sicherungszwecken herangezogen werden konnten.^{87,88} Denn Betriebseinrichtungen und andere Produktionsmittel können nicht zu Sicherungszwecken verwendet werden, solange die Unternehmen auf deren unmittelbaren Besitz und Gebrauch angewiesen sind. Das Besitzkonstitut ist nämlich weder beim Faustpfandrecht noch bei der Sicherungsübereignung zulässig.⁸⁹ Für Bauunternehmen und Handwerker beispielsweise ist der Zessionskredit somit oft die einzige Möglichkeit, um die zur Ausführung grösserer Aufträge erforderlichen Betriebsmittel bereitzustellen.^{90,91}

30 Die Sicherungszession verdrängte die Forderungsverpfändung nach Art. 899–906 ZGB fast vollständig.⁹² Für den Sicherungsnehmer liegt der Vorteil der Abtretung gegenüber der Verpfändung darin, dass er die abgetretene Forderung zu vollem Recht erwirbt.⁹³ Dies vereinfacht für ihn die Verwaltung und die Verwertung der Forderung: Bei der Verwaltung ist der Sicherungszessionar – anders als bei der Verpfändung (vgl. Art. 906 ZGB) – nicht auf die Mitwirkung des Sicherungsgebers angewiesen.⁹⁴ Und im Verwertungsfall stellt sich die Lage des Sicherungszessionars im Vergleich zu derjenigen des Pfandrechtsgläubigers insofern komfortabler dar, als der Sicherungszessionar selber die Forderung beim debitor cessus einziehen kann. Er braucht weder die Betreuung auf Pfandverwertung einzuleiten noch im Fall des Konkurses des Sicherungsgebers eine Verwertung nach den Grundsätzen des Konkurs-

86 Vgl. im Einzelnen REETZ, *Habil.*, Rz. 240–248.

87 Vgl. BGE 69 II 286 E. 2a S. 291f.

88 Die abgetretenen Forderungen werden i. d. R. im Umfang von 50 bis 80% des Nominalbetrags bevorschusst (BOEMLE ET AL., S. 1136).

89 BK-ZOBL/THURNHERR, *Systematischer Teil*, N1344.

90 BOEMLE ET AL., S. 1057.

91 Vgl. zum ganzen Absatz BK-ZOBL/THURNHERR, *Systematischer Teil*, N1507, 1653–1656.

92 REETZ, *Habil.*, Rz. 67; BSK-BAUER/BAUER, Art. 899 ZGB N8; BK-ZOBL/THURNHERR, *Systematischer Teil*, N1538. Vgl. für Deutschland GANTER, § 75 N15; Staudinger-BUSCHE, *Einl. zu §§ 398 ff. BGB* N66f.

93 KUHN, *Kreditsicherungsrecht*, Rz. 1367f.

94 Vgl. REETZ, *Habil.*, Rz. 69; BSK-BAUER/BAUER, Art. 899 ZGB N8; KUHN, *Kreditsicherungsrecht*, Rz. 1369f.

rechts zu dulden.^{95,96} Ein weiterer Vorteil der Sicherungszession für den Sicherungsnehmer liegt darin, dass dieser bei der Globalabtretung sämtlicher Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Sicherungsgebers regelmässig Einblick in die Geschäftsbücher des Sicherungsgebers erhält. Dadurch kann er sich ein besseres Bild von der Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers verschaffen und den gewährten Kredit nötigenfalls vorzeitig kündigen.⁹⁷ Neben der Forderungsverpfändung ersetzte der Zessionskredit in der Praxis ausserdem grossenteils den Diskontkredit⁹⁸, seit der Wechsel als Zahlungsmittel aus der Übung geriet.⁹⁹

Allerdings verlor auch der Zessionskredit im schweizerischen Bankgeschäft aufgrund praktischer und rechtlicher Hindernisse weitgehend an Bedeutung. Als nachteilig für diese Finanzierungsform erwies sich, dass die Bonität des debitor cessus häufig ungewiss ist und dass die Bank mit Einreden und Einwendungen des debitor cessus rechnen muss, die sie nur mit grossem Aufwand überprüfen kann. Sofern die Bonität des Kreditnehmers es zulässt, gewähren Banken heute deshalb anstelle eines Zessionskredits vorzugsweise einen Blankokredit^{100, 101, 102}

95 Näher hierzu KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1379-1396; REETZ, Habil., Rz. 70. Vgl. auch REHM, S. 472; BSK-BAUER/BAUER, Art. 899 ZGB N 8.

96 Eine private Pfandverwertung kann zwar auch im Pfandvertrag vereinbart werden (vgl. BK-ZOBL, Art. 891 ZGB N 28). Das private Verwertungsrecht kann jedoch nicht ausgeübt werden, wenn die Forderung durch einen anderen Gläubiger gepfändet worden ist, wenn über den Sicherungsgeber der Konkurs eröffnet worden ist oder wenn die Forderung verarrestiert worden ist (BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 701, 718, 804).

97 REETZ, Habil., Rz. 68, FN 82.

98 Ein Diskontkredit ist ein «kurzfristiger Kredit, den Kreditinstitute durch den Ankauf von noch nicht fälligen Wechseln vergeben. Dabei erhält der Kunde, der den Wechsel einreicht, den Wechselbetrag abzüglich der bis zur Fälligkeit entstehenden Zinsen (Diskont) und Wechselspesen ausgezahlt.» (Gabler Wirtschaftslexikon, S. 847).

99 ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, Rz. 1141; WEHRLI, S. 82.

100 Unter «Blankokredit» versteht man in der Bankpraxis einen kurzfristigen Betriebskredit, «für den keine Kreditsicherheiten gestellt werden, sondern der ausschliesslich aufgrund der Kreditwürdigkeit (Bonität) des Kreditnehmers gegeben wird» (Gabler Wirtschaftslexikon, S. 569; vgl. auch BOEMLE ET AL., S. 194).

101 ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, Rz. 1141, 1352; DE GOTTRAU, S. 236 f.; BUCHER, Kreditsicherung, S. 9 f. und Votum Dr. Gsell, S. 24-29; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1202; DERS., SZW 2015, S. 351, 355; vgl. auch DERS., Secured Transactions, S. 64.

102 Diese Entwicklung spiegelt sich im tatsächlichen Zugang von (kleinen und mittleren) Unternehmen zu einem Bankkredit wider. Gemäss einer vom SECO und vom BJ in Auftrag gegebenen Studie zur Finanzierung der KMU in der Schweiz haben nur 32% der kleinen und mittleren Unternehmen Zugang zu einem Bankkredit. Der Anteil von rund einem Drittel bankfinanzierten KMU ist in der Schweiz wesentlich tiefer als in den Nachbarländern, wo der Anteil KMU, die sich durch eine Bank finanzieren, zwischen 39% (Deutschland, Frankreich) und 48% (Österreich) liegt. In Italien sind es

c) Abtretungsverbot

- 32 Zu den Einwendungen, mit denen die Bank beim Zessionskredit rechnen muss, zählt insbesondere auch die Unabtretbarkeit der sicherungsweise abgetretenen Forderung. Haben der Kunde (debitor cessus) und das kreditsuchende Unternehmen im der Forderung zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ein Abtretungsverbot vereinbart, ist die abredewidrige Abtretung nach Art. 164 OR unwirksam.¹⁰³ Die Forderung bleibt im Vermögen des Unternehmens und der Kunde kann die vermeintliche Gläubigerstellung der Bank im Prozess mit Erfolg bestreiten. Dies hat zur Folge, dass Banken sich durch Einsichtnahme in den der Forderung zugrunde liegenden Vertrag vergewissern müssen, dass die Forderung abtretbar ist. Alternativ können sie bei offenen Zessionen¹⁰⁴ vom Sicherungszedenten verlangen, dass dieser die Zustimmung des debitor cessus zur Abtretung beibringt.¹⁰⁵ Beides erhöht die Finanzierungskosten. Pacta de non cedendo wirken sich somit in doppelter Hinsicht nachteilig auf die Finanzierung von Unternehmen durch Zessionskredite aus.¹⁰⁶ Zum einen stehen sie im Einzelfall der Sicherungszession und damit der Finanzierung entgegen; zum anderen verteuern sie allgemein die Finanzierung mittels Zessionskrediten.

B. Factoring

- 33 Im kaufmännischen Verkehr werden Schuldner regelmässig längere Zahlungsfristen (60, 90 oder mehr Tage) eingeräumt. Der Zahlungsaufschub birgt für den Gläubiger mehrere Nachteile. Erstens vermindert er dessen Liquidität.¹⁰⁷ Zweitens verursacht er administrativen Mehraufwand beim Inkasso. Und drittens trägt der Gläubiger das Risiko, dass der Schuldner bis zur Fälligkeit der Forderung zahlungsunfähig wird. Diese Nachteile können Gläubiger durch die Inanspruchnahme von Factoringdiensten¹⁰⁸ vermei-

45%. 65% der KMU begründeten das Fehlen eines Bankkredits damit, dass sie keinen Bankkredit benötigten. Immerhin 6% der KMU gaben als Grund an, dass ihnen Bankkredite verweigert würden, weil sie keine geeigneten Sicherheiten stellen könnten (Hochschule Luzern – Wirtschaft, Institut für Finanzdienstleistungen Zug IFZ, Studie zur Finanzierung der KMU in der Schweiz 2021, Zug 2021, S. 29-31).

103 Siehe zur Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 164 OR unten Rz. 199-253.

104 D.h. bei Zessionen, die dem debitor cessus durch Notifikation offengelegt werden.

105 GANTER, § 75 N175.

106 Vgl. auch MUMMENHOFF, JZ 1979, S. 425.

107 In einen Liquiditätsengpass gerät der Gläubiger insbesondere, wenn er «seinerseits kürzere Zahlungsziele einhalten [oder] in grösseren Mengen Rohmaterial einkaufen muss oder Skonti seiner Lieferanten ausnutzen will» (MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 180).

108 Vgl. zum Factoring *im Schweizer Recht* FÄSSLER; REY, Factoringvertrag, S. 289-314; BSK-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. OR N93-111; KUHN, Kreditsicherungsrecht,

den.¹⁰⁹ Durch den Factoringvertrag verpflichtet sich das Factoringunternehmen (Factor), gegen Entgelt eine oder mehrere der folgenden Dienstleistungen zu erbringen: Finanzierung offener Buchforderungen (Finanzierungsfunktion), Geschäftsbesorgung (Debitorenbuchhaltung, Fakturierung, Inkasso; Dienstleistungsfunktion) und Übernahme des Risikos des Zahlungsausfalls (Delkrederefunktion).¹¹⁰

Im Kern besteht das Factoringgeschäft in einer (Global-)Zession.¹¹¹ Der Factoringkunde verkauft und überträgt gegenwärtige und zukünftige Forderungen an den Factor, der die Forderungen als neuer Gläubiger eintreibt.¹¹² Schliessen nun der Factoringkunde und der debitor cessus im zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag die Abtretung der Forderung aus, kann der debitor cessus dieses Abtretungsverbot nach Art. 164 Abs. 1 OR dem Factor entgegenhalten und ist die dennoch vorgenommene Abtretung unwirksam. Für den Gläubiger hat dies zur Folge, dass er die entsprechenden Forderungen nicht mehr für das Factoring nutzen kann. Für den Factor wiederum ist es – bei Globalabtretungen – zu aufwendig oder – bei der Abtretung zukünftiger Forderungen – unmöglich, die einzelnen Verträge seines Kunden auf den Bestand von Abtretungsverboten zu untersuchen.¹¹³ Der Zession entgegenstehende pacta de non cedendo sind dementsprechend ein grosses Hindernis für das Factoringgeschäft.¹¹⁴

C. Forfaitierung

Forfaitierung¹¹⁵ bezeichnet den Kauf von Forderungen aus in der Regel grenzüberschreitender Leistungserbringung unter Verzicht auf einen Rückgriff gegen den Verkäufer für den Fall der Uneinbringlichkeit der Forderung.¹¹⁶

Rz. 1336-1340; DERS., SZW 2015, S. 351, 353 f.; STURZENEGGER/SPRECHER, Rz. 1-12; *im deutschen Recht* MARTINEK, S. 220-323; OMLOR, Factoringgeschäft, § 81; *im österreichischen Recht* IRO, Factoringgeschäft, S. 217-331.

109 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 94.

110 BSK-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 93, mit Hinweisen; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1336; STURZENEGGER/SPRECHER, Rz. 1-3; MARTINEK, S. 223-225; OMLOR, Factoringgeschäft, § 81 N 2. Eingehend zur vertraglichen Struktur und Funktionsweise des (internationalen) Factoring MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 180-183. Vgl. auch die Legaldefinition des Factoringvertrags in Art. 1 Abs. 2 FactÜ.

111 KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1339.

112 STURZENEGGER/SPRECHER, Rz. 10; MARTINEK, S. 222.

113 Vgl. SCHMIDT, IPRAx 2005, S. 93, 97; *Analytical Commentary* ZessÜ, Ziff. 100.

114 DROBNIG, S. 79; BASEDOW, ZEuP 1997, S. 615, 633; MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 178; FÄSSLER, Rz. 464; vgl. auch OMLOR, Factoringgeschäft, § 81 N 110.

115 Vgl. zur Forfaitierung *im Schweizer Recht* DEUBER; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1341 f.; DERS., SZW 2015, S. 351, 354; *im deutschen Recht* OMLOR, Forfaitinggeschäft, § 82; *im österreichischen Recht* IRO, Forfaitinggeschäft, S. 333-375.

116 KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1341; IRO, Forfaitinggeschäft, Rz. 3/1; DEUBER, S. 1.

Der Verkäufer der Forderung wird Forfaitist, der Käufer Forfaiteur genannt.¹¹⁷ Der Ausdruck «à forfait»¹¹⁸ bedeutet, dass die Forderung als Ganzes, d.h. mit allen Chancen und Risiken (insbesondere ohne Regress), übertragen wird. Im Vergleich zum Factoring sind immer nur einzelne Forderungen Gegenstand von Forfaitierungsvereinbarungen, sind die Volumina der einzelnen Forderungen in der Regel grösser (über CHF 100 000) und dauern die Zahlungsfristen länger (z.T. mehrere Jahre).¹¹⁹ Auch wird die Forfaitierung nur bei einwandfreier Bonität¹²⁰ des Schuldners durchgeführt.¹²¹

36 Die Forfaitierung ist zunächst ein klassisches Instrument der Exportfinanzierung. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Bank als Forfaiteur die Forderung eines Exporteurs (Forfaitist) aus einem Exportgeschäft unter Verzicht auf Regress im Fall der Uneinbringlichkeit der Forderung erwirbt. Wirtschaftliche Bedeutung hat die Forfaitierung dabei in erster Linie im Rahmen der Finanzierung von grenzüberschreitenden Grossprojekten.¹²² Daneben gewann die Forfaitierung auch bei der finanziellen Abwicklung von Leasinggeschäften Bedeutung. Dabei verkaufen die Leasinggeber (Forfaitisten, i.d.R. Leasinggesellschaften) ihre Forderungen auf Zahlung der Leasingraten aus abgeschlossenen Leasingverträgen an Banken (Forfaiteure), um so die für die Leasingobjekte bezahlten Kaufpreise zu refinanzieren. Die Bank zieht die Leasingraten bei Fälligkeit ein. Die Leasinggesellschaften verschaffen sich damit Liquidität für den Kauf weiterer Leasingobjekte und vermeiden Kosten, die bei der Einziehung der verkauften Forderungen entstehen. Grosse Bedeutung erlangte insbesondere die Forfaitierung von Forderungen aus Immobilien-Leasinggeschäften. Zudem setzte sich die Forfaitierung auch im Investitions- und Konsumgüter-Leasing durch.¹²³

37 Beiden Erscheinungsformen der Forfaitierung sind drei Hauptfunktionen gemein: Erstens verschafft die Forfaitierung dem Forfaitisten einen sofortigen und hohen Liquiditätszufluss (Finanzierungsfunktion). Zweitens übernimmt der Forfaiteur ein weit reichendes Delkredererisiko (Delkrederefunktion). Und drittens beraten die Forfaiteure die Forfaitisten hinsichtlich der in den Kaufvertrag aufzunehmenden Zahlungsbedingungen, stellen Auskünfte

117 DEUBER, S. 8.

118 Übersetzt mit «in Bausch und Bogen», «en bloc» (DOUCET/FLECK, Fachwörterbuch Recht und Wirtschaft, Bd. 1: Französisch-Deutsch, 8. Aufl., München 2024).

119 KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1341.

120 Z.B. abgesichert durch eine entsprechende Bankbürgschaft.

121 DEUBER, S. 4 f.; IRO, Forfaitinggeschäft, Rz. 3/2 f.; Handelsblatt Wirtschafts-Lexikon, S. 32 f.

122 Vgl. OMLOR, Forfaitinggeschäft, § 82 N 2, 8.

123 Vgl. OMLOR, Forfaitinggeschäft, § 82 N 31.

über den debitor cessus, die Garantiebank sowie das politische Risiko des Schuldnerlands zur Verfügung und übernehmen das Inkasso (Dienstleistungsfunktion).¹²⁴

Rechtlich ist der Forfaitierungsvertrag ein Forderungsverkauf.¹²⁵ Der Forfaitist erfüllt seine Verpflichtung durch Übertragung der Forderung an den Forfateur. Je nachdem, ob es sich um eine Buchforderung oder einen Wechsel handelt, sind auf das Übertragungsgeschäft die Regeln des Abtretungs- oder des Wertpapierrechts anwendbar.¹²⁶ Während bei Buchforderungen somit durch Zession (Art. 164 OR) verfügt wird, geschieht dies bei Wechseln durch Übergabe des Papierbesitzes und Indossierung (Art. 967, Art. 1001 Abs. 1 OR). Die Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit der Forderung durch den Forfateur und die Beschränkung der Haftung des Forfaitisten auf den Bestand der Forderung entsprechen der gesetzlichen Ausgestaltung der Gewährleistung bei der Forderungsabtretung (vgl. Art. 171 OR).¹²⁷

Wird bei der Forfaitierung eine Buchforderung abgetreten, stehen Abtretungsverbote nach Schweizer Recht auch dieser Finanzierungsform entgegen.¹²⁸ Dies kann bei der Exportfinanzierung Schwierigkeiten bereiten. An der Forfaitierung interessierte Leasinggesellschaften hingegen bestimmen in der Regel die Bedingungen ihrer Leasingverträge und hüten sich davor, Abtretungsverbote darin aufzunehmen.

D. Securitisation (Asset Backed Securities)

Eine weitere Form der forderungsgestützten Unternehmensfinanzierung mittels Abtretung ist die «Securitisation»¹²⁹ oder «Forderungsverbriefung».¹³⁰ Dabei werden Forderungen eines Unternehmens («Originator»), die Gelderträge abwerfen, in grosser Zahl in einem «Pool» zusammengefasst und anschliessend einem selbstständigen Rechtsträger («Special Purpose Vehicle», Zweckgesellschaft) verkauft und übertragen. Der Originator haftet nur für den Bestand der Forderungen und nicht für die Zahlungsfähigkeit der Schuldner.

124 Gabler Wirtschaftslexikon, S. 1273.

125 KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1342.

126 Vgl. KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1342.

127 OMLOR, Forfaitinggeschäft, § 82 N 14; IRO, Forfaitinggeschäft, Rz. 3/6-8, 31; DEUBER, S. 2, 30-32.

128 Siehe hierzu oben Rz. 34.

129 Vgl. zur Securitisation *im Schweizer Recht* FLEINER; LAPORTE; BÄR; KROLL, S. 173-185; OERTLE, SZW 1993, S. 153-171; KUHN, SZW 2015, S. 351, 355; BÜRGI/MOSKRIC, S. 165-205; *im deutschen Recht* ARLT; ALTE; RINNE, § 95; *im österreichischen Recht* KERN, S. 85 f.

130 In England als «securitisation», in den USA als «securitization» und in Frankreich als «titrisation» bezeichnet.

Typischerweise werden die Forderungsabtretungen den Schuldner nicht angezeigt. Die Zweckgesellschaft emittiert Wertpapiere oder Wertrechte («Asset Backed Securities»¹³¹) am Kapitalmarkt, bezahlt die ihr abgetretenen Forderungen mit dem dadurch erzielten Erlös und bedient die Wertpapiere oder -rechte mit den Zins- und Tilgungszahlungen, die auf die abgetretenen Forderungen eingehen und an sie weitergeleitet werden.¹³²

41 Der Forderungsverkauf im Rahmen der Securitisation und derjenige bei der Forfaitierung¹³³ weisen Parallelen auf. In beiden Fällen werden Forderungen zum Zweck der Unternehmensfinanzierung verkauft, wobei der Käufer das Delkredererisiko übernimmt. Während aber bei der Securitisation eine Vielzahl von Forderungen gleichzeitig verkauft wird, wird bei der Forfaitierung nur eine einzelne Forderung übertragen. Ausserdem wird bei der Forfaitierung weder eine Zweckgesellschaft eingeschaltet noch die Forderung an den Kapitalmarkt weitergereicht.¹³⁴

42 Mittels Securitisation können Unternehmen ihre Liquidität verbessern, indem sie illiquide Forderungen (z.B. aus langfristigen Kreditkarten-, Leasing-, Miet- oder Hypothekarverträgen) verbrieften und auf diese Weise in liquide Aktiva umwandeln. Ausserdem lagert der Originator durch die Übernahme des Delkredererisikos durch die Zweckgesellschaft das Ausfallrisiko letztlich auf die Käufer der emittierten Wertpapiere oder -rechte (Investoren) aus. Schliesslich kann der Originator mit dem Verkaufserlös Fremdkapital zurückzahlen und so seine Eigenkapitalquote verbessern oder bei unveränderter Eigenkapitalquote neue Geschäfte tätigen.¹³⁵ Die Securitisation verursacht durch die Einschaltung von Ratingagenturen, platzierenden Banken, Treuhändern und Rechtsanwälten erhebliche Kosten, weshalb sie nur für sehr hohe Transaktionsvolumen infrage kommt.¹³⁶ Typische «Asset-Forderungen» sind Darlehensforderungen gegen Privatpersonen (z.B. aus Konsumkreditverträgen, Kreditkartenverträgen oder aus hypothekargesicherten Darlehen)

131 Die Wertpapiere («Securities») sind durch die verkauften Forderungen («Assets») gedeckt («Backed») (BÜRGI/MOSKRIC, S. 167).

132 KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., S. 499, FN 8; KRÖLL, S. 173-176; OERTLE, SZW 1993, S. 153, 154-156; BÄR, S. 3 f., 27; LAPORTE, S. 8 f.; FLEINER, S. 11; ALTE, S. 10-12; RINNE, § 95 N 1.

133 Siehe oben Rz. 35-39.

134 RINNE, § 95 N 33; ALTE, S. 19 f.

135 RINNE, § 95 N 10, 25; ARLT, S. 72-87; LAPORTE, S. 49 f.; FLEINER, S. 18; KRÖLL, S. 173-175; ALTE, S. 12-16, zur Verbesserung der Eigenkapitalquote insbesondere S. 14-16; BÄR, S. 289-334.

136 Vgl. BÄR, S. 335. Gemäss RINNE, § 95 N 16 lohnt sich eine Securitisation erst ab einem Volumen von EUR 250 bis 300 Millionen. Nach KRÖLL, S. 178, beträgt die kritische Grösse üblicherweise über CHF 250 Millionen.

oder gegen Unternehmen, Leasingforderungen, Forderungen aus Liefer- und Dienstleistungsverträgen (z.B. aus Telekommunikationsverträgen) und Forderungen aus Unternehmensanleihen.^{137, 138}

Die Veräusserung der Forderungen durch den Originator an die Zweckgesellschaft geschieht durch einen Forderungsverkauf nach Art. 184 OR (Verpflichtungsgeschäft) und eine gleichzeitige oder spätere (Global-)Abtretung nach Art. 164 OR oder eine Übertragung nach Art. 858 bzw. 864 ZGB für Register- bzw. Papier-Schuldbriefe¹³⁹ (Verfügungsgeschäft).¹⁴⁰ Werden Forderungen nach Art. 164 OR abgetreten, werden Abtretungsverbote nach Art. 164 Abs. 1 OR bedeutsam. Haben der Kunde des Originators (debitor cessus) und der Originator (Gläubiger) ein pactum de non cedendo in ihren Vertrag aufgenommen, steht dieses nach Schweizer Recht dem Forderungsübergang und damit dem Einbezug der Forderung in die Securitisation entgegen.¹⁴¹ Daher ist der Originator gezwungen, die Verträge mit seinen Kunden dahingehend zu untersuchen, ob Abtretungsverbote die Übertragung der in Betracht kommenden Forderungen ausschliessen. Dies erhöht die Kosten dieser Finanzierungsform.¹⁴²

Die potentiellen Originatoren wie Banken, Kreditkartengesellschaften, Leasinggesellschaften oder grosse Dienstleistungsunternehmen verfügen allerdings in der Regel über eine stärkere Verhandlungsposition als ihre Kunden. Sie können daher grundsätzlich die Vertragsbedingungen definieren und die Aufnahme von Abtretungsverböten in ihre Verträge vermeiden. Deshalb bereiten pacta de non cedendo dieser Finanzierungsform weniger Schwierigkeiten als beispielsweise dem Factoring.

Die Securitisation spielte eine Schlüsselrolle in der weltweiten Verbreitung der Finanzkrise ab 2007¹⁴³. Der Verbriefung lag folgendes Modell zugrunde: US-amerikanische Banken verkauften hypothekargesicherte Darlehensforderungen an Gesellschaften, deren Zweck im Aufkauf dieser Kredite

137 Vgl. RINNE, §95 N18-21.

138 Vgl. zur Bedeutung der Securitisation für Schweizer Banken und auf dem Schweizer Finanzplatz FLEINER, S. 28-31 und BÜRGI/MOSKRIC, S. 204 f.

139 Auf die Übertragung einer Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet ist, sind die Bestimmungen über die Abtretung nach Art. 164-174 OR anwendbar, da das ZGB die Übertragung nicht besonders regelt (vgl. Art. 174 OR und Art. 835 ZGB).

140 LAPORTE, S. 195; vgl. zum deutschen Recht RINNE, §95 N36-55.

141 FLEINER, S. 234; zum deutschen Recht ARLT, S. 567-570; vgl. auch BÜRGI/MOSKRIC, S. 180.

142 ALTE, S. 114; ARLT, S. 569 f.

143 Auch Subprime-Krise genannt, mit Bezug auf die Kreditvergabe im Subprime-Kreditsegment, d.h. an Kreditnehmer mit geringem und womöglich unregelmässigem Einkommen und entsprechend niedriger Bonität (BUHOLZER ET AL., S. 18 f.).

lag.¹⁴⁴ Diese Gesellschaften bündelten die erworbenen Forderungen zu einem Portfolio und verkauften anschliessend Anteile an diesem Kreditportfolio in Form von Wertpapieren¹⁴⁵ an institutionelle Investoren wie Fonds, Versicherungen oder Banken.¹⁴⁶ Die Gesellschaften konnten mit dem Erlös aus dem Verkauf der Anteile weitere Kredite von Banken aufkaufen und die Banken konnten mit dem Erlös aus dem Forderungsverkauf weitere Kredite vergeben. Die Zahlungen an die Investoren, die diesen durch den Kauf der Wertpapiere zustanden, wurden aus den laufenden Zins- und Amortisationszahlungen der Kreditnehmer gespeist. Allfällige Kreditausfälle trafen die Banken nicht mehr. Dadurch sank bei ihnen der Anreiz, die Kredite sorgfältig zu vergeben. Da Investoren weltweit die Wertpapiere kaufen konnten, verbreiteten sich die Kreditausfälle über die USA hinaus auch weltweit.¹⁴⁷

- 46 Die Abtretbarkeit von Geldforderungen ist eine Grundvoraussetzung der Securitisation. Ohne die Abtretung der Forderungen an eine Zweckgesellschaft ist keine Forderungsverbriefung möglich.¹⁴⁸ Somit war die Abtretbarkeit von Forderungen auch eine notwendige Bedingung der Finanzkrise ab 2007. Als Ursache der Finanzkrise wird jedoch nicht die Abtretbarkeit von Forderungen zur Liquiditätssteigerung bzw. Unternehmensfinanzierung gesehen, sondern das Zusammentreffen vieler Fehlentwicklungen: Am Anfang stand der «Traum vom Haus» für alle Bevölkerungsschichten. Hierfür wurden risikoreiche Kredite vergeben, über neue Finanzprodukte strukturiert und weltweit verteilt. Ratingagenturen befanden sich in einem Interessenkonflikt, indem sie einerseits die Banken und Zweckgesellschaften bei der Gestaltung der Finanzprodukte berieten und andererseits die Finanzprodukte anschliessend – zu optimistisch – bewerteten.¹⁴⁹ Die US-Notenbank reagierte auf die negativen wirtschaftlichen Entwicklungen nach der Jahrtausendwende mit

144 Diese Zweckgesellschaften («Special Purpose Vehicles») werden auch Schattenbanken genannt. Die Bilanzsumme der Schattenbanken wird für das Jahr 2007 auf 60 000 Milliarden US-Dollar geschätzt (vgl. BUHOLZER ET AL., S. 24 f.).

145 Die Wertpapiere werden «Mortgage Backed Securities» genannt, weil die Wertpapiere («Securities») durch hypothekargesicherte Forderungen («Mortgage») gedeckt («Backed») sind (BUHOLZER ET AL., S. 20).

146 Verbriefungen können weiter verbrieft werden: Die Zweckgesellschaften verbrieften Anteile mehrerer bereits verbriefteter Produkte zu einem neuen Portfolio, das als «Collateralized Debt Obligations» (CDO, derivatives Finanzprodukt) bezeichnet wird. Mit jeder Verbriefung sinkt die Transparenz der Finanzprodukte. Das weltweite CDO Emissionsvolumen betrug im Jahr 2006 mehr als 500 Milliarden US-Dollar (vgl. zu den «Collateralized Debt Obligations» BUHOLZER ET AL., S. 22 f.).

147 BUHOLZER ET AL., S. 20 f.

148 Siehe oben Rz. 43.

149 Vgl. zur Rolle der Rating-Agenturen BUHOLZER ET AL., S. 36 f.

einer expansiven Geldpolitik.¹⁵⁰ Dies führte zu einer übermässigen Liquidität, in deren Folge vor allem auf dem Immobilienmarkt Vermögensblasen entstanden. Als diese platzten, zogen sie die Halter der Asset Backed Securities weltweit mit in den Strudel.¹⁵¹

Auch wenn die Abtretbarkeit von Geldforderungen somit eine notwendige Bedingung der Finanzkrise war, so war sie nicht deren verantwortliche Ursache. Entsprechend werden die in den USA sehr weit gehende Abtretbarkeit von Geldforderungen und die damit korrespondierende stark eingeschränkte Wirkung von Abtretungsverboten¹⁵² nicht als Gründe der Krise thematisiert. In Bezug auf die Wirkung von Abtretungsverboten kommt hinzu, dass die Banken als Originatoren in der Regel die Vertragsbedingungen definieren und Abtretungsverbote in ihren Verträgen ausschliessen können, so dass der Abtretung gar keine vertraglichen Verbote entgegenstehen.¹⁵³ Ausserdem wurden grundpfandgesicherte Forderungen verkauft, die grundsätzlich nicht nach den Regeln der Forderungsabtretung, sondern nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen übertragen werden.¹⁵⁴ Aus der Rolle der Forderungsabtretung in der Finanzkrise 2007 lassen sich daher keine Schlüsse für oder gegen die Wirksamkeit von Abtretungsverboten ableiten.

E. Projektfinanzierung

Eine weitere Form der forderungsgestützten Unternehmensfinanzierung ist schliesslich die Projektfinanzierung («project finance»)¹⁵⁵ Die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich umschreibt diese Finanzierungsform folgendermassen:

«Projektfinanzierung (PF) ist eine Art der Finanzierung, bei der der Kreditgeber hauptsächlich die aus dem einzelnen Projekt erzielten Einkünfte sowohl als Quelle für die Begleichung der Forderung als auch als Sicherheit für die Forderung betrachtet. Diese Art der Finanzierung wird gewöhnlich für grosse, komplexe und teure Infrastrukturprojekte verwendet, wie z.B. Kraftwerke, chemische Aufbereitung, Bergbau, Verkehr, Umweltschutz und

150 Vgl. zur Rolle der US-Notenbank BUHOLZER ET AL., S. 12 f.

151 Vgl. zu den Fehlentwicklungen allgemein BUHOLZER ET AL., S. 136.

152 Siehe unten Rz. 615-635 und 665-671.

153 Siehe oben Rz. 44.

154 Im Schweizer Recht: Art. 858 ZGB (Register-Schuldbriefe) bzw. Art. 864 ZGB (Papier-Schuldbriefe). Demgegenüber wird eine Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet ist, nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 164-174 OR übertragen (siehe oben FN 139).

155 Vgl. zur Projektfinanzierung *im Schweizer Recht* CHONKOV; REHM; KUHN, SZW 2015, S. 351, 355 f.; *im deutschen Recht* KROPF, Rz. 6.239; SIEBEL/RÖVER/KNÜTEL; *im österreichischen Recht* MITTENDORFER, S. 103-128.

Telekommunikation. [...] Bei diesen Geschäften erfolgt die Rückzahlung des Kredits im Regelfall ausschliesslich oder fast ausschliesslich mit dem Erlös aus den Verträgen über die Produkte des Projekts, wie z.B. den von einem Kraftwerk verkauften Strom. Der Kreditnehmer ist meistens eine Zweckgesellschaft, die nicht berechtigt ist, andere Geschäfte als die Entwicklung, den Besitz und den Betrieb des Projekts zu bestreiten. Daraus folgt, dass die Rückzahlung des Kredits primär von den Cashflows des Projekts und dem Sicherheitenwert der Projektaktiva abhängt. [...]»¹⁵⁶

49 Unter Projektfinanzierung wird demnach die Finanzierung einer sich selbst tragenden Wirtschaftseinheit (das Projekt) verstanden, bei der sich die Kreditgeber in ihrer Kreditentscheidung primär auf den zukünftigen Cashflow und im Weiteren auf die Aktiva des Projekts als Sicherheit für die Rückzahlung der von ihnen gewährten Kredite stützen. Seine Institutionalisierung findet das Projekt in der Regel in einer rechtlich selbstständigen Projektgesellschaft, deren Anteilseigner üblicherweise die Unternehmen sind, die das Projekt initiieren und daraus einen Nutzen ziehen (Projektträger). Die Projektgesellschaft ist Borgerin der zur Finanzierung des Projekts notwendigen Kredite. Die Darlehensverträge werden so ausgestaltet, dass die Kreditgeber keinen («non-recourse financing») oder nur begrenzten («limited recourse financing») Rückgriff auf die Projektträger nehmen können.¹⁵⁷

50 Aufgrund ihrer komplexen Natur verursacht eine Projektfinanzierung vergleichsweise hohe Transaktionskosten. Daher eignet sich diese Finanzierungsform erst ab einer gewissen Minimalsumme. Es sollen Grossprojekte, deren Finanzbedarf und insbesondere deren Risiken die Tragbarkeit und Risikobereitschaft der einzelnen Projektinteressierten übersteigen, finanziert werden.¹⁵⁸ In den letzten Jahren wurden Projektfinanzierungen vermehrt auch im Rahmen von sogenannten Public Private Partnerships (PPP)¹⁵⁹ als

156 Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, Überarbeitete Rahmenvereinbarung, Umfassende Version, Juni 2006, S. 59 f., Ziff. 221 f. Vgl. auch die identische Umschreibung in: Bank for International Settlements, Basel Committee on Banking Supervision, Basel III: Finalising post-crisis reforms, December 2017, S. 54, Ziff. 11 f.

157 Handelsblatt Wirtschafts-Lexikon, S. 4779; vgl. auch REHM, S. 10-14, 17-20, 25-27; CHONKOV, Rz. 69-83; SIEBEL, Rz. 1-18; SCHÜTZE, S. 113.

158 Vgl. REHM, S. 13, 14, 16.

159 Public Private Partnership (PPP) ist eine i.d.R. vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen dem Staat und Unternehmen der Privatwirtschaft in einem bestimmten Aufgabenfeld (typischerweise Erstellung und Betrieb von Einrichtungen der Infrastruktur). Ziel einer PPP ist eine Arbeitsteilung, bei welcher der private Partner für die effiziente Erbringung der Leistung und der öffentliche Partner für die Beachtung gemeinwohlorientierter Ziele verantwortlich ist (KIRSCH, S. 15-39, insbesondere 26, 35; vgl. auch KROPE, Rz. 6.236).

Instrument zur Finanzierung von Projekten eingesetzt, die traditionell staatlich finanziert worden waren.¹⁶⁰ Der Staat tritt hier als Projektträger auf.¹⁶¹ Die Projektfinanzierung erschliesst ihm die Möglichkeit, Vorhaben, deren Realisierung öffentliche Mittel beanspruchen würde, privatwirtschaftlich finanzieren zu lassen. In der Regel wird vereinbart, dass das Objekt unentgeltlich an den Staat zurückfällt, sobald Kredite und investiertes Eigenkapital zurückbezahlt sind. Ein Beispiel einer Projektfinanzierung im Rahmen einer PPP ist der Bau und Betrieb des Eurotunnels zwischen Frankreich und Grossbritannien.¹⁶²

Hauptcharakteristikum der Projektfinanzierung ist die Finanzierung 51
des Vorhabens aus seinen nach Fertigstellung zu erwirtschaftenden Erträgen.¹⁶³ Die künftigen Erträge (Forderungen) dienen einerseits als Sicherheit und andererseits als Quelle für die Rückzahlung der Darlehen samt Zinsen. Sie werden den Kreditgebern sicherungshalber global abgetreten.¹⁶⁴ Die Abtretbarkeit der Forderungen gegenüber den Abnehmern der Projektprodukte ist daher für die Projektfinanzierung zentral. Schliessen die Projektgesellschaft und der debitor cessus (Abnehmer, Kunde) im zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag die Abtretung der Forderung aus, kann der debitor cessus dieses Abtretungsverbot nach Art. 164 Abs. 1 OR den Kreditgebern entgegenhalten und ist die dennoch vorgenommene Abtretung unwirksam. In diesem Fall können die Kundenforderungen den Kreditgebern nicht als Sicherheit dienen. Pacta de non cedendo sind daher ein Hindernis für die Projektfinanzierung. Allerdings ist in der Regel auch bei dieser Finanzierungsform die Gläubigerin (Projektgesellschaft) in einer stärkeren Verhandlungsposition als die Schuldner (Kunden), so dass sie darauf hinwirken kann, dass in den Kundenverträgen keine Abtretungsverbote vereinbart werden.

2. Forderungsgestützte Finanzierung und Abtretbarkeit

Die Forderungsabtretung hat im Finanzierungsgeschäft sowohl für kredit- 52
suchende Unternehmen wie auch für Banken und andere Kreditinstitute eine grosse Bedeutung. Kleine und mittlere Unternehmen können durch

160 CHONKOV, Rz. 158; vgl. ausführlich zur Projektfinanzierung im Rahmen von PPP SIEBEL/RÖVER/KNÜTEL, S. 371-488.

161 Vgl. REHM, S. 19.

162 Die Projektfinanzierung stand – unter Verweis auf die Finanzierung des Eurotunnels – auch als Finanzierungsform für die Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT) zur Diskussion (vgl. Finanzierung der Neuen Alpentransversale [NEAT], Bericht einer verwaltungswirtschaftlichen Arbeitsgruppe an das Bundesamt für Verkehr, 11. November 1988, S. 15 f., Beilage, S. 2, 11-13).

163 SCHÜTZE, S. 113.

164 Vgl. REHM, S. 343 bei FN 2151, S. 475-482.

Zessionskredit oder Factoring ihre Debitorenforderungen in liquide Mittel umwandeln, die ihnen ermöglichen, die zur Ausführung grösserer Geschäfte erforderlichen Betriebsmittel bereitzustellen. Bei hohen Forderungen kommt die Forfaitierung als Finanzierungsform infrage. Den Grossunternehmen stehen ausserdem die Securitisation und die Projektfinanzierung zur Verfügung. All diese Finanzierungsformen setzen die Abtretbarkeit von Geldforderungen voraus.

53 Abtretungsverbote stellen für diese Finanzierungsformen ein Hindernis dar.¹⁶⁵ Aufgrund der Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung nach Schweizer Recht entfallen von einem pactum de non cedendo erfasste Forderungen als Mittel zur Unternehmensfinanzierung. Ausserdem verteuern Abtretungsverbote die Finanzierung, weil die den abzutretenden Forderungen zugrunde liegenden Verträge auf das Vorliegen von Verbotsklauseln überprüft werden müssen. Schliesslich entstehen Unsicherheiten bei der Abtretung zukünftiger Forderungen, weil auch Abtretungsverbote, die nach der Abtretung und vor der Entstehung der Forderung vereinbart werden, der Abtretung entgegenstehen.¹⁶⁶ All dies ist dem Einsatz von Forderungen zur Unternehmensfinanzierung abträglich.¹⁶⁷

54 Am prekärsten ist die Situation für kleine und mittlere Unternehmen, die Leistungen an Grossunternehmen oder den Staat erbringen. Sie sind ihren Vertragspartnern gegenüber grundsätzlich in einer schwächeren Verhandlungsposition, so dass ihre Kunden die Vertragsbedingungen bestimmen können. Setzen die Kunden bei der Vertragsverhandlung lange Zahlungsfristen durch, werden die Mittel der Unternehmen entsprechend gebunden. Bestehen die Kunden zudem auf die Aufnahme eines pactum de non cedendo in die Vertragsbedingungen, ist den Unternehmen der Zugang zur forderungsgestützten Refinanzierung durch Zessionskredit oder Factoring verwehrt. Haben die KMU – wie z.B. Bauunternehmen oder Handwerker – ausserdem keine anderen Vermögenswerte, die als Sicherheit dienen können, ist ihnen die Möglichkeit der Refinanzierung unter Umständen gänzlich abgeschnitten.¹⁶⁸

165 Vgl. auch KUHN, SZW 2015, S. 351, 360 f.

166 Siehe unten Rz. 175.

167 Mitursächlich für die begrenzte Bedeutung der forderungsgestützten Unternehmensfinanzierung in der Schweiz dürften daneben auch die mangelnde Publizität der Abtretung und das Fehlen eines Forderungserwerbs kraft guten Glaubens sein (KUHN, SZW 2015, S. 351, 372; vgl. auch unten FN 180).

168 Vgl. MÜLLER-CHEN, FS Schleichriem, S. 903 f. Gemäss RFA Mobiliarsicherungsrecht (S. 23, 149) würden insbesondere junge Unternehmen, Unternehmen ohne Hypothekarfinanzierung, Unternehmen mit einem hohen Anteil an immateriellen Aktiven, Unternehmen mit hohem Investitionsbedarf, Unternehmen mit unzeitigem Liquiditätsfluss und Unternehmen, die vergleichsweise unterdurchschnittliche Rentabilitäten aufweisen, von einer Einschränkung der Wirkungen von pacta de non cedendo profitieren.

Im Unterschied dazu befinden sich die (Gross-)Unternehmen bei der Forfaitierung (insbesondere im Zusammenhang mit der Abwicklung von Leasinggeschäften), der Securitisation und der Projektfinanzierung in der Regel in einer stärkeren Verhandlungsposition als ihre Kunden. Entsprechend können sie bei der Vertragsgestaltung darauf hinwirken, dass keine Abtretungsverbote in die Vertragsbedingungen aufgenommen werden. Die Unwirksamkeit abredewidriger Abtretungen tangiert sie daher weniger. Als Fazit steht demnach fest, dass pacta de non cedendo insbesondere für den Zessionskredit und das Factoring als Refinanzierungsgeschäfte für kleine und mittlere Unternehmen schädlich sind.

III. Abtretungsverbot

1. Rechtliche Einordnung

Abtretungsverbote können ihre Grundlage in einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung oder im Gesetz¹⁶⁹ haben. Im ersteren Fall spricht man von rechtsgeschäftlichen bzw. vertraglichen Abtretungsverböten (pactum de non cedendo),¹⁷⁰ im letzteren Fall von gesetzlichen Abtretungsverböten. Die Unabtretbarkeit einer Forderung kann sich ausserdem aus der «Natur des Rechtsverhältnisses» ergeben.¹⁷¹

Ein Abtretungsverbot enthält zunächst die negative Obligation¹⁷², eine Forderung nicht abzutreten. Der Forderungsgläubiger wird dadurch zu einer Unterlassung (zu einem Nichttun) verpflichtet, nämlich dazu, seine Forderung nicht zu veräussern. Wie alle negativen Verpflichtungen beschränkt somit auch ein Abtretungsverbot die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten.¹⁷³ Er darf über seine Forderung nicht mehr in vollem Umfang verfügen. Ob vertragliche Abtretungsverböte über diese obligatorische

169 Näher hierzu unten §13.

170 Vorliegend werden die Begriffe «pactum de non cedendo» bzw. «vertragliches Abtretungsverbot» benutzt. Auf die Verwendung des Begriffs «rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot» wird verzichtet. Dieser stammt aus der deutschen Literatur (in Anlehnung an §137 BGB mit der Marginalie «Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot»). Zwar kann ein Abtretungsverbot theoretisch auch durch andere Rechtsgeschäfte als durch Vertrag begründet werden (durch Auslobung oder durch Testament). Solchermassen begründete Abtretungsverböte kommen in der Praxis aber kaum vor. So spricht denn auch Art. 164 OR von Vereinbarung und nicht von Rechtsgeschäft (wie übrigens auch §399 BGB).

171 Art. 164 Abs. 1 OR. Näher zur Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses unten §14.

172 Vgl. zum Begriff der negativen Obligation VON TUHR/PETER, S. 47; KOLLER, Rz. 2.03.

173 Vgl. VON TUHR/PETER, S. 48.

Beschränkung des rechtlichen Dürfens hinaus Wirkungen zeitigen, welche die Wirksamkeit einer abredewidrigen Abtretung berühren, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

2. Praktische Bedeutung

- 58 In der Praxis sind vertragliche Abtretungsverbote weit verbreitet. Sie werden in Verträgen folgender Branchen häufig vereinbart: Maschinenindustrie, Geräte- und Fahrzeugbau, Chemie-, Kunststoff- und Pharmaindustrie, Grosshandel, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft, Verkehr und Nachrichtenübermittlung. Ebenso wird in Werkverträgen für Bauwerke die Abtretung der Werklohnforderung regelmässig ausgeschlossen.¹⁷⁴ Sodann finden sich *pacta de non cedendo* auch häufig in Versicherungsverträgen.¹⁷⁵
- 59 Auch die Schweizerische Eidgenossenschaft verbietet ihren privatrechtlichen Vertragspartnern in der Regel die Abtretung ihrer Forderungen. So finden sich Abtretungsverbote in den Beschaffungs- und Einkaufsbedingungen des Bundes¹⁷⁶ und in den Geschäftsbedingungen des Bundes für Dienstleistungsaufträge¹⁷⁷ Auch Forschungseinrichtungen können über ihre Forderungen aus Forschungsverträgen mit dem Bund nicht frei verfügen.¹⁷⁸ In ihrer Verfügungsfreiheit etwas weniger eingeschränkt werden Beauftragte aus Verträgen mit dem Bund über Informatikdienstleistungen.¹⁷⁹
- 60 Diese weite Verbreitung von vertraglichen Abtretungsverböten ist gemäss einer vom SECO und vom BJ in Auftrag gegebenen Studie aus dem Jahr

174 Vgl. zum Ganzen bis hier KUHN, Kreditsicherungsrecht, 1. Aufl., § 23 Rz. 26; RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 19, 54 und 65. Siehe zur praktischen Bedeutung in der Flugbranche unten Rz. 84.

175 Vgl. für Haftpflichtversicherungsverträge ABEGG, S. 103 und FN 642.

176 Ziff. 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes für die Beschaffung von Gütern (Ausgabe 2016, Stand Januar 2024): «Die Verkäuferin darf Forderungen gegenüber der Käuferin ohne deren schriftliche Zustimmung weder abtreten noch verpfänden.»

177 Ziff. 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes für Dienstleistungsaufträge (Ausgabe 2016, Stand Januar 2024): «Die Auftragnehmerin darf Forderungen gegenüber der Auftraggeberin ohne deren schriftliche Zustimmung weder abtreten noch verpfänden.»

178 Ziff. 3.5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen des Bundes für Forschungsverträge (Ausgabe 2010, Stand Januar 2024): «Die der Forschungseinrichtung aus dem vorliegenden Vertrag zustehenden Forderungen dürfen ohne schriftliche Zustimmung der Bundesstelle weder abgetreten noch verpfändet werden.»

179 Ziff. 22 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Informatikdienstleistungen (Ausgabe 2010, Stand Januar 2024): «Die Auftragnehmerin darf Forderungen gegenüber der Auftraggeberin verpfänden oder abtreten, sofern diese vorgängig schriftlich eingewilligt hat. Die Auftraggeberin kann [ihre] Einwilligung nur in begründeten Fällen verweigern.»

2021 einer der Hauptgründe¹⁸⁰ für die geringe Bedeutung von Praktiken der forderungsgestützten Unternehmensfinanzierung in der Schweiz.¹⁸¹ Weil der Kreditgeber nach geltendem Recht sich die Abtretungsverbote entgegenhalten lassen muss, ist die sicherungsweise Abtretung von Debitorenforderungen heute aus der Bankenpraxis weitgehend verschwunden.¹⁸² Eigentlich wäre deshalb zu erwarten, dass sich die Kredit suchenden Unternehmen und die Kredit gewährenden Finanzinstitute gegen die Unwirksamkeit abreidwidriger Abtretungen nach geltendem Recht aussprechen. Bisher kam der Ruf nach Reformen aber primär aus der rechtswissenschaftlichen Literatur¹⁸³ und nicht von Wirtschaftsverbänden oder aus der Politik.¹⁸⁴ Immerhin empfiehlt die vorgenannte Studie nun, «[d]ie Wirkungen von rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten [...] zu überprüfen und eine Einschränkung solcher Verbote in Erwägung zu ziehen».¹⁸⁵

IV. Interessenlage beim pactum de non cedendo

1. Übersicht: Die Interessenten

Ein pactum de non cedendo bezweckt, dass der Gläubiger die Forderung nicht abtritt. Rechtlich soll es die Wirkungen einer trotzdem erfolgten Abtretung verhindern, d.h. abwenden, dass eine Forderung aus dem Vermögen des Zedenten in dasjenige eines Zessionars übergeht. Abtretungsverbote berühren

180 Ein weiterer Grund liegt darin, dass der Kreditgeber keine Möglichkeit zur Sicherung seiner Priorität hat. Bei der Sicherungszession fehlen Publizitätsmassnahmen, die über das Schriftformerfordernis von Art. 165 Abs. 1 OR hinausgehen. Daher haben Kreditgeber kein Mittel, um sicherzustellen, dass die sicherungshalber abgetretene Forderung nicht bereits anderweitig abgetreten oder verpfändet ist (vgl. KUHN, SZW 2017, S. 792, 807; DERS., Secured Transactions, S. 64-66). Um diesen Missstand zu beheben, wird die Schaffung eines öffentlichen Registers vorgeschlagen, in das die Sicherungsrechte eingetragen werden (vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER, S. 756, 758-761; KUHN, Secured Transactions, S. 75; RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 32 [Empfehlung 5] und S. 103 [Ziff. 4-7]). Ein weiteres Hindernis für die forderungsgestützte Unternehmensfinanzierung ist das Schriftformerfordernis nach Art. 165 Abs. 1 OR (RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 19 und 72).

181 RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 19, 72 und 103; vgl. auch KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1266; DERS., Secured Transactions, S. 64-66.

182 KUHN, SZW 2017, S. 792, 807. Vgl. zu den Schwierigkeiten, die Abtretungsverbote der Finanzierung mittels Zessionskrediten bereiten, Rz. 32.

183 MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 919-921; GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 319-337; DIES., OR 2020, Art. 164 N 1-13; KUHN, SZW 2015, S. 351, 352.

184 Ein Grund hierfür dürfte in der – von den Autoren der RFA Mobiliarsicherungsrecht festgestellten – «tendenziell ablehnende[n] Haltung von Schweizer KMU gegenüber Fremdkapital insbesondere Bankkrediten» liegen (RIEDER/GRAHAM-SIEGENTHALER/KUHN/FOËX/PRINZING, Wenn die Sägemaschine als Kreditsicherheit dient, in: Die Volkswirtschaft 2021/10, S. 44, 46).

185 RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 103 f., Empfehlung 10.

mithin in erster Linie die Interessen der Parteien des Abtretungsdreiecks (Schuldner, Zedent und Zessionar; unten lit. A–C). Ausserdem beeinflusst die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Abtretung die vollstreckungsrechtliche Stellung der Gläubiger des Zedenten und derjenigen des Zessionars (lit. D). Über diese Einzelinteressen hinaus tangiert die (Un-)Wirksamkeit einer Abtretung auch Interessen der Allgemeinheit (lit. E). Die nachfolgende Interessenanalyse dient zum einen dazu, die gesetzgeberischen Motive der Regelung des *pactum de non cedendo* in Art. 164 OR zu verstehen. Zum anderen ermöglicht sie eine interessenorientierte Bewertung der unterschiedlichen Regelungsmodelle der Wirkungen von *pacta de non cedendo*.¹⁸⁶

2. Die einzelnen Interessen

A. Schuldnerinteressen

a) Einleitung

- 62 Die Partnerwahlfreiheit gewährt dem Schuldner bei der Begründung von Obligationen aus Vertrag die freie Wahl seines Gläubigers.¹⁸⁷ Dass eine (vertragliche) Forderung ohne Zustimmung des Schuldners abgetreten werden kann, führt dazu, dass der Schuldner durch die Forderung (als *iuris vinculum*)¹⁸⁸ mit einem neuen Gläubiger verbunden wird, ohne dass dies auf seiner privatautonomen Entscheidung beruht.¹⁸⁹ Bei der Abtretung von vertraglichen Forderungen stehen sich mithin der Grundsatz der freien Abtretbarkeit von Forderungen¹⁹⁰ und der Grundsatz der Partnerwahlfreiheit gegenüber.¹⁹¹ In Abwägung dieser Prinzipien entschied sich der Gesetzgeber für folgende Lösung: Der Gläubiger kann Forderungen grundsätzlich frei abtreten. Als Korrektiv wird dem Schuldner aber die Möglichkeit eingeräumt, ein *pactum de non cedendo* abzuschliessen. Dieses stellt die Befugnis des Schuldners, über die Person seines Gläubigers mitzubestimmen, wieder her. Denn der

186 Siehe zur Bewertung der Regelungsmodelle unten §§ 11 und 23.

187 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 44.

188 «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*» (Inst 3,13 pr.; auf Deutsch: Die Forderung ist ein rechtliches Band, durch das wir unter Zwang verpflichtet werden, irgendetwas zu leisten gemäss den Rechtsregeln unseres Gemeinwesens. Vgl. HUWILER, Quellenbuch, Bd. II, Rz. 547; DERS., Diss., S. 60, FN 445 m.w.Nw.).

189 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 227f.

190 Siehe zum Grundsatz der Abtretbarkeit unten Rz. 100–103.

191 Damit kollidiert letztlich die Privatautonomie des Gläubigers mit derjenigen des Schuldners. Denn sowohl die Abtretungsfreiheit als auch die Partnerwahlfreiheit gründen in der Privatautonomie der Rechtssubjekte.

bisherige Gläubiger kann in diesem Fall nur mit Zustimmung des Schuldners¹⁹² die Forderung auf einen neuen Gläubiger übertragen.¹⁹³ Das pactum de non cedendo dient demzufolge typischerweise den Interessen des Schuldners. Seine möglichen Motive für den Abschluss eines Abtretungsverbots sind vielfältig. Die wichtigsten werden nachfolgend dargestellt.¹⁹⁴

b) Befreiende Wirkung der Leistung

Der Schuldner ist vorrangig daran interessiert, dass ihn seine Leistung von der Schuldpflicht befreit. Dies setzt voraus, dass er an die richtige Person, d.h. an den Forderungsinhaber, leistet. Leistet er an eine falsche Person, muss er, um von seiner Schuldpflicht befreit zu werden, nochmals an den Berechtigten leisten. Zwar hat der Schuldner dann einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch gegen den unberechtigten Leistungsempfänger.¹⁹⁵ Er trägt aber neben dem Aufwand für das Rückfordern des falsch Geleisteten vor allem auch das Risiko, dass sein Bereicherungsanspruch wegen Insolvenz des Nichtberechtigten ausfällt.¹⁹⁶ Der Schuldner hat demzufolge ein grosses Interesse daran, Gewissheit darüber zu haben, wer Forderungsinhaber ist.

Der einer Abtretung inhärente Gläubigerwechsel birgt nun für den Schuldner die Gefahr, irrtümlich an eine falsche Person zu leisten. Dieses Risiko ist umso grösser, wenn die Forderung vom selben Gläubiger mehrfach abgetreten wird (Mehrfachzession), wenn der Zessionar die Forderung weiter abtritt (Kettenzession) oder wenn ein Teil einer Forderung zediert wird (Teilzession). Zwar stellen alle Rechtsordnungen zum Schutz des Schuldners vor einer doppelten Inanspruchnahme die Regel auf, dass der Zessionar sich Erfüllungshandlungen des Schuldners entgegenhalten lassen muss, sofern es zu diesen gekommen ist, bevor der Schuldner Kenntnis von der Abtretung gehabt hat.¹⁹⁷ Dieser Schutz ist aber nicht lückenlos. Im schweizerischen Recht können diesbezüglich folgende beiden Defizite ausgemacht werden:

192 Siehe zur Zustimmung des Schuldners unten Rz. 176-178 und 254-270.

193 Vgl. DÖRNER, S. 141, 144; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 227 f.; HURNI, S. 113-115; LANDROVE, S. 127 f.; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1268.

194 Vgl. auch die vertiefte Analyse und Typologisierung der Schuldnerinteressen bei WAGNER, S. 41-52.

195 Der Rückforderungsanspruch stützt sich auf Art. 62 OR (Zuwendung «ohne jeden gültigen Grund») (ZK-SPIRIG, Art. 167 OR N 57; VON TUHR/ESCHER, S. 360, FN 20 [*condictio indebiti*]).

196 MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 192, FN 60.

197 Vgl. Art. 167 OR, § 407 BGB, § 1395 ABGB, Art. 1264 Abs. 2 CCit, Art. 1324 Abs. 1 CC, §§ 6:197 f. Ptk.

- 65 Gemäss Art. 167 OR ist der Schuldner gültig befreit, wenn er, bevor ihm der Zedent oder der Zessionar die Abtretung angezeigt hat, gutgläubig an den Zedenten leistet. Die Anzeige wirkt als empfangsbedürftige Erklärung bereits mit ihrem Eintreffen beim Schuldner, ohne dass es auf eine Kenntnisaufnahme durch diesen ankommt.¹⁹⁸ Daher wird der Schuldner nicht befreit, wenn er nach Eintreffen der Anzeige in Unkenntnis derselben an den Zedenten leistet. Dies kann für den Schuldner eine Härte sein, wenn er unverschuldet in Unkenntnis der bei ihm eingetroffenen Anzeige geblieben ist.¹⁹⁹
- 66 Eine weitere Lücke des Schuldnerschutzes öffnet sich bei unrichtiger Anzeige der Abtretung. Die Unrichtigkeit der Anzeige kann sich daraus ergeben, dass die Zession etwa wegen eines Formfehlers oder wegen einer früheren Abtretung derselben Forderung durch denselben Gläubiger nicht gültig zustande gekommen ist. Hat der Schuldner im Vertrauen auf eine Anzeige, die sich nachträglich als unrichtig erweist, an den angeblichen Zessionar geleistet, so ist er grundsätzlich durch diese Leistung seinem Gläubiger gegenüber nicht befreit. Nur wenn die unrichtige Anzeige vom Gläubiger ausgegangen ist, wird der gutgläubige Schuldner frei, weil die unrichtige Anzeige als Ermächtigung gelten kann, die Leistung an den angeblichen Zessionar vorzunehmen.²⁰⁰ Häufiger zeigt in der Praxis jedoch der Zessionar die Abtretung an, weil er ein grösseres Interesse als der Zedent daran hat, mittels Anzeige eine befreiende Leistung an den Zedenten auszuschliessen. Erweist sich in diesem Fall eine Anzeige des angeblichen Zessionars im Nachhinein als unrichtig, bleibt der Schuldner zur Leistung an den «Zedenten» verpflichtet, auch wenn er bereits an den «Zessionar» geleistet hat.²⁰¹
- 67 Um sich nicht auf diesen unvollständigen gesetzlichen Schutz verlassen zu müssen, hat der Schuldner ein Interesse daran, eine wirksame Abtretung mittels pactum de non cedendo zu verhindern. Dadurch beugt er der Gefahr, an einen Nichtberechtigten zu leisten, umfassend vor und vermeidet so das

198 BGE 127 V 439 E. 3 S. 446 i.i.; CR-PROBST, Art. 167 OR N 5; ZK-SPIRIG, Art. 167 OR N 30; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 167 OR N 8; KOLLER, Rz. 84.127; BUCHER, S. 562. Im Unterschied dazu wird im deutschen Recht die Kenntnis der Abtretung vorausgesetzt (vgl. § 407 Abs. 1 BGB). Vgl. zum österreichischen Recht §§ 1395 f. ABGB und unten FN 2310.

199 Vgl. die Anwendungsfälle der Leistung in leichtfahrlässiger Unkenntnis der Anzeige in FN 1850.

200 CR-PROBST, Art. 167 OR N 10; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 167 OR N 17; BUCHER, S. 564; VON TUHR/ESCHER, S. 360 bei FN 22; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3495; ENGEL, S. 883 f.; a.A. KOLLER, Rz. 84.131; vgl. für das deutsche Recht die ähnliche Regelung in Art. 409 Abs. 1 Satz 1 BGB.

201 CR-PROBST, Art. 167 OR N 11; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 167 OR N 17; VON TUHR/ESCHER, S. 360 bei FN 20; ENGEL, S. 883; a.A. KOLLER, Rz. 84.130.

Risiko einer doppelten Inanspruchnahme.²⁰² Dem Risiko, eine Abtretungsanzeige zu übersehen, kann der Schuldner bereits dadurch begegnen, dass er – statt die Abtretung umfassend zu verbieten – die Wirksamkeit der Zession von seiner Zustimmung oder von seiner effektiven Kenntnisnahme der Abtretung abhängig macht.

c) Wahrung von Verteidigungsmitteln

Neben der Gefahr der irrtümlichen Leistung an einen Unberechtigten birgt die Abtretung für den Schuldner auch das Risiko, Verteidigungsmittel (Einreden, Einwendungen und die Möglichkeit der Verrechnung) zu verlieren. Zwar gilt allgemein der Grundsatz, dass der Schuldner trotz Abtretung die Einreden und Einwendungen behält, auf die er sich hätte berufen können, wenn es nicht zur Abtretung gekommen und die Forderung vom Zedenten geltend gemacht worden wäre.²⁰³ Allerdings ist der Schutz des Schuldners auch hier nicht lückenlos.

Gemäss Art. 169 Abs. 1 OR kann der Schuldner Einreden und Einwendungen, die der Forderung des Zedenten entgegenstanden, auch gegen den Zessionar geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt. Damit werden dem Schuldner die (gegen den bisherigen Gläubiger gerichteten) Einreden und Einwendungen verwehrt, die zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erhält, und dem Zeitpunkt, in dem der Zessionar die Forderung geltend macht, begründet worden sind.²⁰⁴

Ein weiteres Defizit des Schuldnerschutzes findet sich in Art. 169 Abs. 2 OR hinsichtlich der Verrechnungsmöglichkeit des Schuldners. Gemäss dieser Bestimmung kann der Schuldner eine Gegenforderung, die im Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Abtretung noch nicht fällig war, nur zur Verrechnung bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene Hauptforderung fällig geworden ist. Dies benachteiligt den Schuldner der abgetretenen Hauptforderung insofern, als er seine später fällig werdende Gegenforderung nicht verrechnen

202 Zum Interesse am Ausschluss mehrfacher Inanspruchnahme vgl. WAGNER, S. 42 f.; KLEIN, S. 204 f.; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 495; STOYANOV, S. 109; LURGER, S. 159.

203 Vgl. Art. 169 OR, §§ 404 und 406 BGB, § 1396 ABGB, Art. 6:145 NBW, Art. 1324 Abs. 2 CC, § 6:197 Abs. 2 Ptk. In Italien wird die Erhaltung der Einreden und Einwendungen des Schuldners aus der derivativen Natur des Forderungserwerbs durch den Zessionar abgeleitet (vgl. GALGANO, Trattato, S. 126; DERS., Diritto privato, S. 435; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 426 f.).

204 Vgl. BGER, 4C.85/2005, Urteil vom 2.6.2005, E. 2.2; CR-PROBST, Art. 169 OR N 8; ZK-SPIRIG, Art. 169 OR N 80; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 169 OR N 7b; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.49; KOLLER, Rz. 84.136; ENGEL, S. 889.

kann, auch wenn der Zessionar mit der Geltendmachung der abgetretenen Hauptforderung bis nach Eintritt der Fälligkeit der Gegenforderung zuwartet.²⁰⁵ Wäre die Hauptforderung hingegen nicht abgetreten worden und hätte der ursprüngliche Gläubiger mit der Geltendmachung der Hauptforderung bis nach Eintritt der Fälligkeit der Gegenforderung zugewartet, hätte der Schuldner die Verrechnung erklären können. Dass seine Gegenforderung früher als die Hauptforderung fällig wird, wird in diesem Fall nämlich nicht vorausgesetzt. Es genügt, dass die Gegenforderung zum Zeitpunkt der Verrechnung fällig ist.²⁰⁶

- 71 Das Gesetz schützt den Schuldner somit nicht umfassend vor dem Verlust von Verteidigungsmitteln. Dieser abtretungsbedingte Nachteil erübrigt sich für den Schuldner, wenn er die Abtretung durch Vereinbarung eines *pactum de non cedendo* ausschliesst.

d) Vermeidung prozessualer Nachteile

- 72 Auch die Vermeidung prozessualer Nachteile kann den Schuldner zur Vereinbarung eines *pactum de non cedendo* motivieren. Vor allem Teilzessionen können sich für den Schuldner prozessual nachteilig auswirken. Zum einen wird er dadurch dem Risiko mehrerer Prozesse ausgesetzt. Zum anderen kann aufgrund des geringeren Streitwerts bei Einklagung der abgetretenen Teilforderung die gerichtliche Zuständigkeit²⁰⁷ oder die Verfahrensart²⁰⁸ ändern, die Streitwertgrenze für Rechtsmittel nicht mehr erreicht werden²⁰⁹ oder die Degression der Gerichts- und Parteikosten bei hohem Streitwert entfallen. Sodann kann die abtretungsbedingte Verschiebung der Prozessrollen dazu führen, dass der ursprüngliche Gläubiger im Prozess des Zessionars nicht mehr bloss als Partei,²¹⁰ sondern als Zeuge²¹¹ einvernommen werden kann.²¹² Nachteilige Auswirkungen auf die Prozessrollen hat für den debitor cessus auch die Abtretung einer von ihm bestrittenen Forderung an einen

205 Vgl. zur Kritik an Art. 169 Abs. 2 OR VON TUHR/ESCHER, S. 368 bei FN 74; BUCHER, S. 569 bei FN 128.

206 Art. 120 Abs. 1 OR; BSK-MÜLLER, Art. 120 OR N 4; BUCHER, S. 436.

207 Vgl. die Streitwertgrenze für die direkte Klage beim oberen kantonalen Gericht in Art. 8 Abs. 1 ZPO.

208 Vgl. die Streitwertgrenze für das vereinfachte Verfahren in Art. 243 Abs. 1 ZPO.

209 Vgl. die Streitwertgrenze für Berufungen in Art. 308 Abs. 2 ZPO und diejenige für Beschwerden in Zivilsachen an das Bundesgericht in Art. 74 Abs. 1 BGG.

210 Vgl. zur Parteibefragung und Beweisaussage der Partei Art. 191-193 ZPO.

211 Vgl. zum Zeugnis Art. 169-176 ZPO.

212 Vgl. bereits HGer ZH, Urteil vom 28.11.1933, in: ZR 1936, Nr. 63, E. 3 und dazu VON BÜREN, S. 328, FN 68.

Zessionar, der seinerseits Schuldner des debitor cessus ist. Erklärt der Zessionar die Verrechnung, muss nun der debitor cessus klagen, wenn er sich gegen die Durchsetzung der abgetretenen Forderung wehren möchte. Schliesslich kann die Abtretung unter Umständen den Gerichtsstand ändern. So liegt der dispositive gesetzliche Gerichtsstand bei Klagen aus Vertrag unter anderem am Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist.²¹³ Stellt mithin die abgetretene Forderung die charakteristische Leistung dar und ist diese am Wohnsitz bzw. Sitz des Gläubigers zu erbringen, kann der Wechsel des Gläubigers zu einer Änderung des Gerichtsstands führen.²¹⁴

Diese prozessualen Nachteile fallen allerdings in der Regel nicht ins Gewicht. Die Teilabtretung setzt voraus, dass der Leistungsinhalt der Forderung teilbar ist.²¹⁵ In diesem Fall besteht ohnehin die Möglichkeit einer Teilklage.²¹⁶ Hinsichtlich der beweisrechtlichen Nachteile ist einerseits zu bedenken, dass nicht nur der Zeuge, sondern auch die Partei zur wahrheitsgemässen Aussage unter Strafandrohung verpflichtet sein kann.²¹⁷ Andererseits kann das Gericht im Rahmen der freien Beweismwürdigung berücksichtigen, dass der Zeuge vormals der Gläubiger des Schuldners gewesen ist und zur Vermeidung von Haftungsfolgen nach Art. 171 OR an einem für den Zessionar günstigen Prozessausgang interessiert sein kann.²¹⁸

e) Sicherstellung der Vertragsdurchsetzung

Das Interesse an der Beibehaltung des Gläubigers kann auch darin liegen, dass der Schuldner ohne Gläubigerwechsel seine eigenen vertraglichen Forderungen einfacher durchsetzen kann. Ohne Abtretung kann der Schuldner nämlich die Erfüllung der Forderung als Druckmittel dafür einsetzen, dass der Gläubiger selber vertragskonform leistet.²¹⁹ So kann etwa der Werkbesteller als Schuldner der Werklohnforderung aus Bauvertrag versuchen, den Werkunternehmer durch potentielle Leistungsverweigerung zur Erfüllung

213 Vgl. zum grundsätzlichen Gerichtsstand für Klagen aus Vertrag Art. 31 ZPO.

214 Vgl. zu einer abtretungsbedingten Änderung des Gerichtsstands auch BGE 56 I 180 E. 2 S. 186 und dazu VON BÜREN, S. 328, FN 68.

215 CR-PROBST, Art. 164 OR N 20; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 32; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 11; BUCHER, S. 547; KOLLER, Rz. 84.214; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.19; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1257 f.

216 Vgl. Art. 86 ZPO.

217 Vgl. Art. 171 Abs. 1 ZPO zum Zeugnis und Art. 192 ZPO zur Beweisaussage.

218 Vgl. zur freien Beweismwürdigung Art. 157 ZPO.

219 Allgemein leidet die Flexibilität von Schuldner und Gläubiger in der Vertragsabwicklung, wenn sich ein Dritter zwischen sie drängt (BASEDOW, ZEuP 1997, S. 615, 633).

von Gewährleistungsansprüchen anzuhalten.²²⁰ Mit der Abtretung verliert der Schuldner dieses Druckmittel. Dies kann den Anreiz für den Zedenten schmälern, seinen Teil der Abmachung zu erfüllen.²²¹ Der Sicherstellung der Vertragsdurchsetzung dient schliesslich auch, dass der Schuldner ohne Abtretung seine Verrechnungsmöglichkeiten ungeschmälert wahrht.²²²

- 75 Allerdings kann der Schuldner nach Art. 169 Abs. 1 OR seine Gewährleistungsansprüche auch dem Zessionar einredeweise entgegenhalten.²²³ Dieser ist daher seinerseits an der vertragskonformen Erfüllung durch den Zedenten interessiert und vermag etwa als Geld- oder Warenkreditgeber auch auf den Zedenten einzuwirken. Ob der Schuldner oder der Zessionar Gegenrechte des Schuldners wirksamer durchsetzen kann, hängt letztlich von den tatsächlichen Beziehungen zwischen Schuldner, Zessionar und Zedent im Einzelfall ab.²²⁴

f) Vermeidung eines erhöhten Verwaltungsaufwands

- 76 Die Abtretung kann für den Schuldner nicht nur eine Verschlechterung seiner rechtlichen Stellung mit sich bringen, sondern auch faktische Unannehmlichkeiten. So vergrössern Forderungsabtretungen, insbesondere bei der Abtretung von Teilforderungen und bei Zessionen ins Ausland, den administrativen Aufwand des Schuldners:²²⁵ Um eine doppelte Inanspruchnahme zu vermeiden,²²⁶ muss er die Abtretung und damit die Berechtigung des Zessionars prüfen und den neuen Gläubiger in der Buchhaltung und in der Zahlungsadministration erfassen. Der Abschluss von *pacta de non cedendo* erspart dem Schuldner diesen Aufwand. Er kann die Abwicklung seiner Zahlungen klar und übersichtlich gestalten²²⁷ und braucht nicht speziell zu prüfen, an wen er mit schuldbefreiender Wirkung leisten darf.²²⁸ Dies ist insbesondere

220 WAGNER, S. 46.

221 MCCORMACK, J.B.L. 2000, S. 422, 425; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 497.

222 Siehe hierzu bereits oben Rz. 70.

223 BGE 109 II 213 E. 1b S. 216; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 169 OR N 6; CR-PROBST, Art. 169 OR N 11; BUCHER, S. 568; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.48.

224 HADDING/VAN LOOK, S. 10; vgl. auch LURGER, S. 159.

225 So bereits die Appellationskammer des Obergerichts Zürich, Urteil vom 1.4.1890, in: *Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts*, Bd. VIII, 1890 [Beilage zur ZSR 1890], Nr. 70, S. 116, 118.

226 Siehe zur Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme oben Rz. 63-67.

227 KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., S. 508; MÜLLER-CHEN, FS *Schlechtriem*, S. 905.

228 Anschaulich zum Prüfungs- und Verwaltungsaufwand einer Fluggesellschaft (Schuldnerin) bei Abtretung einer Schadenersatzforderung des Fluggasts (Zedent) an ein Fluggastrechte-Onlineportal (Zessionar) AG Bremen, 9 C 63/17, Urteil vom 1.6.2017, Ziff. 24.

im Massengeschäft bedeutsam. Gerade Schuldner mit einem grossen Lieferantenkreis und zahlreichen Geschäftsbeziehungen sind bestrebt, ihren Abrechnungs- und Zahlungsverkehr einfach zu gestalten.²²⁹

g) Identität des Gläubigers

Die Bindung der Forderung an einen bestimmten Gläubiger kann auch im Interesse des Schuldners an der Person gerade dieses Gläubigers begründet sein.²³⁰ Der Schuldner möchte sich nur diesem Gläubiger gegenüber verpflichten. Dies gilt insbesondere bei Forderungen, die in längerfristig angelegten vertraglichen Beziehungen bzw. in einem umfassenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien eingebunden sind.²³¹ Der vertragliche Austausch ist dann keine von der Person des Gläubigers losgelöste Angelegenheit. Vielmehr sind solche Verträge häufig in ein breiteres Beziehungsgeflecht zwischen den Parteien eingebettet.²³² Die Vertragsparteien kombinieren rechtlich einklagbare Versprechen mit nicht rechtlichen Mechanismen, die auf Vertrauen, Gegenseitigkeit und sozialen Sanktionen beruhen. Da es gewöhnlich nicht möglich ist, im Voraus alle Eventualitäten vertraglich zu regeln, erwarten die Parteien, dass die Bedingungen ihres Austauschs während der Erfüllung einvernehmlich angepasst werden.²³³ Sie wählen ihren Vertragspartner daher aufgrund früherer Erfahrungen mit ihm (z.B. Kulanz bei Stundung, Zinsverzicht oder vergleichsweiser Einigung), aufgrund seines Rufs für vertrauenswürdigen und vernünftigen Verhalten und eventuell auch aufgrund seines Bedürfnisses, einen guten Ruf auf dem Markt zu wahren.

Die Abtretung kann nun dazu führen, dass der Schuldner sich mit einem Gläubiger konfrontiert sieht, mit dem er keine Erfahrung hat und der nicht den Ruf hat, sich kooperativ zu verhalten. Zessionare wie z.B. Factoringunternehmen oder andere Kreditkäufer haben denn auch primär ein Interesse daran, ihre rechtlichen Möglichkeiten voll auszuschöpfen und säumige Schuldner unter Druck zu setzen. Sie müssen in der Regel keine Rücksicht auf gewachsene Geschäftsbeziehungen oder ihre Reputation nehmen.²³⁴ Mit dem Abschluss eines pactum de non cedendo kann der Schuldner somit das Risiko ausschliessen, dass er einem neuen Gläubiger gegenübersteht, der ihm

229 Vgl. zur ganzen Rz. WAGNER, S. 43 f.; KLEIN, S. 206; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 495 («administrative convenience»).

230 BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.81.

231 STOYANOV, S. 109.

232 MACMAHON, C.L.J. 2020, S. 288, 293.

233 MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 489.

234 MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 489 f.; KLEIN, S. 208 f. Siehe zum Interesse, die Abtretung an spezialisierte Inkassounternehmen auszuschliessen, auch unten Rz. 84.

wegen persönlicher Eigenschaften wie Rücksichtslosigkeit, Konkurrenz²³⁵ oder gar Feindschaft unbequem ist.²³⁶

h) Weitere Schuldnerinteressen

i) *Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit des Gläubigers*

- 79 Das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung des Gläubigers kann auch darin liegen, dass er bei Zahlungsschwierigkeiten des Gläubigers durch gezielte Zahlungen dessen Geschäftstätigkeit aufrechterhalten kann. Dies kann zum einen bezwecken, den Erhalt der noch geschuldeten Gegenleistung des Gläubigers zu begünstigen. Zum anderen können insbesondere Abnehmer von für sie wichtigen Zulieferbetrieben ein Interesse an der Beibehaltung der Handelsbeziehungen haben.²³⁷

ii) *Sicherung von Vertriebsbindungen und Schutz des guten Rufs*

- 80 Die vorstehend dargestellten Motive zur Vereinbarung eines pactum de non cedendo betreffen vornehmlich Schuldner von Geldforderungen. Diese sind daran interessiert, dass ihre rechtliche und faktische Stellung als Schuldner nicht durch eine Abtretung geschwächt wird. Schuldner von Sachleistungen kann über dieses Interesse hinaus daran liegen, dass ihre Vertriebssysteme und ihr guter Ruf nicht durch Abtretungen der Sachleistungsforderungen beeinträchtigt werden. So dienen beispielsweise pacta de non cedendo in AGB von Motorfahrzeug-Neuwagenhändlern dem Schutz vor dem Eindringen nicht autorisierter Händler in das selektive Vertriebssystem zwischen Hersteller und autorisierten Händlern.²³⁸ Dadurch wird die Weiterveräußerung fabrikneuer Motorfahrzeuge zu höheren Preisen verhindert. Pacta de non cedendo beugen hier der Entstehung eines sogenannten grauen Markts vor.^{239,240} Ausserdem schützen sie gegebenenfalls den guten Ruf einer bestimmten Marke, das Vertrauen in die Qualität von Serviceleistungen und Ähnliches.²⁴¹

235 Um zu verhindern, dass Konkurrenten der Schuldnerin die gegen diese gerichtete Forderung erwerben, werden in der Praxis Forderungen aus Aktionärsdarlehen an die Gesellschaft für unabtretbar oder für beschränkt abtretbar (z.B. nur an andere Aktionäre) erklärt (SCHULIN/VOGT, S. 613, FN 25).

236 Vgl. VON TUHR / ESCHER, S. 330 bei FN 6, S. 358 bei FN 2; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 905; BEALE, S. 117.

237 BASEDOW, ZEuP 1997, S. 615, 633; MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 192; DERS., FS Schlechtriem, S. 905; LURGER, S. 159.

238 Vgl. BGH, Urteil vom 26.2.1992, in: NJW 1992, S. 1222 f.

239 Unter grauem Markt wird der Absatz von Handelswaren unter Umgehung privatrechtlicher Vereinbarungen über autorisierte Vertriebswege verstanden (Gabler Wirtschaftslexikon, S. 1499).

240 Vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1980, in: NJW 1981, S. 117, 119.

241 Zur ganzen Rz. WAGNER, S. 48.

iii) Vermeidung eines grauen Markts für Eintrittskarten

Ein weiteres Beispiel für einen grauen Markt²⁴² ist der Weiterverkauf von Eintrittskarten für Sport- und Kulturveranstaltungen. Ein solcher Zweitmarkt kann zum einen bei Veranstaltungen entstehen, bei denen die Nachfrage das Angebot übersteigt, und zum anderen, wenn Eintrittskarten von Veranstaltern an Sponsoren oder Fans unter dem Marktwert verkauft oder gratis abgegeben werden. Das pactum de non cedendo ermöglicht es, die in den Eintrittskarten verbrieften Teilnahmerechte so auszugestalten, dass sie entweder nur unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. zum Nennwert der Eintrittskarte) oder gar nicht übertragen werden können.²⁴³ Dadurch sollen die unerwünschten Folgen des Zweitmarkts (Aufkauf der Eintrittskarten durch Händler zwecks Weiterverkaufs zu überhöhten Preisen bzw. Vereitelung des mit der verbilligten Abgabe der Karten verfolgten Zwecks) verhindert werden.²⁴⁴

iv) Preisdifferenzierung

Sind einige Kunden bereit, mehr zu zahlen als andere, kann ein Anbieter für die gleiche Ware bzw. Dienstleistung unterschiedliche Preise verlangen. Wenn ein Kunde mit geringer Zahlungsbereitschaft seine Forderung (gegen den Anbieter) an einen Kunden mit hoher Zahlungsbereitschaft abtreten kann, untergräbt die Zession ein solches System der Preisdifferenzierung.²⁴⁵ Hier kann das pactum de non cedendo mithin auch dazu dienen, eine gegebenenfalls gesellschaftspolitisch erwünschte Quersubventionierung zwischen verschiedenen Nutzergruppen zu ermöglichen.²⁴⁶

v) Diskretion

Mit der Zession geht einher, dass dem Zessionar der Forderungsinhalt, die Person des Schuldners und weitere zur Geltendmachung der Forderung nötige und möglicherweise sensible Informationen mitgeteilt werden.²⁴⁷ Ein weiteres Motiv einer ausschliesslichen Bindung der Forderung an einen bestimmten Gläubiger kann daher im Geheimhaltungsinteresse des Schuldners liegen. Dieser kann etwa daran interessiert sein, dass seine Eigenschaft als Schuldner nicht bekannt wird, weil sonst seine Kreditwürdigkeit geschmälert würde.

242 Siehe zum grauen Markt soeben Rz. 80.

243 Näher zur Beschränkung der Übertragbarkeit von Eintrittskarten mittels pactum de non cedendo BATSCHWAROFF, Rz. 198-217.

244 MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 497.

245 MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 496 f.

246 OSTENDORF, RabelsZ 2023, S. 188, 191.

247 Vgl. Art. 170 Abs. 2 OR.

Oder der Schuldner einer Sachleistung möchte verhindern, dass vertrauliche Produktionsdaten oder Produkteigenschaften ausserhalb eines bestimmten Kreises von Abnehmern und Geschäftspartnern publik werden.²⁴⁸

vi) Erschwerung der Anspruchsverfolgung

- 84 Schliesslich können sich Schuldner mittels *pacta de non cedendo* auch gegen Abtretungen an spezialisierte Inkassounternehmen absichern. So ist es beispielsweise in der Flugbranche verbreitet, dass Fluggesellschaften ihren Gästen verbieten, aus Flugstornierungen, -verspätungen oder -überbuchungen entstandene Forderungen an Fluggastrechtsportale abzutreten.²⁴⁹ Dadurch wollen sie verhindern, dass die darauf spezialisierten Portale die Ansprüche der Fluggäste einfordern können. Das *pactum* dient hier mithin dem – wenig schützenswerten – Zweck, dem Gläubiger die Anspruchsverfolgung zu erschweren.

B. Gläubigerinteressen

- 85 Der Forderungsgläubiger ist diejenige Partei, die durch das *pactum de non cedendo* belastet wird: Er verzichtet auf die Möglichkeit, eine ihm zustehende Forderung abzutreten. Da er auch ohne vereinbartes Verbot frei ist, die Abtretung zu unterlassen, bedarf er der Vereinbarung eines *pactum de non cedendo* von vornherein nicht.²⁵⁰ Grundsätzlich hat er folglich kein Interesse an einer vertraglichen Beschränkung der Abtretbarkeit seiner Forderung.
- 86 Das Interesse des Gläubigers ist vielmehr auf die freie Verfügbarkeit gerichtet. Diese ist für ihn identisch mit dem vollen Vermögenswert seines Rechts. Stark ausgeprägt ist dieses Interesse bei Geldforderungen.²⁵¹ Die frei verfügbare Geldforderung kann der Gläubiger nämlich bereits vor ihrer Fälligkeit zur Sicherung von Krediten oder zur anderweitigen Refinanzierung wirtschaftlich nutzen.²⁵² Bei Unabtretbarkeit ist er hingegen darauf beschränkt, die Forderung bei Fälligkeit einzuziehen. *Pacta de non cedendo* begrenzen demnach die wirtschaftliche Handlungs- und Bewegungsfreiheit des Gläubigers, zumal dieser selber gezwungen ist, seinem Schuldner bis zur Fälligkeit der unabtretbaren Forderung Kredit zu gewähren.²⁵³
- 87 Die Zession von Geldforderungen spielt bei modernen Formen der Unternehmensfinanzierung wie beispielsweise dem Factoring, der Forfaitierung,

248 WAGNER, S. 48f.; KLEIN, S. 210.

249 HEISCH, Rz. 187.

250 VON BÜREN, S. 323.

251 EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 466.

252 MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 905f.

253 Zur ganzen Rz. WAGNER, S. 52f.

der Securitisation oder der Projektfinanzierung eine zentrale Rolle.²⁵⁴ Diesen und anderen Praktiken der forderungsgestützten Unternehmensfinanzierung ist gemeinsam, dass sie Forderungen gegen Dritte nutzbar machen zur Absicherung von Kreditrisiken oder als Quelle für die Rückzahlung von Krediten.²⁵⁵ Vor allem für kleine und mittlere Unternehmen kommt der freien Handelbarkeit von Forderungen bei der Belieferung von Grossunternehmen oder des Staates ein hohes Gewicht zu. Durch den Ausschluss vom Factoring entgeht ihnen sodann nicht nur dessen Finanzierungsfunktion, sondern auch weitere Leistungen des Factors wie die Übernahme des Delkredererisikos oder die Debitorenbuchhaltung sowie das Inkasso²⁵⁶ und damit eine kostengünstige Vereinfachung des Geschäftsbetriebs.²⁵⁷

Besonders von Nachteil sind *pacta de non cedendo* für KMU im Zwischenhandel und in der (Weiter-)Verarbeitung. Auf der einen Seite erhalten sie Waren nur gegen Vorausabtretung ihrer künftigen Kundenforderungen. Auf der anderen Seite müssen sie Abtretungsverbote nachfragestarker Abnehmer akzeptieren. Sie stehen somit vor der Wahl, entweder die Verträge mit ihren Lieferanten zu verletzen, indem sie im Widerspruch zur Vorausabtretung ein Abtretungsverbot vereinbaren, oder auf das Geschäft mit dem Abnehmer zu verzichten. Entsprechend sind KMU an einer möglichst uneingeschränkten Verkehrsfähigkeit von Forderungen interessiert.²⁵⁸ Abtretungshindernisse beeinträchtigen aber auch die Interessen von Banken und anderen Finanzinstituten, Darlehensforderungen unter anderem zum Zweck der Refinanzierung abtreten zu können.²⁵⁹ Zusammengefasst besteht somit ein «elementare[s] wirtschaftliche[s] Interesse des Gläubigers an unbeschränkbarer Verfügbarkeit über die Forderung».²⁶⁰

In zwei Konstellationen liegt das *pactum de non cedendo* ausnahmsweise auch im Interesse des Gläubigers. Zum einen sichert beim Leibrentenvertrag ein nach Art. 519 OR vereinbartes Verbot der Abtretung der einzelnen Rentenforderungen dem Leibrenten gläubiger den vollen Bezug der Leibrente.²⁶¹ Aus sozialpolitischen Gründen ermöglicht hier der Gesetzgeber den Parteien, das Einkommen des Gläubigers zu sichern, das dieser zur Bestreitung seines

254 Siehe zu den verschiedenen forderungsgestützten Finanzierungsformen oben Rz. 25-51.

255 KUHN, SZW 2002, S. 129.

256 Zu den Leistungen des Factors siehe oben Rz. 33.

257 WAGNER, S. 53.

258 WAGNER, S. 53; siehe auch oben Rz. 52-55.

259 Vgl. zu den «berechtigten Interessen der Bank» an der freien Abtretbarkeit der Kreditforderungen BGHZ 171, 180, 184 Rz. 15.

260 DROBNIG, S. 79.

261 Siehe zum Abtretungsverbot beim Leibrentenvertrag unten Rz. 354.

Lebensunterhalts benötigt. Es schützt ihn mithin gegen die nachteiligen Folgen seiner eigenen Handlungen.²⁶² Zum anderen liegt dem Gläubiger in einem Kontokorrentverhältnis daran, dass nicht nur seine Schulden, sondern auch seine Forderungen kontokorrentgebunden, d.h. unabtretbar sind. Entsprechend dem Zweck des Kontokorrents erleichtert dies gerade bei einer grossen Anzahl einzelner Geschäftsvorfälle deren Abwicklung.²⁶³

C. Interessen potentieller Zessionare

- 90 Dem Interesse der Gläubiger an der Abtretbarkeit von Forderungen entspricht spiegelbildlich das Interesse potentieller Zessionare an der Möglichkeit des Forderungserwerbs. Ein Erwerbsinteresse haben insbesondere Factoringunternehmen. Ihr Geschäft besteht im Kern im Erwerb gegenwärtiger und zukünftiger Geldforderungen ihrer Klienten. Die Unabtretbarkeit der Forderungen ihrer Klienten erweist sich folglich als Geschäftshindernis. Werden Forderungen an Kreditinstitute abgetreten, steht deren Sicherungsinteresse im Vordergrund. Durch Sicherungszession der Forderungen des Zedenten erhalten sie Sicherheiten für die gewährten Kredite. Dem Sicherungsinteresse von Warenlieferanten dient sodann die Abtretung zukünftiger Forderungen aus dem Weiterverkauf bzw. der (Weiter-)Verarbeitung der gelieferten Waren.²⁶⁴ Es ist mithin offenkundig, dass potentielle Zessionare kein Interesse an einer vertraglichen Beschränkung der Abtretbarkeit von Forderungen haben.

D. Interessen der Gläubiger des Zedenten bzw. des Zessionars

- 91 Die Gläubiger des Zedenten bzw. diejenigen des Zessionars sind daran interessiert, dass die Forderung zum Vermögen ihres jeweiligen Schuldners und damit zu ihrem Haftungssubstrat gehört. Demnach entspricht die Unabtretbarkeit der Forderung dem Interesse der Gläubiger des Zedenten, während die Gläubiger des Zessionars an der Wirksamkeit der Abtretung interessiert sind.
- 92 Da die Gläubiger gewöhnlich keinen Einfluss auf die Vereinbarung eines pactum de non cedendo haben, ist das Vorliegen eines solchen für sie in der Regel eine Zufälligkeit. Und vielfach entzieht sich das pactum zunächst ihrer Kenntnis. Denn üblicherweise haben sie keine Einsicht in die Verträge des Zedenten. Darüber hinaus unterliegt das pactum de non cedendo keinem

262 Vgl. OGer ZH, Urteil vom 25.1.1957, in: ZR 1957, Nr. 116, E. 5 S. 254; VON BÜREN, S. 323. Siehe zum gleichen Zweck gewisser gesetzlicher Abtretungsverbote unten Rz. 366 und 369.

263 Siehe zum pactum de non cedendo beim Kontokorrentverhältnis auch Rz. 160, 409 und 448.

264 WAGNER, S. 55f.

Formerfordernis.²⁶⁵ Eher ist den Gläubigern die gemäss Art. 165 Abs. 1 OR notwendigerweise in Schriftform vollzogene Abtretung bekannt. Das Vertrauen der Gläubiger des Zessionars in den Bestand der Abtretung ist daher grundsätzlich höher zu gewichten als dasjenige der Gläubiger des Zedenten, dass möglicherweise ein pactum vereinbart worden ist.

E. Interessen der Allgemeinheit

a) Verkehrsinteressen

Neben den dargestellten Einzelinteressen des Zedenten, potentieller Zessionare und der Gläubiger potentieller Zessionare bestehen Interessen der Allgemeinheit an der Abtretbarkeit von Forderungen.²⁶⁶ Darunter fallen insbesondere Verkehrsschutzinteressen.^{267, 268} Unter Verkehrsschutz wird gemeinhin das Interesse einer Person verstanden, durch die regelmässig nicht einsehbaren Verhältnisse zwischen anderen Personen im Erwerb einer Rechtsposition nicht beeinträchtigt zu werden.²⁶⁹ Gerade pacta de non cedendo, die den Forderungserwerb beeinträchtigen und als Bestandteil des Vertragsverhältnisses zwischen Zedent und Schuldner für den Zessionar in der Regel nicht einsehbar sind, sind dem Verkehrsschutz abträglich.

Die Kehrseite des Verkehrsschutzes ist der Schuldnerschutz. Jede Stärkung der Stellung des Schuldners bedeutet eine Schwächung der Verkehrsinteressen:²⁷⁰ Erlaubt der Schuldnerschutz, dass der Schuldner befreiend an den Zedenten leisten kann, hat der Zessionar sich im Fall seiner Schädigung an den Zedenten zu halten und die damit verbundenen Risiken, insbesondere das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Zedenten, zu tragen. Kann der Schuldner ausserdem Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis zum Zedenten geltend machen, schränkt dies die übertragene Forderung qualitativ ein. Pacta de non cedendo schliesslich können den Forderungserwerb durch den Zessionar gänzlich verhindern.

Der Verkehr wird gehemmt, wenn Zessionare nicht auf den Erwerb von Forderungen vertrauen können, ohne zeit- und kostenaufwendige Nachforschungen über den Bestand von pacta de non cedendo und deren Wirkung

265 Siehe zur Form des pactum unten Rz. 160-165.

266 Vgl. WAGNER, S. 56 f.

267 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 231.

268 Der Begriffsbestandteil «Verkehr» drückt aus, dass es beim Verkehrsschutz nicht nur um die Einzelinteressen der am Geschäft (Abtretung) beteiligten Personen (Zedent und Zessionar) geht. Die Einzelnen stehen vielmehr stellvertretend für alle Teilnehmer des Geschäftsverkehrs (RADEMACHER, S. 1).

269 RADEMACHER, S. 1.

270 RADEMACHER, S. 139 f.

anstellen zu müssen.²⁷¹ Ohne diese Aufwendungen muss ein potentieller Zessionar mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit rechnen, dass ein pactum seinem Forderungserwerb entgegensteht. Er wird daher entweder auf den Erwerb der Forderung verzichten²⁷² oder das Risiko jedenfalls bei der Preisfestsetzung berücksichtigen. Diese Transaktionskosten für Nachforschungen oder für die Inkaufnahme des Risikos können durch die uneingeschränkte Abtretbarkeit von Forderungen vermieden werden.

- 96 Andererseits liegt auch der Schuldnerschutz, d.h. der Schutz der berechtigten Belange des Schuldners, im Allgemeininteresse. Denn auch die Vernachlässigung der Schuldnerinteressen kann zu Störungen des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs führen. Den Verkehrsinteressen dient folglich ein angemessener Ausgleich der schützenswerten Belange aller Beteiligten.²⁷³

b) Interesse an einer effizienten Vermögensverteilung

- 97 Ausser dem Verkehrsschutz begründet auch das Ziel einer effizienten Verteilung der in Forderungen verkörperten Vermögenswerte ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der freien Abtretbarkeit von Forderungen. Wirtschaftlich betrachtet ist eine Vermögensverteilung effizient, wenn sie «einen Zustand herbeiführt, bei dem niemand mehr bessergestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird, in dem somit alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind, jemanden besser zu stellen ohne einen anderen schlechter zu stellen. Dann werden die Ressourcen am Ort ihrer sozial nützlichsten Verwendung eingesetzt.»²⁷⁴ Eine effiziente Verteilung von Forderungen setzt dabei voraus, dass diese frei übertragbar sind. «Auf einem funktionsfähigen Markt impliziert [nämlich] jede Einschränkung der Transferfähigkeit von Rechten [...] einen Effizienzverlust. Denn sie verhindert oder erschwert den Transfer von Ressourcen und Nutzungsmöglichkeiten an jene, die sie am höchsten bewerten.»²⁷⁵ Das Ziel der Allokationseffizienz verschafft der Abtretbarkeit von Forderungen eine ordnungspolitische Dimension: «Die Zirkulation geldwerter Gegenstände ist zentrale Voraussetzung für die Schöpfung neuer Werte. Dies zu ermöglichen ist [eine] ordnungspolitische Aufgabe des Privatrechts.»²⁷⁶

271 RADEMACHER, S. 1.

272 KUHN, SZW 2002, S. 129.

273 WAGNER, S. 57.

274 SCHÄFER/OTT, S. XVIII.

275 SCHÄFER/OTT, S. 678.

276 HURNI, S. 107. Die Beschränkung der Übertragbarkeit und damit die Erschwerung der wirtschaftlich effizienten Vermögensverteilung kann allerdings durch normative Ziele gerechtfertigt sein (SCHÄFER/OTT, S. 678).

Konkret verbessern sich insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten von Unternehmen und damit die volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen, wenn Forderungen für die Zwecke der Unternehmensfinanzierung verwendet werden können.²⁷⁷ Dies bringt – auf einem vollkommenen Markt – auch den Schuldern Vorteile. Die Kosteneinsparungen, die den Gläubigern durch die freie Übertragbarkeit ihrer Forderungen entstehen, werden an die Schuldner in Form von niedrigeren Preisen für Waren und Dienstleistungen weitergegeben. Gesamthaft ist es folglich für alle Beteiligten vorteilhafter, die Abtretung von Forderungen zu erleichtern und die Transaktionskosten zu senken, als sicherzustellen, dass der Schuldner nicht an eine andere Person als den ursprünglichen Gläubiger leisten muss.²⁷⁸ Die Verwendung von *pacta de non cedendo* wird daher als «volkswirtschaftlich unerwünscht» bezeichnet.^{279, 280}

c) Interesse an einer Personalisierung des Schuldverhältnisses

Ein spezifisches öffentliches Interesse an der Unabtretbarkeit kann bei Forderungen aus Eintrittskarten für Grossanlässe bestehen. Insbesondere bei Veranstaltungen, an denen aggressive, gewalttätige Ausschreitungen befürchtet werden, liegt die Personalisierung von Eintrittskarten in Verbindung mit der Unabtretbarkeit der in den Karten verbrieften Teilnahmerechte im Interesse der öffentlichen Sicherheit.²⁸¹

277 Vgl. MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 903f. und 920; KUHN, SZW 2015, S. 351, 361. Zur praktischen Bedeutung der Abtretung für die forderungsgestützte Finanzierung siehe oben Rz. 25–55.

278 Vgl. *Analytical Commentary ZessÜ*, Ziff. 100.

279 So bereits die deutsche Reichswirtschaftskammer in einer Presseerklärung im Oktober 1937 (wiedergegeben bei SCHÜTZ, DR 1940, S. 1175, 1177f.). Vgl. auch SERICK, Bd. II, S. 289; DERS., Bd. IV, S. 496f.; BGHZ 51, 113, 117.

280 A.A. MACMAHON, der darauf hinweist, dass wirtschaftlich der Schaden aufgrund der Beeinträchtigung der Schuldnerinteressen den Mehrwert aufgrund der Abtretbarkeit überwiegen kann (MACMAHON, C.L.J. 2020, S. 288, 302).

281 Näher hierzu BATTSCHWAROFF, Rz. 334–336. An der Fussballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland enthielten die Allgemeinen Ticket-Geschäftsbedingungen folgende Klausel: «Weder der Ticketinhaber noch irgendjemand sonst ist berechtigt, das Ticket oder die sich aus diesem ergebenden Rechte ohne vorherige schriftliche Zustimmung des OK an dritte Personen zu übertragen. Das OK wird seine Zustimmung nur aus sachlichen Gründen verweigern. Die Zustimmung kann insbesondere dann verweigert werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Ticketinhaber oder der Dritte die Übertragung auf Personen, die aus Sicherheitsgründen vom Besuch von Fußballspielen ausgeschlossen wurden, beabsichtigt [...]» Das Amtsgericht Frankfurt a.M. entschied, dass dieser Abtretungsausschluss mit Zustimmungsvorbehalt wirksam vereinbart werden konnte. Das Sicherheitsinteresse des Veranstalters habe Vorrang vor wirtschaftlichen Interessen seiner Kunden. Die Zustimmung dürfe allerdings nicht unbillig verweigert werden (Urteil vom 20.4.2006, in: CaS 2006, S. 286–294).

§3 Grundsatz der Abtretbarkeit

- 100 Die Befugnis, ein Recht zu veräussern, ist nach dem heutigen Rechtsverständnis²⁸² grundsätzlich Teilgehalt des Inhalts des Rechts.²⁸³ Über Forderungen kann der Gläubiger daher nicht nur durch Entgegennahme der Leistung, sondern auch durch Abtretung verfügen.²⁸⁴ Demgemäss lässt sich der in der Forderung verkörperte Wert nicht nur durch Erfüllung, sondern auch durch Abtretung realisieren.²⁸⁵ Die Veräusserung stellt eine Form der Ausübung des Rechts dar. In einigen Fällen ist die Veräusserung sogar die normale Art der Rechtsausübung, so bei Eigentum an Geld.²⁸⁶ HURNI spricht diesbezüglich vom «Prinzip der Übertragbarkeit geldwerter Rechte».²⁸⁷
- 101 Die Übertragbarkeit von Rechten beruht auf dem für das Privatrecht zentralen Konzept der Privatautonomie. Diese besagt, dass die Rechtssubjekte frei sind, ihre Rechtsverhältnisse nach ihrem Willen auszugestalten.²⁸⁸ Die Vertragsfreiheit – der wichtigste Teilaspekt der Privatautonomie – ermöglicht es den Rechtssubjekten, mit rechtsverbindlicher Wirkung private Abmachungen zu treffen.²⁸⁹ So bestimmt Art. 19 Abs. 1 OR, dass der Inhalt des Vertrags innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden kann. Die gesetzlichen Schranken als Ausnahme von diesem Grundsatz der Inhaltsfreiheit dienen dazu, die Verletzung legitimer Interessen der schwächeren Vertragspartei oder Dritter zu verhindern.²⁹⁰ Auch die Abtretbarkeit von Forderungen durch Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar gründet auf der

282 Vgl. zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Zessionslehre ausführlich HUWILER, Diss.; vgl. auch HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 549–551; ZWEIGERT/KÖTZ, S. 439–441.

283 Vgl. WOLFF, S. 2: «Die durch ein Vermögensrecht gewährte wirtschaftliche Macht kann nicht bloss als einem Rechtssubjekt zugeeignet gedacht werden, sondern ist grundsätzlich fungibel, weshalb die Veräußerlichkeit sich als normale Eigenschaft des Vermögensrechtes ergibt.»; DERS., S. 53.

284 Weitere Formen der Verfügung über eine Forderung sind Verpfändung, Erlass oder Stundung (VON TUHR / PETER, S. 16f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 3.33; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 138; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 159).

285 LABONTÉ, S. 1. Siehe auch oben Rz. 26.

286 VON TUHR, BGB II/2, S. 547 bei FN 16.

287 HURNI, S. 107.

288 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 314; KOLLER, Rz. 3.01; BERGER, Schuldrecht, Rz. 166.

289 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 17–20; BK-MÜLLER, Art. 11 OR N 13; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 25.01f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 612–618; BERGER, Schuldrecht, Rz. 167.

290 Vgl. BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 3; ENGEL, S. 106–110; VIONNET, S. 106f.

Vertragsfreiheit.²⁹¹ Entsprechend dem in Art. 19 Abs. 1 OR angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis²⁹² geht Art. 164 Abs. 1 OR davon aus, dass grundsätzlich alle Forderungen abtretbar sind, und behält die Ausnahmen «Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses» vor.²⁹³

Grundsätzlich kann somit jede beliebige Forderung abgetreten werden,²⁹⁴ und zwar unabhängig von ihrem Leistungsinhalt²⁹⁵ und ihrem Rechtsgrund.²⁹⁶ Es spielt deshalb für ihre Abtretbarkeit keine Rolle, ob die Forderung auf Vertrag, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung, erbrechtlicher Verfügung oder auf einem anderen Rechtsgrund beruht.²⁹⁷ Unerheblich ist damit auch, aus welchem Rechtsgebiet die Forderung stammt (Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht etc.).²⁹⁸ Auch noch nicht fällige, zukünftige, bedingte oder strittige Forderungen können abgetreten werden.²⁹⁹ Durch ihre freie Abtretbarkeit werden Forderungen im schweizerischen Recht als Gegenstände des Rechtsverkehrs anerkannt.³⁰⁰

Die Abtretbarkeit von Forderungen ist demnach die Regel und die Unabtretbarkeit die Ausnahme. Das Recht kann folglich nur in Ausnahmefällen

291 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 10. SCHULER spricht von der Zessionsfreiheit, verstanden als «die Freiheit [des Zedenten], Forderungen je nach seinem Belieben abzutreten oder nicht abzutreten» (SCHULER, S. 6 i. f.; ihm folgend ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 146: «Abtretungsfreiheit»).

292 BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 92.

293 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 10; BUCHER, S. 539; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 56; VON BÜREN, S. 320 f. («Übertragbarkeit ist die normale Charakteristik des Forderungsrechtes, keineswegs die ihr schlechthin eigene.»); MARTIN, ZSR 1923, S. 1, 17. WOLFF (S. 167) spricht von einer – untechnisch verstandenen – «Vermutung zugunsten der Zessibilität jeder Forderung, im Interesse des Rechtsverkehrs» (ebenso VON BÜREN, S. 321).

294 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 10; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5; WOLFF, S. 167; WEHRLI, S. 4; STEINER, S. 24; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 56; BUCHER, S. 539; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3422; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.19.

295 WOLFF, S. 167. In der Praxis ist die Abtretung von Geldforderungen am bedeutendsten. Die zedierte Forderung kann aber auch jeden anderen Leistungsinhalt betreffen (BUCHER, S. 539; vgl. auch STEINER, S. 24; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2104).

296 CR-PROBST, Art. 164 OR N 16; WEHRLI, S. 4; STEINER, S. 24; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 56; BUCHER, S. 539; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3422; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2104.

297 CR-PROBST, Art. 164 OR N 16; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5; STEINER, S. 24; VON TUHR/ESCHER, S. 343 bei FN 13; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 56; BUCHER, S. 539; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3423; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2104.

298 CR-PROBST, Art. 164 OR N 16. Vgl. die nach Rechtsgebiet gegliederte Übersicht über die abtretbaren Forderungen bei ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 13-20.

299 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 36, 41, 59; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 36; CR-PROBST, Art. 164 OR N 17-19; WEHRLI, S. 4; STEINER, S. 24 f.; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 56; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.27.

300 STEINER, S. 56 f.

und damit nur bei Vorliegen eines legitimen Grundes der Abtretung einer Forderung entgegenstehen.³⁰¹ Worin die legitimen Gründe für die in Art. 164 Abs. 1 OR normierten Ausnahmen Vereinbarung, Gesetz und Natur des Rechtsverhältnisses liegen, wird in den nachfolgenden Kapiteln untersucht.³⁰²

§4 Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften im Allgemeinen

I. Übersicht

104 Abtretungsverbote bezwecken, die Abtretung einer Forderung zu verhindern. Sie berühren damit die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts der Zession. In welchem Umfang sie deren Wirksamkeit einzuschränken vermögen, wird in nationalen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken unterschiedlich geregelt.³⁰³ Und selbst innerhalb einer Rechtsordnung kann das Verständnis der Wirkung von Abtretungsverböten einem Wandel unterliegen.³⁰⁴ Um die Wirkungsweise von Abtretungsverböten zu verstehen, werden daher im Folgenden vorab die begrifflichen Grundlagen der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften geklärt.

105 Der Begriff «Unwirksamkeit» wird im Allgemeinen synonym zu «Ungültigkeit» verwendet.^{305, 306} Für beide Begriffe findet sich im schweizerischen Recht weder eine allgemeine Definition noch eine generelle Regelung der Voraussetzungen und Wirkungen.³⁰⁷ Nach wie vor am weitesten verbreitet und am prägnantesten ist die Begriffsbestimmung VON TUHRs: Ein Rechtsgeschäft ist unwirksam, wenn es die von den Parteien gewollte Rechtswirkung nicht

301 VIONNET, S. 107; vgl. VON TUHR, BGB II/1, S. 266 bei FN 173.

302 Siehe zum pactum de non cedendo unten §§ 5-11, zu den gesetzlichen Abtretungsverböten § 13 und zur Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses § 14.

303 Siehe zu den Wirkungen vertraglicher Abtretungsverböte in ausgewählten Rechtsordnungen und Regelwerken unten 4. Teil.

304 Siehe zu den unterschiedlichen Ansichten über die Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 164 OR unten Rz. 199-253.

305 VON TUHR/PETER, S. 224; BERGER, Schuldrecht, Rz. 1103; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 681; SEILER, Rz. 8.

306 In der vorliegenden Arbeit wird der für verbötwidrige Abtretungen gebräuchlichere Begriff der Unwirksamkeit bevorzugt. Er bringt das Zusammenspiel zwischen der Wirkung des Abtretungsverböts und der Unwirksamkeit der verbötenen Abtretung besser zum Ausdruck.

307 SEILER, Rz. 6; VON TUHR/PETER, S. 224, FN 2.

herbeiführt.³⁰⁸ Innerhalb der Unwirksamkeit wird in der Schweiz im Allgemeinen zwischen unvollendeten, nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäften unterschieden.³⁰⁹ Mit Blick auf die Wirkung von Abtretungsverboten im Speziellen werden unter dem Oberbegriff der Unwirksamkeit herkömmlicherweise die Nichtigkeit (unten Ziff. II), die absolute Unwirksamkeit (Ziff. III) und die relative Unwirksamkeit (Ziff. IV) der verbotenen Abtretung diskutiert.

II. Nichtigkeit

Der Begriff der Nichtigkeit wird im OR zwar an verschiedenen Stellen verwendet,³¹⁰ aber nirgendwo näher umschrieben. Die Nichtigkeit ist die stärkste Form der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. VON WYSS brachte ihren Inhalt in seinen Bemerkungen zum Entwurf des aOR von 1877 auf folgende einfache Formel: «Was nicht ist, ist nicht.»³¹¹ Nichtigkeit bedeutet mit anderen Worten, dass die von ihr betroffenen Geschäfte unwirksam sind und nicht wirksam werden können.³¹²

Die vorliegende Untersuchung folgt dem von KRAMER zu Art. 20 OR entwickelten, aber über diese Bestimmung hinaus anerkannten Begriff der Nichtigkeit. Danach setzt sich der Inhalt des Begriffs der Nichtigkeit aus folgenden vier traditionellen Elementen zusammen: (1) Das nichtige Rechtsgeschäft entfaltet von vornherein (*ex tunc*) keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen. Die Unwirksamkeit tritt *ipso iure* ein. Das Rechtsgeschäft muss daher nicht erst durch rechtsgestaltende Anfechtungserklärung, -klage oder Einrede *ex tunc* «vernichtet» werden. (2) Die Nichtigkeit wirkt absolut. Es können sich sowohl die Parteien des Rechtsgeschäfts als auch Dritte, sofern sie ein eigenes Rechtsschutzinteresse geltend machen können, darauf berufen. Umgekehrt kann die Nichtigkeit gegenüber allen (auch Rechtsnachfolgern) geltend gemacht werden, sofern diese aus dem nichtigen Rechtsgeschäft Rechte herleiten wollen. (3) Das Gericht hat die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften von Amtes wegen zu beachten, wenn in einem Prozess Ansprüche aus solchen Rechtsgeschäften geltend gemacht werden. (4) Die Nichtigkeit ist grundsätzlich nicht heilbar,

308 VON TUHR, BGB II/1, S. 273; VON TUHR, OR, S. 199 bei FN 2.

309 BGE 97 II 390 E. 4 S. 396 f.; VON TUHR/PETER, S. 224-233.

310 Vgl. z.B. Art. 20 OR (einschliesslich Marginalie), Art. 100 Abs. 1 und 2, Art. 157 OR.

311 VON WYSS, Bemerkungen, S. 80.

312 VON TUHR/PETER, S. 225. Vgl. auch BUCHER, S. 241 («als ungeschehen betrachtet»); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 681 («schlechthin [unheilbar] unwirksam») und BGE 134 III 438 E. 2.3 S. 442 («Der nichtige Vertrag entfaltet keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen»).

womit Schwebezustände vermieden werden. Das bedeutet, dass die Nichtigkeit nicht im Lauf der Zeit verjährt und dass es keine Möglichkeit der nachträglichen (den Mangel heilenden) einseitigen Genehmigung gibt.³¹³

III. Absolute Unwirksamkeit

108 Abtretungen, die wegen der Verletzung eines pactum de non cedendo unwirksam sind, können nach weit verbreiteter Ansicht durch Genehmigung des Schuldners wirksam werden.³¹⁴ Diese heilbare Unwirksamkeit der Abtretung lässt sich begrifflich nicht unter den klassischen Begriff der Nichtigkeit subsumieren, gemäss dem die Unwirksamkeit nicht geheilt werden kann.

109 Zwar ist in der neueren Literatur eine gewisse Lockerung des als zu starr empfundenen klassischen Nichtigkeitsbegriffs erkennbar. So werden in Bereichen, in denen bisher Nichtigkeit angenommen worden ist, andere Arten der Ungültigkeit befürwortet.³¹⁵ HUGUENIN vertrat bereits *de lege lata* die Ansicht, dass Art. 20 OR ein flexibler Ungültigkeitsbegriff zugrunde liege. Sie lehnte es ab, allgemein festzulegen, wie Nichtigkeit wirke und wer sich darauf berufen dürfe. Vielmehr seien die einzelnen Begriffsmerkmale der Nichtigkeit erst im Kontext der verletzten Norm zu bestimmen.³¹⁶ Im Reformprojekt OR 2020 wurde sodann *de lege ferenda* vorgeschlagen, die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit von Verträgen durch einen einheitlichen Begriff der Ungültigkeit zu ersetzen.³¹⁷

110 In der vorliegenden Untersuchung wird der Begriff der Nichtigkeit jedoch in seiner traditionellen Bedeutung verstanden. Dies dient der einfacheren

313 BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 308-320; vgl. zum Ganzen auch BGE 129 III 209 E. 2.2 S. 213; 123 III 60 E. 3b S. 62 (betr. eine nichtige Zession); BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 53; SEILER, Rz. 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 681; BERGER, Schuldrecht, Rz. 1102f.; KELLER/SCHÖBI, Bd. I, S. 148f.; BUCHER, S. 241f.; VON TUHR, BGB II/1, S. 280-294.

314 Siehe zur Genehmigung der abredewidrigen Abtretung im Schweizer Recht unten Rz. 255-270.

315 SEILER, Rz. 19. Für die Formungültigkeit nach Art. 11 Abs. 2 OR postulieren namhafte Stimmen in der Lehre eine Ungültigkeit *sui generis*. Nach dieser Ansicht sind Rechtsgeschäfte, die gesetzliche Formvorschriften missachten, entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 106 II 146 E. 3 S. 151) nicht nichtig. Die Ungültigkeit könne nämlich nur von den Parteien geltend gemacht werden und sei durch Erfüllung grundsätzlich heilbar (BSK-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 11 OR N 23; vgl. auch BK-MÜLLER, Art. 11 OR N 207-218; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 558-562).

316 HUGUENIN, Rz. 433; BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 55.

317 Vgl. Art. 27, Art. 30 Abs. 2, Art. 31 und Art. 34-37 (Ungültigkeit bei Form- und Inhaltsmängeln) sowie Art. 38-45 OR 2020 (Ungültigkeit bei Willensmängeln) und HUGUENIN, OR 2020, Art. 30 N 30-35.

begrifflichen Einordnung der verschiedenen Möglichkeiten der Wirkung von Abtretungsverboten. Soweit die absolut wirkende Ungültigkeit der abredewidrigen Abtretung durch Genehmigung behoben werden kann, wird daher nicht von Nichtigkeit, sondern von absoluter Unwirksamkeit der Abtretung gesprochen. Dieser Sprachgebrauch bietet ausserdem den Vorteil, dass der Gegensatz zwischen absoluter und relativer Unwirksamkeit begrifflich hervorgehoben wird.

Die absolute Unwirksamkeit zeichnet sich demnach durch folgende Elemente aus: (1) Ein absolut unwirksames Rechtsgeschäft entfaltet von vornherein (*ex tunc ipso iure*) keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen. (2) Auf die Unwirksamkeit können sich alle Personen berufen, sofern sie ein eigenes Rechtsschutzinteresse geltend machen können. Die Unwirksamkeit kann umgekehrt allen gegenüber geltend gemacht werden, die aus dem unwirksamen Rechtsgeschäft Rechte herleiten wollen. (3) Das Gericht hat die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten. (4) Die Unwirksamkeit kann durch Genehmigung behoben werden. 111

IV. Relative Unwirksamkeit

Der Begriff der relativen Unwirksamkeit ist im schweizerischen Recht nicht gebräuchlich. Er findet sich weder im Gesetz noch wird er in der Literatur einheitlich verwendet.³¹⁸ Inhaltlich ist die relative Unwirksamkeit dem Schweizer Recht jedoch nicht unbekannt.³¹⁹ Sie wurde früher von einem Teil der Lehre als Rechtsfolge der abredewidrigen Abtretung befürwortet.³²⁰ Auch in ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken ist sie als Rechtsfolge abredewidriger Abtretungen anzutreffen.³²¹ Die relative Unwirksamkeit bedarf daher für die vorliegende Untersuchung einer begrifflichen Erfassung. 112

Der hier verwendete Begriff der relativen Unwirksamkeit folgt der im gemeinen Recht entwickelten Terminologie, wie sie auch das deutsche BGB übernommen hat. Demnach bedeutet relative Unwirksamkeit, dass ein Rechtsgeschäft bestimmten Personen gegenüber unwirksam, im Übrigen aber wirksam ist. Die relative Unwirksamkeit wird nicht von Amtes wegen beachtet, sondern muss von der Person geltend gemacht werden, der gegenüber das 113

318 Vgl. die Nachweise bei SEILER, Rz. 23, FN 51.

319 Siehe zur relativen Unwirksamkeit im schweizerischen Recht unten Rz. 719-749.

320 Siehe unten Rz. 210-213.

321 Siehe unten Rz. 491-563.

Rechtsgeschäft unwirksam ist.³²² Dem entspricht, dass das relativ unwirksame Geschäft nachträglich volle Wirksamkeit erlangen kann, wenn es die Person genehmigt, der gegenüber das Geschäft unwirksam ist. Voll wirksam wird das Geschäft ausserdem, wenn das der vollen Wirkung entgegenstehende Hindernis wegfällt. Diese Relativität der Unwirksamkeit unterscheidet das Geschäft vom absolut unwirksamen Rechtsgeschäft, das gegenüber allen unwirksam ist und dessen Unwirksamkeit von Amtes wegen berücksichtigt werden muss. Von der Nichtigkeit weicht die relative Unwirksamkeit zusätzlich dadurch ab, dass sie durch Genehmigung beseitigt werden kann. Von der Anfechtbarkeit unterscheidet sich die relative Unwirksamkeit schliesslich dadurch, dass die Unwirksamkeit *ipso iure* vorliegt und nicht erst durch einen Willensakt einer bestimmten Person herbeigeführt zu werden braucht.³²³

114 Die relative Unwirksamkeit wurde im gemeinen Recht bzw. wird im BGB insbesondere in Fällen angeordnet, in denen einem Rechtsinhaber die Verfügung über sein Recht im Interesse eines anderen verboten wird.³²⁴ Verfügt der Rechtsinhaber dennoch über sein Recht, ist die Verfügung für die Personen, zu deren Schutz der Verfügende in der Verfügungsmacht beschränkt ist, unwirksam, während sie für alle anderen Personen wirksam ist.³²⁵ Betrifft das Verfügungsverbot eine Sache und überträgt der Eigentümer A sein Eigentum verbotenerweise auf B, so ist B zwar Eigentümer geworden, aber im Verhältnis zu Personen, zu deren Schutz das Verbot ergangen ist, ist A Eigentümer geblieben.³²⁶ Betrifft das Verfügungsverbot eine Forderung und tritt der Gläubiger A seine Forderung verbotenerweise an den Zessionar B ab, so hat zwar A seine Forderung verloren und ist B Forderungsinhaber geworden, aber im Verhältnis zu gewissen Personen (insbesondere dem *debitor cessus*) ist A nach wie vor Forderungsinhaber.³²⁷

115 Im schweizerischen Recht wird die relative Unwirksamkeit beispielsweise im Zusammenhang mit der Pfändung diskutiert. Diese bewirkt, dass dem Betreibungsschuldner verboten wird, über den gepfändeten Vermögenswert zu verfügen (Art. 96 Abs. 1 SchKG). Dieses Verbot liegt im Interesse der Betreibungsgläubiger. Veräussert der Betreibungsschuldner den Vermögenswert verbotswidrig, ist er im Verhältnis zu den Betreibungsgläubigern immer noch Berechtigter am Vermögenswert und dieser kann zugunsten

322 MüKo-ARMBRÜSTER, §135 BGB N 38.

323 Zur ganzen Rz. VON TUHR, BGB II/1, S. 327.

324 Vgl. insbesondere §135f. BGB betr. gesetzliche und behördliche Veräusserungsverbote.

325 VON TUHR / PETER, S. 220 f.

326 Beispiel nach VON TUHR, BGB I, S. 70.

327 VON TUHR, BGB II/1, S. 328.

der Gläubiger verwertet werden (Art. 96 Abs. 2 SchKG). Im Verhältnis zu allen anderen Personen ist jedoch – nach der Ansicht der relativen Unwirksamkeit der verbotswidrigen Verfügung – der Erwerber des Vermögenswerts dessen neuer Rechtsinhaber.³²⁸

Hinter der relativen Unwirksamkeit einer Verfügung steht folgende Überlegung: Der durch das Verbot Geschützte soll einerseits davor bewahrt werden, dass die Durchsetzung seines Anspruchs scheitert, weil der Rechtsinhaber zwischenzeitlich über sein Recht zugunsten eines Dritten wirksam verfügt hat. Andererseits soll die Verfügungsmacht des Rechtsinhabers nicht weiter eingeschränkt werden, als es der Schutz des Interesses des Geschützten erfordert. Daher ist die Verfügung nur dem Geschützten gegenüber unwirksam, nicht aber allen anderen Personen gegenüber, insbesondere dem durch die Verfügung Begünstigten. Der Erfolg der Verfügung bleibt somit bestehen, wenn dem durch das Verbot Geschützten der vermeintliche Anspruch nicht zusteht oder wenn der Geschützte seinen Anspruch nicht geltend macht.³²⁹

Die dogmatische Erfassung der relativen Unwirksamkeit einer Verfügung ist umstritten.³³⁰ Vielfach wird die relative Unwirksamkeit so verstanden, dass der verbotswidrig verfügende Rechtsinhaber in seinem Verhältnis zu dem durch das Verbot Geschützten noch Rechtsinhaber ist, während der durch die Verfügung Begünstigte im Verhältnis zu allen anderen die Inhaberschaft erworben hat.³³¹ Bezogen auf die relativ unwirksame Abtretung bedeutet dies, dass der Zedent im Verhältnis zur geschützten Person noch Gläubiger ist, während der Zessionar im Verhältnis zu allen anderen Gläubiger der abgetretenen Forderung geworden ist. Die relative Unwirksamkeit einer Verfügung führt demzufolge zu einer Spaltung³³² bzw. Verdoppelung³³³ der Rechtsinhaberschaft; bei der Zession zu einer Spaltung bzw. Verdoppelung der Gläubigerstellung. Abhängig davon, im Verhältnis zu wem das Recht betrachtet wird, ist entweder der durch die Verfügung Begünstigte oder der bisherige Gläubiger Inhaber des Rechts. Dies stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass die Zuständigkeit eines Rechts eine allgemeine, allseitige sein muss: Wen die Rechtsordnung als Eigentümer einer Sache oder als Gläubiger

328 Näher zur relativen Unwirksamkeit bei Pfändung unten Rz. 726 f.

329 Vgl. LARENZ, AT BGB, 7. Aufl., S. 471 f.

330 Vgl. die Übersicht über die Diskussion in Deutschland bei MüKo-ARMBRÜSTER, § 135 BGB N 33-37. Näher hierzu unten Rz. 753.

331 NEUNER, § 55 N 37.

332 NEUNER, § 55 N 37; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 293 und 388; vgl. auch HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 271.

333 VON TUHR, BGB I, S. 70; BGB II/1, S. 330; VON TUHR/PETER, S. 197 bei FN 27, S. 221 bei FN 47; VON TUHR/ESCHER, S. 334 bei FN 46 («Duplizität des Rechtssubjektes»).

einer Forderung anerkennt, der sollte diese Zuständigkeit allen gegenüber haben.³³⁴ Nach VON TUHR kommt diese Verdoppelung eines Rechts in Fällen in Betracht, «in denen das Gesetz eine komplizierte Interessenlage der beteiligten Personen auf keinem anderen Wege ordnen zu können glaubte».³³⁵

118 Zusammengefasst charakterisieren folgende Elemente die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts: (1) Ein relativ unwirksames Rechtsgeschäft entfaltet bestimmten Personen gegenüber *ipso iure* keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen, ist im Übrigen aber wirksam. (2) Auf die relative Unwirksamkeit können sich nur die Personen berufen, zu deren Schutz das Rechtsgeschäft unwirksam ist. Die geschützten Personen können die Unwirksamkeit allen gegenüber geltend machen, die aus dem unwirksamen Rechtsgeschäft Rechte herleiten wollen. (3) Die relative Unwirksamkeit wird nicht von Amtes wegen beachtet, sondern muss von der geschützten Person geltend gemacht werden. (4) Sie entfällt, wenn die geschützte Person das Rechtsgeschäft genehmigt.

334 VON TUHR, BGB I, S. 69 f.

335 VON TUHR, BGB I, S. 70.

2. Teil:

**Das pactum de
non cedendo nach
Art. 164 OR**

§5 Übersicht

Der zweite Teil der vorliegenden Untersuchung beschäftigt sich mit der Regelung des *pactum de non cedendo* im schweizerischen Recht *de lege lata*. Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR setzt die Abtretung von Forderungen voraus, dass ihr «nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.» Mit «Vereinbarung» ist das zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossene *pactum de non cedendo* gemeint. Abs. 2 enthält folgende Ergänzung: «Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekennnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.» 119

Im Fokus der nachfolgenden Analyse steht die Frage, wo im Spannungsverhältnis zwischen den beiden Zielen des Abtretungsrechts, dem Schuldnerschutz und der Verkehrsfähigkeit von Forderungen, diese Regelung des *pactum de non cedendo* anzusiedeln ist. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist die Rechtsfolge einer in Verletzung des *pactum* vorgenommenen Abtretung: Ist die Abtretung unwirksam oder gar nichtig, tritt die Verkehrsfähigkeit ganz hinter den Schutz des Schuldners zurück. Ist die abredewidrige Abtretung demgegenüber wirksam, überwiegt das Ziel der Verkehrsfähigkeit von Forderungen. 120

Grundlegend für das Verständnis von Art. 164 OR ist zunächst dessen Entstehungsgeschichte, die bis in die Zeit vor den Privatrechtskodifikationen zurückreicht (unten § 6). In einem zweiten Schritt werden die Modalitäten der Vereinbarung (Inhalt, Parteien, Form, Zeitpunkt und Aufhebung) dargestellt (§ 7). Nach der Diskussion von Zulässigkeit und Schranken des *pactum de non cedendo* (§ 8) liegt ein weiterer Schwerpunkt auf der Untersuchung seiner Natur (§ 9). Diese bildet zusammen mit der Entstehungsgeschichte der Regelung den Schlüssel zur Bestimmung der Rechtsfolgen einer in Verletzung eines *pactum* vorgenommenen Zession (§ 10). Die Bewertung der in Art. 164 OR geregelten Wirkung des *pactum de non cedendo* schliesst den zweiten Teil ab (§ 11). 121

§6 Entstehungsgeschichte

I. Einleitung

- 122 Dass vertragliche Abtretungsverbote der Zession entgegenstehen, ist keine juristische Selbstverständlichkeit, sondern eine Entscheidung des Gesetzgebers.³³⁶ Für das Verständnis der Regelung des pactum de non cedendo in Art. 164 OR ist daher ihr historischer Kontext von besonderem Interesse. Die heutige Gesetzesbestimmung geht zurück auf das Obligationenrecht von 1881. Gemäss Art. 183 aOR kann «[d]er Gläubiger [...] die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, *Vereinbarung* oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen.»³³⁷ Dass vertragliche Verbote der Abtretbarkeit einer Forderung entgegenstehen können, war bei der Schaffung des Obligationenrechts von 1881 ein relativ neues rechtliches Verständnis von Verfügungsverboten. In den kantonalen Privatrechtskodifikationen finden sich keine Bestimmungen zu vertraglichen Abtretungsverboten.³³⁸ Und auch die ersten Entwürfe des Obligationenrechts von 1881 äusserten sich dazu nicht. Erstmals tauchte «die Vereinbarung» im Botschaftsentwurf von 1879 auf.³³⁹ Die Motive des Gesetzgebers für ihre Aufnahme in den Katalog der Abtretungshindernisse liegen im Dunkeln.³⁴⁰ Um sich den Beweggründen anzunähern, wird nachfolgend das damalige Verständnis von vertraglichen Veräusserungsverboten in der Rechtslehre, der Rechtsprechung und den für die Schaffung des aOR einflussreichsten Kodifikationen untersucht.

336 Siehe unten Rz. 198. Zu dieser Erkenntnis führt nicht zuletzt der Vergleich der Normierung vertraglicher Abtretungsverbote in Kodifikationen verschiedener Rechtsordnungen. Diese unterscheiden sich in der Regelung der Wirkungen der Verbote beträchtlich (siehe unten 4. Teil).

337 Hervorhebung durch den Autor.

338 ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 269.

339 Art. 201 Entwurf aOR 1879: «Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, *Vereinbarung* oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründet.» (Hervorhebung durch den Autor).

340 Siehe unten Rz. 142-145.

II. Das vertragliche Abtretungsverbot in der Zeit vor den Privatrechtskodifikationen

Das ältere gemeine Recht kannte ein vertragliches Abtretungsverbot mit Wirkung gegenüber Dritten nicht.³⁴¹ Vertragliche Abtretungsverbote wurden als Fälle des *pactum de non alienando* verstanden. Gleich wie Verfügungsverbote, welche die Veräußerung einer Sache untersagten, wirkten vertragliche Abtretungsverbote rein obligatorisch.³⁴² Forderungsrecht und Eigentum an Sachen wurden diesbezüglich gleich behandelt: Unabhängig davon, ob das *pactum* eine Forderung oder eine Sache betrifft, wirkte es nur *inter partes* und war es für Dritte, wie den Erwerber der Forderung bzw. der Sache, nicht bindend.³⁴³ Die Forderung und die Sache waren demnach trotz vertraglichem

341 Die Frage, ob eine Forderung überhaupt – im Sinn einer Einzelrechtsnachfolge – abtretbar ist oder nicht, war im gemeinen Recht noch nicht abschliessend entschieden. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts galt das Dogma von der Unabtretbarkeit der Forderung. Durch die Zession erwarb der Zessionar nur die Befugnis zur Ausübung einer an sich fremden Forderung (sog. Ausübungslehre). Erst mit den Lehren von BERNHARD WINDSCHEID (vgl. Die Singularsukzession in Obligationen, 1853, S. 27, 40–42; Die Actio des römischen Civilrechts, 1856, S. 160; Lehrbuch des Pandektenrechts, Zweiter Bd., Erste Abtheilung, 1865, S. 225, FN9) und OTTO BÄHR (vgl. Zur Cessionslehre, 1857, S. 351, 360f.) wurde dieses Dogma ab den 50er-Jahren des 19. Jahrhunderts überwunden und setzte sich das Verständnis der Zession als Einzelrechtsnachfolge schliesslich durch (vgl. dazu eingehend HUWILER, Diss., insb. S. 149–159). Demzufolge bezogen sich vertragliche Abtretungsverbote im gemeinen Recht zunächst auf die Einräumung der Befugnis zur Ausübung einer Forderung und erst später auf die Einzelrechtsnachfolge.

342 Vgl. die beiden Standardwerke zur Zession aus dem 19. Jahrhundert: C.F. MÜHLENBRUCH, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl., Greifswald 1836, S. 327 («Eine [...] mögliche Erklärung ist, dass ungeachtet eines solchen Vertrags die Veräußerung an den Dritten giltig sey und das *pactum de non alienando* nur eine Interessenklage des Promissars gegen den Promittenten begründe.») und ALBERT SCHMID, Die Grundlehren der Cession, nach römischem Recht dargestellt, Zweiter Theil, Die Klagform, Braunschweig 1866, S. 394 («Hat ferner der Gläubiger dem Schuldner versprochen, die Forderung nicht zu cedieren, dieses Versprechen aber nicht gehalten, so ist entscheidend, dass die Cession an sich wider Willen des Schuldners vollzogen werden darf. Auch die wider den in Vertragsform ausgesprochenen Willen des Schuldners vollzogene Forderungsübertragung ist also weder schlechthin nichtig noch ohne Weiteres *ope exceptionis* unwirksam; denn das *pactum de non alienando* äußert bei der Übertragung von Forderungseigentum keine andere Wirkung, als bei der Übertragung von Sacheigentum, beschränkt vielmehr dort wie hier den Berechtigten auf persönliche Ansprüche gegen den verpflichteten Veräußerer.»).

343 Vgl. zur Wirkung *inter partes* MÜHLENBRUCH, S. 326: «Es [...] [ist] [...] anerkannt [...], dass Verträge dieser Art für den dritten Erwerber einer Sache nicht verbindend seyn können. [...] Wer wird es [...] läugnen, dass es dem Geiste unsers Rechts keineswegs entspreche, wenn man einem bloßen Verträge, falls durch denselben nicht etwa ein dingliches Recht begründet wird, die Wirkung beilegt, dass auch gegen Dritte daraus eine Klage entstehen könnte?»

Verbot übertragbar und die abredewidrige Übertragung löste gegebenenfalls persönliche Ansprüche des Berechtigten gegen den verpflichteten Veräusserer aus.³⁴⁴

124 Die Ursprünge der Drittwirkung vertraglicher Abtretungsverbote finden sich bei den Pandektisten CARL FRIEDRICH FERDINAND SINTENIS und BERNHARD WINDSCHEID. In seinem ab 1844 erschienenen dreibändigen Werk «Das practische gemeine Civilrecht» lehrte SINTENIS 1847, dass eine «Beschränkung [der Zession] dadurch gegeben [ist], wenn die schuldige Leistung in solcher Verbindung mit der Person des Gläubigers steht, dass sie nur diesem geschehen kann, und durch Gewährung an einen Andern ihre Identität verlöre».³⁴⁵ Eine solche Verbindung bestehe auch im «Fall, wo dies vertragsmässig festgesetzt, die Forderung also auf die Person des Gläubigers ausdrücklich beschränkt worden ist».³⁴⁶ Diesen Gedanken nahm WINDSCHEID 1865 in seinem «Lehrbuch des Pandektenrechts» auf, indem er darlegte, dass «das Forderungsrecht möglicherweise von der Art sein [kann], dass ihm nur genügt wird, wenn genau dieser Person geleistet wird. Entscheidend hierfür ist der Wille der die Forderung begründenden Person, bez. des Rechtssatzes auf welchem sie beruht.»³⁴⁷ Als Beispiel nannte er, dass «im Vertrage ausgemacht [wird], dass der Schuldner nur verpflichtet sein solle, diesem bestimmten Gläubiger zu leisten.»³⁴⁸

125 Die Drittwirkung vertraglicher Abtretungsverbote sprachen SINTENIS und WINDSCHEID in den frühen Auflagen ihrer Lehrbücher noch nicht ausdrücklich aus. Dafür brauchte es zuerst eine Gegenmeinung, die sich nochmals klar für die rein obligatorische Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote aussprach: LOTHAR SEUFFERT wandte sich 1868 in seinem Aufsatz «Ueber die Wirkung eines vertragsmässigen Cessionsverbotes»³⁴⁹ explizit gegen die Ansichten von SINTENIS und WINDSCHEID und befürwortete die bisherige Analogie zum *pactum de non alienando*. Er begründete dies damit, dass wie bei Sachen auch bei Forderungen aus der Drittwirkung des Übertragungsverbots dem Verkehr mit diesen «eine sehr hemmende Beschränkung erwachsen würde.»³⁵⁰ Soweit ersichtlich bezeichnete er dabei als Erster das vertragliche Abtretungsverbot als «pactum de non cedendo».³⁵¹

344 Vgl. zur ganzen Rz. WILLOWEIT, S. 552 f.; HATTENHAUER, HKK, §§ 398-413 N 39.

345 SINTENIS, 1847, S. 809.

346 SINTENIS, 1847, S. 809.

347 WINDSCHEID, 1865, S. 244.

348 WINDSCHEID, 1865, S. 244 FN 5.

349 SEUFFERT, AcP 1868, S. 102-110.

350 SEUFFERT, AcP 1868, S. 102, 105.

351 SEUFFERT, AcP 1868, S. 102, 103.

Als Replik auf SEUFFERT präziserte SINTENIS in der dritten Auflage seines «practischen gemeinen Civilrechts» 1868, es «ist von mir zuerst der Satz ausdrücklich ausgesprochen worden, dass ein vertragsmässiges Verbot der Cession letztere hindere».³⁵² Dieses Verständnis des nun auch von ihm so genannten «pactum de non cedendo»³⁵³ begründet er damit, dass «etwas Uebertragbares nicht existirt», wenn «eine Forderung an eine bestimmte Person als Gläubiger geknüpft» sei.³⁵⁴ Diese Auffassung fand erneut die Zustimmung WINDSCHEIDS. In der vierten Auflage seines «Lehrbuch[s] des Pandektenrechts» führte er 1875 dazu aus, dass es nicht zutrefte, «hier von einem Veräusserungsverbot zu reden. Es wird nicht zuerst die Forderung als eine an und für sich veräusserliche geschaffen und dann eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen soll; sondern es wird von vorn herein der Macht des Gläubigers die Grenze gesetzt, dass nur er von dem Schuldner Leistung soll fordern dürfen.»³⁵⁵ WINDSCHEID unterschied mithin Forderungen von Sachen. Eine Sache existiert, während eine Forderung «erst geschaffen [wird], und lediglich von ihren Erschaffern hängt es ab, wie das Geschöpf beschaffen sein soll», wie Oberlandesgerichtsrat STEGEMANN 1884 feststellte.³⁵⁶ Damit hatten sich die Pandektisten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von der Analogie zum rein obligatorisch wirkenden *pactum de non alienando* gelöst.³⁵⁷

Bis zum Inkrafttreten des BGB blieb die Frage der Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote jedoch umstritten.³⁵⁸ In der Rechtsprechung wurde sie unterschiedlich beantwortet: Während das Reichsgericht sich 1891 gegen die absolute Wirkung eines vertraglichen Abtretungsverbots – unter rheinisch-französischem Recht – aussprach,³⁵⁹ erwog es 1893, dass – unter gemeinem

352 SINTENIS, 1868, S. 810 f., FN 31. Damit bezieht sich SINTENIS wohl auf die FN 32 (1. Aufl. 1847, S. 809), in der er ausgeführt hat: «Diese Beschränkung pflegt als absolut verneinend angeführt zu werden [...]». Der Bezug «dieser Beschränkung» auf vertragliche Abtretungsverbote ist jedoch nicht eindeutig.

353 SINTENIS, 1868, S. 810 f., FN 31.

354 SINTENIS, 1868, S. 810 f., FN 31.

355 WINDSCHEID, 1875, S. 277, FN 5. Aus der 6. Aufl., 1887, S. 291 f., FN 5 erhellt, dass WINDSCHEID damit die «Gültigkeit des pactum de non cedendo (auch im Verhältniss von Zessionar und Schuldner)» und demnach die Drittwirkung vertraglicher Abtretungsverbote gemeint hat.

356 STEGEMANN, ACP 1884, S. 315, 319.

357 Vgl. STEGEMANN, ACP 1884, S. 315, S. 319 f.

358 WILLOWEIT, S. 554; für die absolute Wirkung z.B. DERNBURG, S. 141; für die rein obligatorische Wirkung SCHLESINGER, Diss., S. 25 f.

359 RGZ 27, 339, 341.

deutschem Recht – die Übertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte vertragsmässig ausgeschlossen werden könne.^{360,361}

128 Auch in der Entstehungsgeschichte des BGB ist ein Schwanken zwischen obligatorischer und dinglicher³⁶² Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote zu beobachten. Der Redaktor des Rechts der Schuldverhältnisse, Franz Philipp von Kübel, folgte den Ansichten von SINTENIS und WINDSCHEID, indem er die Drittwirkung des Abtretungsverbots vorschlug, wenn dieses bei Begründung der Forderung vereinbart wird. Die erste Kommission kehrte jedoch zu der früheren Lehre zurück, dass die Abtretbarkeit von Forderungen nicht mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen werden könne. Schliesslich sprach sich die zweite Kommission aber für die Drittwirkung vertraglicher Abtretungsverbote aus, wie sie in § 399 BGB schliesslich Gesetz wurde.³⁶³

III. Kodifikationen vor dem Obligationenrecht von 1881

1. Übersicht

129 Mit der Französischen Revolution erreichte die Kodifikationsidee der Aufklärung auch die Alte Eidgenossenschaft. So sah die helvetische Verfassung von 1798 erstmals die Schaffung eines einheitlichen Privatrechts für die ganze Helvetische Republik vor.³⁶⁴ Dieses Vorhaben konnte allerdings bis zur Auflösung der Republik nicht umgesetzt werden. Nach der Mediationsverfassung von 1803 und dem Bundesvertrag von 1815 war die Gesetzgebung auf dem gesamten Gebiet des Privatrechts wieder Sache der Kantone. In den folgenden Jahrzehnten erliess die Mehrheit der Kantone eigene Privatrechtskodifikationen. Die Kantone der lateinischen Schweiz orientierten sich dabei wesentlich am französischen Code civil von 1804. Eine zweite Gruppe von Kantonen stützte sich auf das Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern von 1824/30,

360 RGZ 31, 164, 167f.

361 Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 232f.

362 «Dinglich» bedeutet hier «die Veräusserung hindernd» und wird als Gegenbegriff zu «obligatorisch» verwendet (näher hierzu unten FN 560 m.Nw.).

363 Ausführlicher zur Gesetzgebungsgeschichte betr. das vertragliche Abtretungsverbot in § 399 BGB HATTENHAUER, HKK, §§ 398-413 N 39; DERS., FS Holzhauer, S. 552; HOOP, S. 77-80; WILLOWEIT, S. 554; MUMMENHOFF, JZ 1979, S. 425, 426-428.

364 Ziff. 48 der Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798 (abgedruckt in: KÖLZ, S. 126-152).

das sich wiederum an das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 anlehnte. Für eine dritte Gruppe von Kantonen war schliesslich das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853/55 führend.³⁶⁵ Das Obligationenrecht von 1881 orientierte sich neben diesen für das kantonale Privatrecht massgebenden Kodifikationen auch am «Dresdener Entwurf» von 1866.³⁶⁶ Um ein besseres Verständnis der Regelung des pactum de non cedendo in Art. 183 aOR zu gewinnen, werden die Bestimmungen zu den Abtretungshindernissen in diesen kantonalen und ausländischen Kodifikationen nachfolgend in chronologischer Reihenfolge überblicksartig dargestellt.

2. Code civil des français (1804)

Der französische Code civil regelte³⁶⁷ das Abtretungsrecht in den Art. 1689–1701 (Chapitre VIII Du transport des créances et autres droits incorporels). Art. 1689 aCC normiert den Vorgang der Abtretung folgendermassen: «Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre.»³⁶⁸ Eine Bestimmung zu Abtretungshindernissen oder gar zum pactum de non cedendo sucht man im Code civil von 1804 vergebens. Geprägt von der Idee der Französischen Revolution, herrschaftliche Beschränkungen des Eigentums und anderer Rechte zu beseitigen,³⁶⁹ gewichtete der Code civil die Verfügungsfreiheit hoch.³⁷⁰ Verfügungsbeschränkungen im Allgemeinen und Veräusserungsverbote im Besonderen wurden abgelehnt,³⁷¹ wobei die Verfügung

365 HUBER, S. 185–201, insbesondere 186; ZWEIGERT/KÖTZ, S. 166 f.

366 Botschaft 1879, S. 165 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung, S. XXI; EUGSTER, S. 55–57; BÜHLER, S. 11–23; DÖLEMEYER, S. 1965. Zur ganzen Rz. und allgemein zur Entstehungsgeschichte des Obligationenrechts von 1881 vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung, S. XIX–XXIII; ZWEIGERT/KÖTZ, S. 166 f.

367 Seit der Schuldrechtsreform 2016 ist das Zessionsrecht in Art. 1321 bis 1326 CC geregelt (siehe unten Rz. 538–540 und 546–550).

368 Auf Deutsch: «Bey Uebertragung einer Forderung, eines Rechtes oder einer Klage an eine dritte Person, geschieht die Uebergabe vom Abtretenden (Cedenten) an den Erwerber (Cessionar) durch Auslieferung der Beweisurkunde.» (Grossherzogtum Berg, Napoleons Gesetzbuch, Düsseldorf 1810, S. 469).

369 Im Ancien Régime war die Unveräusserlichkeit des Eigentums weit verbreitet und trug zur Konzentration des Reichtums in den Händen des Adels bei (ISCRU, S. 34).

370 Vgl. Art. 537 Abs. 1 aCC («Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.») und Art. 1598 aCC («Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.»).

371 GOERGEN, S. 152; KRAMME, S. 57.

über Forderungen derjenigen über Sachen gleichgestellt wurde.³⁷² Dementsprechend vermochte nach übereinstimmender Rechtsprechung und Rechtslehre ein pactum de non cedendo der Wirksamkeit einer Abtretung nicht entgegenzustehen.³⁷³

3. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (1811)

- 131 Das Zessionsrecht des ABGB findet sich in dessen §§ 1392-1399. § 1393 ABGB regelt die «Gegenstände der Cession» wie folgt: «Alle veräußerlichen Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung. Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden. [...]» Damit sind nach ABGB alle Forderungen grundsätzlich abtretbar. Eine Ausnahme gilt für Forderungen, «die der Person ankleben». Darunter werden Abtretungsausschlüsse verstanden, die in der Schweiz unter die – der Abtretung entgegenstehende – «Natur des Rechtsverhältnisses» subsumiert werden.³⁷⁴ Vertragliche Abtretungshindernisse erwähnte das ABGB nicht.³⁷⁵ Dies erklärt sich damit, dass die rein obligatorische Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote zur Zeit der Schaffung des ABGB die «Normalität» dargestellt hat.³⁷⁶ Da solche Vereinbarungen mithin der Abtretung nicht zuwiderlaufen konnten, brauchten sie im Gesetz auch nicht besonders geregelt zu werden.
- 132 Nach der früheren Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs wirkten vertragliche Abtretungsverbote denn auch nicht dinglich. Der Gerichtshof begründete dies 1902 in einem *obiter dictum* damit, dass es den Parteien verwehrt sei, höchstpersönliche und damit unübertragbare Rechte zu schaffen, da dies allein dem Gesetz vorbehalten sei.³⁷⁷ 1908 bejahte der Oberste Gerichtshof dann ausdrücklich die bloss obligatorische Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote.³⁷⁸ Erst in späteren Entscheidungen³⁷⁹ änderte er seine Rechtsprechung und sprach vertraglichen Abtretungsverboten Drittwirkung zu.³⁸⁰

372 Vgl. Art. 529 aCC.

373 Näher zum pactum de non cedendo unter dem Code civil von 1804 unten Rz. 541-545.

374 Vgl. THÖNI, §1393 ABGB N 8-11.

375 F. BYDLINSKI, S. 122.

376 WILLOWEIT, S. 556. Siehe auch oben Rz. 123.

377 OGH, Urteil vom 18.12.1912, in: GIUNF 2139.

378 OGH, Urteil vom 3.11.1908, in: GIUNF 4363.

379 OGH, Urteil vom 17.9.1912, in: GIUNF 6043; bestätigt durch OGH, Urteil vom 16.1.1984, in: JBl 1984, S. 311.

380 Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs betr. vertragliche Abtretungsverbote vgl. AYDINONAT, S. 18-20 und unten Rz. 478.

4. Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern (1830)³⁸¹

Das Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern trat als erste Kodifikation eines deutschsprachigen Kantons in den Jahren 1826 bis 1831 in drei Teilen in Kraft.³⁸² Es basierte auf der alt-bernischen Gerichtssatzung und lehnte sich an das ABGB an.³⁸³ Das «zweyte Hauptstück» (persönliche Rechte) des «zweyten Theils» (Sachen-Recht) normierte das Obligationenrecht. Es wurde am 18. März 1830 beschlossen und erlangte am 1. April 1831 Gesetzeskraft.

Die Abtretung von Forderungen wurde in der 981. und der 982. Satzung folgendermassen geregelt. 134

981. Satzung: «Wenn der Gläubiger seine Forderung einem Andern abtrif, und dieser dieselbe annimmt; so geschieht eine Abtretung. Der Schuldner, der keine Kenntniß von der Abtretung hat, kann derselben ungeachtet den frühern Gläubiger gültig bezahlen (497.): er darf aber dieses von dem Zeitpunkte an nicht mehr thun, wo ihm die Abtretung bekannt gemacht worden. Hat der Schuldner die Richtigkeit der Forderung gegen den neuen Gläubiger anerkannt; so muß er diesen bezahlen, und er kann demselben die Einwendungen nicht entgegensetzen, durch die er sich früher gegen die Forderung hätte schützen können (708.).»

982. Satzung: «Der Uebernehmer einer Forderung, für welche ein Grundpfand haftet, muß dafür sorgen, daß die Abtretung in die öffentlichen Bücher eingetragen werde. Wenn er wegen der Unterlassung dieser Vorsichtsmaßregel zu Schaden kommt (443. 491. und 652.); so hat er dafür gegen Niemand einen Rückgriff.»

Bestimmungen über Abtretungshindernisse enthalten diese Satzungen nicht. Ebenso wenig werden Abtretungshindernisse in den Anmerkungen des Gesetzesredaktors SAMUEL LUDWIG SCHNELL erwähnt.³⁸⁴

5. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1855)

Das von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI entworfene Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB) trat in vier Teilen zwischen 1854 und 1856 in Kraft. Der dritte Teil umfasste das Obligationenrecht. Er wurde am 16. April 135

381 Civil-Gesetzbuch vom 18. März 1830 für die Stadt und die Republik Bern, 2. Teil Sachen-Recht, 2. Hauptstück Persönliche Rechte.

382 WOLF, S. 1305f.

383 WOLF, S. 1306-1309.

384 SCHNELL, S. 300-302.

1855 vom Grossen Rat des Kantons Zürich angenommen und trat am 1. Juli 1855 in Kraft.³⁸⁵ Unter den kantonalen Kodifikationen hatte das PGB den grössten Einfluss auf das Obligationenrecht von 1881.³⁸⁶ Die «Uebertragung der Forderungen» normierte es in den §§ 1025-1040. Ähnlich § 1393 ABGB findet sich in § 1029 PGB eine Regelung zu unübertragbaren Forderungen: «Forderungen, welche ihrer Natur nach nur einer bestimmten Person individuell zustehen, sind nicht übertragbar, z.B. Forderungen auf persönliche Dienstleistungen und Alimente, oder auf Genugthuung wegen Injurien.»

- 136 Unschwer ist zu erkennen, dass das Abtretungshindernis der «Natur des Rechtsverhältnisses» in Art. 183 aOR und Art. 164 Abs. 1 OR seinen begrifflichen Ursprung in der Formulierung von § 1029 PGB hat. Dieser Paragraf nannte denn auch gleich drei Beispiele ihrer Natur nach unabtretbarer Forderungen: Forderung auf persönliche Dienstleistungen, Alimente und Genugthuung. In seinen Erläuterungen³⁸⁷ ergänzte BLUNTSCHLI diesen Katalog um die Forderung des «Leibdingnehmers»³⁸⁸ und die Forderung «auf Unterstützung im Verarmungsfall»³⁸⁹. Übertragen auf Art. 164 Abs. 1 OR umfasste § 1029 PGB somit sowohl Fälle der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses (Forderung auf Erbringung einer Dienstleistung, Alimentenforderung) als auch gesetzliche Abtretungsverbote (Forderung auf Arbeitsleistung, Forderung auf Unterhalt und Pflege bei Verpfändung). Das Abtretungshindernis «Vereinbarung» erwähnte § 1029 PGB hingegen nicht.

6. Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse («Dresdener Entwurf», 1866)

- 137 Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (sog. Dresdener Entwurf) war zur Zeit der Redaktion des Schweizer Obligationenrechts die jüngste obligationenrechtliche Kodifikation. Obwohl er selbst nie geltendes Recht wurde, übte er einen bedeutenden Einfluss auf das Obligationenrecht von 1881 aus.³⁹⁰ Er war von namhaften Gelehrten und Richtern auf pandektistischer Grundlage ausgearbeitet worden und lehnte

385 BAUHOFER, ZSR 1927, S. 1, 25 f.; SCHNEIDER, S. 6.

386 Vgl. Botschaft 1879, S. 165 f.; SCHNEIDER, S. 7; BAUHOFER, ZSR 1927, S. 1, 77, FN 251.

387 BLUNTSCHLI, PGB, S. 89.

388 Das «Leibgeding» (§§ 1671-1690 PGB) entspricht der Verpfändung (Art. 521-529 OR). Zur Unabtretbarkeit der Forderung des «Leibdingnehmers» vgl. § 1688 PGB.

389 Die Unterstützung im Verarmungsfall gemäss § 1095 PGB ist eine Vorläuferin der Verwandtenunterstützung nach Art. 328-330 ZGB.

390 HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 221.

sich insbesondere an den Code civil, das ABGB und das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch an.³⁹¹

Den «Uebergang der Forderungen» regelte der Dresdener Entwurf in den Art. 321-340. Gemäss Art. 323 können «Forderungen [...] ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund und ohne Unterschied, ob sie unbedingt und fällig sind oder nicht, veräußert werden. Forderungen, deren Geltendmachung an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist oder deren Inhalt durch die Geltendmachung seitens eines Anderen als des ursprünglichen Gläubigers eine Aenderung erleiden würde, können nicht veräußert werden.» Art. 324 ergänzt, dass «Nebenforderungen [...] ohne die Hauptforderung nur dann veräußert werden [können], wenn sie selbstständig geltend gemacht werden können.» Den Protokollen der Gesetzgebungskommission ist zu entnehmen, dass unter «Forderungen, deren Geltendmachung an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist», z.B. Forderungen fallen, die jemand nur als Familienmitglied verfolgen kann, und Forderungen eines Gesellschafters auf Einsicht in die Gesellschaftsbücher und Rechnungen sowie auf Auflösung der Gesellschaft. Als Beispiele von Forderungen, «deren Inhalt durch die Geltendmachung seitens eines Anderen als des ursprünglichen Gläubigers eine Aenderung erleiden würde», werden «Forderungen auf Leistung von Diensten oder Alimenten» und «die Forderung auf Ueberlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses einer Sache» genannt.³⁹²

Die in Art. 323 und 324 des Dresdener Entwurfs normierten Abtretungshindernisse werden unter dem heutigen Art. 164 Abs. 1 OR als Fallgruppen der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses aufgeführt.³⁹³ Zu vertraglichen Abtretungsverboten schweigt der Dresdener Entwurf. Auch in der Beratung der Gesetzgebungskommission wurden sie nicht thematisiert.³⁹⁴ Dies erklärt sich daraus, dass die Kommission den Übergang der Forderung bei der Zession analog dem Übergang des Eigentums verstand.³⁹⁵ Nach dieser Sichtweise wirkte das *pactum de non cedendo* – gleich dem *pactum de non alienando* – obligatorisch.³⁹⁶ Da vertragliche Verbote damit der Abtretung von Forderungen nicht entgegenstanden und sich ihre rein schuld-

391 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung, S. XXI; ZWEIGERT/KÖTZ, S. 140. Vgl. die explizite Bezugnahme auf das ABGB und das PGB bei der Regelung der Abtretungshindernisse in: *Protocole Dresdener Entwurf*, Bd. 6, S. 4198.

392 *Protocole Dresdener Entwurf*, Bd. 6, S. 4199.

393 Siehe unten Rz. 400-414.

394 Vgl. *Protocole Dresdener Entwurf*, Bd. 2, S. 957-959; Bd. 6, S. 4198f.

395 *Protocole Dresdener Entwurf*, Bd. 2, S. 982: «Die Cession [...] sei in analoger Weise zu beurtheilen, wie die Tradition einer körperlichen Sache.»

396 Siehe oben Rz. 123.

rechtliche Wirkung bereits aus dem Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses ergab,³⁹⁷ brauchten sie im Dresdener Entwurf nicht besonders geregelt zu werden.

7. Ergebnis

140 Die Kodifikationen, die den Redaktoren des Obligationenrechts von 1881 als Vorbild dienten, enthielten entweder gar keine Bestimmung zu Abtretungshindernissen (Code civil, CGB BE) oder regelten allein die Unabtretbarkeit von «Forderungen, welche ihrer Natur nach nur einer bestimmten Person individuell zustehen»³⁹⁸ (ABGB, PGBZH, Dresdener Entwurf). Diese Kategorie unabtretbarer Forderungen wird in Art. 164 Abs. 1 in erster Linie vom Abtretungshindernis der «Natur des Rechtsverhältnisses» erfasst. Vereinzelt verbieten das OR und das ZGB die Abtretung von damals zu diesem Ausschlussgrund gezählten Forderungen explizit, so dass sie in der Systematik von Art. 164 Abs. 1 OR unter die gesetzlichen Abtretungsverbote fallen.³⁹⁹

141 Keine der dargestellten Kodifikationen enthielt eine Bestimmung zu vertraglichen Abtretungsverböten. Auch in den weiteren damaligen obligationenrechtlichen Gesetzen und Gesetzesentwürfen finden sich dazu keine Regelungen.⁴⁰⁰ Der Grund dafür liegt darin, dass die Lehre vertraglichen Abtretungsverböten bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts keine Wirkung gegen Dritte zuerkannt hat.⁴⁰¹ Auch nach der Rechtsprechung zum Code civil und der früheren Rechtsprechung zum ABGB wirkten solche Vereinbarungen

397 Siehe zum Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses unten Rz. 231.

398 So der Wortlaut von § 1029 PGB.

399 So etwa die Forderung auf Arbeitsleistung (Art. 333 Abs. 4 OR), die Forderung auf Unterhalt und Pflege bei Verpfändung (Art. 529 Abs. 1 OR), mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte in Personengesellschaften (Art. 542 Abs. 2 OR) und die Ausübung der Nutzniessung (Art. 758 Abs. 1 ZGB).

400 Vgl. die Regelungen des Zessionsrechts im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756; 2. Teil, 3. Kapitel, § 8); im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (1794; 1. Teil, 11. Titel, §§ 376-444, insb. §§ 382-389); im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen (1842-1853; 4. Abteilung, 1. Buch, Art. 261-275, insb. Art. 265 und 266); im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern (1861-1864; 2. Teil, Art. 145-158, insb. Art. 145-149) und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863; §§ 953-975, insb. §§ 964-966). Das Zessionsrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen (vgl. Art. 261 Abs. 2 und 3) und des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen verstand die Forderungsabtretung nicht als Übergang der Inhaberschaft der Forderung (Singularsukzession), sondern als Gewährung der Befugnis zur Ausübung der Forderung (vgl. eingehend HUWILER, Diss., S. 149-166, siehe auch oben FN 341). Demzufolge standen die in diesen Kodifikationen normierten Abtretungshindernisse nicht der Einzelrechtsnachfolge, sondern der Einräumung der Ausübungsbefugnis entgegen.

401 Siehe oben Rz. 123.

höchstens obligatorisch zwischen dem Zedenten und dem Schuldner.⁴⁰² Da nach dem damaligen Verständnis Vereinbarungen der Abtretung nicht entgegenstehen konnten, war ihre Regelung im Gesetz entbehrlich. Wie sogleich aufgezeigt wird, war das Obligationenrecht von 1881 somit die erste Kodifikation, die das pactum de non cedendo gesetzlich regelte.⁴⁰³

IV. Obligationenrecht von 1881⁴⁰⁴

Erst nachdem mit der Bundesverfassung von 1874 die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des «Obligationenrecht[s], mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts» auf den Bund übergegangen war,⁴⁰⁵ wurde das Schuldrecht mit dem «Bundesgesetz über das Obligationenrecht» von 1881 schweizweit vereinheitlicht. Dieses regelte die «Abtretung der Forderungen» im fünften Titel (Art. 183-198). Gemäss Art. 183 aOR kann «[d]er Gläubiger [...] die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen.» Diese Regelung beinhaltet bereits die Systematik der Abtretungshindernisse von Art. 164 Abs. 1 OR (Gesetz, Vereinbarung, Natur des Rechtsverhältnisses). In den ersten Entwürfen zum Obligationenrecht von 1881 war jedoch allein die (persönliche) Natur der Forderung als Ausnahme vom Grundsatz der Abtretbarkeit aller Forderungen vorgesehen.^{406,407} Die Abtretungshindernisse «Gesetz» und «Vereinbarung» gelangten erst mit dem Botschaftsentwurf von 1879 ins Obligationenrecht.⁴⁰⁸

402 Siehe oben Rz. 130 (Code civil) und Rz. 132 (ABGB).

403 Diese Aussage bezieht sich auf den deutschen, den romanischen und den angloamerikanischen Rechtskreis. Ob das pactum de non cedendo in anderen Rechtskreisen vor 1881 gesetzlich geregelt worden ist, ist dem Autor nicht bekannt.

404 Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881.

405 Vgl. Art. 64 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 [I. Bd. NF], S. 1).

406 Art. 166 Abs. 2 des Entwurfs von 1871: «Nicht abtretbar sind Forderungen, welche ihrer Natur nach an der Person des Gläubigers haften.»; Art. 156 Abs. 2 der Entwürfe von 1875 und 1877: «Ausgenommen sind Forderungen, welche ihrer Natur nach an der Person des Gläubigers haften.»

407 Eine Ausnahme machte Walther Munzingers vorläufiger Entwurf aus dem Jahr 1869, der in § 166 neben der Natur der Forderung als Abtretungshindernisse auch gesetzliche Verbote nannte: «Der Gläubiger kann seine Forderung, sofern weder die persönliche Natur, noch eine gesetzliche Bestimmung entgegensteht, auch ohne Einwilligung des Schuldners auf einen andern übertragen.»

408 Art. 201 des Entwurfs von 1879 lautete: «Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners auf einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründet.»

Zur Aufnahme der in den früheren Entwürfen nicht enthaltenen Regelung des pactum de non cedendo äussert sich die bundesrätliche Botschaft vom 27. November 1879 nicht.⁴⁰⁹ Dies überrascht umso mehr, da mit dem Botschaftsentwurf überhaupt zum ersten Mal vorgeschlagen wurde, vertragliche Abtretungsverbote in einer Privatrechtskodifikation zu regeln,⁴¹⁰ und da die Wirkung solcher Verbote in der Rechtslehre umstritten war.⁴¹¹

143 Dem Botschaftsentwurf von 1879 war ein breit angelegtes Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf von 1877 vorausgegangen, der bekanntlich noch keine Bestimmung zum pactum de non cedendo enthalten hatte.⁴¹² Bis zur anschliessenden Tagung der Gesetzgebungskommission gingen 46 Stellungnahmen ein.⁴¹³ Zum pactum de non cedendo äusserten sie sich jedoch nicht.⁴¹⁴ Im Unterschied dazu ist zur Regelung des vertraglichen Abtretungsverbots in § 399 des BGB von 1900 bekannt, dass sie auf Interventionen von Eisenbahn- und Versicherungsgesellschaften zurückgeht.⁴¹⁵ So erwoog die zweite Gesetzgebungskommission, «dass in den Statuten vieler Versicherungsgesellschaften die Abtretung der dem Versicherten zustehenden Forderungen verboten werde, dass die Retour-, Rundreise- und Abonnementskarten der Eisenbahnen, auch die Rechte aus Depotscheinen der Reichsbank unübertragbar seien.»⁴¹⁶

144 Im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf des Obligationenrechts von 1877 tagte die Gesetzgebungskommission vom 12. bis am 29. September 1877 in Basel.⁴¹⁷ Das Abtretungsrecht behandelte sie in der Sitzung vom 22. September 1877.⁴¹⁸ Dem Protokoll dieser Sitzung kann entnom-

409 Vgl. Botschaft 1879, S. 180-184 (zur Zession).

410 Siehe oben Rz. 140f.

411 Siehe oben Rz. 123-128.

412 Gemäss Botschaft von 1879 wurde dem Entwurf von 1877 «in der Absicht, dass er allseitig geprüft und durch die Kritik beleuchtet werden möchte, eine möglichste Verbreitung unter dem fachmännischen Publikum verschafft. Namentlich wurde er den kantonalen Regierungen für sich und zuhanden der Gerichte beider Instanzen, den Rechtsfakultäten, den Organen des Handelsstandes (Handelskammern u.s.w.), Advokaten und Rechtsgelehrten übermittelt» (Botschaft 1879, S. 169).

413 Botschaft 1879, S. 170. Vgl. zum Vernehmlassungsverfahren auch Bericht BR 1877, S. 464 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung, S. XXII; EUGSTER, S. 76-78 und HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 246.

414 Die Stellungnahmen sind im Schweizerischen Bundesarchiv online zugänglich (Signatur: E22#1000/134#2067*). Vgl. auch die publizierten Stellungnahmen von VOGT, Entwurf; DERS., Einbürgerung (zur Zession: S. 93-98); VON WYSS, Bemerkungen; DERS., Motive und BLUNTSCHLI, ZVglRWiss 1880, S. 337 (zur Zession: S. 349).

415 Vgl. BLAUROCK, ZHR 1978, S. 325, 331; HOOP, S. 79.

416 Protokolle BGB, Bd. I, S. 384 = MUGDAN, Bd. II, S. 573.

417 Vgl. Sitzungsprotokoll 1877, Dokument 1, S. 1.

418 Vgl. Sitzungsprotokoll 1877, Dokument 2, S. 26-32.

men werden, dass die Zürcher Professoren Johann Jakob Treichler und Heinrich Fick einerseits⁴¹⁹ und Johann Caspar Bluntschli, damals Professor in Heidelberg, andererseits⁴²⁰ je einen Vorschlag zur Aufnahme des pactum de non cedendo in Art. 156 des Entwurfs von 1877 unterbreitet haben. Die Kommission beantragte in der Folge bei der Redaktionskommission folgende Formulierung: «Ausgenommen sind Forderungen, welche ihrer Natur nach an der Person des Gläubigers haften *oder deren Unveräusserlichkeit durch Willenserklärung bestimmt ist.*»⁴²¹ Der für die deutsche Fassung des Abtretungsrechts zuständige Redaktor Prof. Heinrich Fick schlug der Redaktionskommission am 15. Dezember 1877⁴²² folgenden Wortlaut vor: «Ausgenommen sind Forderungen, *deren Unübertragbarkeit zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart*, oder deren Geltendmachung an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist, oder deren Inhalt durch Geltendmachung seitens eines Andern, oder [richtig wohl: als] des ursprünglichen Gläubigers eine Aenderung erleiden würde.»⁴²³ In der Redaktionskommission setzte sich im Januar 1878 schliesslich folgende Formulierung durch: «Der Gläubiger kann die ihm zustehenden Forderungen auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Andern abtreten, soweit nicht Gesetz, *Vereinbarung* oder die besondere Natur des Geschäftes eine Ausnahme begründet.»^{424, 425} Damit fand die «Vereinbarung» Eingang in den Gesetzestext.

Was die Gesetzgebungskommission am 22. September 1877 bewogen hat, die Vereinbarung als Abtretungshindernis in den Gesetzesentwurf aufzunehmen, ist weder dem Sitzungsprotokoll noch dem Beschlussprotokoll zu entnehmen. Die beiden grösseren rechtswissenschaftlichen Meinungsäusserungen zum Entwurf von 1877 von VOGT und von VON WYSS thematisierten die darin noch fehlende Regelung vertraglicher Abtretungsverbote

419 «Ausgenommen sind Forderungen[,] bei welchen die Cession von vorneherein durch den Vertrag ausgeschlossen ist oder, etc.» (Sitzungsprotokoll 1877, Dokument 2, S. 27).

420 «Ausgenommen sind Forderungen[,] welche ihrer Natur nach an der Person des Gläubigers haften oder deren Unveräusserlichkeit durch Willenserklärung bestimmt ist.» (Sitzungsprotokoll 1877, Dokument 2, S. 27).

421 Beschlüsse 1877, Art. 156, S. 20; Hervorhebung durch den Autor.

422 Vgl. Brief von Prof. Fick an Bundesrat Anderwert vom 15. Dezember 1877 (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2069*, Unterlagen 2, S. 57).

423 Redaktions-Vorschläge Prof. Fick, S. 20; Hervorhebung durch den Autor.

424 Entwurf 1878, Art. 191 (156), S. 58 (mit französischer Übersetzung: «[...] à moins que le contraire ne résulte [...] d'une convention [...]); Hervorhebung durch den Autor.

425 Die Redaktionskommission behandelte das Abtretungsrecht in der Sitzung vom 3. bis 13. Januar 1878 (vgl. das diesbezügliche Dossier im Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2071*). Vgl. zur Korrektur des Redaktionsvorschlags von Prof. Fick Dokument 10, S. 2 und zur französischen Fassung Dokument 2, S. 131.

nicht.⁴²⁶ Auch BLUNTSCHLI erwähnte 1880 das pactum nicht, als der Botschaftsentwurf bekanntlich eine Regelung des pactum enthielt. Vielmehr stellte er fest, dass der Botschaftsentwurf entsprechend den Bedürfnissen des neueren Verkehrs die Übertragung von Forderungen erleichtere und in ihren vollen Wirkungen schütze.⁴²⁷ Auch wenn sich diese wissenschaftlichen Abhandlungen zum pactum de non cedendo nicht äusserten, dürfte dessen Aufnahme letztlich in der damals aktuellen gemeinrechtlichen Diskussion über die Wirkungen des pactum⁴²⁸ gründen. Diese Diskussion war den deutschsprachigen Professoren, welche die Aufnahme des pactum angeregt hatten, gewiss bekannt.

146 Der Bundesrat unterbreitete mit der Botschaft vom 27. November 1879⁴²⁹ den Entwurf für ein «schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht» der Bundesversammlung. Art. 201 des Botschaftsentwurfs sah folgende Regelung der Abtretungshindernisse vor: «Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründet.»⁴³⁰ Diese Bestimmung wurde in der parlamentarischen Beratung bloss redaktionell bereinigt.⁴³¹ Inhaltlich gab sie zu keinen Diskussionen Anlass.^{432, 433} Sie wurde zu Art. 183 des Gesetzestexts. Der Entwurf wurde am 14. Juni 1881 verabschiedet, am 18. Juni 1881 veröffentlicht⁴³⁴ und trat nach unbenutzter Referendumsfrist am 1. Januar 1883 in Kraft.⁴³⁵ Damit erlangte erstmals eine Regelung des pactum de non cedendo Gesetzeskraft.

426 Vgl. die in FN 414 zitierten Arbeiten von VOGT und von VON WYSS.

427 BLUNTSCHLI, ZVglRWiss 1880, S. 337, 349. Zu dieser Feststellung steht die Normierung des pactum de non cedendo als Abtretungshindernis auf den ersten Blick im Widerspruch. In der Ermöglichung, die Abtretung vertraglich auszuschliessen, kann aber durchaus auch – zum Schutz des Schuldners – eine Kompensation für die allgemeine Erleichterung der Abtretung gesehen werden.

428 Siehe hierzu oben Rz. 123-126.

429 Botschaft 1879, S. 180-184 (zur Zession).

430 Art. 201 Entwurf 1879.

431 Das Verb «begründen» wurde neu im Plural verwendet.

432 Vgl. Bericht SR 1880, S. 164 (zur Zession); Bericht NR 1880, S. 170 (zur Zession).

433 Zentrales Thema der Beratungen war die Frage nach der Schriftform der Abtretung (vgl. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 258-262).

434 BBl 1881 III, S. 109 (zur Zession: Art. 183-198, S. 145-147).

435 AS 1882 (5. Bd. NF), S. 635 (zur Zession: Art. 183-198, S. 671-673). Zum Inkrafttreten vgl. Beschlussprotokoll des Bundesrats vom 30. September 1881, S. 2.

V. Obligationenrecht von 1911

Mit dem Erlass des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs unterzog der Gesetzgeber das Obligationenrecht einer Anpassung und Revision.⁴³⁶ Dabei veränderte er das Zessionskonzept grundlegend, indem er die Schriftlichkeit als Geschäftsform der Abtretung einführte.⁴³⁷ Im Bereich der Abtretungshindernisse sah der von EUGEN HUBER redigierte Revisionsentwurf von 1905⁴³⁸ für Art. 183 aOR (neu Art. 1190) folgende Änderungen vor: Zum einen wurde der Gegenstand der Abtretung nicht mehr auf Forderungen beschränkt, sondern allgemeiner mit «Recht» bezeichnet. Zum anderen wurde die Formulierung «soweit nicht [die Abtretungshindernisse] eine Ausnahme begründen» durch «soweit nicht [die Abtretungshindernisse] entgegenstehen» ersetzt. Ausserdem wurde der Artikel mit der Marginalie «Gegenstand» (der freiwilligen Abtretung) versehen.⁴³⁹

Der Entwurf von 1905 wurde von einer «grossen Expertenkommission» in den Jahren 1908 und 1909 überarbeitet und vom Bundesrat mit Bericht vom 1. Juni 1909⁴⁴⁰ den eidgenössischen Räten unterbreitet. Die Marginalie von Art. 1190 lautete im Entwurf von 1909 neu «Zulässigkeit» (der freiwilligen Abtretung) und das Objekt der Zession war wieder auf Forderungen begrenzt. Davon abgesehen entsprach die Formulierung derjenigen des Entwurfs von 1905.⁴⁴¹

Auf Antrag der Kommission des Nationalrats⁴⁴² wurde Art. 1190 um einen zweiten Absatz mit folgender Formulierung ergänzt: «Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.»⁴⁴³ Dieser Absatz begegnet Bedenken, die ATTENHOFER

436 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Allgemeine Einleitung, S. XXIII f.

437 Vgl. Botschaft 1905, S. 20. Vgl. hierzu eingehend HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 273-276.

438 Entwurf 1905, Art. 1190-1203, S. 123-126 (zur Zession).

439 Art. 1190 des Entwurfs von 1905: «Der Gläubiger kann ein ihm zustehendes Recht ohne Einwilligung des Verpflichteten an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.» (Entwurf 1905, S. 123).

440 Bericht BR 1909, S. 737 (zur Zession).

441 Art. 1190 des Entwurfs von 1909: «Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Verpflichteten an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.» (Entwurf 1909, S. 804).

442 Vgl. StenBull NR 1909, S. 529, 550.

443 StenBull SR 1910, S. 169, 184-186 und StenBull NR 1910, S. 325, 337f. Die Kommission des Nationalrats hatte folgenden Wortlaut vorgeschlagen: «Dem Dritten, der die Forderung

bereits 1886 in seinem Aufsatz über den «Gegenstand der Cession» geäußert hatte.⁴⁴⁴ Gemäss ATTENHOFER erzeuge die «absolute Wirkung des Cessionsausschlusses» ein «berechtigtes Misstrauen gegen die Übernahme von Forderungen». Gerade bei beurkundeten Forderungen, die «im praktischen Leben am häufigsten den Gegenstand des Cession bilden», sei das pactum de non cedendo für den Zessionar regelmässig nicht erkennbar, wenn es nachträglich vereinbart werde.⁴⁴⁵ Um dieses Misstrauen gegen den Erwerb einer Forderung abzubauen, wird unter den Voraussetzungen von Abs. 2 der gutgläubige Erwerb von Forderungen ausnahmsweise geschützt.⁴⁴⁶

150 Art. 1190 des Entwurfs von 1909 findet sich in Art. 164 des Gesetzes wieder. Mit Abs. 2 hatte die Bestimmung ihren bis heute unveränderten Wortlaut erhalten. Am 30. März 1911 nahmen beide Räte das neue «Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Titel: Obligationenrecht)» an. Es wurde am 5. April 1911 veröffentlicht⁴⁴⁷ und trat nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist am 1. Januar 1912 zusammen mit dem ZGB in Kraft.⁴⁴⁸

§7 Vereinbarung

I. Inhalt

151 Der Begriff «Vereinbarung» in Art. 164 Abs. 1 OR bezeichnet die Willenseinigung von Schuldner und Gläubiger bezüglich der Unabtretbarkeit einer sie verbindenden Forderung. Schuldner und Gläubiger steht es damit grundsätzlich frei, ihre Forderungen unabtretbar auszugestalten. Einer solchen Vereinbarung sind sämtliche Forderungen zugänglich. Soweit ihrer Abtretbarkeit allerdings bereits das Gesetz oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen, erübrigt sich die Vereinbarung eines pactum de non cedendo.⁴⁴⁹

im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.» (StenBull NR 1909, S. 529, 550).

444 ZK-OSER, Art. 164 OR Anm. 3b; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 18.

445 ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 275-279. Ausführlicher zur Ansicht ATTENHOFERS unten Rz. 207.

446 Siehe ausführlich zu Art. 164 Abs. 2 OR unten Rz. 271-277.

447 BBl 1911 II, S. 355 (zur Zession: Art. 164-174, S. 403-405).

448 AS 1911 (27. Bd. NF), S. 317 (zur Zession: Art. 164-174, S. 365-367). Zum Beschluss über das Inkrafttreten vgl. Protokoll der Sitzung des Bundesrats vom 7. Juli 1911, S. 9 f.

449 Zur ganzen Rz. SCHULER, S. 17, 19 f.

Schuldner und Gläubiger können die Abtretbarkeit der Forderung vertraglich ganz ausschliessen («Die Forderung ist unabtretbar.»). Die Parteien können aber – *a maiore ad minus* – auch bloss eine Beschränkung oder Erschwerung der Abtretbarkeit vereinbaren. Insbesondere können sie für die Gültigkeit der Zession voraussetzen, dass der Schuldner der Abtretung zustimmt («Die Forderung kann nur mit Zustimmung des Schuldners abgetreten werden.») oder dass die Abtretung dem Schuldner mitgeteilt wird («Eine Abtretung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Mitteilung an den Schuldner.»)^{450, 451} Der Vorbehalt der Zustimmung bzw. der Mitteilung dient dem Informationsinteresse des Schuldners und ermöglicht ihm, den Zahlungsverkehr klar und übersichtlich zu halten und damit das Risiko einer Doppelzahlung bei mehrfacher Inanspruchnahme auszuschalten.⁴⁵² Vor allem der Zustimmungsvorbehalt kommt in der Praxis häufig vor.⁴⁵³

Die Abtretbarkeit kann sodann auch im Hinblick auf den Kreis der potentiellen Erwerber beschränkt werden, indem die Zession an bestimmte Personen (z.B. Inkassounternehmen) verboten wird oder umgekehrt die Zession nur an bestimmte Personen (z.B. an die Bank des Gläubigers zu Refinanzierungszwecken) erlaubt wird.^{454, 455} In letzterem Beispiel ist die Abtretbarkeit zusätzlich in Bezug auf den Zweck der Abtretung eingeschränkt. Weitere in der Literatur genannte Beschränkungen der Abtretbarkeit sind der Ausschluss der Zession während einer bestimmten Zeit,⁴⁵⁶ die umfangmässige Einschränkung der Zession auf einen Teil einer teilbaren Leistung – insbesondere auf einen

450 Vgl. für ein Beispiel, in dem Versicherungsbedingungen für die Wirksamkeit der Abtretung der Forderung auf Auszahlung der Versicherungssumme die Anzeige der Abtretung an die Versicherung voraussetzen, RGZ 94, 26.

451 BGer, 4A_423/2009, Urteil vom 4.2.2010, E. 7.1; ZK-SPIRIG, Art. 164 ORN 157; VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 46. Das Bundesgericht sprach diesbezüglich von einem «bedingten Abtretungsverbot» (BGE 117 II 94 E. 5c/aa S. 99). Vgl. für weitere typische Formulierungen von *pacta de non cedendo* Rz. 166-172.

452 Vgl. WAGNER, S. 52.

453 Vgl. zur Verwendung des Zustimmungsvorbehalts als Standardklausel CHAPPUIS/MARCHAND/MEAKIN, S. 28.

454 Ein weiteres Beispiel für Forderungen, die in der Praxis für beschränkt abtretbar erklärt werden, sind solche aus Aktionärsdarlehen an die Gesellschaft. Durch Beschränkung des Kreises der potentiellen Zessionare auf andere Aktionäre wird verhindert, dass eine Konkurrentin der Schuldnerin die Forderung erwirbt (SCHULIN/VOGT, S. 613 bei FN 25).

455 Die früher verwendete terminologische Differenzierung zwischen «absoluter» Unabtretbarkeit (Übertragung an jeden Dritten verboten) und «relativer» Unabtretbarkeit (Übertragung nur an bestimmte Personen verboten) (vgl. ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 267; WOLFF, S. 169 f.) wird vorliegend vermieden, weil das Begriffspaar absolut/relativ heutzutage für die Beschreibung der Wirkung des Abtretungsverbots bzw. der Wirksamkeit der Abtretung benutzt wird.

456 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 ORN 17; VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 46.

bestimmten Betrag einer Geldforderung –⁴⁵⁷ und die Vereinbarung, dass die Abtretung zu ihrer Wirksamkeit in ein Register eingetragen werden muss.⁴⁵⁸

154 Der sprachlichen Einfachheit halber umfassen die Begriffe «pactum de non cedendo» und «vertragliches Abtretungsverbot» in der vorliegenden Arbeit alle Formen der vertraglichen Einschränkung der Abtretbarkeit einer Forderung, auch wenn sie die Abtretbarkeit nicht gänzlich ausschliessen, sondern von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen.

155 Der Umfang des Abtretungsverbots ist im Einzelfall genau zu untersuchen. Insbesondere kann fraglich sein, ob sich die Unabtretbarkeit der Rechte aus einem Vertrag neben dem Erfüllungsanspruch auch auf den Schadenersatzanspruch wegen Nicht- oder Schlechterfüllung bezieht.⁴⁵⁹ Massgebend ist primär, was im pactum diesbezüglich vereinbart worden ist. Der Inhalt des Abtretungsverbots kann sich dabei auch aus dessen Zweck ergeben. So umfasste das pactum de non cedendo in einem Fall betreffend Forderungen gegen einen Frachtführer nur den Erfüllungsanspruch (Forderung auf Transport und Ablieferung). Der Schadenersatzanspruch war dagegen abtretbar, weil der Grund für die Unabtretbarkeit nur auf den Erfüllungsanspruch zutraf.⁴⁶⁰ Kann der Vereinbarung zum Umfang des Abtretungsverbots nichts entnommen werden, bezieht sich dieses – im Zweifel – nicht nur auf den Erfüllungsanspruch, sondern auch auf den an dessen Stelle tretenden Schadenersatzanspruch.⁴⁶¹ Denn dem Schadenersatzanspruch stehen dieselben Einwendungen entgegen wie dem Erfüllungsanspruch. Die Schadenersatzforderung entsteht nämlich durch Veränderung des Inhalts der bisher auf Erfüllung gerichteten Forderung und gilt als deren Fortsetzung.⁴⁶²

II. Parteien

156 Art. 164 Abs. 1 OR äussert sich nicht ausdrücklich dazu, wer die Parteien der «Vereinbarung» sind, die der Abtretung entgegensteht. Die Vereinbarung geht zulasten des Gläubigers, der in seiner Freiheit, eine ihm zustehende

457 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 157; ENGEL, S. 878.

458 BK-BECKER, Art. 164 OR N 45 und ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 157 betr. die Abtretung eines Anteilscheins.

459 VON BÜREN, S. 324 bei FN 51; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 155.

460 AppGer BS, Urteil vom 20.6.1947, in: SJZ 1949, S. 169.

461 Vgl. BGE 117 II 94 E. 5c/aa S. 99f.: «Weshalb das Abtretungsverbot nur für Vertrags-, nicht aber für Schadenersatzansprüche aus Vertrag gelten soll, ist unerfindlich. Denn auch die eingeklagten Ansprüche haben ihren Ursprung im Vertrag.»

462 VON TUHR/ESCHER, S. 104 bei FN 72; vgl. zur ganzen Rz. SCHULIN/VOGT, S. 616.

Forderung abzutreten, eingeschränkt wird. Da Rechtswirkungen zulasten eines unbeteiligten Dritten vertraglich nicht herbeigeführt werden können,⁴⁶³ kann der Gläubiger nicht Dritter sein. Er ist zwangsläufig Partei des pactum de non cedendo.⁴⁶⁴ Seine Gegenpartei ist typischerweise der Schuldner.⁴⁶⁵ Denn die Vereinbarung der Unabtretbarkeit der Forderung liegt primär in dessen Interesse.⁴⁶⁶ Nur dieses zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Verbot wird in Art. 164 OR geregelt.⁴⁶⁷

Der Gläubiger kann allerdings auch mit einem Dritten ein Abtretungsverbot vereinbaren. So verabredet der Zedent bei der Inkassozession mit dem Zessionar, dass dieser die Forderung geltend machen und den Erlös dem Zedenten zukommen lassen soll. Der Zessionar verpflichtet sich dabei, andere Verfügungen wie z.B. die Weiterzession an Dritte zu unterlassen.⁴⁶⁸ Als Dritte, mit denen der Gläubiger das Verbot vereinbart, kommen ausserdem bestehende oder potentielle Gläubiger von ihm in Betracht. Diese können als Kreditgeber ein Interesse daran haben, dass der Gläubiger ihr Haftungssubstrat nicht durch die Veräusserung von Forderungen mindert.⁴⁶⁹

Hinsichtlich der Wirkung des pactum de non cedendo wird in der Literatur unterschieden, ob es zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner oder zwischen dem Gläubiger und einem Dritten vereinbart wird. Das mit dem Schuldner verabredete Verbot wirkt absolut,⁴⁷⁰ während das mit einem Dritten verabredete Verbot nur obligatorische Wirkung hat.⁴⁷¹ SCHULER begründet diese Differenzierung mit dem Schuldnerschutzzweck der Regelung des pactum de non cedendo in Art. 164 Abs. 1 OR. Dem Schuldner könnten durch die Abtretung gewichtigere Nachteile erwachsen als einem Dritten. Entsprechend sei sein Interesse an der Unabtretbarkeit grösser als dasjenige Dritter. Je schützenswerter ein Interesse an der Einhaltung einer Vereinbarung sei, desto stärker dürfe die Sanktion des vertragswidrigen Verhaltens ausfallen.

463 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 86.28; VON TUHR, BGB II/1, S. 227.

464 SCHULER, S. 22.

465 § 399 BGB spricht explizit von «Vereinbarung mit dem Schuldner».

466 Siehe oben Rz. 62-84.

467 SCHULER, S. 25; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 146; BUCHER, S. 541, FN 20; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 48 und 57.

468 KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 47.

469 SCHULER, S. 23 f.; BK-UCHER, Art. 27 ZGB N 64.

470 Siehe eingehend zur Wirkung des mit dem Schuldner verabredeten pactum de non cedendo unten Rz. 199-253.

471 VON TUHR/ESCHER, S. 346, FN 40; BK-UCHER, Art. 27 ZGB N 64; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 57, 59; BUCHER, S. 541, FN 20; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32 f.; vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 146.

Demzufolge rechtfertigt nur das erhebliche Interesse des Schuldners an der Unabtretbarkeit die absolute Wirkung des Verbots. Im Unterschied dazu vermöge ein mit einem Dritten vereinbartes Abtretungsverbot die Gültigkeit einer abredewidrigen Zession nicht zu hindern.⁴⁷²

159 Diese Unterscheidung in der Wirkung des pactum lässt sich auch dogmatisch begründen. Das pactum de non cedendo verwandelt eine Forderung in ihrem Wesen. Sie wird unabtretbar.⁴⁷³ Die Befugnis, über das Wesen einer Forderung zu befinden, kommt jedoch nur dem Gläubiger und dem Schuldner der nämlichen Forderung gemeinsam zu. Gläubiger und Dritte hingegen können das Wesen der Forderung nicht ändern. Diese bleibt abtretbar.⁴⁷⁴ Der Gläubiger kann sich einem Dritten gegenüber somit nur mit obligatorischer Wirkung verpflichten, die Forderung nicht abzutreten.⁴⁷⁵

III. Form

1. Formfreiheit

160 Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 OR). Für das pactum de non cedendo bestehen keine gesetzlichen Formvorschriften. Es kann folglich formfrei abgeschlossen werden⁴⁷⁶ und sich somit auch aus den Umständen ergeben.⁴⁷⁷ Abtretungsverbote können mithin ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden.⁴⁷⁸ Beispielsweise enthält eine Kontokorrentabrede – soweit nicht ausdrücklich vereinbart – ein konkludentes Verbot, die einzelnen in das Kontokorrent eingesetzten Forderungen abzutreten.⁴⁷⁹

472 SCHULER, S. 22-25.

473 Siehe eingehend zur Natur des pactum de non cedendo unten Rz. 188-198.

474 Vgl. WATTER/KÄGI, SZW 2004, S. 231, 241, FN 95.

475 Vgl. VON TUHR/PETER, S. 215f.: «Niemand kann durch Vertrag die Möglichkeit der Verfügung über ein Recht aufgeben. Verträge solchen Inhalts haben nur obligatorische Bedeutung und hindern das Rechtssubjekt nicht an wirksamer Verfügung».

476 VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 43; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2114.

477 Vgl. BGE 127 V 439 E. 2a S. 442; BGER, 4A_133/2009, Urteil vom 3.6.2009, E. 2.2; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2114. Als Beispiel eines sich aus den Umständen ergebenden Verbots ist denkbar, dass das Verbot der Unterleihe auch ein Verbot der Abtretung der Forderung des Entlehners auf Gebrauch der Leihsache enthält (in Anlehnung an VON BÜREN, S. 324 bei FN 50).

478 HGer ZH, HG190163, Urteil vom 13.9.2022, E. II.1.3.1; CR-PROBST, Art. 164 OR N 33; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32; BUCHER, S. 541; ENGEL, S. 877; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3431; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.24.

479 BGE 100 III 79 E. 3 S. 83; vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2002, in: NJW 2002, S. 2865, 2866; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 904. Siehe auch unten Rz. 409.

In der Praxis werden *pacta de non cedendo* in der Regel schriftlich vereinbart, sei es als separate Abrede oder als Klausel innerhalb des die nicht abzutretende Forderung begründenden Vertrags.⁴⁸⁰ Abtretungsverbote finden sich regelmässig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so z.B. in Beschaffungs- und Einkaufsbedingungen von Grossabnehmern, in Geschäftsbedingungen für Dienstleistungsaufträge und in Versicherungsbedingungen.⁴⁸¹ Solche formulärmässig vereinbarten Abtretungsverbote unterstehen der AGB-Kontrolle. Angesichts ihrer allgemeinen Zulässigkeit gemäss Art. 164 Abs. 1 OR bestehen Abtretungsverbote in der Regel die Inhaltskontrolle.⁴⁸² Aufgrund ihrer weiten Verbreitung sind sie grundsätzlich auch nicht ungewöhnlich im Sinn der Ungewöhnlichkeitsregel.⁴⁸³ *Pacta de non cedendo* können sodann auch in den Statuten juristischer Personen enthalten sein, so z.B. in den Statuten von Pensionskassen, die ihre Leistungen über Art. 33Ib OR bzw. Art. 39 Abs. 1 BVG hinaus für unabtretbar erklären.⁴⁸⁴

Auch ein mündlich geschlossenes *pactum de non cedendo* ist gültig. Es birgt aber den Nachteil, dass seine Vereinbarung schwieriger zu beweisen ist. Ausserdem läuft der Schuldner Gefahr, dass er sich nicht auf das *pactum* berufen kann, wenn für die Forderung ein schriftliches Schuldbekenntnis besteht (Art. 164 Abs. 2 OR).⁴⁸⁵

Nach SPIRIG ist das *pactum de non cedendo* dann formbedürftig, wenn das ihm zugrunde liegende Rechtsgeschäft einer bestimmten Form bedarf und das Abtretungsverbot ein wesentlicher Punkt des Geschäfts (*essentiale negotii*) ist.⁴⁸⁶ Gemäss dieser Ansicht unterliegt die Abrede, dass die Kaufpreisforderung aus einem Grundstückkaufvertrag nicht abtretbar sein soll, dem

480 HGer ZH, HG190163, Urteil vom 13.9.2022, E. II.1.3.1; BUCHER, S. 541.

481 Siehe die Beispiele solcher Bedingungen des Bundes oben in Rz. 59. Vgl. für ein Abtretungsverbot in Allgemeinen Versicherungsbedingungen HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.1 und ABEGG, S. 103, FN 642 sowie für ein Verbot in einem Reglement eines Krankenversicherers BGer, K 115/04, Urteil vom 11.4.2005, E. 2.3.

482 *Pacta de non cedendo* in AGB können jedoch unwirksam sein, wenn sie ein schweres Missverhältnis zwischen den gewichtigen Nachteilen für den Gläubiger bei der Finanzierung und den leichten Vorteilen für den Schuldner bei der Vereinfachung seiner Buchhaltung begründen (MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 918f.; siehe hierzu auch unten Rz. 182-184). Ist der Gläubiger der abzutretenden Forderung ein Konsument, unterliegt das mittels AGB vereinbarte *pactum* der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG. Vgl. zur Inhaltskontrolle im deutschen Recht Rz. 474 und im österreichischen Recht Rz. 640.

483 Gl.A. KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1271. Vgl. zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 24.9.1980, in: NJW 1981, S. 117, 118; Urteil vom 30.10.1990, in: NJW-RR 1991, S. 763.

484 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 154. Vgl. auch das Beispiel in FN 503.

485 Siehe hierzu unten Rz. 271-277.

486 ZK-SPIRIG, Art. 165 OR N 14; gl.A. SCHULIN/VOGT, S. 615 für Abtretungsverbote, die zusammen mit der nicht abzutretenden Forderung vereinbart werden.

Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung nach Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 Abs. 1 ZGB, wenn die Parteien besonderen Wert auf die Unabtretbarkeit legen.⁴⁸⁷

164 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und verbreiteter Lehre erstreckt sich die Formbedürftigkeit auf alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte sowie auf die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bilden,⁴⁸⁸ d.h. vom «cadre naturel» des konkreten Geschäfts erfasst werden.⁴⁸⁹ Es fragt sich somit zunächst, ob das pactum de non cedendo ein objektiv wesentlicher Vertragspunkt ist. Objektiv wesentlich sind Vertragspunkte, die «den unentbehrlichen «Geschäftskern» umfassen»,⁴⁹⁰ d.h. «das, und nur das, was nach den Umständen gerade genügt, um ein sinnvolles Ganzes darzustellen».⁴⁹¹ Im Allgemeinen ist die konkrete Person des Gläubigers einer Forderung nicht wesentlich⁴⁹² und gehört das pactum nicht zum unentbehrlichen Kern eines Vertragstyps. Objektiv wesentlich ist die Identität des Gläubigers nur bei höchstpersönlichen Forderungen.⁴⁹³ Deren Abtretung steht aber bereits das Gesetz oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegen. Die Vereinbarung der Unabtretbarkeit der Forderung ist hier obsolet. Das pactum de non cedendo ist somit in keinem Fall ein objektiv wesentlicher Vertragspunkt.

165 Subjektiv wesentlich sind Vertragspunkte, die zumindest für eine der Parteien eine unabdingbare Voraussetzung (*conditio sine qua non*) für den Vertragsabschluss bilden.⁴⁹⁴ Gemäss Rechtsprechung und verbreiteter Lehre sind jedoch nur diejenigen subjektiv wesentlichen Vertragspunkte formbedürftig, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bilden.⁴⁹⁵ Das

487 SCHULIN/VOGT, S. 615.

488 BGE 135 III 295 E. 3.2 S. 299; BGer, 4A_573/2016, Urteil vom 19.9.2017, E. 4.2.2; BK-MÜLLER, Art. 11 OR N 168; BSK-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 11 OR N 15; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 538.

489 BGE 107 II 211 E. 4 S. 216 («cadre de la vente»); 90 II 34 E. 2 S. 37 («cadre naturel»); BK-MÜLLER, Art. 11 OR N 168; BSK-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 11 OR N 15.

490 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 332; vgl. auch BGer, 4A_262/2017, Urteil vom 17.1.2018, E. 4.2.1 («le noyau indispensable d'un acte juridique»); SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 29.03; KOLLER, Rz. 6.29; BERGER, Schuldrecht, Rz. 639; BK-KRAMER, Art. 2 OR N 7; BK-MÜLLER, Art. 2 OR N 15.

491 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 OR N 84; vgl. auch BGer, 4C.155/2004, Urteil vom 6.7.2004, E. 2.2; BK-KRAMER, Art. 2 OR N 7; BK-MÜLLER, Art. 2 OR N 15.

492 Vgl. SCHULER, S. 35.

493 Siehe zum Begriff der höchstpersönlichen Forderung unten Rz. 398.

494 BK-MÜLLER, Art. 2 OR N 21; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 341; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 29.03; BUCHER, S. 119 f.; BGer, 4C.246/2003, Urteil vom 30.1.2004, E. 5.1.

495 Siehe die Nachweise in FN 488 f.

pactum de non cedendo ist kein Element eines Vertragstyps. Nur die gesetzliche oder «naturgemässe» Unabtretbarkeit einer Forderung ist – wie soeben dargestellt – ein Element bestimmter Vertragstypen. Demzufolge ist das pactum nach der hier vertretenen Auffassung selbst bei subjektiver Wesentlichkeit nicht formbedürftig, wenn das ihm zugrunde liegende Rechtsgeschäft einer bestimmten Form bedarf.⁴⁹⁶

2. Formulierungen

In der Praxis finden sich die unterschiedlichsten Formulierungen von pacta de non cedendo. Die nachstehenden Beispiele sind nach der möglichen inhaltlichen Ausgestaltung der Verbotsklausel gruppiert.⁴⁹⁷ Die Klausel kann die Zession umfassend ausschliessen (lit. A). Sie kann die Abtretung aber auch bloss einschränken, indem sie sie von der Zustimmung des Schuldners (lit. B) oder von der Anzeige an diesen (lit. C) abhängig macht oder indem sie den Kreis der potentiellen Zessionare (lit. D) oder den Kreis der abtretbaren Forderungen (lit. E) limitiert. Häufig werden Elemente dieser Einschränkungen kombiniert (lit. F).⁴⁹⁸

A. Umfassendes generelles Abtretungsverbot

- «Die Forderung ist nicht abtretbar.»⁴⁹⁹
- «Les créances découlant du présent contrat sont incessibles.»⁵⁰⁰
- «Forderungsabtretungen sind unzulässig.»⁵⁰¹
- «Der Gläubiger ist nicht berechtigt, Forderungen aus diesem Vertrag abzutreten.»⁵⁰²
- «Forderungen aus dem vorliegenden Vertrag oder aus Rechtsverhältnissen, die mit diesem Vertrag in Zusammenhang stehen, können nicht abgetreten werden.»⁵⁰³

496 Gl.A. SCHULIN/VOGT, S. 615 für pacta de non cedendo, die vereinbart werden, nachdem die nicht abzutretende Forderung bereits entstanden ist.

497 Zum Inhalt des pactum de non cedendo siehe oben Rz. 151-155.

498 Vgl. auch die Formulierungsbeispiele bei WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 57-66.

499 Vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 ORN 151.

500 MARCHAND, Rz. 212.

501 BGH, Urteil vom 13.7.2006, in: NJW 2006, S. 3486.

502 BGer, 4A_373/2014, Urteil vom 3.11.2014, E. 3.

503 BGHZ 51, 113, 117. Vgl. auch BGer, 5C.273/2001, Urteil vom 4.2.2002, E. 2.1 und Art. 17 Ziff. 2 FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players (October 2024 edition): «Entitlement to compensation [as a consequence of terminating a contract without just cause] cannot be assigned to a third party.»

- «Eine Forderungsabtretung aus allen Geschäften mit [dem Schuldner] ist ausgeschlossen.»⁵⁰⁴
- «Es wird ein Abtretungsverbot vereinbart.»⁵⁰⁵
- «Abtretungen werden nicht anerkannt.»⁵⁰⁶
- «The seller is not entitled to assign any rights or claims, irrespective of the legal basis, arising out of or related to this contract to any third party.»⁵⁰⁷
- «[Creditor] shall not assign or transfer any claim that [creditor] has or may have under this Agreement.»⁵⁰⁸
- «All assignments of the seller to any third party shall be null and void.»⁵⁰⁹

B. Zustimmungsvorbehalt

- 168 — «Die Abtretung einer Forderung gleich welchen Inhalts bedarf der Zustimmung [des Schuldners]. Ohne die erforderliche Zustimmung erfolgte Abtretungen sind unwirksam.»⁵¹⁰
- «Die Forderung kann nur mit Zustimmung des Schuldners abgetreten werden.»⁵¹¹
- «Les droits, devoirs et obligations découlant de ce contrat ne pourront être cédés par aucune des parties, sans l'accord préalable écrit de l'autre partie.»⁵¹²

C. Anzeigevorbehalt

- 169 — «Abtretungen der Ansprüche sind nur dann wirksam, wenn sie der bisherige Verfügungsberechtigte dem Schuldner schriftlich angezeigt hat.»⁵¹³

504 BGH, Urteil vom 30.10.1990, in: NJW-RR1991, S. 763; vgl. auch BGH, Urteil vom 17.4.2012, in: NJW 2012, S. 2107.

505 Vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 151.

506 BGH, Urteil vom 20.11.1967, in: WM 1968, S. 195; vgl. auch Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 56.

507 WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 57.

508 MARCHAND, Rz. 601.

509 Pactum mit der Klarstellung, dass die abredewidrige Abtretung absolut unwirksam sein soll; vgl. WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 58.

510 § 22.1 Muster Generalunternehmervertrag.

511 BGH, Urteil vom 9.2.1990, in: NJW 1990, S. 1601; vgl. auch BGH, Urteil vom 3.12.1987, in: NJW 1988, S. 1210, 1211; Urteil vom 24.9.1980, in: NJW 1981, S. 117. Ähnlich lauten auch die Abtretungsverbote in den Beschaffungs- und Einkaufsbedingungen des Bundes (zit. in Rz. 59).

512 CHAPPUIS/MARCHAND/MEAKIN, S. 28. Vgl. auch WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 63; BGE 117 II 94 E. 5c/aa S. 99; BGER, K 115/04, Urteil vom 11.4.2005, E. 2.3 und MARCHAND, Rz. 212.

513 BGH, Urteil vom 23.4.1997, in: NJW 1997, S. 2747; vgl. auch BGH, Urteil vom 31.10.1990, in: NJW 1991, S. 559.

- «Eine Abtretung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Mitteilung an den Schuldner.»

D. Beschränkung in personeller Hinsicht

- «Die Forderung darf nicht an Inkassounternehmen abgetreten werden.»⁵¹⁴
- «Either party may assign its rights and claims arising out of or related to this contract only (i) to its parent company or any other of its affiliates, or (ii) to a person or entity that acquires all or substantially all of the assignor's assets or shares in the assignor, or (iii) to a successor by merger or consolidation.»⁵¹⁵

E. Beschränkung in gegenständlicher Hinsicht

- «The seller is not entitled to assign any rights or claims, irrespective of the legal basis, arising out of or related to this contract whether in whole or in part to any third party, except that seller is entitled to assign (i) claims for payment of any monies due under this contract to any third party, or (ii) any other claims for financing purposes as a security for the benefit of a bank or financial institution.»⁵¹⁶
- «Neither party is entitled to assign claims partially to a third party. Either party may accordingly assign a claim only in its entirety.»⁵¹⁷

F. Kombination

- «Die Abtretung irgendwelcher Ansprüche oder sonstiger Rechte aus diesem Vertrag ist nur mit schriftlicher Einwilligung des Vertragspartners zulässig. Soweit jedoch Abtretungen von fälligen oder künftigen Zahlungsansprüchen an Banken [des Gläubigers] zum Zwecke der Refinanzierung vorgenommen werden, bedarf es einer Einwilligung nicht.»⁵¹⁸
- «Neither Party shall assign the whole or any part of the Contract or any benefit or interest in or under the Contract. However, either Party:

514 Für ein Beispiel der Beschränkung der Abtretbarkeit von Schadenersatzforderungen von Fluggästen gegenüber einer Fluggesellschaft (Verbot der Abtretung an Fluggastrechte-Onlineportale) vgl. AG Bremen, 9 C 63/17, Urteil vom 1.6.2017, Ziff. 4.

515 Generelles pactum mit Ausnahme für Abtretungen an konzernverbundene Gesellschaften, WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 59.

516 Generelles pactum mit Ausnahme für bestimmte Forderungen bzw. für bestimmte Zwecke, WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 60.

517 Verbot der Teilzession, WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 61.

518 § 21 Vertrag über die schlüsselfertige Herstellung des Bauteils für eine Industrieanlage (KRATZSCH, Bd. 2, S. 423, vgl. auch S. 442, § 29 und S. 376, § 50).

- (a) may assign the whole or any part with the prior agreement of the other Party, at the sole discretion of such other Party, and
- (b) may, as security in favour of a bank or financial institution, assign its right to any moneys due, or to become due, under the Contract.»⁵¹⁹

IV. Zeitpunkt

- 173 Das pactum de non cedendo kann vor, bei oder nach der Begründung der nicht abzutretenden Forderung vereinbart werden.^{520, 521} Wird das pactum bei Begründung der Forderung abgeschlossen, ist es meistens eine Klausel innerhalb des Vertrags, der die Forderung begründet. In den anderen Fällen wird über das pactum ein separater Vertrag geschlossen.⁵²²
- 174 Das pactum steht der Abtretung *gegenwärtiger Forderungen* aber nur entgegen, wenn es vor der Zession vereinbart worden ist. Ein nachträglich vereinbartes pactum berührt die Wirksamkeit einer schon erfolgten Abtretung nicht.⁵²³ Denn der Zedent kann über die nunmehr dem Zessionar zustehende Forderung nicht mehr verfügen.⁵²⁴ Entsprechend kann er die Forderung nicht mehr verändern und durch Vereinbarung mit dem Schuldner unabtretbar machen.⁵²⁵
- 175 Bei der Abtretung *künftiger Forderungen* (sog. Vorausabtretung) genügt es gemäss der Rechtsprechung, dass das pactum de non cedendo vor der Entstehung der Forderung vereinbart wird, um der Zession entgegenzustehen. Das pactum muss mithin nicht vor der Vorausabtretung verabredet worden

519 Sub-Clause 1.7 FIDIC: Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer (KRATZSCH, Bd. 4, S. 679, vgl. auch S. 781, Ziff. 5.1 und S. 827, § 29).

520 HGer ZH, HG190163, Urteil vom 13.9.2022, E. II.1.3.1; vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 146; CR-PROBST, Art. 164 OR N 33; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32; ENGEL, S. 877; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2114. BECKER nennt für die Vereinbarung des pactum bei Begründung der Forderung das anschauliche Beispiel, dass auf einer Fahrkarte bei deren Kauf die Unübertragbarkeit aufgedruckt wird (BK-BECKER, Art. 164 OR N 44).

521 ATTENHOFER differenzierte hinsichtlich der Wirkungen des pactum de non cedendo danach, ob es gleichzeitig mit der Begründung der Forderung oder nachträglich vereinbart wird (ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 267-288). Siehe hierzu unten Rz. 207.

522 STEINER, S. 43.

523 BK-BECKER, Art. 164 OR N 44; BUCHER, S. 541, FN 20; STAEHELIN, S. 390.

524 CR-PROBST, Art. 164 OR N 61; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 46; VON TUHR/ESCHER, S. 338 bei FN 68; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.33; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2158.

525 OGer ZH, Urteil vom 6.9.1979, in: ZR 1980, Nr. 143, E. 5. Vgl. zur Natur des pactum de non cedendo unten Rz. 188-198.

sein.⁵²⁶ Die überwiegende Lehre folgt dieser Rechtsprechung.⁵²⁷ STAEHELIN vertrat jedoch die Ansicht, dass auch bei künftigen Forderungen das pactum nur dann dem Forderungsübergang entgegenstehe, wenn es vor der Abtretung vereinbart worden sei. Er begründete dies damit, dass sich das pactum erst in dem Zeitpunkt auswirke, in dem die abzutretende Forderung entstehe. Ebenso zeitige die Abtretung einer künftigen Forderung ihre Wirkung erst mit der Entstehung der Abtretung. Der Konflikt zwischen den gegensätzlichen Wirkungen der Vorausabtretung und des pactum sei nach dem Prinzip der Alterspriorität aufzulösen, so dass die frühere Vorausabtretung dem späteren pactum vorgehe.⁵²⁸ Gegen diese Ansicht ist m.E. jedoch einzuwenden, dass eine Forderung nur in dem Umfang und der Gestalt abgetreten werden kann, wie sie zwischen Gläubiger und Schuldner begründet wird. Wird die Forderung durch Vereinbarung eines pactum als unabtretbar begründet,⁵²⁹ kann sie daher auch dann nicht abgetreten werden, wenn der Gläubiger bereits vorgängig eine Zession vereinbart hat.

V. Aufhebung

Das pactum de non cedendo kann durch gegenteilige Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner formfrei aufgehoben werden (Art. 115 OR).⁵³⁰ Dies setzt das Einverständnis des Schuldners voraus, zu dessen Gunsten der Gläubiger auf die Abtretbarkeit der Forderung verzichtet hat. Der Gläubiger kann seinen Willen auch stillschweigend erklären, da die Aufhebung des pactum in seinem Interesse liegt (Art. 6 OR). Dogmatisch gründet die jederzeitige

526 BGE 112 II 241 E. 2a S. 243; OGer ZH, Urteil vom 6.9.1979, in: ZR 1980, Nr. 143, E. 6. Gemäss BGer, 4A_133/2009, Urteil vom 3.6.2009, E. 2.2 kann das Abtretungsverbot selbst nach der Notifikation der Vorausabtretung wirksam vereinbart werden. Damit ging das Bundesgericht – wohl unbewusst, wie sein vorbehaltloser Verweis auf BGE 112 II 241 nahelegt – über seine bisherige Rechtsprechung hinaus. In BGE 112 II 241 E. 2a S. 243 hatte es noch erwogen, dass die Unwirksamkeit der Abtretung «jedenfalls dann anzunehmen [ist], wenn der [Schuldner] vor der Entstehung der [Forderung] keine Kenntnis hat vom Abtretungsversprechen des [Gläubigers]».

527 Vgl. BUCHER, S. 541, FN 20; DERS., Kreditsicherung, S. 20; JEANPRÊTRE, SJZ 1967, S. 17, 20; STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772; WALTER, S. 52; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.34; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3431, FN 56.

528 STAEHELIN, S. 390 f.; gl.A. KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1286.

529 So das vorherrschende Verständnis der Natur des pactum de non cedendo (sog. Rechtsinhaltsstheorie, siehe unten Rz. 188-198).

530 CR-PROBST, Art. 164 OR N 33; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32; WOLFF, S. 172; STEINER, S. 44; VON BÜREN, S. 323, SCHULIN/VOGT, S. 616. Vgl. auch BGer, 4C.129/2002, Urteil vom 3.9.2002, E. 1.1.

Möglichkeit der Parteien, das pactum aufzuheben, auf der Vertragsfreiheit:⁵³¹ Den Parteien steht es frei, ihre Forderung umzugestalten und die Vereinbarung ihrer Unabtretbarkeit aufzuheben.⁵³²

177 Die Aufhebung des pactum kann sich auf eine bestimmte Abtretung beziehen oder die Unabtretbarkeit allgemein beseitigen. In erstem Fall wird nur die konkrete einzelne Abtretung ermöglicht. Die Forderung bleibt aber unabtretbar und kann demzufolge vom Zessionar nicht weiter abgetreten werden. In letzterem Fall wird aus der unabtretbaren Forderung eine abtretbare. Der Gläubiger erlangt die volle Verfügungsmacht über die Forderung und kann diese gültig an einen beliebigen Zessionar abtreten. Betrifft das pactum mehrere Forderungen, kann sich die Aufhebung auf die Abtretung bestimmter Forderungen beschränken oder auf das pactum insgesamt beziehen.⁵³³

178 Der Aufhebungsvertrag kann dadurch zustande kommen, dass der Schuldner der Anfrage des Gläubigers, ob er die Forderung abtreten könne, zustimmt.⁵³⁴ In der Praxis dürfte die Offerte zur Aufhebung des pactum de non cedendo häufig darin liegen, dass der Gläubiger die Forderung abredewidrig abtritt. Diese Offerte des Gläubigers übermittelt der Zessionar dem Schuldner, indem er die Abtretung notifiziert bzw. die Forderung geltend macht. Dabei ist der Zessionar als ermächtigt anzusehen, die Einverständniserklärung des Schuldners entgegenzunehmen. Genehmigt der Schuldner die abredewidrige Abtretung, wird ein Konsens über die Aufhebung des pactum hinsichtlich der konkreten Abtretung erzielt.⁵³⁵

531 Änderungs- und Endigungsfreiheit als Teilgehalte der Vertragsfreiheit: So wie Verträge einverständlich geschlossen werden können, können sie durch Abänderungsvertrag abgeändert und durch Aufhebungsvertrag beendet werden (BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 86 und 89).

532 Vgl. SCHULER, S. 29.

533 Vgl. HGer ZH, HG200195, Urteil vom 30.6.2022, E. 2.4.2.

534 Siehe zur Zustimmung des Schuldners zur abredewidrigen Abtretung auch unten Rz. 254. Der Aufhebungsvertrag kann auch dadurch zustande kommen, dass der Schuldner dem Gläubiger erlaubt, die Forderung abzutreten, und dieser damit einverstanden ist (SCHULIN/VOGT, S. 616). Da die Unabtretbarkeit der Forderung im Interesse des Schuldners liegt, ist diese Variante des Zustandekommens des Aufhebungsvertrags eher theoretischer Natur.

535 WOLFF, S. 171 f.; zur ganzen Rz. SCHULIN/VOGT, S. 616 f. Näher zur Genehmigung der abredewidrigen Abtretung unten Rz. 255-270.

§8 Zulässigkeit und Schranken

I. Grundsatz der Vertragsfreiheit

Das pactum de non cedendo ist ein Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger einer Forderung. Seine Wirksamkeit beruht auf dem obligationenrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit.⁵³⁶ Wenn die Parteien in ihrer Entscheidung frei sind, ob sie überhaupt eine Forderung begründen und welchen Inhalt eine Forderung hat, dann sind sie auch frei, eine Forderung zu begründen, deren Wirkung in dem Sinn eingeschränkt ist, dass sie nicht oder nur erschwert übertragen werden kann.⁵³⁷ Oder um es mit den anschaulichen Worten STEGEMANNS aus der Anfangszeit der dinglichen Wirkung des pactum zu sagen: «Wenn also beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes der Schuldner erklärt: ich will Schuldner sein, aber stets nur Dein Schuldner, und der Gläubiger darauf in der Weise eingeht, daß er seinerseits nie eine Handlung vornehmen werde, welche an die Stelle seiner als Gläubigers einen anderen Gläubiger setze, so haben damit die Konstituenten der obligatio ein Forderungsrecht geschaffen, welches so qualificirt ist, daß es sich von der Person des Gläubigers nicht lösen läßt.»⁵³⁸

Die Vertragsfreiheit ermöglicht es Gläubiger und Schuldner somit, die sie verbindende Forderung abtretbar oder unabtretbar zu gestalten. Ein pactum de non cedendo gemäss Art. 164 OR können sie bezüglich jeder Forderung vereinbaren.⁵³⁹ Ausdrücklich formuliert wird die Möglichkeit des vertraglichen Abtretungsausschlusses in Art. 519 OR: «Der Leibrenten gläubiger kann, *sofern nicht etwas anderes vereinbart ist*, die Ausübung seiner Rechte

536 VON TUHR / ESCHER, S. 347 bei FN 44; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 917; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 227.

537 So bereits RGZ 31, 164 (167 f.); vgl. auch VON TUHR, BGB I, S. 223: «[D]er Inhalt einer Verpflichtung kann beliebig begrenzt werden, insbesondere dahin, daß der Schuldner den Unbequemlichkeiten und Erschwerungen, die mit dem Gläubigerwechsel verbunden sein können, nicht ausgesetzt ist.» Vgl. ferner BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 227. Siehe zur Vertragsfreiheit auch oben Rz. 101.

538 STEGEMANN, AcP 1884, S. 315, 316.

539 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 19. Soweit eine Forderung bereits aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses oder von Gesetzes wegen unabtretbar ist, erübrigt sich die Vereinbarung eines pactum de non cedendo.

abtreteten.»^{540, 541} Streng genommen ist dieser ausdrückliche Verweis auf die Möglichkeit, die Unabtretbarkeit einer Forderung zu vereinbaren, nach dem soeben Erörterten überflüssig. Anders ist die Lage bei von Gesetzes wegen unabtretbaren Forderungen. Hier schränkt das Gesetz die Freiheit, eine Forderung übertragbar zu gestalten, ein. Wenn vom gesetzlichen Abtretungsverbot vertraglich abgewichen werden kann, braucht es dafür eine ausdrückliche oder implizite gesetzliche Regelung der dispositiven Natur des Verbots.⁵⁴²

II. Schranken

- 181 Der Vertragsfreiheit werden durch die Rechtsordnung Grenzen gesetzt. So bestimmt Art. 19 Abs. 1 OR, dass der Inhalt eines Vertrags *innerhalb der Schranken des Gesetzes* beliebig festgestellt werden kann. Durch den Abschluss eines pactum de non cedendo beschränkt sich der Gläubiger einer Forderung in seiner Freiheit, über sein Vermögen verfügen zu können.⁵⁴³ Das Gesetz schützt diese Verfügungsfreiheit durch das Verbot übermässiger Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Ausserdem kann sich die Berufung auf das pactum unter Umständen als rechtsmissbräuchlich erweisen (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Diese beiden gesetzlichen Schranken des pactum bzw. der Berufung auf dieses werden nachfolgend dargestellt.

1. Übermässige Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

- 182 Pacta de non cedendo schränken den Gläubiger einer Forderung in seiner Verfügungsfreiheit und damit in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit ein. Wenn diese Einschränkung übermässig ist, verletzt sie nach Art. 27 Abs. 2 ZGB

540 Hervorhebung durch den Autor.

541 Auch Art. 684 Abs. 1 OR erwähnt ausdrücklich die Möglichkeit, die Abtretbarkeit rechtsgeschäftlich einzuschränken: «Die Namenaktien sind, *wenn nicht* Gesetz oder *Statuten es anders bestimmen*, ohne Beschränkung übertragbar.» (Hervorhebung durch den Autor). Diese Bestimmung bezieht sich aber nicht auf das pactum de non cedendo nach Art. 164 OR, sondern auf die aktienrechtliche Vinkulierung von Namenaktien gemäss Art. 685a-685g OR. Namenaktien werden nämlich nicht durch Zession, sondern nach den besonderen wertpapierrechtlichen Bestimmungen übertragen (Übergabe des indossierten Aktientitels, Art. 684 Abs. 2 OR; vgl. Art. 174 OR).

542 Vgl. Art. 781 Abs. 2 ZGB (andere Dienstbarkeiten), Art. 216b Abs. 1 OR (vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken) und Art. 333 Abs. 4 OR (Rechte des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis).

543 SCHULER, S. 30.

das Persönlichkeitsrecht des Gläubigers.⁵⁴⁴ Wann eine rechtsgeschäftliche Bindung übermässig ist, lässt sich nur mit Blick auf den Einzelfall beurteilen. Insbesondere bei der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit ist das Bundesgericht zurückhaltend in der Annahme eines Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB.⁵⁴⁵ So wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «eine vertragliche Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit [...] nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind».⁵⁴⁶

Bei *pacta de non cedendo* muss demzufolge im Einzelfall geprüft werden, ob sie gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, weil die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Gläubigers durch das Veräusserungsverbot zu sehr eingeschränkt wird.⁵⁴⁷ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich aus Art. 164 Abs. 1 OR gerade die Zulässigkeit einer massvollen Bindung ergibt. Dagegen fällt nachteilig ins Gewicht, dass der Gläubiger für die Vereinbarung der Unabtretbarkeit in der Regel keine direkte Gegenleistung des Schuldners erhält.⁵⁴⁸

Soweit ersichtlich wurde bisher noch in keinem Fall gerichtlich festgestellt, dass ein *pactum de non cedendo* die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Gläubigers übermässig einschränkt.⁵⁴⁹ Es ist jedoch durchaus denkbar, dass ein KMU⁵⁵⁰, das hauptsächlich mit einem Grossabnehmer Geschäfte abschliesst, durch vertragliche Abtretungsverbote in Verbindung mit langen Zahlungsfristen zugunsten dieses Abnehmers derart gebunden wird, dass es in Liquiditätsschwierigkeiten gerät und in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet ist.⁵⁵¹ In dieser Konstellation können Abtretungsverbote die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Gläubigers übermässig einschränken und daher zufolge Widerrechtlichkeit nichtig sein (Art. 20 OR).

544 Vgl. BK-UCHER, Art. 27 ZGB N 2.

545 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 520.

546 BGE 143 III 480 E. 5.4 S. 489 f. (betr. einen Aktionärbindungsvertrag).

547 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.24; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32; HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.2.

548 SCHULER, S. 31. Vgl. zum entlastenden Moment der Gegenleistung BK-UCHER, Art. 27 ZGB N 284.

549 In BGE 144 III 120 E. 5.4.2 S. 134 erwog das Bundesgericht, dass das in einem FIFA-Reglement statuierte Verbot, die wirtschaftlichen Rechte an einem Fussballspieler an einen dritten Kapitalgeber abzutreten, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit von Fussballvereinen nicht übermässig einschränke.

550 Art. 27 ZGB schützt die Persönlichkeit sowohl natürlicher als auch juristischer Personen (wie z.B. KMU) (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 469).

551 Vgl. den schon in Rz. 182 zitierten BGE 143 III 480 E. 5.4 S. 489 f. Vgl. auch SCHULER, S. 30-33, mit Verweis auf BGE 51 II 297 E. 2a S. 300 f. und 50 II 481 E. 3 S. 486 (beide betr. Konkurrenzverbote).

2. Missbräuchliche Berufung auf das Abtretungsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB)

185 Dem Schuldner kann die Berufung auf das grundsätzlich wirksame pactum de non cedendo wegen widersprüchlichen Verhaltens verwehrt sein. Als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs wird widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfasst. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt die Bejahung von Rechtsmissbrauch wegen widersprüchlichen Verhaltens voraus, dass «das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht [wurde]. Der Vertrauende muss auf Grund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen [...]. Aus der Schutzfunktion von Art. 2 ZGB folgt unter anderem, dass in die wertende Betrachtung nicht allein das Verhalten des Gläubigers [hier des Gläubigers des pactum, d.h. des debitor cessus] unter dem Blickwinkel des widersprüchlichen Verhaltens einzubeziehen ist, sondern auch der Schutzbedarf des Schuldners [hier des Zedenten]». ⁵⁵²

186 Das Bundesgericht bejahte die Rechtsmissbräuchlichkeit der Berufung auf das pactum de non cedendo in einem Fall, in dem der Schuldner in Anwesenheit des späteren Zessionars versucht hatte, den Gläubiger zu einer Abtretung zu bewegen, obwohl ein pactum vorlag. Dies veranlasste den Zessionar, zwei Tage später die Abtretung zu vereinbaren und weitere (nachteilige) Dispositionen zu treffen. ⁵⁵³ In einem vom Handelsgericht Zürich beurteilten Fall lag das widersprüchliche Verhalten des Schuldners darin, dass er es unterlassen hatte, das pactum de non cedendo gegenüber der Zessionarin geltend zu machen, als ihm die Abtretungserklärung vorlag und es ihm klar sein musste, dass die Zessionarin ihn in Anspruch nehmen will und einen Prozess gegen ihn anstrebt. Zur Leistungsverweigerung berief er sich auf einen anderen Grund, was die Zessionarin veranlasste, ein Gutachten zu dieser Frage erstellen zu lassen. Das Handelsgericht nahm an, dass die Zessionarin die verständlicher Weise vorgenommenen Handlungen nicht getätigt hätte, wenn der Schuldner sie rechtzeitig über das pactum in Kenntnis gesetzt hätte. Es erachtete die spätere Berufung des Schuldners auf das pactum daher als rechtsmissbräuchlich und die strittige Abtretung als gültig. ⁵⁵⁴

552 BGer, 4C.129/2002, Urteil vom 3.9.2002, E. 1.2. Vgl. BGE 125 III 257 E. 2a S. 259 und E. 2c S. 261.

553 BGer, 4C.129/2002, Urteil vom 3.9.2002, E. 1.3.

554 HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.3.3. Für ein weiteres Beispiel der missbräuchlichen Berufung auf das pactum vgl. BGer, 4A_428/2022, Urteil vom 25.9.2023, E. 2.1. Nicht rechtsmissbräuchlich verhielt sich nach einem Urteil des Handelsgerichts

Bei solch widersprüchlichem Verhalten ist vorab zu prüfen, ob der Schuldner nicht konkludent der Aufhebung des pactum de non cedendo zugestimmt bzw. die abredewidrige Abtretung genehmigt hat.^{555, 556} Trifft dies zu, besteht keine Vereinbarung mehr, die der Abtretung entgegensteht, bzw. ist diese wirksam. Eine spätere Berufung auf das pactum geht dann ins Leere. Ein konkludentes Einverständnis zur Abtretung fällt allerdings ausser Betracht, wenn dafür vertraglich die Schriftform vorbehalten worden ist.⁵⁵⁷

§9 Natur

I. Bisherige Diskussion

Wie vermag ein pactum de non cedendo der Abtretung einer Forderung entgegenzustehen? Mit dieser Frage nach der Natur des pactum de non cedendo befasste sich die deutsche Doktrin intensiv.⁵⁵⁸ Dabei werden im Wesentlichen drei Ansichten vertreten: Eine Auffassung versteht das pactum als rechtsgeschäftliches Veräusserungsverbot. Abweichend von den schuldrechtlichen Grundsätzen betreffe das Verbot aber nicht das rechtliche Dürfen, sondern das rechtliche Können.⁵⁵⁹ Es habe mithin dingliche⁵⁶⁰ Wirkung (sog. *Verbots-theorie* oder *Verbotslehre*).⁵⁶¹ Gemäss einer zweiten Auffassung verändere das pactum die Forderung inhaltlich. Die ihrer Natur nach abtretbare Forderung

Zürich eine Schuldnerin, die im Hinblick auf Vergleichsgespräche von der Zessionarin einen Nachweis der Abtretung verlangte, nach dessen Vorlage ohne weiteren Vorbehalt mit der Zessionarin Vergleichsgespräche führte und sich erst nach deren Scheitern auf das pactum berief (HGer ZH, HG200195, Urteil vom 30.6.2022, E. 2.4.3). Ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich verhielt sich ein Schuldner, der sich erst im Rechtsöffnungsverfahren auf das pactum berief. Denn im blossen Zuwarten ist ohne besondere Umstände kein Rechtsmissbrauch zu erblicken (BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 3).

555 Vgl. HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.3.3 i.i.

556 Siehe zur Aufhebung des pactum de non cedendo oben Rz. 176-178 und zur Zustimmung zur bzw. zur Genehmigung der abredewidrigen Abtretung unten Rz. 255-270.

557 So im zitierten Urteil BGer, 4C.129/2002, Urteil vom 3.9.2002, E. 1.3.

558 Vgl. die Übersicht über die Diskussion bei Staudinger-KOHLER, § 137 BGB N 22 und über die frühe Diskussion bei RAAPE, S. 171. Eingehend zu den verschiedenen Theorien über die Natur vertraglicher Abtretungsverbote WAGNER, S. 77-493.

559 Siehe allgemein zu den Verfügungsverboten oben Rz. 18 f.

560 «Dinglich» bedeutet hier «die Veräusserung hindernd» (VON TUHR, BGB II/1, S. 370 bei FN 39). Die dingliche Wirkung hat entweder die absolute oder die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung zur Folge (vgl. BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 290).

561 Vgl. WAGNER, S. 245-329 und BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 238 f.

werde zu einer unabtretbaren (sog. *Rechtsinhaltslehre* oder *Unabtretbarkeitslehre*).⁵⁶² Eine dritte Auffassung qualifiziert das pactum als unmittelbare Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Gläubigers.⁵⁶³ Das pactum hebt dessen Alleinständigkeit zur Übertragung der Forderung auf. Er bedürfe hierfür der Mitwirkung des Schuldners (sog. *Mitwirkungstheorie* oder *Lehre von der Beschränkung der Verfügungsbefugnis*).⁵⁶⁴ Durchgesetzt hat sich in Deutschland die Rechtsinhaltslehre.⁵⁶⁵

189 Die schweizerische Literatur widmete sich bisher nur vereinzelt eingehender der Natur des pactum de non cedendo. Als Erster warf SCHULER in seiner Dissertation aus dem Jahr 1951 die Frage der Natur der Vereinbarung auf und beantwortete sie in Anlehnung an die deutsche Diskussion im Sinn der Inhaltsänderung der Forderung (Rechtsinhaltslehre). Er begründet seine Ansicht damit, dass die grösste Zahl der Forderungen neutral in dem Sinn sei, dass bezüglich ihrer Abtretbarkeit noch nichts bestimmt sei. Die Parteien hätten die Möglichkeit, sie unabtretbar zu gestalten, da ihnen grundsätzlich die Bestimmung des ganzen Inhalts der Forderung überlassen sei, so auch «die Bestimmung des Momentes der Übertragbarkeit bzw. Nichtübertragbarkeit.» Das pactum regle demzufolge die Beschaffenheit des Objekts der Übertragung.⁵⁶⁶ Durch die Vereinbarung werde die Unabtretbarkeit der Forderung inhärent.⁵⁶⁷

190 BUCHER folgte im Wesentlichen dieser Ansicht unter Verweis auf die vorherrschend deutsche Literatur: Das vertragliche Abtretungsverbot schliesse die Abtretbarkeit einer Forderung aus und begründe nicht bloss eine Pflicht zur Unterlassung der Abtretung. Das Abtretungshindernis werde als Bestand-

562 Vgl. WAGNER, S. 77-243 und BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 239 f. Zu WAGNERS Weiterentwicklung dieser Theorie vgl. WAGNER, S. 403-493 (sog. modifizierte Rechtsinhaltslehre). Siehe allgemein zur Unabtretbarkeit oben Rz. 22-24.

563 Siehe allgemein zur Beschränkung der Verfügungsbefugnis oben Rz. 17-19.

564 Vgl. WAGNER, S. 331-402 und BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 240 f. Zu BERGERS Weiterentwicklung dieser Theorie vgl. BERGER, a.a.O., S. 241-249, 386.

565 Vgl. RGZ 136, 395, 399; BGHZ 19, 355, 359; 40, 156, 160; 70, 299, 303; Staudinger-KOHLER, § 137 BGB N 15, 17, 22, 40; Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 52; MüKo-ARMBRÜSTER, § 137 BGB N 11, 20; Soergel-SCHREIBER, § 399 BGB N 8.

566 Ähnlich ATTENHOFER, gemäss dem der Forderung von vornherein der Charakter der Unübertragbarkeit verliehen wird, wenn sie bei ihrer Begründung ausschliesslich an einen bestimmten Gläubiger geknüpft wird (ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 271); VON TUHR / ESCHER, gemäss denen das pactum den Inhalt der Obligation begrenzt (VON TUHR / ESCHER, S. 347 bei FN 45; gl.A. WATTER/KÄGI, SZW 2004, S. 231, 241); REETZ, gemäss dem «die Struktur der Forderung [...] durch das [...] «pactum de non cedendo» gegenüber ihrem naturalen (zediblen) Zustand an sich verändert» wird (REETZ, recht 2006, S. 233, 244; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 6.9.1979, in: ZR 1980, Nr. 143, E. 5 S. 314 i.f.) und SCHULIN/VOGT, gemäss denen das pactum der Forderung «die ihr sonst inwohnende Eigenschaft der Abtretbarkeit» nimmt (SCHULIN/VOGT, S. 614).

567 SCHULER, S. 20-22, 40.

teil der Forderung betrachtet. Mit dem Verbot werde eine Einwendung des Schuldners begründet, die er gegenüber allen erheben könne. BUCHER spricht von einer «forderungsimmanenten Bedingung», die den Bestand der Forderung davon abhängig macht, dass sie beim ursprünglichen Gläubiger besteht und nicht auf einen Zessionar übergeht.⁵⁶⁸

Einer vertieften Analyse unterzog STEINER die Natur des pactum de non cedendo in seiner Dissertation aus dem Jahr 2001. Gestützt auf eine Auslegung von Art. 164 OR gelangte er zum Ergebnis, dass Gesetz, Vereinbarung und Natur des Rechtsverhältnisses⁵⁶⁹ die Abtretbarkeit der Forderung ausschlossen und damit nicht bloss (obligatorisch wirkende) Verfügungsverbote darstellten: Der Wortlaut von Art. 164 OR lasse keine eindeutigen Schlüsse zu. Einerseits sei die Verwendung der Begriffe «verbieten» in der französischen Fassung von Abs. 1⁵⁷⁰ und «Verbot» in der deutschen und italienischen Version von Abs. 2⁵⁷¹ ein Argument für das Verständnis des pactum de non cedendo als Verfügungsverbot. Andererseits spreche die französische Version von Abs. 2 ausdrücklich von «Unabtretbarkeit»⁵⁷² und gingen alle drei Fassungen beim Vorliegen eines Abtretungshindernisses von einem «Nichtkönnen» des Gläubigers aus.⁵⁷³ Anders als das im Ergebnis unentschiedene grammatikalische Auslegungselement gäben das historische und das systematische Auslegungselement hingegen klare Anhaltspunkte, die für eine Qualifikation der drei Abtretungshindernisse als «objektbezogene Verfügungshindernisse in der Form der Verfügbarkeitsbeschränkungen» sprächen. Die Entstehungsgeschichte von Art. 164 OR⁵⁷⁴ zeige, dass diese Bestimmung – abweichend von der mit dem OR von 1911 eingefügten Marginalie – nicht die «Zulässigkeit», sondern den Gegenstand der Zession bzw. die Abtretbarkeit von Forderungen regle. Dafür spreche auch die systematische Stellung von Art. 164 OR zu Beginn der Bestimmungen zum Abtretungsrecht. Damit bezögen sich die Ausnahmen in Art. 164 Abs. 1 OR auf den Gegenstand der Zession.⁵⁷⁵

568 BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 63. Ähnlich bereits SENTENIS, der davon sprach, dass die Forderung «durch Gewährung an einen Andern ihre Identität verlore» (siehe oben Rz. 124 bei FN 345). Vgl. auch WATTER/KÄGI, SZW 2004, S. 231, 241.

569 STEINER vertritt die Ansicht, dass die «Natur des Rechtsverhältnisses» ein gesetzliches Abtretungshindernis darstelle (vgl. unten FN 1015).

570 «[À] moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire» (Hervorhebung durch den Autor, ebenso in FN 571-573).

571 «[E]in schriftliches Schuldbekenntnis [...], das ein Verbot der Abtretung nicht enthält», «un riconoscimento scritto, che non menziona la proibizione della cessione».

572 «[U]ne reconnaissance écrite ne mentionnant pas l'incessibilité».

573 «Der Gläubiger kann eine [...] Forderung [...] abtreten [...]» «Le créancier peut céder son droit [...]» «Il creditore può cedere [...] il suo credito [...]»

574 Siehe zur Entstehungsgeschichte oben Rz. 122-150, insbesondere Rz. 142-150.

575 STEINER, S. 59-66.

192 Auch gemäss SCHULIN/VOGT nimmt das pactum de non cedendo der Forderung die ihr grundsätzlich innewohnende Eigenschaft der Abtretbarkeit. Die Unabtretbarkeit werde dadurch erreicht, «dass der Gläubiger seine Macht über seine Forderung einschränkt und damit einverstanden ist, dass sie nicht mehr abtretbar ist. Damit verfügt⁵⁷⁶ der Gläubiger über seine Forderung.» Da eine unmittelbare Änderung der Forderung bezüglich ihrer bisherigen Abtretbarkeit nur mit Zustimmung des Schuldners eintrete, sei das pactum de non cedendo ein Verfügungsvertrag.⁵⁷⁷ Auch bei der vereinbarten Aufhebung des pactum de non cedendo handle es sich um einen Verfügungsvertrag, weil ebenfalls unmittelbar eine Änderung bezüglich der Eigenschaft der Forderung eintrete. Der Schuldner verfüge insofern über die Forderung, «als er diese wieder rechtsverkehrsfähig werden lässt, indem er auf seine bevorzugte Rechtsstellung verzichtet und dadurch dem Gläubiger mehr Macht über die Forderung einräumt.»⁵⁷⁸

193 Entgegen der hiervor dargestellten Lehre folgt HURNI in seiner Dissertation aus dem Jahr 2007 der *Mitwirkungstheorie*. Gemäss seiner Ansicht müsse die Übertragbarkeit als Eigenschaft einer Forderung von der Verfügungsmacht als Element des Übertragungstatbestands unterschieden werden. Letzterer betreffe die Frage, ob das Übertragungsgeschäft zweiseitig durch Konsens der übertragenden und der erwerbenden Partei oder dreiseitig mit Zustimmung der am Recht passiv beteiligten Partei zustande komme. Rechte, die zwar nicht in einem zweiseitigen, aber in einem dreiseitigen Übertragungsgeschäft übertragen werden könnten, seien objektiv betrachtet übertragbar. Unübertragbar seien nur solche, die einer Rechtsübertragung absolut unzugänglich seien. Da sich die Übertragbarkeit mithin ausschliesslich nach objektiven Kriterien bemesse, sei eine rechtsgeschäftliche Beeinflussung der Übertragbarkeit ausgeschlossen. Die Wirkung des pactum de non cedendo sei in der Einschränkung der Verfügungsmacht zu sehen: Die Alleinzuständigkeit des Gläubigers für die Vornahme des Verfügungsakts werde zugunsten der gemeinsamen Zuständigkeit von Gläubiger und Schuldner durchbrochen. Die Verfügungsmacht werde mithin aufgeteilt.⁵⁷⁹

576 Zum Begriff der Verfügung siehe oben FN 12.

577 SCHULIN/VOGT, S. 614.

578 SCHULIN/VOGT, S. 616.

579 HURNI, S. 108 f.; ähnlich MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 904 («vertragliche Unterlassungsverpflichtung, welche die Verfügungsbefugnis des Gläubigers über die Forderung beschlägt»).

II. Stellungnahme

M.E. besteht *de lege lata* kein Grund, vom vorherrschenden Verständnis abzuweichen, dass das *pactum de non cedendo* eine Forderung inhaltlich verändert, indem diese durch die Vereinbarung der Parteien unabtretbar wird (Rechtsinhaltsstheorie). Diese Auffassung entspricht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit: Wenn die Parteien in ihrer Entscheidung frei sind, ob sie überhaupt eine Forderung begründen, dann sind sie auch frei, eine Forderung zu begründen, die nicht oder nur erschwert übertragen werden kann.⁵⁸⁰ Dass das *pactum de non cedendo* die Verfügungsmacht des Gläubigers über die Forderung aufhebt,⁵⁸¹ spricht nicht dagegen, darin gleichzeitig eine Veränderung des Inhalts der Forderung zu sehen.⁵⁸² Im Gegenteil ist die fehlende Verfügungsmacht zwangsläufig eine Reflexwirkung der Unabtretbarkeit der Forderung.⁵⁸³ Hinzu kommt, dass ein Verfügungsvertrag, wie ihn das *pactum de non cedendo* darstellt,⁵⁸⁴ gerade bewirkt, dass auf ein Recht verzichtet oder dass ein Recht veräussert, belastet oder – wie beim *pactum de non cedendo* – geändert wird.⁵⁸⁵ Daher erscheint die von HURNI getroffene Beschränkung der Unübertragbarkeit auf objektive Übertragungshindernisse entbehrlich.

Vorliegend wird die Natur des *pactum de non cedendo* demnach wie folgt verstanden: Das *pactum* ist ein Verfügungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner einer Forderung. Es verändert diese inhaltlich, indem es die ihrer Natur nach abtretbare Forderung zu einer unabtretbaren macht. In dieser Gestaltung der Beschaffenheit der Forderung liegt gleichzeitig eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Gläubigers. Das als Beschränkung der Verfügbarkeit der Forderung verstandene *pactum* begrenzt das rechtliche «Können» und nicht bloss das rechtliche «Dürfen» des Gläubigers.⁵⁸⁶ Die Unabtretbarkeit der Forderung hat mithin zur Folge, dass die Zession in Verletzung des *pactum* unwirksam ist.⁵⁸⁷ Da die Verfügungsmacht über das eigene

580 Siehe hierzu auch oben Rz. 179.

581 STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772.

582 Vgl. DÖRNER, S. 141-143, gemäss dessen Ansicht das *pactum* im Verhältnis zum Schuldner den Inhalt des Forderungsrechts verändere, was im Verhältnis zu Dritten bedeute, «dass der Gläubiger rechtlich gehindert ist, über den Vermögenswert Forderung zu verfügen. Aus der Außenperspektive stellt sich die Inhaltsänderung damit gleichzeitig auch als eine Verfügungsbeschränkung dar.» (S. 142).

583 Siehe hierzu oben Rz. 24.

584 Vgl. SCHULIN/VOGT, S. 613f. und oben Rz. 192.

585 Siehe zum Begriff der Verfügung oben FN 12.

586 Siehe allgemein zur Beschränkung der Verfügbarkeit oben Rz. 23.

587 Ausführlich hierzu unten Rz. 199-253, insbesondere 251.

Vermögen – als Ausfluss der Privatautonomie – ein Grundsatz der Privatrechtsordnung ist, bedarf ihre Beschränkung einer gesetzlichen Grundlage. Diese Funktion nimmt für das pactum de non cedendo Art. 164 Abs. 1 OR wahr.

196 Das pactum de non cedendo gemäss Art. 164 OR ist demzufolge kein rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot, das bloss das rechtliche «Dürfen» beschränkt.⁵⁸⁸ Ein Verbot setzt die Möglichkeit einer Handlung, d.h. eines rechtlichen «Könnens», voraus. Diese Möglichkeit der Handlung fehlt dem Gläubiger nach Ausschluss der Abtretbarkeit.⁵⁸⁹ Wenn in der vorliegenden Arbeit – wie auch in Art. 164 Abs. 2 und in der schweizerischen Rechtsliteratur allgemein – von Abtretungsverbot die Rede ist, bezieht sich der Wortbestandteil «Verbot» somit nicht auf die Natur des pactum de non cedendo. Vielmehr dient er in einem weiteren Sinn der Bezeichnung der Abtretungshindernisse aufgrund von Gesetz, Vereinbarung oder der Natur des Rechtsverhältnisses.⁵⁹⁰

197 Solange davon ausgegangen wird, dass auch das als Verfügungsverbot verstandene pactum de non cedendo dingliche Wirkung hat, kommt der Streitfrage nach der Natur des pactum geringe praktische Bedeutung zu.⁵⁹¹ Denn unter dieser Annahme ist die Wirkung des pactum nach allen unterschiedlichen dogmatischen Standpunkten identisch: Die abredewidrige Abtretung ist unwirksam. Nach der Rechtsinhaltslehre folgt dies aus der inhaltlichen Beschaffenheit der Forderung, nach der Verbotstheorie aus der dinglichen Wirkung des Verfügungsverbots und nach der Mitwirkungstheorie aus dem unvollständigen Übertragungstatbestand. Ein Unterschied besteht einzig darin, dass nach letzterer Theorie die Abtretung notwendigerweise absolut unwirksam ist,⁵⁹² während nach der Rechtsinhaltslehre und der Verbotslehre offenbleibt, ob die abredewidrige Zession absolut oder nur relativ (d.h. dem Schuldner gegenüber) unwirksam ist.

198 Erst wenn von der Prämisse abgewichen wird, dass dem als Verfügungsverbot verstandenen pactum de non cedendo dingliche Wirkung zukommt, eröffnet sich die Möglichkeit, dass vertragliche Abtretungsverbote bloss obligatorische Wirkung zeitigen. Dogmatisch begründen lassen sich somit die unterschiedlichsten Ausgestaltungen der Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote. Damit steht es in der Entscheidung des Gesetzgebers, welche Wirkung

588 Vgl. zum Begriff des Verfügungsverbots oben Rz. 18.

589 STEINER, S. 45.

590 Vgl. zur uneinheitlichen Verwendung des Verbotsbegriffs im schweizerischen Privatrecht STEINER, S. 46.

591 Gl.A. im deutschen Recht Staudinger-KOHLER, § 137 BGB N 22; Staudinger-BUSCHKE, § 399 BGB N 52; MüKo-ARMBRÜSTER, § 137 BGB N 20.

592 Vgl. BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 291f.

er dem pactum de non cedendo zukommen lässt.⁵⁹³ *De lege lata* ist es die absolute Wirkung.⁵⁹⁴ Welche Wirkung *de lege ferenda* zu empfehlen ist, wird im 5. Teil dieser Arbeit erörtert.

§10 Rechtsfolgen der Abtretung in Verletzung eines pactum de non cedendo

I. Wirkung des pactum de non cedendo

1. Einleitung

Die Wirkung des pactum de non cedendo manifestiert sich in erster Linie in seinen Folgen für die Gültigkeit bzw. Wirksamkeit⁵⁹⁵ einer Abtretung, die der Gläubiger ungeachtet des pactum vornimmt. In der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre wurden im Lauf der Zeit alle möglichen Folgen für die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung angenommen. Sie reichen von der absoluten Wirksamkeit der Abtretung zufolge Nichtigkeit oder rein obligatorischer Wirkung des pactum über verschiedene Ausprägungen der relativen Unwirksamkeit der Abtretung bis zu deren absoluter Unwirksamkeit oder gar Nichtigkeit.

Im Folgenden wird nach einer Klarstellung der verwendeten Begrifflichkeit (Ziff. 2) die Entwicklung der Ansichten über die Wirkung des pactum unter dem Obligationenrecht von 1881 (Ziff. 3) und demjenigen von 1911 aufgezeigt und die heute vorherrschende Ansicht dargestellt (Ziff. 4) sowie dazu Stellung genommen (Ziff. 5).

2. Wirkung und Wirksamkeit

Die verschiedenen in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre vertretenen Ansichten zur Wirkung des pactum de non cedendo lassen sich den

593 Siehe zur rechtsvergleichenden Erkenntnis, dass die Wirkung des pactum unabhängig von der allgemeinen Ausgestaltung des Abtretungsrechts geregelt werden kann, unten Rz. 702-709 und zur rechtspolitischen Natur der Entscheidung über die Wirkung des pactum unten Rz. 710-712.

594 Siehe sogleich Rz. 199-253.

595 Gültigkeit und Wirksamkeit werden in der Rechtssprache synonym verwendet (siehe zum Begriff der Wirksamkeit sogleich FN 598). Dies gilt ebenso für Ungültigkeit und Unwirksamkeit.

vier idealtypischen Regelungsmodellen zuordnen, in welche auch die unterschiedlichen Lösungen in anderen Rechtsordnungen und in internationalen Regelwerken eingeteilt werden können.⁵⁹⁶ Die folgende Übersicht zeigt für diese Regelungsmodelle den Zusammenhang zwischen der Wirkung⁵⁹⁷ des Abtretungsverbots und der (Un-)Wirksamkeit⁵⁹⁸ der abredewidrigen Abtretung.

Wirkung des Abtretungsverbots	Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung
absolute Wirkung	absolute Unwirksamkeit
relative Wirkung	relative Unwirksamkeit
rein obligatorische Wirkung	(absolute) Wirksamkeit
Nichtigkeit (keine Wirkung)	(absolute) Wirksamkeit

In der vorliegenden Arbeit verwendete Begrifflichkeit.

202 Die Wirkung des pactum de non cedendo und die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung stehen in einem reziproken Verhältnis: Je stärker die Wirkung ist, die dem pactum zukommt, desto schwächer ist die Wirksamkeit der Abtretung. Wirkt das Abtretungsverbot absolut, ist die Zession (absolut) unwirksam. Bei relativer Wirkung des Verbots ist die abredewidrige Abtretung entsprechend relativ unwirksam.⁵⁹⁹ Wirkt das pactum nur obligatorisch (d.h. schuldrechtlich verpflichtend), so ist die Zession wirksam. Dies gilt umso mehr, wenn das pactum als nichtig angesehen wird.

203 Die vorliegend verwendete Begrifflichkeit zu den (Un-)Wirksamkeitsformen der Abtretung entspricht derjenigen im deutschen Recht. In Bezug auf die Wirkungen des pactum weicht sie jedoch teilweise von der deutschen Terminologie ab. Dort umfasst der Begriff «absolute» bzw. «dingliche Wirkung»⁶⁰⁰ alle Wirkungen, die das pactum – über die rein obligatorische Wirkung zwischen Schuldner und Gläubiger hinaus – gegen Dritte hat. Nach dieser Begriff-

596 Siehe hierzu die Übersicht unten in Rz. 458 und 681.

597 Unter «Wirkung» werden die Folgen verstanden, die von einer Ursache hervorgebracht werden (vgl. Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, hrsg. von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Stichwort «Wirkung»).

598 In der Rechtssprache bedeutet «Wirksamkeit» die Rechtmässigkeit bzw. Bestandeskraft eines Rechtsakts (vgl. Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort «Wirksamkeit»).

599 So zumindest nach dem Grundkonzept. Eine Ausnahme bildet das Konzept von § 354a HGB und Art. III.-5:108 DCFR, das in der vorliegenden Arbeit aufgrund seiner Nähe zur relativen Unwirksamkeit ebenfalls unter dem Oberbegriff der relativen Wirkung behandelt wird, auch wenn es eigentlich die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung anordnet (vgl. auch unten FN 604 m.w.Nw. und Rz. 493).

600 Der Begriff «dingliche Wirkung» wird in der vorliegenden Arbeit gleich wie im deutschen Recht verwendet (siehe FN 560). Die dingliche Wirkung umfasst als Oberbegriff die Wirkungen des pactum, die entweder die absolute oder die relative Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge haben.

lichkeit schliesst die «absolute Wirkung» somit auch die hier «relativ» genannte Wirkung ein. Entsprechend kann die (deutsche) «absolute Wirkung» des pactum sowohl zur absoluten als auch zur relativen Unwirksamkeit der Abtretung führen. «Relative Wirkung» wiederum wird im deutschen Recht in der Regel synonym mit «rein obligatorischer Wirkung» gebraucht.⁶⁰¹

Wirkung des Abtretungsverbots	Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung
absolute/dingliche Wirkung	absolute Unwirksamkeit
absolute/dingliche Wirkung	relative Unwirksamkeit
rein obligatorische/relative Wirkung	(absolute) Wirksamkeit
Nichtigkeit (keine Wirkung)	(absolute) Wirksamkeit

Im deutschen Recht verwendete Begrifflichkeit.

Auch wenn der dargestellte Sprachgebrauch im deutschen Recht präziser ist,⁶⁰² wird vorliegend von seiner Übernahme abgesehen. Er birgt nämlich den Nachteil, dass ihm ein spezifischer Terminus für die Wirkung des pactum fehlt, das die relative Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge hat. Im Unterschied dazu hat in der hier verwendeten Terminologie jede Form der (Un-)Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung ein begriffliches Pendant bei der Wirkung des pactum. Dies erleichtert die verständliche Darstellung der Wirkung des pactum und der korrespondierenden Form der (Un-)Wirksamkeit der Abtretung.^{603, 604}

3. Unter dem Obligationenrecht von 1881

Das pactum de non cedendo fand mit dem Inkrafttreten des alten Obligationenrechts am 1. Januar 1883 in dessen Art. 183 Eingang ins Schweizer Recht.⁶⁰⁵

601 Vgl. zur deutschen Begrifflichkeit WAGNER, JZ 1994, S. 227, 228 f.

602 Er verwendet die Begriffe «absolut» bzw. «relativ» im gleichen Sinn wie beim «absoluten Recht» (mit Wirkung *erga omnes*) bzw. «relativen Recht» (mit Wirkung *inter partes*) und vermeidet die begrifflich künstlich anmutende Unterscheidung zwischen relativer und rein obligatorischer Wirkung.

603 Das Fehlen eines spezifischen Terminus für die Wirkung des pactum, das die relative Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge hat, führte in Deutschland denn auch zu Missverständnissen (vgl. hierzu WAGNER, JZ 1994, S. 227, 227-229).

604 Hinzu kommt, dass der Begriff der relativen Wirkung des pactum es erlaubt, diesem Regelungsmodell Lösungen zuzuordnen, die zwar nicht die relative Unwirksamkeit vorsehen, dieser jedoch inhaltlich nahestehen (wie § 354a HGB und Art. III.-5:108 DCFR; siehe hierzu unten Rz. 574-577 [HGB] und Rz. 588 [DCFR]). Die relative Wirkung geht somit – genau genommen – über diejenige Wirkung hinaus, welche die relative Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge hat.

605 Siehe oben Rz. 142-146.

Die damaligen deutschsprachigen Standardwerke über das Obligationenrecht schenken dem pactum keine grosse Beachtung.⁶⁰⁶ So beschränkte sich HAFNER auf den Verweis auf die Regelungen beim Leibrentenvertrag (Art. 520 aOR) und bei Namenaktien (Art. 637 Abs. 2 aOR), gemäss denen vertraglich bzw. statutarisch von der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Forderungen des Leibrentengläubigers bzw. von Namenaktien abgewichen werden kann.⁶⁰⁷ Der «Leichtfaßliche[n] Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts» von VOGT ist immerhin zu entnehmen, dass nach dessen Ansicht «Forderungsrechte nicht abgetreten werden» können, wenn «in der Schuldschrift [...] die Klausel der Nichtabtretung durch den Gläubiger» steht. Diese Forderungen «sind nicht cessibel».⁶⁰⁸ Damit attestierte VOGT dem pactum de non cedendo absolute Wirkung.

206 Ausführlicher befasste sich ROSSEL mit den «droits rendus incessibles par la convention». Auch er bezieht sich auf die beiden gesetzlich besonders geregelten Fälle der Vereinbarung von Abtretungsverboten in Art. 520 und 637 Abs. 2 aOR. Aus der ausdrücklichen Regelung der Möglichkeit des pactum de non cedendo in diesen beiden Fällen zieht er den Umkehrschluss, dass das Gesetz eine solche Vereinbarung in allen anderen Fällen verbiete. Ein dennoch vereinbartes Abtretungsverbot hält er nicht nur für Dritten gegenüber nicht einwendbar, sondern schlichtweg für nichtig. Denn «les droits cessibles de leur nature ne peuvent être frappés d'incessibilité.» Diese Lösung sei sehr vernünftig, weil die vertragliche Unübertragbarkeit einer Forderung auf die gleichen wirtschaftlichen und rechtlichen Hindernisse wie die Unveräusserlichkeit des Eigentums stosse.⁶⁰⁹

207 Eine differenzierende Sichtweise vertrat ATTENHOFER in seinem in den Jahren 1885-1887 erschienenen Aufsatz über den «Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationenrechte». Er unterschied zwischen der Vereinbarung eines Abtretungsverbots bei Begründung der Forderung und der Vereinbarung, die später abgeschlossen wird. Bei ersterer sei die «Cession, welche entgegen dieser Uebereinkunft sich vollzogen, ungültig, so dass der Schuldner mit Erfolg dem Cessionar die Leistung verweigern kann. Wenn dagegen die genannte Vereinbarung erst nach Begründung der Forderung fixirt

606 HABERSTICH äussert sich abgesehen vom Zitat des Wortlauts von Art. 183 aOR überhaupt nicht zur Bedeutung der «Vereinbarung» als Abtretungshindernis (HABERSTICH, S. 198-204). Auch der Kommentar von SCHNEIDER und dem Redaktor der Entwürfe des Obligationenrechts von 1875-1879 FICK schweigt dazu (SCHNEIDER/FICK, 1. Aufl. 1882, Art. 183 aOR, Ziff. 1-3; 2. Aufl. 1896, Art. 183 aOR, Ziff. 1-10).

607 HAFNER, 1. Aufl. 1883, Art. 183 aOR, Anm. 3; 2. Aufl. 1905, Art. 183 aOR, Anm. 4.

608 VOGT, Anleitung, S. 120.

609 ROSSEL, Manuel 1892, Ziff. 229, S. 235; Manuel 1905, Ziff. 229, S. 268.

worden ist, so kann dieselbe regelmässig⁶¹⁰ nicht bewirken, dass eine allfällige Cession der betreffenden Forderung als ungültig sich erweist.» In Analogie zum *pactum de non alienando* bei Sachen könne aus dem nachträglich vereinbarten *pactum de non cedendo* «höchstens eine Obligation unter den Kontrahenten, resp. eine Entschädigungsforderung des Schuldners an den Cedenten abgeleitet werden.»⁶¹¹ Für diese Lösung sprächen – so ATTENHOFER schon 1886! – auch die Bedürfnisse des modernen Verkehrs. Durch das aOR ziehe sich die «unverkennbare Tendenz» hin, «den modernen Verkehr selbst auf Kosten von Rechtsanschauungen, die bisher in der Wissenschaft als unfehlbare juristische Dogmen hingestellt wurden, zu begünstigen.» Die absolute Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote erzeuge ein «berechtigtes Misstrauen gegen die Uebnahme von Forderungen». Gerade bei beurkundeten Forderungen, die «im praktischen Leben am häufigsten den Gegenstand des Cession bilden», sei das *pactum de non cedendo* für den Zessionar regelmässig dann nicht erkennbar, wenn es nachträglich vereinbart werde.⁶¹² Der Nachteil, der dem Zessionar durch die absolute Wirkung nachträglich vereinbarter Verbote entstehe, überwiege die faktischen Nachteile, die der Schuldner bei nur obligatorischer Wirkung des Verbots erlitt.⁶¹³ Zusammengefasst wirkt nach der Ansicht ATTENHOFERS ein bei Begründung der Forderung vereinbartes Abtretungsverbot absolut und hindert es mithin den Forderungsübergang, während ein späteres Verbot nur obligatorisch wirkt und die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung unberührt lässt.

Aus der Rechtsprechung zum *pactum de non cedendo* nach Art. 183 aOR ist – soweit ersichtlich – einzig ein Urteil der Appellationskammer des Obergerichts Zürich überliefert. Dieses sprach sich für die absolute Wirkung des *pactum de non cedendo* aus, indem es erwog, dass nach Art. 183 aOR «Vereinbarungen, welche die Cessionsfähigkeit der Forderungen beschränken, ausdrücklich gestattet» seien. Im zu beurteilenden Fall ging es um die Abtretung einer Rentenforderung aus Versicherungsvertrag. Deren Abtretung erwies

610 Eine Ausnahme bestehe, wenn der Zessionar Kenntnis vom *pactum de non cedendo* habe. In diesem Fall stehe dem Schuldner die *exceptio doli* zu und könne das nachträglich vereinbarte *pactum de non cedendo* demzufolge der Abtretung entgegenstehen (ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 279, 285-288).

611 ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 267-275 (Zusammenfassung auf S. 288).

612 Das Zessionsrecht im aOR kannte keine Art. 164 Abs. 2 OR entsprechende Vorschrift, die den guten Glauben des Zessionars in das Nichtbestehen eines Abtretungsverbots schützt, wenn ein schriftliches Schuldbekenntnis das Verbot nicht enthält (siehe hierzu unten Rz. 271-277). Die Aufnahme dieser Bestimmung ins Obligationenrecht von 1911 trug ATTENHOFERS Bedenken gegen die absolute Wirkung des nachträglich vereinbarten *pactum de non cedendo* Rechnung (siehe oben Rz. 149).

613 ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 275-279.

sich aufgrund einer statutarischen Klausel, welche die Abtretung der Rentenforderung ohne gleichzeitige Übergabe der Versicherungspolice ausschloss, als (absolut) unwirksam.⁶¹⁴

209 Zur Zeit der Geltung des alten Obligationenrechts wurden in der Schweiz gemäss den vorstehenden Erörterungen gerade die beiden gegensätzlichsten Ansichten zur Wirkung des pactum de non cedendo vertreten: Gemäss ROSSEL waren vertragliche Abtretungsverbote – abgesehen von den Fällen von Art. 520 und 637 Abs. 2 aOR – nichtig und die abredewidrige Zession demzufolge wirksam. Im Unterschied dazu waren das Obergericht Zürich und VOGT der Ansicht, dass das pactum die «Cessibilität» bzw. «die Cessionsfähigkeit der Forderungen» beschränke. Folglich wirkte es absolut und war die abredewidrige Abtretung (absolut) unwirksam. Gleicher Ansicht war ATTENHOFER für Abtretungsverbote, die bei Begründung der Forderung vereinbart werden. Später abgeschlossene Verbote wirkten nach seinem Verständnis hingegen bloss rein obligatorisch.

4. Unter dem Obligationenrecht von 1911

A. Relative Wirkung

210 Mit dem Obligationenrecht von 1911 wurde der Bestimmung über die Abtretbarkeit von Forderungen in Art. 164 ein zweiter Absatz beigefügt. Dieser spricht von der «Einrede [des Schuldners], dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei». Mit dieser ausdrücklichen Anordnung, dass das pactum de non cedendo dem Schuldner eine «Einrede» verschafft, war die Ansicht ROSSELS, dass das pactum grundsätzlich nichtig sei, hinfällig geworden. ROSSEL, der bei der Revision des Obligationenrechts französischsprachiger Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission war,⁶¹⁵ hielt zwar dennoch am Grundsatz fest, «que les droits cessibles de leur nature ne peuvent être frappés d'incessibilité.» Aus dem Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 OR ergebe sich jedoch, «que l'incessibilité peut, d'une manière générale, être convenue (pactum de non cedendo), mais qu'elle ne produit d'effets qu'entre les parties sous les conditions de l'art. 164 alin. 2.»⁶¹⁶ Was ROSSEL mit «effets [...] entre les parties sous les conditions de l'art. 164 alin. 2» meint, ist nicht ohne Weiteres verständlich. Die Beschränkung der Wirkungen auf die Parteien scheint für

614 Appellationskammer des Obergerichts Zürich, Urteil vom 1.4.1890, in: Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts, Bd. VIII, 1890 [Beilage zur ZSR 1890], Nr. 70, S. 116-119.

615 Zu ROSSELS eminenter Rolle bei der Schaffung des ZGB und der Revision des OR vgl. WICHSER, Virgile Rossel, Zum 50. Todestag, SJZ 1983, S. 390, 391.

616 ROSSEL, Manuel 1912, S. 205 f.; Manuel 1920, Bd. 1, Ziff. 337, S. 228.

eine rein obligatorische Wirkung des pactum zwischen Schuldner und Gläubiger als Parteien des pactum zu sprechen. «Les parties» ist aber wohl in einem weiteren Sinn unter Einschluss des Zessionars zu verstehen. Denn der Bezug auf die Voraussetzungen von Art. 164 Abs. 2 OR legt nahe, dass dem pactum de non cedendo zumindest relative Wirkung zukommt, weil sich aus Art. 164 Abs. 2 OR *e contrario* ergibt, dass der Schuldner dem Zessionar das pactum grundsätzlich entgegenhalten kann.

OSER, Mitglied der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts und von 1912 bis 1930 Richter in der 1. Zivilabteilung des Bundesgerichts,⁶¹⁷ sprach sich in seinem 1915 erschienenen Kommentar zum Obligationenrecht klar für die Ungültigkeit der abredewidrigen Abtretung aus. «Es kann also nicht bloss Schadenersatz für die Zuwiderhandlung gegenüber der Vereinbarung verlangt werden. Diese Ungültigkeit ist aber nicht absolute Nichtigkeit, sondern die dennoch abgeschlossene Zession kann bloss dem Schuldner nicht entgegengehalten werden. Sie entfaltet also ihre volle Wirkung, wenn sie vom Schuldner genehmigt wird.»⁶¹⁸ In der zweiten, unter Mitwirkung von SCHÖNENBERGER umgearbeiteten Auflage dieses Kommentars wurde die Ansicht, dass die abredewidrige Abtretung nur dem Schuldner nicht entgegengehalten werden könne, damit begründet, dass das pactum typisch nur im Interesse des Schuldners liege.⁶¹⁹

BECKER schloss sich in seiner 1917 erschienenen Kommentierung der Allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts der Ansicht OSERS an:⁶²⁰ Wenn die Abrede über die Nichtabtretbarkeit nur im Interesse des Schuldners getroffen worden sei, so dürfe sie nicht zu dessen Nachteil ausschlagen. «In diesem Fall kann sich daher nur der Schuldner selbst auf die Abrede berufen: nicht auch der Zedent. Eine solche Abtretung ist daher nur relativ nichtig. Der Schuldner kann sie auch anerkennen, und wird dann durch Leistung an den Zessionar befreit.»⁶²¹

617 Zum Leben von Prof. Dr. Hugo Oser vgl. Protokoll der 65. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR 1930, S. 115a, 124a f.

618 ZK-OSER, Art. 164 OR Anm. 3da.

619 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 20.

620 Statt die Kommentierung von OSER zitierte er jedoch WÜNSCHMANN, der sich 1910 in Deutschland ebenfalls für die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung ausgesprochen hatte (BK-BECKER, Art. 164 OR N 25).

621 BK-BECKER, 1. Aufl. 1917, Art. 164 OR N 25; unverändert in BK-BECKER, 2. Aufl. 1941, Art. 164 OR N 44. Gl.A. unter Verweis auf OSER bzw. BECKER und ohne weitergehende Begründung MARTIN, ZSR 1923, S. 1, 18 und KLARER, SJZ 1998, S. 354, 356. Auch in Deutschland wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts teils die Ansicht vertreten, dass die abredewidrige Abtretung relativ unwirksam sei (siehe unten Rz. 466).

- 213 In der kantonalen Rechtsprechung finden sich zwei Urteile des Obergerichts Zürich, die der Ansicht der relativen Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote folgen. In einem Entscheid aus dem Jahr 1957 erwoog das Obergericht unter Verweis auf OSER/SCHÖNENBERGER und BECKER ausdrücklich: «Die Wirkung einer trotzdem erfolgten Abtretung ist grundsätzlich deren relative Ungültigkeit. Der Zedent selber kann sich der Zessionarin gegenüber nicht auf sie berufen; hingegen der Schuldner [...], weil die Nichtabtretbarkeit in der Regel in seinem Interesse vorgenommen wurde».⁶²² Sodann vertrat das Obergericht im Jahr 2014 erneut die Ansicht der relativen Wirkung. Es erwoog, dass die Zessionarin die streitgegenständliche Forderung zwar erworben habe. Sie müsse sich aber das Abtretungsverbot entgegenhalten lassen. Das Gericht gelangte daher zum Ergebnis, dass die Zessionarin (Klägerin) trotz Forderungserwerb im Prozess gegen den Schuldner nicht aktivlegitimiert sei.⁶²³

B. Absolute Wirkung

- 214 Als Erster befasste sich in der Schweiz WOLFF in seiner 1917 erschienenen Dissertation eingehend mit dem Wesen und den Voraussetzungen der Zession. Hinsichtlich der Frage der Wirkung des pactum de non cedendo kam er zum Schluss, dass «die Zession einer durch Verabredung mit dem Schuldner unabtretbaren Forderung [...] nicht nur dem Schuldner gegenüber, sondern absolut unwirksam» ist. Er begründete seine Ansicht damit, dass «es hier gerade wie bei der Abtretung eines gesetzlich oder infolge der Natur des Rechtsverhältnisses unveräusserlichen Anspruchs an einem konstitutiven Tatbestandserfordernis – dem zessionsfähigen Vertragsgegenstand – mangelt, und daher keine Zessionswirkung, keine Rechtsänderung einzutreten vermag.»⁶²⁴
- 215 Auch der Klassiker des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, VON TUHR, wandte sich gegen die Ansicht von OSER und BECKER. Mit prägnanter Klarheit hält VON TUHR fest: «Die Zession einer unabtretbaren Forderung ist wirkungslos, und zwar nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch unter den Parteien (Zedent und Zessionar) und gegenüber Dritten. Die Forderung verbleibt dem Zedenten und kann von seinen Gläubigern gepfändet werden.»⁶²⁵ Gleich wie WOLFF unterscheidet VON TUHR hinsichtlich ihrer

622 OGer ZH, Urteil vom 25.1.1957, in: ZR 1957, Nr. 116, E. 5 S. 254.

623 OGer ZH, Urteil vom 4.3.2014, in: ZR 2014, Nr. 53, E. 4.2.3 S. 175 f. Mangels Verweisen auf Rechtsprechung und Lehre erscheint allerdings fraglich, ob das Obergericht sich in diesem Urteil bewusst gegen die überwiegend vertretene absolute Wirkung des pactum aussprechen wollte.

624 WOLFF, S. 171.

625 VON TUHR, OR, S. 731 f.; unverändert bei VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 47 f.; gl. A. bereits betr. die Regelung des pactum de non cedendo in § 399 BGB VON TUHR, BGB II/1, S. 333 («absolut unwirksam»).

Wirkung grundsätzlich⁶²⁶ nicht zwischen Vereinbarung, Gesetz und Natur des Rechtsverhältnisses. Alle drei Abtretungshindernisse bewirkten gleichermaßen die Unabtretbarkeit der betroffenen Forderung.⁶²⁷ Beim pactum de non cedendo beruhe die Unabtretbarkeit auf dem von Gläubiger und Schuldner aufgrund ihrer Vertragsfreiheit begrenzten Inhalt der Forderung.⁶²⁸

In seiner Dissertation aus dem Jahr 1951 verstand SCHULER das pactum de non cedendo als Vereinbarung, welche die Natur der betroffenen Forderung dahingehend ändere, dass diese unabtretbar werde.⁶²⁹ Diese Beschaffenheit der Forderung mache deren Abtretung unmöglich. Daher «muss der Vereinbarung die Wirkung absoluter Nichtigkeit⁶³⁰ gegenüber Vereinbarungswidrigem zukommen.»⁶³¹ Zu diesem Ergebnis führe auch der Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 OR, der davon spreche, dass eine Forderung abgetreten werden könne, soweit nicht eine Vereinbarung der Abtretung entgegenstehe. Im Umkehrschluss ergebe sich aus dieser Formulierung, dass eine Forderung bei Vereinbarung eines pactum de non cedendo nicht abgetreten werden könne. Es liege daher ein Nichtkönnen und nicht ein blosses Nichtdürfen vor.⁶³² Der Forderung fehle es mithin an der Verfügungsfähigkeit, weshalb sich durch eine vereinbarungswidrige Zession gar nichts ereignen könne.⁶³³ Sodann sei die Möglichkeit des Schuldners, die vereinbarungswidrige Abtretung zu genehmigen, mit der Nichtigkeitswirkung des pactum durchaus vereinbar. Zwar könne aus Nichtigem durch Genehmigung nicht Gültiges entstehen. Durch die Genehmigung werde jedoch «der Grund der Nichtigkeit – die Vereinbarung – durch die Parteien aufgehoben».⁶³⁴ Schliesslich spreche auch die Ratio von Art. 164 Abs. 1 OR dafür, dass vereinbarungswidrige Zessionen nichtig seien. Da der Vereinbarung ohnehin obligatorische Wirkung zukomme, könne die zusätzliche ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nur den Sinn einer Verstärkung der gewöhnlichen Wirkung eines Vertrags haben.⁶³⁵ Dieser absoluten Unwirksamkeit gab SCHULER «aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit» gegenüber der relativen Unwirksamkeit den Vorzug.⁶³⁶

626 Eine Unterscheidung verlangt allerdings die Regelung von Art. 164 Abs. 2 OR.

627 VON TUHR, OR, S. 731 f.; VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 47-49.

628 VON TUHR, OR, S. 731 bei FN 44; VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 44 f.

629 Zu SCHULERS Verständnis der Natur des pactum siehe oben Rz. 189.

630 SCHULER verwendete den Begriff «Nichtigkeit» im Sinn der «Unwirksamkeit».

631 SCHULER, S. 40.

632 SCHULER, S. 40 f.

633 SCHULER, S. 42.

634 SCHULER, S. 43 f.

635 SCHULER, S. 44-46.

636 SCHULER, S. 51-55 (Zitat auf S. 52).

217 SCHULER befasste sich schliesslich auch mit der Differenzierung ATTENHOFERS, wonach ein bei Begründung der Forderung vereinbartes Abtretungsverbot absolut und ein später vereinbartes Verbot nur obligatorisch wirke.⁶³⁷ Dabei zeigte er auf, dass eine Forderung «nicht ein für alle Mal» unveränderlich sei. Sofern sich die Parteien einig seien, ständen die Forderungen «dauernd der Umgestaltung offen». Eine als abtretbares Recht begründete Forderung könne demnach durch Vereinbarung zu einem unabtretbaren Recht werden. Forderungen könnten somit nicht den Grundsätzen über Sachen unterstellt werden, die «ihrer naturhaften Unveränderlichkeit zufolge eine bestimmte Rechtslage zu fixieren imstande sind.» Alle Gründe, die für die absolute Wirkung gleichzeitig mit der Forderung vereinbarter Verbote sprächen, lägen bei nachträglichen Verboten ebenfalls vor.⁶³⁸ Diese Ansicht setzte sich durch. In der neueren Literatur wird hinsichtlich der Wirkung des pactum de non cedendo nicht mehr zwischen gleichzeitig und nachträglich vereinbarten Verboten unterschieden.

218 Die Ansicht, dass das pactum de non cedendo absolut wirkt, fand in der Folge bei den meisten Autoren zum schweizerischen Obligationenrecht Zustimmung.⁶³⁹ Mit der Wirkung des pactum setzte sich vor allem STEINER in seiner 2001 publizierte Dissertation wieder vertiefter auseinander. Er gelangte ebenfalls zum Ergebnis, dass die abredewidrige Abtretung absolut unwirksam sei. Dies begründet er damit, dass Art. 164 Abs. 1 OR das Vorliegen einer abtretbaren Forderung als Tatbestandsmerkmal für eine gültige Abtretung normiere. Durch die Vereinbarung eines pactum de non cedendo werde die

637 Siehe zur Ansicht ATTENHOFERS oben Rz. 207.

638 SCHULER, S. 25-29.

639 Vgl. BUCHER, S. 542 f.; KOLLER, Rz. 84.68; DERS., FS Pedrazzini, S. 327; GUHL/KOLLER, § 34 Rz. 28; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2115; CHK-REETZ/BURRI, Art. 164 OR N 5 und 11; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1272 («Unwirksamkeit *erga omnes*»); DERS., SZW 2015, S. 351, 360; SCHULIN/VOGT, S. 615 f.; DES GOUTTES, S. 11; STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 910 f.; GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 324 f.; GAUCH, Rz. 2449. Folgende Autoren halten die abredewidrige Abtretung ebenfalls für unwirksam. Sie sprechen sich zwar nicht explizit für die absolute Unwirksamkeit aus. Da sie aber die für das Schweizer Recht partikuläre relative Unwirksamkeit nicht erwähnen, ist davon auszugehen, dass sie ebenfalls der Ansicht der absoluten Wirkung folgen: BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 32, 52; KUKO-LARDELLI, Art. 164 OR N 22, 25; HURNI/BANK, Art. 164 OR N 14; WEHRLI, S. 5; VON BÜREN, S. 325; ENGEL, S. 878; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.26; KRAMER/PROBST, Rz. 553; HUGUENIN, Rz. 1361; KRAUSKOPF, Art. 164 OR N 6; MÜLLER-CHEN, S. 695, Rz. 33; MÜLLER, S. 156. Widersprüchlich ist die Kommentierung von SPIRIG: Einerseits spricht er davon, dass die entgegen einem Abtretungsverbot abgetretene Forderung dem Gläubiger verbleibe (ZK-SPIRIG, vor Art. 164-174 OR N 158 und Art. 164 OR N 183; vgl. auch Art. 164 OR N 187), was der absoluten Wirkung entspricht. Andererseits führt er – unter Verweis auf BK-BECKER, Art. 164 OR N 4 – aus, dass der Gläubiger sich nicht auf die Nichtabtretbarkeit berufen könne, wenn deren Vereinbarung nur im Interesse des Schuldners geschlossen worden sei (Art. 164 OR N 188), was der relativen Wirkung entspricht.

von Art. 164 Abs. 1 OR vorausgesetzte Abtretbarkeit der Forderung ausgeschlossen.⁶⁴⁰ Gleichzeitig scheitere die Abtretung einer unabtretbaren Forderung an der fehlenden Verfügungsmacht des Zedenten. Denn dem Zedenten könne «aus einer unabtretbaren Forderung hinsichtlich der Verfügung der Abtretung auch keine Verfügungsmacht erwachsen».⁶⁴¹

Das Bundesgericht warf die Frage, ob eine abredewidrige Abtretung absolut oder relativ unwirksam ist, bisher nicht ausdrücklich auf.⁶⁴² Es spricht regelmässig bloss von der Ungültigkeit der abredewidrigen Abtretung⁶⁴³ und zitierte in einem Urteil die Vertreter beider Ansichten nebeneinander.⁶⁴⁴ In zwei Urteilen folgte es in seinen Erwägungen allerdings der Ansicht der absoluten Wirkung: In BGE 128 III 50 erwo die I. zivilrechtliche Abteilung, dass die Beschwerdegegnerin nicht Zessionarin sei, da die Abtretung vertraglich abgeschlossen worden sei.⁶⁴⁵ Dass die Forderung nach Ansicht des Bundesgerichts nicht auf die «Zessionarin» übergegangen ist, entspricht der absoluten Wirkung. Bei relativer Wirkung wäre die Forderung nämlich übergegangen und nur gegenüber dem Schuldner wäre dieser Übergang unwirksam. In BGE 127 V 439 befand das Eidgenössische Versicherungsgericht: «En principe, la cession d'une prétention incessible n'est pas valable et demeure sans effet.»⁶⁴⁶ Mit anderen Worten ist die abredewidrige Abtretung nicht nur ungültig («pas valable»), sondern wirkungslos («sans effet»). Diese Wirkungslosigkeit kann – neben der Ungültigkeit – nur dahingehend verstanden werden, dass sich nicht nur der Schuldner, sondern alle Personen auf die Ungültigkeit der Abtretung berufen können. Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass das Bundesgericht der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo folgt, ohne dies jedoch ausdrücklich zu deklarieren.

Wie das Bundesgericht sprechen auch die kantonalen Gerichte regelmässig davon, dass die abredewidrige Abtretung ungültig sei, ohne die Art der Ungültigkeit zu spezifizieren.⁶⁴⁷ Das Obergericht Zürich liess die Frage in

640 Zu STEINERS Verständnis der Natur des pactum siehe oben Rz. 191.

641 STEINER, S. 45f.

642 Vgl. MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 917.

643 BGE 50 II 150 E. 6 S. 156f.; 109 II 43 E. 1 S. 44; 117 II 94 E. 5c S. 99f. Vgl. auch BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 1-3; 4C.129/2002, Urteil vom 3.9.2002, E. 1.1; K 115/04, Urteil vom 11.4.2005, E. 2.3, 3.

644 BGE 112 II 241 E. 2a S. 243.

645 BGE 128 III 50 E. 3b S. 63 = Pra 2002, Nr. 90.

646 BGE 127 V 439 E. 2 S. 442 i. i.

647 Vgl. AppGer BS, Urteil vom 20.6.1947, in: SJZ 1949, S. 169 E. a; Bezirksgerichtskommission Arbon, Urteil vom 31.10.1991, in: SJZ 1992, S. 148, 149, E. 3; HGer ZH, HG200195, Urteil vom 30.6.2022, E. 2.3. Vgl. auch KGer VS, Urteil vom 16.12.2010, in: ZBJV 2013, S. 548, 551, E. 3d.

einem Entscheid aus dem Jahr 1979 unter Hinweis auf die verschiedenen Ansichten ausdrücklich offen.⁶⁴⁸ Der Ansicht der absoluten Wirkung folgten das Handelsgericht Zürich⁶⁴⁹ und das Bezirksgericht Zürich. Letzteres erwog, dass das pactum de non cedendo die Abtretbarkeit ausschliesse. Daher könne die Forderung nicht rechtswirksam abgetreten werden und stehe sie noch immer dem «Zedenten» zu.⁶⁵⁰

C. Nichtigkeit der Abtretung?

221 In der französischsprachigen Literatur finden sich Stimmen, welche die abredewidrige Abtretung für «nulle» halten. So vertritt JEANPRÊTRE in seinem Aufsatz über die Abtretung von Lohnforderungen aus dem Jahr 1967 die Ansicht, dass die «nullité absolue» der von OSER und BECKER befürworteten «invalidité relative» vorzuziehen sei.⁶⁵¹ Er begründet dies damit, dass Abtretungen, denen gesetzliche Abtretungsverbote oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegenständen, nichtig seien. Der Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 OR setze das pactum de non cedendo diesen beiden anderen Abtretungshindernissen gleich. Für die Nichtigkeit spräche auch der praktische Grund, dass sie eine klare Lösung biete. Sie erlaube es, sich die manchmal schwierige Unterscheidung zwischen der gesetzlichen oder vertraglichen Natur gewisser Verbote zu ersparen.⁶⁵² Auch TERCIER/PICHONNAZ sprechen von der «nullité» der abredewidrigen Abtretung.⁶⁵³

222 Es ist allerdings fraglich, ob JEANPRÊTRE und TERCIER/PICHONNAZ mit «nullité (absolue)» tatsächlich «Nichtigkeit» in dem Sinn verstehen, dass die Unwirksamkeit der Abtretung auch durch Genehmigung des Schuldners nicht geheilt werden kann. Näher liegt, dass sie begrifflich nicht zwischen «nullité» und «invalidité» unterscheiden und mit «nullité (absolue)» die (absolute) Unwirksamkeit im Sinn der Ansicht von WOLFF und VON TUHR meinen.⁶⁵⁴ Zur Frage der Genehmigung äussern sie sich nämlich nicht.

648 OGer ZH, Urteil vom 6.9.1979, in: ZR 1980, Nr. 143, E. 4: «Über die Wirkung der Zession einer durch Vereinbarung unabtretbar erklärten Forderung gehen die Auffassungen in der Lehre auseinander.»

649 HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.2: «Das vertragliche Abtretungsverbot bewirkt die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit einer trotzdem erfolgten Zession. Ausnahmsweise wird die Abtretung doch wirksam, wenn der Schuldner dieser [...] zustimmt oder sie genehmigt.»

650 BezGer ZH, SG 1994, Nr. 954, Urteil vom 7.9.1994, E. III.1 und 2.

651 JEANPRÊTRE, SJZ 1967, S. 17, 20.

652 JEANPRÊTRE nennt kein Beispiel für diese Schwierigkeit. Es ist auch keines ersichtlich.

653 TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1808 («cession [...] frappée de nullité») und Rz. 1810.

654 Auch VON TUHR lehrte in seinem «Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts» noch, dass «Verfügungen über Rechte, die einer Verfügung, insbesondere

D. Begründung einer Einrede für den Schuldner

KELLER/SCHÖBI folgten 1984 in ihrem Lehrbuch zum Obligationenrecht scheinbar der Ansicht der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo, indem sie ausführten, dass die Abtretung nicht abtretbarer Forderungen grundsätzlich ungültig sei und unwirksam bleibe. Verfügungen des Zessionars über die Forderung (z.B. Zession oder Verpfändung) entfalteten daher grundsätzlich keine Wirkung.⁶⁵⁵ KELLER/SCHÖBI relativierten diese Position jedoch durch den Zusatz, dass die Ungültigkeit der abredewidrigen Abtretung nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Einrede des Schuldners hin zu beachten sei.⁶⁵⁶ Diese Einschränkung fand 1987 Eingang in das Lehrbuch von GAUCH/SCHLUEP⁶⁵⁷ und 2003 in die Kommentierung von Art. 164 OR durch PROBST⁶⁵⁸. Gemäss diesem schliesse die Vereinbarung die Zession aus.⁶⁵⁹ Wenn die Unabtretbarkeit im Interesse des Schuldners vereinbart worden sei, sei allerdings die Unwirksamkeit in dem Sinn eine relative, dass der Schuldner sie einredeweise geltend machen müsse. Unterlasse er dies, werde davon ausgegangen, dass er der Abtretung stillschweigend zugestimmt habe.⁶⁶⁰

Die Ansicht, dass das pactum de non cedendo eine Einrede des Schuldners begründet, lässt sich weder dem Regelungsmodell der absoluten noch demjenigen der relativen Wirkung zuordnen. Bei ersterem ist die abredewidrige Abtretung absolut, d.h. gegenüber jedermann, unwirksam. Daher kann sich auch jedermann auf die Unwirksamkeit berufen und nicht nur der Schuldner durch Erhebung einer Einrede. Beim Regelungsmodell der relativen Wirkung wiederum ist die abredewidrige Abtretung gegenüber dem Schuldner unwirksam und gegenüber allen anderen Personen wirksam. Die Begründung einer Einrede setzt demgegenüber voraus, dass die Forderung –

einer Übertragung nicht unterliegen», nichtig seien, und verwendete u.a. die Abtretung einer nach § 399 BGB unabtretbaren Forderung als Beispiel (VON TUHR, BGBII/1, S. 276 f., einschliesslich FN 25).

655 KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58.

656 KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58 f.

657 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, Rz. 2193. Gl.A. die 11. Aufl. 2020 (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434).

658 CR-PROBST, 1. Aufl. 2003, Art. 164 OR N 66; gl.A. die 3. Aufl. 2021 (CR-PROBST, Art. 164 OR N 66).

659 CR-PROBST, Art. 164 OR N 27.

660 CR-PROBST, Art. 164 OR N 66; gl.A. FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 696, Rz. 36. Ähnlich im deutschen Recht bereits REHBEIN, §§ 398–413, Ziff. 11, S. 388 («Die Vereinbarung macht die Abtretung dem Schuldner gegenüber unwirksam [...]» und «Das pact. giebt [...] dem Schuldner eine Einrede gegen jeden Cessionar.») und im österreichischen Recht GELLNER, ZBl 1913, S. 1, 9 (zur Kritik an GELLNERS Ansicht vgl. RABER, JBl 1971, S. 444).

auch im Verhältnis zum Schuldner – auf den Zessionar übergegangen ist und die Abtretung demzufolge für jedermann wirksam ist. Der Schuldner kann dem Zessionar gegenüber daher nicht fehlende Forderungsinhaberschaft einwenden. Das auf den Zessionar übergegangene Forderungsrecht ist dem Schuldner gegenüber aber *nicht durchsetzbar*, wenn dieser die Einrede der Unabtretbarkeit erhebt. Da die Ansicht, dass das pactum eine Einrede begründet, weder ins Modell der absoluten noch in dasjenige der relativen Wirkung passt, ist sie als eigenes Modell («Einredemodell») aufzufassen.⁶⁶¹

- 225 Die vorgenannten Autoren vermengen allerdings Elemente des Modells der absoluten Wirkung (Die Abtretung ist ungültig; sie wird jedoch mit Zustimmung des Schuldners gültig.) mit Elementen des Einredemodells (Der Schuldner muss die Unabtretbarkeit einredeweise geltend machen.). Nach diesem Verständnis ist die Abtretung somit zunächst ungültig und wird bei Verzicht des Schuldners auf die Erhebung der Einrede gültig. Dies ist nicht schlüssig. Der Verzicht auf eine Einrede führt nämlich nicht dazu, dass ein Rechtsgeschäft gültig wird. Vielmehr bewirkt der Verzicht, dass ein Recht aus einem (unverändert) gültigen Rechtsgeschäft durchsetzbar ist; bei der abredewidrigen Abtretung also, dass das gültig erworbene Forderungsrecht des Zessionars gegenüber dem Schuldner durchsetzbar ist.

E. Zusammenfassung

- 226 In der Schweiz werden heute zwei verschiedene Ansichten zur Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 164 OR vertreten. Am weitesten verbreitet ist die Ansicht, dass das pactum absolut wirkt und die abredewidrige Abtretung absolut ungültig bzw. unwirksam ist. Vereinzelt wird auch von «absoluter Nichtigkeit» gesprochen, aber inhaltlich kein Unterschied zur absoluten Unwirksamkeit gemacht. Auf die Ungültigkeit können sich die Parteien des pactum, aber auch Dritte berufen, sofern sie ein eigenes Rechtsschutzinteresse haben. Umgekehrt kann die Unabtretbarkeit allen Personen gegenüber geltend gemacht werden, sofern diese aus der Abtretung Rechte herleiten wollen. Die abredewidrige Abtretung bleibt somit sowohl im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar als auch gegenüber dem Schuldner oder anderen Dritten ohne Wirkung. Die Forderung verbleibt beim Zedenten und kann von dessen Gläubigern gepfändet werden. Gläubiger des Zessionars haben keinen Zugriff auf die Forderung.
- 227 Die ältere Ansicht, dass das pactum relativ wirkt und die abredewidrige Abtretung entsprechend nur dem Schuldner gegenüber (relativ) unwirksam

661 So in Deutschland bereits WÜNSCHMANN, Gruchot 1910, S. 209, 210; vgl. auch BLAUM, S. 9f. In der Schweiz wurde die Eigenständigkeit dieser Ansicht bisher nicht thematisiert.

ist, wird heute nicht mehr vertreten.⁶⁶² Gewichtige Stimmen sprechen sich jedoch dafür aus, dass das pactum eine Einrede begründe und die Unwirksamkeit der Abtretung nur beachtet werden dürfe, wenn der Schuldner sie einredeweise geltend mache.

Das Bundesgericht folgt der Ansicht der absoluten Wirkung des pactum, ohne dies bisher jedoch ausdrücklich deklariert zu haben. Die kantonale Rechtsprechung geht einhellig von der Ungültigkeit abredewidriger Abtretungen aus. Gemäss einzelnen Urteilen ist diese Unwirksamkeit bloss eine relative, gemäss anderen eine absolute. In der Regel thematisieren die Gerichte die Art der Unwirksamkeit aber nicht. 228

5. Stellungnahme

A. Einleitung

Die Wirkung des pactum de non cedendo hängt unmittelbar mit dem Verständnis seiner Natur zusammen. Dieses unterlag seit der erstmaligen Normierung des pactum in Art. 183 aOR angesichts der seither geänderten Ansichten über dessen Wirkung offenbar einem Wandel. Dies überrascht insofern, als die Autoren, die sich bisher mit der Natur des pactum de non cedendo befasst haben, beinahe einhellig zum Ergebnis gelangt sind, dass das pactum eine Forderung inhaltlich verändert, indem diese unabtretbar wird.⁶⁶³ Die Rechtsprechung setzte sich bisher nicht ausdrücklich mit der Natur des pactum auseinander. Dessen Verständnis kommt somit nur indirekt durch die vertretene Ansicht zu den Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung zum Ausdruck. 229

Die Wirkung des pactum de non cedendo ist durch Auslegung von Art. 164 OR zu ermitteln. Aus dessen Abs. 2 ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Schuldner dem (vermeintlichen) Zessionar «die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei», grundsätzlich entgegensetzen kann. Daraus folgt, dass das pactum de non cedendo weder nichtig noch rein obligatorisch wirkend sein kann. Denn in diesen beiden Fällen wäre das pactum gegenüber dem Zessionar immer wirkungslos. 230

Zum Ausschluss der rein obligatorischen Wirkung gelangt man auch mittels systematischer Auslegung von Art. 164 Abs. 1 OR. Wenn die Vereinbarung nämlich bloss obligatorische Wirkung zeitigte, bräuchte es deren Erwähnung im Gesetz nicht. Denn die obligatorische Wirkung einer Vereinbarung folgt 231

662 Zuletzt vertrat 1998 KLARER die Ansicht der relativen Wirkung. Er liess jedoch die in der Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Ansicht der absoluten Wirkung unerwähnt und begründete seine abweichende Ansicht nicht (KLARER, SJZ 1998, S. 354, 356).

663 Siehe Rz. 188-193.

bereits aus dem Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses: Aus einer Vereinbarung entstehende Rechte und Pflichten wirken lediglich zwischen den Parteien.⁶⁶⁴ Bezogen auf das pactum de non cedendo bedeutet dies, dass das pactum nur zwischen dem Schuldner und dem «Zedenten» als den Parteien und nicht gegenüber dem «Zessionar» als Drittem wirkte. Eine Abweichung von diesem Grundsatz bedarf einer gesetzlichen Verankerung. Diese Funktion nimmt die Erwähnung der Vereinbarung in Art. 164 Abs. 1 OR wahr.⁶⁶⁵ Dass ihr nicht bloss deklaratorische Funktion zukommt, legt ein Blick ins Sachenrecht nahe. Dort fehlt eine Vorschrift, welche die allgemein anerkannte⁶⁶⁶ obligatorische Wirkung des Verbots, eine Sache zu übertragen (*pactum de non alienando*), anordnet.

- 232 Auch die Nichtigkeit der Abtretung fällt als Rechtsfolge der Verletzung eines pactum de non cedendo ausser Betracht. Denn nach unbestrittener Auffassung können abredewidrige Abtretungen durch Genehmigung des Schuldners wirksam werden,⁶⁶⁷ was bei nichtigen Rechtsgeschäften nicht möglich ist. Nach Ausschluss der Nichtigkeit des pactum de non cedendo und dessen rein obligatorischer Wirkung sowie der Nichtigkeit der abredewidrigen Abtretung kommen noch die relative Wirkung (unten lit. B), die Begründung einer Einrede (lit. C) und die absolute Wirkung (lit. D) infrage.

B. Relative Wirkung

- 233 Die relative Wirkung ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass die Zuständigkeit eines subjektiven Rechts eine allseitige ist: Wer Inhaber eines Rechts ist, der sollte diese Stellung allen gegenüber haben. Wen die Rechtsordnung als Gläubiger einer Forderung anerkennt, der sollte folglich allen gegenüber Inhaber der Forderung sein.⁶⁶⁸ Ausnahmsweise werden komplizierte Interessen-

664 BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N261; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 4.06. Vgl. auch VONTUHR/PETER, S. 9: «Der Gläubiger [hier der debitor cessus] hat es grundsätzlich nur mit seinem Schuldner [dem «Zedenten»] zu tun und kann aus seiner Forderung kein Recht gegen Dritte [insbesondere gegen den «Zessionar»] ableiten.»

665 Gl.A. SCHULER, S. 45: «Da der Vereinbarung [...] ohnehin obligatorische Wirkung zukommt, kann die zusätzliche ausdrückliche Erwähnung im Gesetz [...] nur den Sinn einer Verstärkung der gewöhnlichen Wirkung eines Vertrags haben.»

666 Vgl. BK-GRAHAM-SIEGENTHALER, Sachen und andere Rechtsobjekte, N 417; BK-ZOBL/THURNHERR, Art. 884 ZGB N738; DESCHENAUX, S. 342; VONTUHR/PETER, S. 48; MARTIN, ZSR 1923, S. 1, 6-8.

667 Siehe unten Rz. 255-258.

668 Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 900: «Die Gestaltungswirkung eines Vertrags [...] kann immer nur eine «ungeteilte» sein, indem sie entweder für beide Parteien eintritt oder für keine. Das zeigt sich besonders deutlich bei Verfügungsgeschäften [...], beispielsweise bei einem Abtretungsvertrag (Art. 164), bei dem schlechterdings ausgeschlossen ist, dass ein Gläubigerwechsel eintritt und gleichzeitig doch nicht eintritt.»

lagen jedoch abweichend von diesem Grundsatz geregelt.⁶⁶⁹ Solche Ausnahmen bedürfen einer klaren gesetzlichen Verankerung.

Art. 164 Abs. 1 OR spricht davon, dass die Vereinbarung – gleich wie das Gesetz und die Natur des Rechtsverhältnisses – der Abtretung entgegensteht. In dieser Formulierung ist keine Abweichung vom Grundsatz, dass die Gläubigerstellung eine allseitige ist, zu erkennen. Dies gilt umso mehr, als eine relative Wirkung der Abtretungshindernisse des Gesetzes und der Natur des Rechtsverhältnisses bisher weder vom Gesetzgeber noch in der Rechtsprechung oder in der Lehre⁶⁷⁰ thematisiert worden ist. Die gleichlautende Regelung dieser Abtretungshindernisse spricht mithin ebenfalls gegen die relative Wirkung des pactum de non cedendo.⁶⁷¹

Fraglich ist aber, ob Art. 164 Abs. 2 OR die relative Wirkung des pactum de non cedendo vorsieht. Diese Bestimmung nennt ausschliesslich den Schuldner als Person, die sich auf die Unwirksamkeit der Abtretung berufen kann. Dass (*prima vista*) nur der Schuldner dies kann, entspricht der relativen Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung.⁶⁷² Trotzdem kann aus Art. 164 Abs. 2 OR aber nicht die relative Wirkung des pactum abgeleitet werden, wie im Folgenden dargelegt wird.

Regelungsgegenstand von Abs. 2 ist der Schutz des guten Glaubens des Zessionars, an den eine Forderung abredewidrig abgetreten wird, und nicht die (Un-)Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung. Eine diesbezügliche Erkenntnis lässt sich daher höchstens mittelbar gewinnen. Die relative Unwirksamkeit bedarf als Ausnahme vom Grundsatz, dass die Gläubigerstellung eine allseitige ist, aber einer eindeutigen gesetzlichen Anordnung. Dieser Anforderung wird der – in Bezug auf die Wirkung des pactum – zu unklare Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 OR nicht gerecht. Wie eine eindeutige Regelung aussehen kann, zeigt ein Blick ins deutsche Recht. § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB regelt die Rechtsfolgen einer verbotswidrigen Veräusserung folgendermassen: «Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das

669 VON TUHR, BGB I, S. 69 f. Vgl. zu Fällen der relativen Unwirksamkeit im Schweizer Recht unten Rz. 719-749.

670 Zwar vertritt BECKER im Rahmen der Erörterung gesetzlicher Abtretungsverbote die Ansicht, dass die Pfändung und der Konkurs die ihnen nachfolgende Abtretung relativ unwirksam machen (BK-BECKER, Art. 164 OR N 29). Die entsprechenden gesetzlichen Einschränkungen der Abtretung in Art. 96 Abs. 2 und Art. 204 Abs. 1 SchKG sind jedoch keine gesetzlichen Abtretungsverbote im Sinn von Art. 164 Abs. 1 OR (vgl. unten Rz. 310-313).

671 Vgl. WOLFF, S. 171 und VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 47-49, die hinsichtlich der Unwirksamkeit der Abtretung nicht zwischen den verschiedenen in Art. 164 Abs. 1 OR genannten Abtretungshindernissen unterscheiden.

672 Siehe oben Rz. 113.

nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam.» Die Beschränkung der Unwirksamkeit auf das Verhältnis zu den geschützten Personen kommt hier unzweifelhaft zum Ausdruck. Mangels einer solchermaßen klaren Regelung kann aus Art. 164 Abs. 2 OR nicht die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung abgeleitet werden. Der Grund dafür, dass hier nur der Schuldner genannt wird, dürfte darin liegen, dass der Gesetzgeber bei Erlass der Norm nur ihn als die typischerweise an der Berufung auf die Unabtretbarkeit interessierte Person vor Augen hatte. Die nachfolgende Analyse der Entstehungsgeschichte von Art. 164 Abs. 2 OR zeigt aber, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat auszuschliessen, dass sich andere Personen auf die Unwirksamkeit der Abtretung berufen.

237

Die Vorschrift des Abs. 2 war im Entwurf der Expertenkommission, den der Bundesrat den eidgenössischen Räten vorlegte, noch nicht enthalten. Sie wurde erst in der parlamentarischen Beratung aufgenommen.⁶⁷³ Dass damit die relative Wirkung des pactum de non cedendo eingeführt werden sollte, war in der parlamentarischen Debatte nie ein Thema.⁶⁷⁴ Es ging bei der Schaffung dieser Vorschrift nicht um eine Abkehr vom Modell der absoluten Wirkung, sondern um den Schutz des gutgläubigen Erwerbers der Forderung. Damit reagierte der Gesetzgeber auf Bedenken gegen die absolute Wirkung, die in der Lehre in Bezug auf den Fall geäussert worden waren, dass das Abtretungsverbot erst nach der Begründung der Forderung vereinbart wird.⁶⁷⁵ ATTENHOFER hatte 1886 darauf hingewiesen, dass die absolute Wirkung des pactum ein «berechtigtes Misstrauen gegen die Übernahme von Forderungen» erzeuge. Gerade bei beurkundeten Forderungen sei das pactum de non cedendo für den Zessionar regelmässig nicht erkennbar, wenn es nachträglich vereinbart werde.⁶⁷⁶ Um dieses Misstrauen gegen den Erwerb einer Forderung abzubauen, führte der Gesetzgeber Abs. 2 ein, der den gutgläubigen Erwerb von Forderungen ausnahmsweise schützt.⁶⁷⁷ Damit steht fest, dass der Gesetzgeber gerade aufgrund der absoluten Wirkung des pactum in Art. 164 Abs. 2 OR ein Korrektiv geschaffen hat. Der gutgläubige Zessionar wird im Erwerb der Forderung geschützt, wenn das pactum aus dem schriftlichen Schuldbekenntnis nicht hervorgeht. Dies beseitigt ein Defizit der absoluten Wirkung, nicht aber diese selbst. Durch die Behebung des Defizits wird sie im Gegenteil

673 Siehe zur Entstehungsgeschichte von Art. 164 Abs. 2 OR oben Rz. 147-150.

674 Vgl. StenBull NR 1909, S. 529, 550, 553, 555, 558; StenBull SR 1910, S. 169, 184 f. und StenBull NR 1910, S. 325, 337 f.

675 ZK-OSER, Art. 164 OR Anm. 3b; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 18.

676 ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 275-279. Ausführlicher zur Ansicht ATTENHOFERS oben Rz. 207.

677 Ausführlich zu Art. 164 Abs. 2 OR unten Rz. 271-277.

gestützt. Die von ATTENHOFER vertretene Ansicht, dass ein nachträglich vereinbartes Verbot aus Gründen des Schutzes des guten Glaubens des Zessionars nicht absolut, sondern nur obligatorisch wirke, wurde mit der Schaffung von Art. 164 Abs. 2 OR hinfällig. Das pactum de non cedendo konnte von nun an unabhängig vom Zeitpunkt seiner Vereinbarung absolut wirken.

Dass der Gesetzgeber mit Art. 164 Abs. 2 OR die relative Wirkung des pactum de non cedendo einführen wollte, ist umso unwahrscheinlicher, als er zur gleichen Zeit die relative Unwirksamkeit an anderer Stelle des Abtretungsrechts wegen ihrer Unzulänglichkeiten gerade eliminierte. Das Obligationenrecht von 1881 unterschied nämlich hinsichtlich der Wirksamkeit der Abtretung danach, ob diese schriftlich oder bloss mündlich vereinbart wird. Schriftliche Abtretungen waren gegenüber allen wirksam; mündliche Zessionen dagegen nur im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar. Gegenüber allen anderen Personen war der Forderungsübergang unwirksam. Diese relative Unwirksamkeit der mündlichen Abtretung führte zu komplizierten Rechtslagen und erwies sich für die Praxis als ausgesprochen nachteilig. Sie wurde mit der Aufnahme des Erfordernisses der Schriftform in Art. 165 Abs. 1 OR beseitigt.⁶⁷⁸

Schliesslich spricht auch eine geltungszeitliche Interpretation von Art. 164 OR nicht für die relative Wirkung des pactum de non cedendo. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die Erörterungen zur relativen Unwirksamkeit im Schweizer Recht⁶⁷⁹ und auf die Bewertung des Modells der relativen Wirkung⁶⁸⁰ verwiesen. Die Auslegung von Art. 164 OR führt demnach zum Ergebnis, dass die abredewidrige Abtretung nicht relativ unwirksam ist. Diese Ansicht wird in der Schweiz zu Recht nicht mehr vertreten.

C. Begründung einer Einrede für den Schuldner

In der schweizerischen Rechtsliteratur sind die Ansichten darüber geteilt, ob das pactum de non cedendo eine Einrede oder eine Einwendung begründet. Eine Einrede ist ein dem Schuldner zustehendes Recht, die geschuldete Leistung aus besonderem Grund zu verweigern. Sie «zerstört» das Recht nicht, sondern hindert bloss dessen uneingeschränkte Durchsetzbarkeit.⁶⁸¹ Eine Einwendung ist demgegenüber eine zugunsten des Schuldners wirkende

678 Ausführlicher zur relativen Unwirksamkeit der mündlichen Abtretung unter dem Obligationenrecht von 1881 unten Rz. 730-736, mit Hinweisen.

679 Siehe unten Rz. 719-749.

680 Siehe unten Rz. 750-761.

681 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, vor Art. 1 OR N 100; VON TUHR/PETER, S. 27; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.34; SCHALLER, Rz. 112, 212 und 970.

Tatsache.⁶⁸² Aus einer rechtshindernden Tatsache ergibt sich, dass das Recht des Gläubigers nicht entstanden ist.⁶⁸³ Im Unterschied zu Einreden berücksichtigt das Gericht Einwendungen von Amtes wegen, d.h. auch dann, wenn sie nicht vom Schuldner vorgebracht werden, sondern auf anderem Weg, z.B. durch den Vortrag des Gläubigers, zu seiner Kenntnis gelangen.⁶⁸⁴

241 Davon, dass das pactum de non cedendo eine Einrede begründet, spricht neben KELLER/SCHÖBI, GAUCH/SCHLUEP und PROBST⁶⁸⁵ auch SPIRIG.⁶⁸⁶ Anderer Ansicht war hingegen bereits WOLFF. Gemäss diesem handle es sich bei der Berufung auf das pactum nicht um eine Einrede, «sondern um Berufung auf eine Tatsache – Unwirksamkeit der Zession –, auf eine dem Anspruch inhärierende Eigenschaft, auf die durch Parteiwillkür geschaffene, unlösliche Verknüpfung des Forderungsinhalts mit der Person des gegenwärtigen Gläubigers.»⁶⁸⁷ Auch nach der Ansicht VON TUHRs ist die Unabtretbarkeit der Forderung nicht eine Einrede, sondern eine Einwendung einer rechtshindernden Tatsache.⁶⁸⁸

242 Für die Ansicht, dass das pactum de non cedendo eine Einrede des Schuldners begründet, spricht *prima vista* der Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 OR. Gemäss diesem kann der Schuldner dem Erwerber – im Umkehrschluss – «die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei», grundsätzlich entgegensetzen.⁶⁸⁹ Die Terminologie des OR folgt allerdings einem älteren Sprachgebrauch und nennt meist auch die heutzutage als Einwendungen bezeichneten Behelfe Einreden.⁶⁹⁰ So spricht Art. 18 Abs. 2 OR – der gleich wie Art. 164 Abs. 2 OR einen Fall des gutgläubigen Erwerbs einer Forderung regelt – von der «Einrede der Simulation» und meint damit nach

682 BUCHER, S. 37; VON TUHR/PETER, S. 27; SCHALLER, Rz. 100, 211 und 969.

683 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.35; VON TUHR/PETER, S. 27; SCHALLER, Rz. 211.

684 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.34; BUCHER, S. 37f.; VON TUHR/PETER, S. 29; SCHALLER, Rz. 159-162 und 213.

685 Siehe die Nachweise oben in Rz. 223.

686 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 206, 208; ebenso BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 2a/cc («Einrede des Abtretungsverbots»); MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 912 («Einrede der Unabtretbarkeit»); FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 694, Rz. 30; KOLLER, Rz. 84.140 und KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1275.

687 WOLFF, S. 171.

688 VON TUHR, OR, S. 732, FN 52; VON TUHR/ESCHER, S. 347, FN 52; gl.A. SCHULIN/VOGT, S. 619, FN 57; BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 63; KRAMER/PROBST, Rz. 553; REETZ, recht 2006, S. 233, 244.

689 Ebenso die französische («*exciper* [...] que la créance avait été stipulée incessible») und die italienische Fassung («*l'eccezione che la cessione sia stata contrattualmente esclusa*») (Hervorhebungen durch den Autor).

690 BUCHER, S. 37, FN 32; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 4.34; ausführlich zum Einredsbegriff des OR SCHALLER, Rz. 62-77, insbesondere 77.

heutigem Sprachgebrauch eine (rechtshindernde) Einwendung.⁶⁹¹ Und in Art. 169 OR umfasst der Begriff «Einreden» nach unbestrittener Ansicht neben den eigentlichen Einreden auch die Einwendungen.⁶⁹² Aus dem Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 OR ist daher nicht zwingend abzuleiten, dass die Unabtretbarkeit der Forderung eine Einrede darstellt. Der Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 OR – wiederum *e contrario* («Der Gläubiger kann eine Forderung nicht abtreten, soweit eine Vereinbarung entgegensteht.») – legt vielmehr das Gegenteil nahe. Wäre die Unabtretbarkeit eine Einrede, könnte der Gläubiger die Forderung nämlich sehr wohl abtreten. Der Zessionar könnte die Forderung gegenüber dem Schuldner einfach nicht durchsetzen. Ausserdem hätte sich in Abs. 2 die sonst für Einreden gebräuchliche Formulierung «Der Schuldner kann die Erfüllung verweigern.»⁶⁹³ angeboten, wenn der Gesetzgeber dem Schuldner bei abredewidriger Abtretung eine Einrede hätte verschaffen wollen.

Massgebender als der Wortlaut von Art. 164 OR ist, ob die vereinbarte Unabtretbarkeit *ihrer Natur nach* einer Einrede oder einer Einwendung entspricht. Es stellt sich somit die Frage, ob die auf einem pactum de non cedendo gründende Unabtretbarkeit der Forderung ein Recht des Schuldners (und damit eine Einrede) oder eine Tatsache (und damit eine Einwendung) darstellt.⁶⁹⁴ Versteht man die Natur des pactum de non cedendo – wie vorliegend befürwortet – als inhaltliche Veränderung der Forderung,⁶⁹⁵ ist die Unabtretbarkeit der Forderung eine Tatsache.⁶⁹⁶ 243

Gegen die Annahme einer Einrede des Schuldners spricht auch, dass eine solche begrifflich voraussetzt, dass der Zessionar als Einredegegner ein Recht gegen den Schuldner als Einredoberechtigten hat, dessen Durchsetzbarkeit durch die Einrede gehemmt wird. Die Ansicht, dass das pactum de non cedendo eine Einrede begründet, bedingt folglich, dass die Forderung dem Zessionar zusteht und ihm mithin wirksam abgetreten worden ist. Dem widersprechen jedoch selbst die Befürworter der Einrede.⁶⁹⁷ Konsequenz zu Ende 244

691 SCHALLER, Rz. 275.

692 BGE 128 V 224 E. 3b S. 228 f.; CR-PROBST, Art. 169 OR N 5; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 169 OR N 4; ENGEL, S. 888; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3475; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.46; KOLLER, Rz. 84.133.

693 Vgl. z.B. Art. 60 Abs. 3 OR (Einrede aus unerlaubter Handlung) und Art. 67 Abs. 2 OR (Bereicherungseinrede).

694 Siehe die Definitionen der Einrede und der Einwendung oben in Rz. 240.

695 Siehe zur Natur des pactum de non cedendo oben Rz. 188-198.

696 GLA. WOLFF, S. 171 (siehe oben Rz. 241).

697 KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58 («Die Abtretung nicht abtretbarer Forderungen ist grundsätzlich ungültig und bleibt unwirksam.»); GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434 («Die Abtretung einer nicht zediblen Forderung ist ungültig.»). Siehe auch oben Rz. 225.

gedacht führt die Annahme einer Einrede nämlich dazu, dass die Forderung nicht mehr durchgesetzt werden kann: Dem Zessionar kann der Schuldner die dauerhafte Einrede der Unabtretbarkeit entgegenhalten, dem Zedenten die Einwendung der fehlenden Rechtsinhaberschaft.⁶⁹⁸

245 Sodann finden sich auch im deutschen Recht, welches das pactum de non cedendo in den §§ 399 und 405 BGB ähnlich wie das Schweizer Recht regelt, keine Anhaltspunkte für das Verständnis, dass das pactum bloss eine Einrede begründet. Die Art. 164 Abs. 2 OR entsprechende Bestimmung von § 405 BGB spricht nicht von Einreden, sondern neutral davon, dass der Schuldner sich gegenüber dem neuen Gläubiger darauf berufen kann, dass die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei. Auch bei dieser Formulierung könnte sich die Frage stellen, ob die Berufung auf die Unabtretbarkeit eine Einrede oder Einwendung ist. Die Formulierung wird jedoch in dem Sinn verstanden, dass das pactum die rechtshindernde Einwendung der Unabtretbarkeit der Forderung begründet.⁶⁹⁹

246 Auch die Entstehungsgeschichte von Art. 164 Abs. 2 OR legt nicht nahe, dass der Gesetzgeber das Einredemodell einführen wollte. Das historische Auslegungselement zeigt vielmehr auf, dass mit dieser Vorschrift die absolute Wirkung des pactum gestützt werden sollte.⁷⁰⁰ Schliesslich liefern auch heutige Zwecküberlegungen keine zwingenden Argumente für das Einredemodell.⁷⁰¹

247 Die Ursache für die Entstehung der Ansicht, dass das pactum de non cedendo eine Einrede begründet, dürfte – neben dem Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 OR – in der Möglichkeit des Schuldners liegen, die abredewidrige Abtretung zu genehmigen und dadurch wirksam werden zu lassen.⁷⁰² So führen Vertreter dieser Ansicht aus, dass der Schuldner die Abtretung stillschweigend genehmige, wenn er sich nicht auf die Einrede berufe.⁷⁰³ Die Genehmigung weist tatsächlich Parallelen zum Verzicht auf eine Einrede auf: Genehmigt der Schuldner die Abtretung, wird diese wirksam; genehmigt er sie nicht, bleibt sie ungültig. Dadurch hängt die Wirksamkeit der Abtretung vom Willen des Schuldners ab. Trotz dieser Ähnlichkeit kann die Genehmigung jedoch nicht mit dem Verzicht auf eine Einrede gleichgesetzt werden: Die Genehmigung

698 Vgl. WÜNSCHMANN, Gruchot 1910, S. 209, 216 f.; BLAUM, S. 13 f.; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 298; LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 101 f. Näher hierzu unten Rz. 765.

699 WAGNER, S. 183-185. Vgl. Staudinger-BUSCHE, § 405 BGB N 13; MüKo-KIENINGER, § 405 BGB N 9; Grüneberg-GRÜNEBERG, § 405 BGB N 1 und 4. Vgl. auch BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 298.

700 Siehe zur historischen Auslegung oben Rz. 237 f.

701 Siehe zu den Überlegungen *de lege ferenda* unten Rz. 762-766.

702 Siehe sogleich Rz. 255-270.

703 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434; CR-PROBST, Art. 164 OR N 66.

betrifft die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, während der Verzicht auf eine Einrede sich auf die Durchsetzbarkeit eines Rechts bezieht.⁷⁰⁴ Entsprechend wird die Natur der Genehmigung verstanden: In dieser liegt nicht nur ein Verzicht auf ein Recht zur Einrede, sondern sie verändert die Tatsache selbst, indem sie die Unabtretbarkeit der Forderung in Bezug auf die erfolgte Abtretung beseitigt.⁷⁰⁵ Die Qualifikation der Unabtretbarkeit als Einwendung schliesst freilich nicht aus, dass das Gericht von einer stillschweigenden Genehmigung ausgehen kann, wenn der Schuldner sich nicht auf die Unabtretbarkeit beruft.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das pactum de non cedendo nach Art. 164 OR keine Einrede, sondern eine Einwendung begründet. Demzufolge muss das Gericht von Amtes wegen berücksichtigen, dass ein pactum der Abtretung entgegensteht. Auch kann sich nicht nur der Schuldner, sondern jede Person auf die Unabtretbarkeit der Forderung berufen, sofern sie daraus Rechte ableitet. Die Beweislast für die Tatsache der Vereinbarung eines pactum trägt nach Art. 8 ZGB diejenige Partei, die sich darauf beruft. 248

D. Absolute Wirkung

Der Schlüssel zum Verständnis der Wirkung des pactum de non cedendo liegt in Art. 164 Abs. 2 OR und dessen Entstehungsgeschichte. Zum einen besagt diese Bestimmung, dass das pactum dem Zessionar grundsätzlich entgegengehalten werden kann. Dies schliesst die unter dem Obligationenrecht von 1881 vereinzelt vertretenen Ansichten der Nichtigkeit bzw. der rein obligatorischen Wirkung des pactum aus. Zum anderen wollte der Gesetzgeber mit der Einführung dieser Bestimmung den Forderungserwerb des gutgläubigen Zessionars in beschränktem Umfang schützen. Eine Revision der Wirkungsweise des pactum stand dabei nicht zur Debatte. Im Gegenteil beseitigte der Gesetzgeber durch die Einführung des gutgläubigen Forderungserwerbs des Zessionars nach Art. 164 Abs. 2 OR – wie aufgezeigt⁷⁰⁶ – bewusst ein Defizit der absoluten Wirkung. Diese beansprucht daher unter dem Obligationenrecht von 1911 umso mehr Geltung. Auch eine geltungszeitliche Interpretation von Art. 164 OR führt zu keinem anderen Ergebnis. Weder die relative Wirkung noch die Ansicht, dass das pactum eine Einrede begründet, verhelfen der (rechtspolitisch) gewünschten Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen genügend zum Durchbruch, wie noch zu erörtern sein wird.⁷⁰⁷ Art. 164 OR sieht demnach die absolute Wirkung des pactum de non cedendo vor. 249

704 Siehe oben Rz. 225.

705 Siehe unten Rz. 255-258.

706 Siehe oben Rz. 237.

707 Siehe unten Rz. 760 (zur relativen Wirkung) und Rz. 764 (zur Begründung einer Einrede).

- 250 Der Schlüssel von Art. 164 Abs. 2 OR passt nach seinem Wortlaut jedoch nicht perfekt zur absoluten Wirkung. Für Unklarheit sorgt erstens die Verwendung des Begriffs der Einrede. Zweitens erweckt die alleinige Nennung des Schuldners als «Einredoberechtigten» den falschen Anschein, dass nur er sich auf die Unwirksamkeit der Abtretung berufen kann. Und drittens kann das pactum nicht nur dem Zessionar («dem Dritten») entgegengesetzt werden, sondern allen Personen, die sich auf die Wirksamkeit der Abtretung berufen. Diese Mängel sind durch folgendes Verständnis der Vorschrift zu berichtigen (Abweichungen vom Gesetzeswortlaut kursiv hervorgehoben): *«Hat der Erwerber die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann sich niemand darauf berufen, dass die Abtretung aufgrund einer Vereinbarung unwirksam sei.»*
- 251 Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo hat die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung zur Folge. Dies steht im Einklang mit dem vorherrschenden Verständnis des pactum als Vereinbarung, welche die grundsätzlich abtretbare Forderung in eine unabtretbare verwandelt.⁷⁰⁸ Da nach dem Parteiwillen von Schuldner und Gläubiger die Person des Gläubigers für die Forderung wesentlich ist, wäre – im Fall der Wirksamkeit der Abtretung – die abgetretene Forderung mit der ursprünglichen Forderung nicht mehr identisch. Dem stehen aber die Relativität des Schuldverhältnisses⁷⁰⁹ (hier des Abtretungsvertrags) und mithin das Verbot des Vertrags zu lasten eines Dritten (hier des Schuldners) entgegen.⁷¹⁰ Ausserdem übertrüge der Zedent ein Recht, das er so nicht hat. Für dessen Übertragung fehlt ihm – entsprechend dem Grundsatz *«Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.»* – die Verfügungsmacht.⁷¹¹ Daher wirkt das als inhaltliche Veränderung der Forderung verstandene pactum absolut.⁷¹²
- 252 Begrifflich wird vorliegend zwischen absoluter Unwirksamkeit und Nichtigkeit differenziert. Gemeinsam ist beiden Rechtsfolgen, dass das betroffene Rechtsgeschäft für jedermann unwirksam ist. Sie unterscheiden sich jedoch darin, dass nichtige Geschäfte nicht wirksam werden können. Die Nichtigkeit ist mithin nicht heilbar. Das Geschäft bleibt unwirksam, auch wenn der

708 So ausdrücklich RGZ 136, 395, 399: Die Vereinbarung eines vertraglichen Abtretungsverbots «nimmt der Forderung die Eigenschaft der Veräußerungsfähigkeit. Sie bestimmt den Inhalt der Forderung als solchen [...]. Daraus folgt, daß die entgegen der Abrede vorgenommene Abtretung keine Gläubigerrechte auf den Zessionar überträgt; diese Rechte bleiben vielmehr bei dem Zedenten.» Eingehend zur Natur des pactum de non cedendo oben Rz. 188–198.

709 Siehe zum Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses oben Rz. 231.

710 *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*; BGer, 5A_732/2010, Urteil vom 17.1.2011, E. 3.

711 Zur Verfügungsmacht als Voraussetzung der Abtretung siehe oben Rz. 15–21.

712 Zur ganzen Rz. WATTER/KÄGI, SZW 2004, S. 231, 241 f.

Umstand wegfällt, der die Nichtigkeit begründet hat. Das bedeutet, dass eine den Mangel heilende Genehmigung ausgeschlossen ist.⁷¹³ Bei abredewidrigen Abtretungen ist jedoch grundsätzlich unbestritten, dass sie durch Genehmigung des Schuldners wirksam werden können.⁷¹⁴ Sie sind daher nicht «unheilbar» nichtig. Der begrifflichen Klarheit halber wird demzufolge vorliegend für die Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung der Begriff der Nichtigkeit vermieden.⁷¹⁵

Die Feststellung, dass das pactum de non cedendo im Schweizer Recht absolut wirkt, ist insofern zu relativieren, als es den Parteien theoretisch freisteht, ein rein obligatorisch wirkendes pactum zu vereinbaren.⁷¹⁶ Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, auf dem die Zulässigkeit des pactum beruht.⁷¹⁷ Die Vereinbarung der rein obligatorischen Wirkung dürfte in der Praxis jedoch kaum vorkommen. Denn ein Schuldner, der die Verhandlungsmacht hat, ein pactum de non cedendo zu vereinbaren, besteht gewöhnlich darauf, dass dieses ihm einen umfassenden Schutz gegen abredewidrige Abtretungen verschafft. Ein pactum ist daher im Zweifel im Sinn der gesetzlich vorgesehenen absoluten Wirkung auszulegen. Die obligatorische Wirkung ist nur anzunehmen, wenn sich klar ergibt, dass sie dem Willen der Parteien entspricht.⁷¹⁸

II. Einverständnis des Schuldners

1. Zustimmung

Der Schuldner kann der abredewidrigen Abtretung vor oder bei deren Vornahme zustimmen. Dadurch kommt betreffend das pactum de non cedendo ein Aufhebungsvertrag zustande.⁷¹⁹ Dabei ist zu unterscheiden, ob das pactum

713 Zum Begriff der Nichtigkeit statt vieler BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N 318.

714 Siehe sogleich Rz. 255-258.

715 Anders ENGEL, S. 878, der mit «nullité relative» zum Ausdruck bringen möchte, dass der Schuldner auf die Geltendmachung der Unabtretbarkeit verzichten kann. Von Nichtigkeit sprechen auch BK-BECKER, Art. 164 OR N 40 («relativ nichtig»); JEANPRÊTRE, SJZ 1967, S. 17, 20 («nullité absolue»); BUCHER, S. 542 («Nichtigkeit»); TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1808 und 1810 («nullité») und KOLLER, Rz. 84.68 («absolute Nichtigkeit»).

716 MÜLLER-CHEN, FS Schleichtriem, S. 917, 919; WILLOWEIT, S. 557; HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 557, 561.

717 Siehe oben Rz. 179.

718 A.A. zum deutschen Recht CANARIS, FS Serick, S. 16 und HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 557, 561, gemäss denen die Vertragsauslegung nach dem Willen «vernünftiger und redlicher Parteien» auch bei Unklarheit über die vereinbarte Wirkung des pactum ergeben kann, dass die Parteien die Rechtsfolge relativer und nicht absoluter Unwirksamkeit gewählt haben.

719 WOLFF, S. 171 f. Siehe zur Aufhebungsvereinbarung oben Rz. 176-178.

nur in Bezug auf eine konkrete Abtretung an einen bestimmten Gläubiger aufgehoben wird oder ob die Unabtretbarkeit allgemein beseitigt wird. In ersterem Fall wird die Abtretung gültig, welcher der Schuldner zustimmt.⁷²⁰ Die Forderung bleibt aber unabtretbar und kann vom Zessionar nicht weiter abgetreten werden.⁷²¹ In letzterem Fall wird die Forderung unbeschränkt abtretbar. Der Gläubiger erlangt die volle Verfügungsmacht über die Forderung. Er kann sie gültig an einen beliebigen Zessionar abtreten und dieser kann sie weiter zedieren.

2. Genehmigung

A. Wirksamkeit der Abtretung

- 255 Auch wenn der Schuldner eine bereits erfolgte abredewidrige Abtretung nachträglich genehmigt, wird diese nach beinahe einhelliger Ansicht gültig.⁷²² Denn Verfügungen, die – wie die abredewidrige Abtretung – wegen mangelnder Verfügungsmacht unwirksam sind, können durch Genehmigung der geschützten Person wirksam werden.⁷²³ Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁷²⁴ Insbesondere in der Leistung des Schuldners an den Zessionar ist eine stillschweigende Genehmigung der abredewidrigen Zession zu sehen.⁷²⁵ Blosses Schweigen nach Erhalt der Abtretungsanzeige kann hingegen nicht ohne Weiteres als konkludente Genehmigung der Zession gedeutet werden.⁷²⁶

720 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 52; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 185; VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 57; BUCHER, S. 542.

721 Zum Bezug des Einverständnisses des Schuldners auf eine bestimmte Abtretung – und nicht auf die Abtretbarkeit im Allgemeinen – siehe auch die Erörterung zur Genehmigung bei mehrfacher abredewidriger Abtretung (unten Rz. 267).

722 HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.2f.; OGer ZH, Urteil vom 6.9.1979, in: ZR 1980, Nr. 143, E. 4; vgl. auch BGer, 4A_373/2014, Urteil vom 3.11.2014, E. 3; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 52; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 185; VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 57; BUCHER, S. 542; KOLLER, Rz. 84.71; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2115; a.A. SCHULIN/VOGT, S. 616–618 (siehe sogleich Rz. 256).

723 VON TUHR/PETER, S. 217; VON TUHR, BGB II/1, S. 368. KOLLER (Rz. 84.27) und BERGER (Rz. 2115) sprechen davon, dass die Genehmigung die abredewidrige Abtretung konvalesziert bzw. heilt (ebenso WOLFF, S. 171f.). Anders als VON TUHR/PETER (S. 217) unterscheiden sie begrifflich nicht zwischen Genehmigung und Konvaleszenz.

724 BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 2 a/aa; vgl. auch HGer ZH, HG100147, Urteil vom 1.3.2012, E. 6.2f.

725 Indem der Schuldner an den Zessionar leistet, genehmigt er die Abtretung, so dass der Zessionar zu seinem neuen Gläubiger wird. Die Leistung an diesen befreit den Schuldner damit von seiner Verpflichtung (BERGER, Schuldrecht, Rz. 2115; BK-BECKER, Art. 164 OR N 44; BUCHER, S. 542; vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 6.9.1979, in: ZR 1980, Nr. 143, E. 4; a.A. SCHULIN/VOGT, S. 616–618, siehe sogleich Rz. 256).

726 BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 2b/aa.

SCHULIN/VOGT sind dagegen der Auffassung, dass die abredewidrige Abtretung durch Genehmigung nicht wirksam werden könne. Vielmehr müsse die Abtretung nach der Genehmigung wiederholt werden, um gültig zu sein. Sie verstehen die Genehmigung als Einverständnis des Schuldners zur Aufhebung des pactum de non cedendo. Da die Abtretung bereits vor dem Zustandekommen dieses Aufhebungsvertrags stattgefunden habe, könne sie nicht wirksam werden. Das Verfügungsgeschäft der Aufhebung der vereinbarten Unabtretbarkeit habe keine rückwirkende Kraft. Zu ihrer Wirksamkeit müsse die Abtretung daher nochmals vorgenommen werden, nachdem das Hindernis der Unabtretbarkeit durch den gültigen Aufhebungsvertrag beseitigt worden sei.⁷²⁷

Die verschiedenen Ansichten darüber, ob die Genehmigung des Schuldners die abredewidrige Abtretung wirksam werden lässt oder nicht, beruhen auf einem unterschiedlichen Verständnis der Natur der Genehmigung. Die Befürworter der Wirksamkeit betrachten die Genehmigung isoliert als Willensäußerung des Schuldners (Genehmigung im rechtstechnischen Sinn):⁷²⁸ Aus dem Zweck des pactum de non cedendo, den Schuldner zu schützen, ergibt sich, dass diesem die Befugnis zusteht, auf die Einwendung der Unabtretbarkeit zu verzichten und die Abtretung durch Genehmigung wirksam werden zu lassen.⁷²⁹ Die Gegner der Wirksamkeit stützen sich dagegen auf den Umstand, dass der Schuldner mit der Genehmigung sein Einverständnis erklärt, das pactum aufzuheben. Mit Abschluss dieses Aufhebungsvertrags fällt das Hindernis der Unabtretbarkeit weg.⁷³⁰ Einem Vertrag kann aber keine rückwirkende Kraft beigemessen werden. Denn die Parteien können durch einen Vertrag, den Rechtszustand für die Zukunft ändern, aber nicht bewirken, dass der von ihnen gewünschte Rechtszustand schon in der Vergangenheit

727 SCHULIN/VOGT, S. 617f. Nach deren Ansicht ist eine Rückwirkung der Genehmigung nur für den Fall denkbar, «dass der Gläubiger bezüglich der Unabtretbarkeit seiner Forderung als vollmachtloser Vertreter des Schuldners in dessen Namen beim schriftlichen Abschluss des Abtretungsvertrags mit dem Zessionar handelt. Genehmigt der Schuldner als «Vertretener» den sich in einem Schwebezustand befindenden Abtretungsvertrag in Analogie zu Art. 38 Abs. 1 OR, so wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Konsenses des Abtretungsvertrags zurück.» (S. 618).

728 Vgl. BGER, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 2a/aa («einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgestaltende Willenserklärung» analog der Genehmigung gemäss Art. 38 Abs. 1 OR) und BERGER, Schuldrecht, Rz. 2115.

729 Vgl. VON TUHR, BGB II/1, S. 368; VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 56; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N185; vgl. auch WOLFF, S. 171; eingehend zur «Genehmigungslösung» im deutschen Recht BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 301-313.

730 SCHULIN/VOGT, S. 617.

existiert hat.⁷³¹ Der Aufhebungsvertrag vermag somit nicht einen in der Vergangenheit begründeten Mangel zu beseitigen.⁷³²

258 M.E. verdient die Ansicht den Vorzug, dass die Genehmigung des Schuldners die abredewidrige Abtretung wirksam werden lässt, ohne dass die Abtretung dafür wiederholt werden muss. Die Genehmigung hat als Willensäußerung – wie aufgezeigt – eine Doppelnatur. Sie ist einerseits Teil des Konsenses über die Aufhebung des pactum de non cedendo und andererseits eine Genehmigung im rechtstechnischen Sinn. Als Letztere kommt ihr wirksamkeitsbegründende Kraft zu.⁷³³ Diese lässt sich ihr nicht dadurch entziehen, dass sie gleichzeitig eine Willensäußerung in einem Aufhebungsvertrag ist.^{734, 735} Ausserdem führte die Ablehnung der Wirksamkeit der genehmigten Abtretung zu widersprüchlichen Ergebnissen im Vergleich mit vertraglichen Abtretungsbeschränkungen, welche die Abtretbarkeit ausdrücklich von der Zustimmung bzw. Genehmigung des Schuldners abhängig machen.⁷³⁶ Eine solche Vereinbarung kann nicht dahingehend verstanden werden, dass die Abtretung nach Genehmigung durch den Schuldner zu ihrer Gültigkeit nochmals förmlich vorgenommen werden muss. Eine solche Wiederholung der Abtretung ist umständlich und wenig verkehrsfreundlich. Sie dürfte in der Praxis auch kaum vorkommen.

B. Zeitpunkt der Wirksamkeit

259 Uneinigkeit besteht sodann über die Frage, ob die Genehmigung der abredewidrigen Abtretung auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Abtretungs-

731 VON TUHR/PETER, S. 153.

732 Vgl. zur «Vertragslösung» auch die Darstellung zum deutschen Recht bei BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 299-301.

733 Gl.A. das Bundesgericht, das die für die Genehmigung nach Art. 38 Abs.1 OR geltenden Regeln analog heranzieht (BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 2a/aa).

734 A.A. STEINER, S. 76 f., der eine Genehmigung im technischen Sinn ablehnt. Zur Folge seiner Ansicht, dass die frühere Abtretung nach der späteren Aufhebungsvereinbarung zu ihrer Gültigkeit wiederholt werden müsste, äussert er sich nicht. Vgl. auch DÖRNER, S. 143 f., der zwischen der Genehmigung (Akzept einer bestimmten Abtretung ohne generelle Beseitigung der vereinbarten Unabtretbarkeit, mit Wirkung *ex tunc*) und der Aufhebungsvereinbarung (generelle Beseitigung der vereinbarten Unabtretbarkeit, mit Wirkung *ex nunc*) differenziert.

735 Im deutschen Recht wird – nach neuerer Meinung – die Genehmigung ebenfalls als Einverständnis im Rahmen eines Aufhebungsvertrags aufgefasst und steht dieses Verständnis der Wirksamkeit der genehmigten Abtretung nicht im Weg. Nur eine Minderheitsmeinung vertritt die Ansicht, dass die abredewidrige Abtretung nach ihrer Genehmigung wiederholt werden müsse (vgl. LÜKE, JuS 1992, S. 114, 116; FIKENTSCHE/HEINEMANN, S. 437). Näher zum deutschen Recht MüKo-KIENINGER, § 399 BGB N 43; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 297-313 und unten Rz. 470.

736 Siehe oben Rz. 152 und 168.

vertrags zurückwirkt oder nicht.⁷³⁷ Gemäss VON TUHR wird die Abtretung durch Genehmigung des Schuldners mit rückwirkender Kraft gültig, wobei die in der Zwischenzeit erworbenen Rechte Dritter vorbehalten bleiben.⁷³⁸ Die rückwirkende Kraft der Genehmigung lehnt VON TUHR an § 184 BGB an. Gemäss dieser Bestimmung wirkt die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (Abs. 1). Durch die Rückwirkung werden aber Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt sind (Abs. 2). Die Rückwirkung beruhe – so VON TUHR – auf dem Gedanken, dass ein Vertrag nur so genehmigt werden könne, wie er geschlossen sei, d.h. mit dem von den Parteien gewollten Anfangszeitpunkt der Wirksamkeit. Sie finde eine Schranke an Rechten, die Dritte vor der Genehmigung erworben hätten.⁷³⁹

STEINER spricht sich dagegen für den Übergang der Forderung im Zeitpunkt der Genehmigung aus. Zur Begründung zieht er eine Parallele zur unwirksamen Verfügung über ein fremdes Recht. Diese würde mit Wirkung *ex nunc* geheilt, wenn der Verfügende das Recht nachträglich erwerbe. Gleich dem über ein fremdes Recht nicht Verfügungsberechtigten könne dem Forderungsinhaber aus einer unabtretbaren Forderung keine Verfügungsmacht hinsichtlich der Übertragung zukommen. Werde die Forderung durch Gläubiger und Schuldner wieder zu einer abtretbaren gestaltet, erwachse dem Gläubiger in diesem Zeitpunkt auch wieder Verfügungsmacht hinsichtlich der Forderung. In beiden Varianten erwachse dem Zedenten die Verfügungsmacht erst nach der Abtretung, sei es im Zeitpunkt des nachträglichen Erwerbs der Forderung oder der nachträglichen Gestaltung der Forderung zu einer abtretbaren. Daher werde die genehmigte Abtretung *ex nunc* wirksam.^{740, 741}

M.E. hinkt der von STEINER angestellte Vergleich der konvaleszierten Abtretung einer fremden Forderung mit der genehmigten Abtretung einer unabtretbaren Forderung. Bei der Abtretung einer fremden Forderung ist der

737 Pro Rückwirkung: VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 58; BUCHER, S. 542; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2115; WEHRLI, S. 5; zum deutschen Recht BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 310 f.; contra: SCHULIN/VOGT, S. 617 f.; STEINER, S. 77-79 und 84; KOLLER, Rz. 84.71.

738 VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 58 f.; VON TUHR/PETER, S. 153, insbesondere FN 71.

739 VON TUHR/PETER, S. 153, FN 71.

740 STEINER, S. 77-79.

741 KOLLER, der sich ebenfalls gegen die Rückwirkung ausspricht, begründet diese Ansicht nicht näher, sondern verweist für den Vorrang zwischenzeitlich entstandener Rechte Dritter an der Forderung auf VON TUHR (KOLLER, Rz. 84.71 und 84.66).

«wahre Gläubiger» bis zum Zeitpunkt der Konvaleszenz Inhaber der Forderung. Im Zeitpunkt der Konvaleszenz geht die Forderung *ipso iure* auf den Zessionar über.⁷⁴² Eine Rückwirkung ist ausgeschlossen, weil andernfalls dem bisherigen Gläubiger kraft Rechtsgeschäfts zwischen Dritten nachträglich die Gläubigerstellung während der Zeitdauer zwischen Abtretung und Konvaleszenz genommen würde. Dies ist rechtlich unmöglich, da Verträge nicht zulasten eines Dritten geschlossen werden können.⁷⁴³ Dem Zedenten und dem Zessionar steht daher hinsichtlich des Zeitpunkts der Wirksamkeit der Abtretung keine Autonomie zu. Die konvaleszierte Verfügung wird *ex nunc* wirksam.⁷⁴⁴

262 Anders gelagert ist die Genehmigung einer abredewidrigen Abtretung durch den Schuldner. Hier verfügen nicht zwei Personen über die Rechtsstellung eines Dritten. Der Zedent ist Inhaber der Forderung und verfügt somit über ein eigenes Recht. Mit der Abtretung äussert er den Willen, die Forderung auf den Zessionar zu übertragen. Aufgrund ihrer Privatautonomie steht es dem Zedenten und dem Zessionar frei, für den Fall der Genehmigung der Abtretung durch den Schuldner den Zeitpunkt des Forderungsübergangs zu vereinbaren.⁷⁴⁵ Sie greifen dabei nicht in die Rechte Dritter ein, da der Zedent Inhaber der Forderung ist. Daher können Zedent und Zessionar hier im Unterschied zur Abtretung einer fremden Forderung auch die Wirkung *ex tunc* vorsehen.⁷⁴⁶

263 Wenn die Parteien den Zeitpunkt des Forderungsübergangs nicht regeln, fragt sich, welchen Zeitpunkt die Rechtsordnung subsidiär vorsieht. Hier scheint eine Analogie zu den Regeln für andere Rechtsgeschäfte angebracht, deren Wirksamkeit der Genehmigung durch einen Dritten bedarf. Das Gesetz sieht die Genehmigung von Rechtsgeschäften etwa bei solchen urteilsfähiger handlungsunfähiger Personen (Art. 19 f. ZGB), bei durch einen vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Verträgen (Art. 38 OR) und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 424 OR) vor. Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (Art. 19a Abs. 1 ZGB), diejenige des Vertretenen (Art. 38 Abs. 1 OR) und diejenige des Geschäftsherrn (Art. 424 OR) lassen die vorerst unwirksamen Rechtsgeschäfte *ex tunc* wirksam werden.⁷⁴⁷ Auch ein zufolge Willensmangels

742 VON TUHR, BGB II/1, S. 386.

743 Siehe zum Verbot des Vertrags zulasten eines Dritten FN 710.

744 VON TUHR, BGB II/1, S. 386; BK-ZOBL/THURNHERR, Art. 884 ZGB N 758.

745 Gleich wie bei einem aufschiebend bedingten Vertrag (Art. 151 Abs. 2 OR).

746 Das Bundesgericht erwog in BGE 51 II 245 E. 1 S. 249 f., dass die Genehmigung der Zession durch die Vormundschaftsbehörde auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses zurückwirke, weil die Willenserklärungen der Parteien des Geschäfts «nicht einfach als nicht existierend betrachtet werden dürfen, sondern nur zu ihrer Verbindlichkeit noch der Mitwirkung einer anderen Person bzw. einer Behörde bedürfen».

747 Vgl. BSK-FANKHAUSER, Art. 19a ZGB N 6; BSK-WATTER, Art. 38 OR N 8 und BSK-OSER/WEBER, Art. 424 OR N 5.

unverbindlicher Vertrag wird im Fall seiner Genehmigung (Art. 31 OR) *ex tunc* wirksam.⁷⁴⁸ Diese Beispiele zeigen, dass genehmigte Geschäfte als von Anfang an gültig behandelt werden.⁷⁴⁹ Dies ist m.E. auch für die vom Schuldner genehmigte abredewidrige Abtretung die richtige Rechtsfolge, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Denn in den meisten Fällen gehen die Parteien stillschweigend davon aus, dass die Forderung mit der Abtretung übergeht. Dies gilt insbesondere, wenn sie sich des vertraglichen Abtretungsausschlusses nicht bewusst sind. Die Rückwirkung ist also die Regel und die Wirkung *ex nunc* die Ausnahme. Wollen die Parteien von der Regel abweichen, liegt es an ihnen, dies zu vereinbaren.

Mit der Genehmigung wird die abredewidrige Abtretung demnach *ex tunc* wirksam, soweit Zedent und Zessionar nicht einen anderen Zeitpunkt vereinbart haben. Bis zur Genehmigung befindet sich die Abtretung in einem Schwebezustand. Sie ist schwebend unwirksam.⁷⁵⁰ Verweigert der Schuldner die Genehmigung, bleibt die Abtretung unwirksam.

C. Kollisionsproblematiken

a) Zwischenzeitlich erworbene Rechte Dritter

Die genehmigte abredewidrige Abtretung wird nach der hier vertretenen Ansicht im Zeitpunkt ihres Zustandekommens wirksam, soweit die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Diese Rückwirkung betrifft nicht allein den Schuldner, sondern auch Dritte, weil die Abtretung gegenüber allen wirksam wird. Deshalb erfordert die Anerkennung der Rückwirkung – entsprechend der Ansicht VON TUHR⁷⁵¹ –, dass zwischenzeitlich erworbene Rechte Dritter an der Forderung vorbehalten werden.⁷⁵² Wurde die Forderung zwischen der Abtretung und der Genehmigung für einen Gläubiger des Zedenten gepfändet, fällt die Pfändung somit nicht dahin, wenn der Zessionar

748 Nach der Anfechtungstheorie bleibt der Vertrag mangels Anfechtung von Anfang an aufrecht. Und nach der Ungültigkeitstheorie bewirkt die Genehmigung, dass der Vertrag *ex tunc* wirksam wird (BSK-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 31 OR N 21).

749 Vgl. allgemein BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 320: Die nachträgliche Erteilung der Genehmigung genehmigungsbedürftiger Geschäfte wirkt *ex tunc* wirksamkeitsbe gründend. Vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 153 bei FN 71.

750 STEINER, S. 77. Zum Begriff und zur Natur des *schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts* vgl. NEUNER, § 55 N 12–20. VON TUHR/PETER sprechen diesbezüglich von *unvollendeten Rechtsgeschäften* (VON TUHR/PETER, S. 224).

751 Siehe oben Rz. 259.

752 Vgl. WOLFF, S. 172, FN 126. Das Bundesgericht spricht von einem «feststehenden Grundsatz», dass durch eine Genehmigung «jedenfalls die inzwischen von Dritten erworbenen Rechte nicht mehr geschmälert werden» können (BGE 41 II 387 E. 2 S. 391 betr. die Genehmigung einer durch Geschäftsführung ohne Auftrag vorgenommenen Zession).

Gläubiger wird.⁷⁵³ Dies gilt *mutatis mutandis* auch bei Genehmigung nach zwischenzeitlicher Eröffnung des Konkurses über den Zedenten: Der Konkursbeschlagnahme steht der Rückwirkung insofern im Weg, als die Forderung in der Konkursmasse verbleibt.

266 Der Vorbehalt der zwischenzeitlichen Pfändung bzw. Konkursöffnung schmälert die praktische Bedeutung der Rückwirkung der Genehmigung. Von Relevanz ist die Rückwirkung jedoch bei der Abtretung einer verzinslichen Forderung, wenn die Parteien abweichend von Art. 170 Abs. 3 OR vereinbart haben, dass die bis zum Zeitpunkt der Zession aufgelaufenen Zinsen nicht auf den Zessionar übergehen. Aufgrund der Rückwirkung erwirbt der Zessionar in diesem Fall die zwischen der Abtretung und der Genehmigung aufgelaufenen Zinsen.

b) Mehrfache abredewidrige Abtretung

267 Eine weitere Kollisionsproblematik ergibt sich, wenn der Gläubiger die Forderung vor der Genehmigung mehrfach abredewidrig abgetreten hat. Hier fragt sich zunächst, ob der Schuldner nach Belieben diejenige Abtretung genehmigen kann, deren Wirksamkeit er herbeiführen will. Diese Frage wurde in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre bisher nicht diskutiert. M.E. ist sie zu bejahen. Denn mit der Vereinbarung eines pactum de non cedendo bezweckt der Schuldner, die Kontrolle über die Wahl der Person seines Gläubigers zu behalten. Das pactum verleiht dem Schuldner mithin die Befugnis, über die Person seines Gläubigers mitzubestimmen, und damit auch die Berechtigung, unter mehreren abredewidrigen Abtretungen, diejenige auszuwählen, die wirksam werden soll. Der Schuldner kann nämlich durchaus ein Interesse daran haben zu entscheiden, wer unter mehreren Kandidaten sein neuer Gläubiger sein soll. So wird er etwa einen Gläubiger vorziehen, gegenüber dem er seine Schuld verrechnen kann.⁷⁵⁴ Daher ist der Schuldner bei der Genehmigung nicht an die Reihenfolge der Abtretungen gebunden, die der Zedent vorgenommen hat. Er kann mithin auch einer späteren Abtretung zur Wirksamkeit verhelfen. Aus dem Schutzzweck des absolut wirkenden pactum folgt somit, dass die Genehmigung nur das Wirksamwerden einer

753 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 348, FN 59. Die Vereinbarung der Unabtretbarkeit der Forderung steht deren Pfändbarkeit nicht entgegen (BGE 84 III 21, S. 22 f.; BGER, 5A_345/2024, Urteil vom 10. Juli 2024, E. 4.2; BSK-VONDER MÜHLL, Art. 92 SchKG N 9; MARTIN, ZSR 1923, S. 1, 21). Im Unterschied dazu ist eine Verpfändung einer unabtretbaren Forderung nicht möglich (Art. 899 Abs. 1 ZGB und oben Rz. 23; das Beispiel des Pfandrechts als zwischenzeitlich erworbenes Recht Dritter bei KOLLER, Rz. 84.71, 84.66, ist daher nicht einschlägig).

754 Das Motiv für die Wahl eines bestimmten Gläubigers kann auch in dessen für den Schuldner günstigem Geschäftsgebaren liegen (siehe oben Rz. 77 f.).

bestimmten Abtretung beschlägt und nicht generell die Abtretbarkeit der Forderung herstellt.⁷⁵⁵

Wenn der Schuldner jedoch offenlässt, welche Abtretung er genehmigt, und er damit zum Ausdruck bringt, dass es ihm gleichgültig ist, welcher der mehreren «Zessionare» sein Gläubiger wird, verdient in Anwendung des Prioritätsprinzips⁷⁵⁶ die zeitlich frühere Abtretung den Vorrang.

Genehmigt der Schuldner zuerst eine spätere und danach eine frühere Abtretung derselben Forderung, fragt sich, ob aufgrund der Rückwirkung der Genehmigung die zeitlich frühere Zession wirksam wird. Diese Frage ist m.E. zu verneinen. Durch eine spätere Genehmigung einer anderen Abtretung verhält der Schuldner sich nämlich widersprüchlich und treuwidrig. Der Schuldner ist folglich an die erste Genehmigung gebunden.⁷⁵⁷

D. Zusammenfassung

Die Genehmigung des Schuldners lässt die abredewidrige Abtretung wirksam werden. Diese muss zu ihrer Gültigkeit nach der Genehmigung nicht nochmals vorgenommen werden. Zedent und Zessionar können vereinbaren, auf welchen Zeitpunkt die Abtretung im Fall der Genehmigung wirksam wird. Treffen sie keine entsprechende Vereinbarung wird die Abtretung *ex tunc* wirksam. Zwischenzeitlich durch Pfändung bzw. Konkursöffnung erworbene Rechte Dritter an der Forderung bleiben vorbehalten. Unter mehreren abredewidrigen Abtretungen derselben Forderung kann der Schuldner wählen, welche Abtretung er durch Genehmigung wirksam werden lässt. Lässt der Schuldner offen, welche Abtretung er genehmigt, wird die zeitlich frühere Abtretung wirksam. Bei mehrfacher Genehmigung verschiedener Zessionen derselben Forderung ist die zuerst genehmigte Abtretung gültig.

III. Guter Glaube des Zessionars (Art. 164 Abs. 2 OR)

1. Überblick

Der Mangel der Abtretbarkeit wird durch den guten Glauben des Zessionars grundsätzlich nicht geheilt.⁷⁵⁸ Eine Ausnahme sieht Art. 164 Abs. 2 vor, wonach der Schuldner die «Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung

755 Zur Unterscheidung zwischen dem Einverständnis mit einer bestimmten Abtretung und der Aufhebung der Unabtretbarkeit im Allgemeinen siehe auch oben Rz. 254.

756 Zum Prioritätsprinzip bei der Mehrfachabtretung siehe FN 41 m.Nw.

757 Es fehlt dem Schuldner nach der ersten Genehmigung an einer weiteren Genehmigungsbefugnis (vgl. WAGNER, S. 221 f.).

758 VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 49; WEHRLI, S. 5.

ausgeschlossen worden sei», dem Dritten (Zessionar) nicht entgegensetzen kann, «der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekennnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält».⁷⁵⁹

2. Guter Glaube und Verfügungsmacht

272 Da die Abtretung ein Verfügungsgeschäft ist,⁷⁶⁰ bedarf der Zedent der Verfügungsmacht über die abzutretende Forderung.⁷⁶¹ Die Berechtigung des Veräusserers an der Forderung ist mithin eine Voraussetzung der Zession.⁷⁶² Es gilt der römisch-rechtliche Grundsatz «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.*»⁷⁶³ Ist eine Forderung aufgrund eines pactum de non cedendo nicht zedierbar, fehlt es dem Gläubiger – trotz Rechtszuständigkeit – an der Verfügungsmacht über die Forderung.⁷⁶⁴ Der Mangel der Verfügungsmacht wird durch den guten Glauben des Zessionars in der Regel⁷⁶⁵ nicht geheilt.⁷⁶⁶ Ein gutgläubiger Erwerb einer Forderung, deren Abtretung ein pactum de non cedendo entgegensteht, ist daher grundsätzlich ausgeschlossen.

273 Im Gegensatz dazu kennt das Schweizer Sachenrecht den Schutz des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten. Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933–935 ZGB schützt den gutgläubigen Erwerber von anvertrauten Sachen sowie von Geld und Inhaberpapieren. Der Grund dafür liegt im Besitz des Veräusserers: Der Besitz begründet die Vermutung der Berechtigung des Veräusserers an der Sache (Art. 930 Abs. 1 ZGB).^{767, 768} Für Forderungen, die nicht in einem

759 Siehe zu Art. 164 Abs. 2 OR unten Rz. 275–277.

760 CR-PROBST, Art. 164 OR N 4; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 16; ZK-SPIRIG, vor Art. 164–174 OR N 31; BUCHER, S. 547; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3408.

761 BGE 130 III 248 E. 4.1 S. 254; BGer, 4A_314/2016, 4A_320/2016, Urteil vom 17.11.2016, E. 4.2.1; CR-PROBST, Art. 164 OR N 51; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 17; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 63; BUCHER, S. 548; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3410.

762 Siehe oben Rz. 10.

763 Siehe zu diesem Grundsatz FN 42.

764 Siehe oben Rz. 194 f.

765 Siehe zu den Ausnahmen oben Rz. 20 und unten Rz. 275–277.

766 BGE 88 II 422 E. 2c S. 426; BGer, 4C.277/2002, Urteil vom 7.2.2003, E. 3.2; CR-PROBST, Art. 164 OR N 53, 69; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 17; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 69; VON TUHR/ESCHER, S. 332 bei FN 22 und S. 347 bei FN 49; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 90.05; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1364.

767 Hinzu kommt, dass der tatsächliche Eigentümer der Sache durch das Anvertrauen der Sache die Grundlage für diese Vermutung selbst geschaffen hat (Art. 933 ZGB) bzw. dass Geld und Inhaberpapiere in besonderem Mass für den Verkehr bestimmt sind (Art. 935 ZGB).

768 Bei Grundstücken schafft der Eintrag im Grundbuch diese Publizität. Entsprechend wird der Erwerber von Eigentum an Grundstücken geschützt, der sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen hat (Art. 973 ZGB).

Wertpapier verbrieft sind, fehlt ein solches Publizitätsmittel. Daher können die sachenrechtlichen Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nicht unbesehen auf das Zessionsrecht übertragen werden.⁷⁶⁹

Das Wertpapierrecht kennt ebenfalls den Schutz des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten. So kann der Erwerber eines Inhaberpapiers das Papiereigentum und damit das Recht aus dem Papier⁷⁷⁰ kraft guten Glaubens auch von einer nicht berechtigten Person erwerben.^{771, 772} Auch der gutgläubige Erwerber eines Ordrepapiers wird aufgrund des Urkundenbesitzes, der Indossamentenkette und unter der subjektiven Voraussetzung, dass er nicht grobfahrlässig gehandelt hat, in seinem Erwerb geschützt.^{773, 774} Dieser Schutz des guten Glaubens in die Rechtszuständigkeit des Veräusserers entspricht dem Zweck des Wertpapierrechts, die Verkehrsfähigkeit von verbrieften Forderungen zu erleichtern.⁷⁷⁵ Im Unterschied dazu dient das Abtretungsrecht neben der Mobilisierung von Forderungen auch dem Schutz des Schuldners. Das Interesse an der Verkehrsfähigkeit nicht verbrieft Forderungen rechtfertigt es nicht, den Schuldner zugunsten eines gutgläubigen Zessionars mit einer Verpflichtung zu belasten, die er gegenüber dem Zedenten nicht gehabt hat.⁷⁷⁶ Aufgrund des dem Abtretungsrecht inhärenten Schuldnerschutzgedankens lassen sich die wertpapierrechtlichen Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb von Forderungen demzufolge nicht analog auf die Zession anwenden.

769 Vgl. zur ganzen Rz. MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, Rz. 46; BUCHER, S. 567, FN 117; vgl. auch ZK-SPIRIG, Art. 169 OR N 3.

770 Bei Inhaberpapieren gilt der Grundsatz des Gleichlaufs von Berechtigung am Papier und Zuständigkeit am verbrieften Recht. Wer das Eigentum am Inhaberpapier kraft guten Glaubens erwirbt, wird ohne Weiteres auch Träger des im Inhaberpapier verbrieften Rechts (MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, Rz. 189).

771 Siehe oben Rz. 273.

772 Ausserdem sind die Einreden des Schuldners gegen den Inhaber des Papiers eingeschränkt (vgl. Art. 979 OR).

773 Vgl. Art. 1006 OR betr. gezogenen Wechsel, eigenen Wechsel (Verweis in Art. 1098 Abs. 1 OR), Anweisung an Ordre (Verweis in Art. 1147 OR), Zahlungsverprechen an Ordre (Verweis in Art. 1151 Abs. 1 i.V.m. Art. 1098 Abs. 1 OR) und andere Ordrepapiere (Verweis in Art. 1152 Abs. 2 OR). Vgl. Art. 1112 OR betr. Check. Vgl. zum Ganzen REY, Sachenrecht, Rz. 1792.

774 Die Einreden des Schuldners gegen den Inhaber des Ordrepapiers sind ebenfalls eingeschränkt (vgl. Art. 1007 OR betr. gezogenen Wechsel, eigenen Wechsel [Verweis in Art. 1098 Abs. 1 OR] und Check [Verweis in Art. 1143 OR] sowie Art. 1146 OR betr. wechselähnliche und andere Ordrepapiere).

775 Vgl. BSK-FURTER, Art. 979 OR N 3; BSK-GRÜNINGER/HUNZIKER/ROTH, Art. 1006 OR N 3; BSK-WIDMER, Art. 1112 OR N 4.

776 VON TUHR / ESCHER, S. 364 f.; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 46a; vgl. auch CR-PROBST, Art. 169 OR N 6; BUCHER, S. 567 bei FN 117. Gemäss VON TUHR / ESCHER (S. 365 i.i.) liegt es «im Wesen des Forderungserwerbs, daß er mit einem Risiko für den Erwerber verbunden ist.»

3. Ausnahme von Art. 164 Abs. 2 OR

275 Das Prinzip, dass Forderungen, die von einer nicht Verfügungsberechtigten Person abgetreten werden, nicht kraft guten Glaubens erworben werden können, erfährt in Art. 164 Abs. 2 OR eine Ausnahme: «Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.»⁷⁷⁷ Der Zessionar wird mithin im Erwerb der Forderung geschützt, wenn er sich diese im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis hat abtreten lassen, ohne zu wissen, dass der Zedent und der Schuldner ein pactum de non cedendo vereinbart haben. In diesem Fall steht das pactum der Abtretung nicht entgegen. Dafür wird kumulativ vorausgesetzt, dass (1) die abgetretene Forderung in einer Urkunde verankert ist, die nichts über das pactum aussagt, dass (2) der Zessionar Kenntnis von der Urkunde hat und dass (3) der Zessionar darauf vertraut hat, dass kein pactum vereinbart worden ist.^{778, 779} Abgesehen von dieser Ausnahmekonstellation vermag der gute Glaube des vermeintlichen Zessionars den Mangel der Abtretbarkeit einer Forderung nicht zu heilen.⁷⁸⁰

276 Mit Art. 164 Abs. 2 OR wird ein für Wertpapiere geltender Grundsatz in Bezug auf das pactum de non cedendo auf alle schriftlichen Schuldbekenntnisse ausgedehnt: Der gutgläubige Erwerber kann die Urkunde so geltend machen, wie sie lautet, ohne Rücksicht auf gegenteilige Nebenabreden der Parteien.⁷⁸¹ Mit dem schriftlichen Schuldbekenntnis besteht – ähnlich dem Wertpapier bei

777 Siehe zur Entstehungsgeschichte der Norm oben Rz. 149 und zu den Unzulänglichkeiten deren Wortlauts oben Rz. 250.

778 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 195-204; CR-PROBST, Art. 164 OR N 71; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 57. Das Bundesgericht stellt hohe Anforderungen an die Berufung auf Art. 164 Abs. 2 OR: Ein Zessionar, der vom Zedenten in erkennbarer Weise nur Einsicht in einen Teil des Vertrags erhält, kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, wenn das pactum in einem Teil des Vertrags enthalten ist, der ihm nicht vorgelegt worden ist (BGer, 4C.147/2000, Urteil vom 23.8.2000, E. 2).

779 Umgekehrt wird der Schuldner geschützt, wenn mindestens eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist, d. h., wenn entweder (1) die abgetretene Forderung nicht in einer Urkunde verankert ist oder (2) die Urkunde, in der die Forderung verankert ist, das pactum enthält oder (3) der Zessionar keine Kenntnis von der Urkunde hat oder (4) der Zessionar nicht darauf vertraut hat, dass kein pactum vereinbart worden ist.

780 Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz, dass Forderungen nicht kraft guten Glaubens erworben werden können, sieht Art. 18 Abs. 2 OR vor: Dem Zessionar, der die Forderung im Vertrauen auf ein simuliertes Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einwendung der Simulation nicht entgegensetzen. Diese Ausnahme betrifft nicht die mangelnde Berechtigung des Gläubigers zur Abtretung der Forderung, sondern den mangelnden Bestand der Forderung und ist daher für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung.

781 BK-BECKER, Art. 164 OR N 47.

wertpapiermässig verbrieften Forderungen und dem Besitz bei Fahrnis – ein Publizitätsmittel. Wer ein Recht im Vertrauen auf eine solche Urkunde erwirbt, muss sich das pactum de non cedendo nicht entgegenhalten lassen. Der Schuldner selbst hat den falschen Rechtsschein der Abtretbarkeit geschaffen, indem er eine vorbehaltlose, das pactum nicht erwähnende Urkunde ausgestellt hat. Indem er das Schuldbekenntnis unvollständig verfasst, verschuldet er den Irrtum des Zessionars über die Abtretbarkeit der Forderung.⁷⁸² Erhebt der Schuldner später die Einwendung der Unabtretbarkeit der Forderung, verhält er sich widersprüchlich (*venire contra factum proprium*).⁷⁸³ Das Interesse des Zessionars, die Forderung zu erwerben, verdient daher gegenüber demjenigen des Schuldners, dass die Forderung nicht abgetreten wird, den Vorzug. Der Schuldner muss sich demzufolge auf dem Rechtsschein der Abtretbarkeit der Forderung behaften lassen.⁷⁸⁴ Die Einwendung, dass die Forderung aufgrund eines pactum de non cedendo nicht abgetreten werden kann, ist dem Schuldner in diesem Fall verwehrt.

Unter den Voraussetzungen von Art. 164 Abs. 2 OR heilt der gute Glaube des Zessionars den Mangel der Abtretbarkeit der Forderung. Das pactum de non cedendo steht in diesem Fall der Abtretung nicht entgegen. Diese ist (absolut) wirksam. Die Verletzung des pactum kann jedoch schuldrechtliche Folgen im Verhältnis zwischen Zedent und Schuldner zeitigen. Insbesondere kann die abredewidrige Abtretung einen Haftungsanspruch des Schuldners gegen den Zedenten nach Art. 97 Abs. 1 OR begründen.⁷⁸⁵ Das pactum de non cedendo wirkt hier mit anderen Worten rein obligatorisch.

IV. Unwirksame Abtretung als Inkassovollmacht

Eine zufolge pactum de non cedendo unwirksame Zession kann gegebenenfalls in eine Inkassovollmacht⁷⁸⁶ umgedeutet werden. Die Abtretungserklärung des Gläubigers enthält nämlich zumindest den Willen, dass die Leistung an den

782 VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 55.

783 Ein früheres Verhalten, das für sich nicht zu missbilligen ist (hier das schriftliche Schuldbekenntnis ohne Nennung des pactum de non cedendo), kann die spätere Rechtsausübung (die Einwendung der Unabtretbarkeit der Forderung) unzulässig machen, wenn sich das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt und die Interessen der Gegenpartei (des gutgläubigen Zessionars) im Hinblick darauf als vorrangig schutzwürdig erscheinen (vgl. MüKo-SCHUBERT, § 242 BGB N 364).

784 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, RZ. 48.

785 KOLLER, RZ. 84.69.

786 Eine Inkassovollmacht ist eine Bevollmächtigung eines Dritten, eine Forderung im fremden Namen des Gläubigers einzutreiben. Vereinbart der Gläubiger mit dem Dritten, dass dieser die Leistung des Schuldners für sich behalten soll, wird ein ähnliches

«Zessionar» erfolgen soll.⁷⁸⁷ Die Inkassovollmacht verschafft diesem die Möglichkeit, die Leistung vom Schuldner im Namen des Gläubigers zu erheben und nötigenfalls einzuklagen.⁷⁸⁸ Der «Zessionar» handelt dabei als Vertreter des Gläubigers.

279 Neben dem ausbleibenden Forderungsübergang unterscheidet sich die Inkassovollmacht von der (Inkasso-)Abtretung insbesondere dadurch, dass der Gläubiger die Vollmacht jederzeit widerrufen kann (Art. 34 OR), während die Abtretung nur durch eine Rückzession aufgehoben werden kann. Ausserdem kann der Schuldner – anders als nach Art. 169 Abs. 1 OR – auch Einreden und Einwendungen geltend machen, die erst entstanden sind, nachdem er von der Bevollmächtigung Kenntnis erhalten hat. Überdies kann der Schuldner – im Unterschied zu Art. 169 Abs. 2 OR – eigene Gegenforderungen, die im Zeitpunkt, als er von der Bevollmächtigung Kenntnis erhalten hat, noch nicht fällig gewesen sind, zur Verrechnung bringen, selbst wenn sie später als die Hauptforderung fällig geworden sind. Einreden und Einwendungen aus seinen eigenen Rechtsbeziehungen zum Bevollmächtigten kann der Schuldner gegen die Inkassoforderung hingegen nicht geltend machen.

280 Die Konversion einer unwirksamen Abtretung in eine Inkassovollmacht ist allerdings ausgeschlossen, wenn das pactum de non cedendo zugleich die Abrede enthält, dass der Schuldner nicht an einen Vertreter des Gläubigers leisten muss.⁷⁸⁹ Dies trifft insbesondere dann zu, wenn das pactum den Sinn hat, dass der Schuldner berechtigt sein soll, nur an den Gläubiger persönlich leisten zu müssen.⁷⁹⁰ Angesichts der vom Schuldner mit dem pactum verfolgten Interessen⁷⁹¹ dürfte dies regelmässig der Fall sein.

V. Haftung des Zedenten gegenüber dem Zessionar

281 Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo hat zur Folge, dass die Forderung nicht auf den Zessionar übergehen kann. Das Verfügungsgeschäft der Zession ist unwirksam. Das Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*)

wirtschaftliches Resultat erreicht wie durch Zession (vgl. weiterführend BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 1; CR-PROBST, Art. 164 OR N 9; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 90.10).

787 ZK-SPIRIG, vor Art. 164-174 OR N 234; VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 60; WOLFF, S. 172.

788 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 338 bei FN 74.

789 VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 61; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 158, 190.

790 WOLFF, S. 172; gl. A. SCHULIN/VOGT, S. 616; vgl. auch BGH, Urteil vom 3.7.1996, in: NJW 1996, S. 3273, 3275 (betr. Umdeutung in eine Einziehungsermächtigung).

791 Siehe zu den Schuldnerinteressen oben Rz. 62-84.

ist hingegen gültig.⁷⁹² Gestützt auf dieses hat der Zedent dem Zessionar bei der entgeltlichen Abtretung Gewähr für den Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung zu leisten (Art. 171 Abs. 1 OR). Zum Bestand der Forderung zählt nicht nur die Existenz der Forderung, sondern auch jede Eigenschaft, welche die Forderung nach Treu und Glauben haben sollte. Dazu gehört auch, dass die Forderung frei von Einreden und Einwendungen ist, und mithin, dass der Schuldner dem Zessionar nicht die Einwendung der Unabtretbarkeit entgegenhalten kann.⁷⁹³ Damit ist der Zedent unabhängig von seinem Verschulden⁷⁹⁴ gewährleistetungspflichtig. Er haftet dem Zessionar für den empfangenen Gegenwert nebst Zinsen und überdies für die Kosten der Abtretung und des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner (Art. 173 Abs. 1 OR). Will der Zessionar über diesen umfangmässig begrenzten Schaden auch das Erfüllungsinteresse, einschliesslich des entgangenen Gewinns, ersetzt haben, muss er seinen Ersatzanspruch auf die Verschuldenshaftung nach Art. 97 Abs. 1 OR stützen.⁷⁹⁵ Wenn der Zedent sich widerrechtlich verhalten hat, indem er z.B. einen Betrug nach Art. 146 StGB begangen hat, haftet er ausserdem aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 Abs. 1 OR.⁷⁹⁶

VI. Fazit: vorrangige Interessen des Schuldners

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass Art. 164 OR *de lege lata* grund- 282
sätzlich keinen Spielraum für eine Auslegung lässt, die von der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo abweicht. Denkbar ist allein, dass Schuldner und Gläubiger ein bloss obligatorisch wirkendes pactum vereinbaren. Dies kommt in der Praxis aber kaum vor.

Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo gemäss Art. 164 Abs. 1 283
OR schützt die Interessen des Schuldners. Durch die Vereinbarung eines pactum kann er die Nachteile eines Gläubigerwechsels ausschliessen. Einzig in den Fällen von Art. 164 Abs. 2 OR gab der Gesetzgeber den Interessen des Zessionars den Vorrang. Hier schafft der Schuldner den Rechtsschein der

792 Der Nichtigkeitsgrund der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) ist nicht gegeben, weil die Unmöglichkeit bloss eine subjektive ist (vgl. BGE 135 III 212 E. 3.1 S. 218: Bei fehlender Verfügungsmacht ist die Unmöglichkeit eine subjektive.).

793 SCHULIN/VOGT, S. 169 f.; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 171 OR N 7; ZK-SPIRIG, Art. 171 OR N 16; KOLLER, Rz. 84.179; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.53.

794 CR-PROBST, vor Art. 171-173 OR N 3; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, vor Art. 171-173 OR N 2; ZK-SPIRIG, vor Art. 171-173 OR N 2; ENGEL, S. 893.

795 Vgl. BERGER, Schuldrecht, Rz. 2119.

796 Zur ganzen Rz. SCHULIN/VOGT, S. 619 f.

Abtretbarkeit, indem er seine Schuld schriftlich bekennt, ohne das pactum zu erwähnen. Auf diesen Rechtsschein darf sich der gutgläubige Zessionar verlassen. Das pactum wirkt in diesem Fall rein obligatorisch und die abredewidrige Abtretung ist wirksam.

284 Insgesamt gewichtet die Regelung des pactum de non cedendo in Art. 164 OR die Interessen des Schuldners an der Unabtretbarkeit der Forderung klar stärker als die Interessen des Zedenten und des Zessionars an der Abtretbarkeit. Im Spannungsverhältnis der beiden konträren Ziele des Abtretungsrechts dient die Regelung eindeutig dem Schuldnerschutz, was sich entsprechend nachteilig auf die Verkehrsfähigkeit von Forderungen auswirkt.⁷⁹⁷

§11 Bewertung der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo

I. Absolute Wirkung und absolute Unwirksamkeit

1. Absolute Unwirksamkeit im Allgemeinen

285 Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 164 OR hat zur Folge, dass die abredewidrige Abtretung absolut unwirksam ist.⁷⁹⁸ Allgemein ist ein Rechtsgeschäft absolut unwirksam, wenn es infolge eines Mangels des Tatbestands die seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen nicht herbeiführt. Der Mangel besteht entweder darin, dass eine rechtsbegründende Tatsache fehlt oder dass eine rechtshindernde Tatsache vorliegt.⁷⁹⁹ Bei der abredewidrigen Abtretung liegt der Mangel darin, dass das absolut wirkende pactum de non cedendo den Übergang der Forderung verhindert. Das Abtretungsverbot ist mithin eine rechtshindernde Tatsache. Gleichzeitig fehlt es an der rechtsbegründenden Tatsache der Abtretbarkeit⁸⁰⁰ der Forderung.⁸⁰¹

797 Für eine eingehende Bewertung der absoluten Wirkung des pactum siehe sogleich Rz. 292-306.

798 Siehe zur absoluten Unwirksamkeit oben Rz. 108-111 und zum Zusammenhang zwischen absoluter Wirkung und absoluter Unwirksamkeit Rz. 251 und 460.

799 VON TUHR, BGB II/1, S. 280.

800 Siehe zur Voraussetzung der Abtretbarkeit oben Rz. 22-24.

801 Für das materielle Recht ist die Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden und rechtshindernden Tatsachen gleichgültig. Denn jede rechtshindernde Tatsache (pactum de non cedendo) kann durch ein entsprechendes positives Gültigkeitserfordernis (Abtretbarkeit der Forderung) ersetzt werden. Die Unterscheidung ist dagegen wichtig

Die absolute Unwirksamkeit gilt gegenüber allen (*erga omnes*): Ein absolut unwirksames Rechtsgeschäft hat Wirkungen für und gegen niemanden. Die Unwirksamkeit kann daher von allen vorgebracht werden. Auf die Unwirksamkeit können sich mithin nicht nur die Parteien des Rechtsgeschäfts und ihre Rechtsnachfolger berufen, sondern auch Dritte, deren Rechtsstellung durch die Unwirksamkeit des Geschäfts beeinflusst wird. Dies sind insbesondere die Gläubiger desjenigen, der in unwirksamer Weise über einen Vermögensgegenstand verfügt hat. Sie können in der Zwangsvollstreckung auf den noch zum Vermögen ihres Schuldners gehörenden Gegenstand zugreifen. Umgekehrt kann die Unwirksamkeit auch jedem entgegengehalten werden, der aus dem unwirksamen Geschäft ein Recht ableitet. Dies bedeutet für unwirksame Verfügungen, dass die Unwirksamkeit nicht nur dem Erwerber, sondern auch seinen Rechtsnachfolgern entgegengehalten werden kann, sofern ihr Erwerb nicht durch den guten Glauben geschützt wird. Ebenso kann die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern des Erwerbers geltend gemacht werden.⁸⁰²

2. Absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung

A. Im Allgemeinen

Die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung hat zur Folge, dass die Forderung nicht auf den Zessionar übergeht, sondern im Vermögen des Zedenten verbleibt. Sie begründet eine Ausnahme vom Grundsatz, dass vertragliche Vereinbarungen nur zwischen den Parteien wirken.⁸⁰³ Auf das pactum de non cedendo und damit auf die Unwirksamkeit der Abtretung können sich gemäss den vorstehenden allgemeinen Erörterungen theoretisch alle Personen berufen, die von dieser berührt sind. Andersherum kann die Unwirksamkeit auch allen Personen entgegengehalten werden. Dies betrifft folgende fünf Personenkreise:

- 1) Schuldner
- 2) Zedent (und seine Rechtsnachfolger)
- 3) Gläubiger des Zedenten
- 4) Zessionar (und seine Rechtsnachfolger)
- 5) Gläubiger des Zessionars.

für die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast (VON TUHR, BGB II/1, S. 276, FN 22). Wer sich auf die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruft, hat die (rechtshindernde) Tatsache, die der Wirksamkeit entgegensteht (hier das pactum de non cedendo), zu behaupten und beweisen (Art. 8 ZGB; BSK-LARDELLI/VETTER, Art. 8 ZGB N 61). Prozessual ist das pactum de non cedendo mithin als rechtshindernde Tatsache anzusehen.

802 Vgl. zur ganzen Rz. VON TUHR, BGB II/1, S. 275 f., 282; VON TUHR/PETER, S. 225 f.

803 Siehe zum Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses oben Rz. 231.

288 Praktisch haben allerdings nur der Schuldner, die Gläubiger des Zedenten sowie allenfalls der Zedent selbst (und seine Rechtsnachfolger) ein Interesse, sich auf die Unwirksamkeit der Abtretung zu berufen. Nur sie sind daran interessiert, dass der Zedent weiterhin Gläubiger der Forderung ist. Der Zessionar (und seine Rechtsnachfolger) sowie die Gläubiger des Zessionars sind hingegen an der Wirksamkeit der Abtretung interessiert, weil sie durch den Forderungsübergang ausschliesslich begünstigt werden.⁸⁰⁴ Nachfolgend wird daher nur die Berufung des Schuldners, der Gläubiger des Zedenten und des Zedenten auf das pactum dargestellt.

B. Berufung des Schuldners auf das pactum

289 Der Schuldner ist diejenige Person, in deren Interesse der Abschluss des pactum de non cedendo gewöhnlich liegt. Er stellt damit sicher, dass er nur an den Zedenten leisten muss. Typischerweise beruft sich daher der Schuldner auf die Unabtretbarkeit der Forderung. Er kann dies gegenüber dem Zessionar tun, der von ihm die Leistung verlangt. Ausserdem kann er sich unter Berufung auf das pactum auch gegen die Pfändung bzw. den Konkursbeschluss und die Verwertung der Forderung zugunsten der Gläubiger des Zessionars wehren. Beruft der debitor cessus sich nicht auf die Unabtretbarkeit und leistet er an den Zessionar bzw. setzt er sich gegen die Betreibungsmassnahmen der Gläubiger des Zessionars nicht zu Wehr, genehmigt er die abredewidrige Abtretung stillschweigend.⁸⁰⁵ Der Schuldner kann die Unabtretbarkeit schliesslich auch gegenüber dem Zedenten geltend machen und ihm die Leistung anbieten. Verweigert der Zedent in der Folge die Annahme der gehörig angebotenen Leistung, kommt er in Annahmeverzug.⁸⁰⁶

C. Berufung der Gläubiger des Zedenten auf das pactum

290 Ein Interesse daran, dass der Zedent Gläubiger der Forderung bleibt, haben insbesondere auch seine Gläubiger. Durch die Unwirksamkeit der Abtretung bleibt ihnen die Forderung als Haftungsobjekt erhalten. Bei absoluter Unwirksamkeit der Abtretung können sie die vermeintlich abgetretene Forderung

804 Der Zessionar wird durch den Verfügungsvertrag der Zession ausschliesslich begünstigt, während das der Zession zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft den Zessionar auch verpflichten kann. Die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts wird durch das pactum de non cedendo nicht berührt. Das Verpflichtungsgeschäft dient dem Zessionar gerade als Grundlage für allfällige Gewährleistungsansprüche, wenn er die Forderung wegen des pactum nicht erwirbt.

805 Siehe oben Rz. 255.

806 Vgl. Art. 91 OR.

pfänden lassen und gegen den Widerspruch⁸⁰⁷ des Zessionars die Unabtretbarkeit der Forderung einwenden. Im Konkurs des Zedenten fällt die Forderung in die Konkursmasse und kann die Konkursverwaltung sich in einem allfälligen Prätendentenstreit⁸⁰⁸ mit dem Zessionar auf die Unabtretbarkeit berufen. Aufgrund seiner absoluten Wirkung wirkt das pactum de non cedendo mithin zugunsten Dritter (Gläubiger des Zedenten), die an der Vereinbarung des pactum nicht beteiligt gewesen sind.

D. Berufung des Zedenten auf das pactum

Die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung ermöglicht es sogar dem Zedenten selbst, sich auf die Unabtretbarkeit zu berufen. Er tut dies, wenn er vom Schuldner die Leistung erhalten will. So kann der Zedent unter Berufung auf das pactum de non cedendo auch Widerspruch gegen die Pfändung der Forderung durch die Gläubiger des Zessionars erheben. Und im Konkurs des Zessionars kann der Zedent sich in einem allfälligen Prätendentenstreit auf die Unwirksamkeit der Abtretung berufen. Allerdings steht seine Berufung auf das pactum unter dem Vorbehalt des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Wer als Forderungsinhaber trotz Kenntnis des Abtretungsverbots eine Forderung abtritt und sich nachträglich auf dieses Abtretungsverbot beruft, verhält sich widersprüchlich und verdient in der Regel keinen Rechtsschutz (*venire contra factum proprium*). 291

II. Bewertung

1. Vorteile

Der Vorteil der absoluten Wirkung besteht in ihrer Einfachheit: Die abredewidrige Abtretung ist gegenüber allen unwirksam und bleibt dies, solange der Schuldner sie nicht genehmigt. Dies schafft eine klare und in der Praxis einfach handhabbare Rechtslage. Zudem verschafft sie dem Willen der Parteien zum Durchbruch, welche die sie verbindende Forderung nicht auf einen neuen Gläubiger übergehen lassen wollen. Die absolute Wirkung stärkt folglich die Vertragsfreiheit und damit letztlich die Privatautonomie im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger. Auch dogmatisch lässt sich die absolute Wirkung einfach begründen: Das pactum de non cedendo verändert den Inhalt der Forderung, indem es diese ihrer Natur nach unabtretbar werden lässt. 292

807 Siehe zum Widerspruchsverfahren die Nachweise in FN 2114.

808 Siehe zum gerichtlichen Prätendentenstreit die Nachweise in FN 2115.

Dadurch kann der Tatbestand der Abtretung, der eine abtretbare Forderung voraussetzt, nicht erfüllt werden. Entsprechend fällt die Rechtsfolge des Forderungsübergangs aus.⁸⁰⁹

293 Aus der Sicht des Schuldners bietet die absolute Wirkung den Vorteil, dass er sich mittels Vereinbarung eines pactum de non cedendo umfassend gegen die für ihn nachteilige Forderungsabtretung schützen kann. Indem die absolute Wirkung es dem Schuldner ermöglicht, die Wirksamkeit einer Abtretung vollständig auszuschliessen, entspricht sie vollumfänglich dem einen Grundprinzip des Zessionsrechts: Der Schuldner darf durch die seiner Einflussnahme entzogene Abtretung keine Nachteile erleiden. Dieser absolute Schuldnerschutz geht jedoch zulasten der Verkehrsfähigkeit von Forderungen als des anderen Ziels des Zessionsrechts, wie sogleich aufgezeigt wird.

2. Nachteile

A. Überschliessende Wirkung

294 Wie hiervor erörtert kann sich nicht nur der Schuldner, dessen Schutz das pactum de non cedendo typischerweise bezweckt, auf dieses berufen. Vielmehr können alle Personen, die ein Interesse an der Gläubigerstellung des Zedenten haben, die Unabtretbarkeit der Forderung geltend machen.⁸¹⁰ Die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung erstreckt den Schutz aus dem Abtretungsverbot damit auch auf Personen, deren Schutz das pactum nicht bezweckt. Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo schießt mit anderen Worten über dessen Schutzzweck hinaus.

295 Die überschliessende Wirkung zeigt sich insbesondere im Vorrang der Gläubiger des Zedenten gegenüber dem Zessionar in der Insolvenz des Zedenten.⁸¹¹ Die Berufung der Gläubiger des Zedenten auf das pactum hat zur Folge, dass ihnen die Forderung als Haftungsobjekt erhalten bleibt. Dies widerspricht im Fall der Sicherungszession dem Grundsatz, dass gesicherte Gläubiger (hier der Sicherungszessionar) eine bessere Stellung verdienen als ungesicherte (hier die Gläubiger des Zedenten).⁸¹² Ausserdem ist der Fortbestand der Forderung beim Zedenten für dessen Gläubiger in der Regel eine zufällige Folge der Entscheidung des debitor cessus, ein pactum zu vereinbaren bzw. eine abredewidrige Abtretung nicht zu genehmigen. Denn der debitor cessus zieht die Interessen der – ihm unbekanntenen – Dritten gewöhnlich

809 Siehe zur Natur des pactum de non cedendo oben Rz. 188-198.

810 Siehe oben Rz. 287-291.

811 Siehe oben Rz. 290; vgl. auch ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 322 und 333.

812 DROBNIG, S. 80; MÜLLER-CHEN, FS Schleichtriem, S. 913.

nicht in Erwägung.^{813,814} Offen zutage tritt die überschüssende Wirkung, wenn der debitor cessus den Forderungsbetrag im Fall des Prätendentenstreits zwischen den Gläubigern des Zedenten und dem Zessionar hinterlegt hat und folglich am Ausgang des Prätendentenstreits kein Interesse mehr hat.^{815,816}

B. Ausschluss der Verkehrsfähigkeit von Forderungen

Die absolute Wirkung schränkt die Verkehrsfähigkeit von Forderungen mithin stärker ein, als es der Schutz des Schuldners erfordert. Indem sie die betroffene Forderung dem Verkehr entzieht, verhindert sie eine wirtschaftlich effiziente Allokation des in der Forderung verkörperten Vermögenswerts.⁸¹⁷ Insbesondere die Unabtretbarkeit von Geldforderungen wirkt sich nachteilig auf die Finanzierungsmöglichkeiten von Unternehmen aus.⁸¹⁸ Über die Verkehrsfähigkeit der einzelnen Forderungen hinaus wird – gesamthaft betrachtet – die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gehemmt, wenn Zessionare nicht auf den Erwerb von Forderungen vertrauen können, ohne zeit- und kostenaufwendige Nachforschungen über den Bestand von Abtretungsverboten anstellen zu müssen.⁸¹⁹

Diese wirtschaftlichen Bedenken gegen absolut wirkende pacta de non cedendo sind nicht neu. Im Gegenteil begleiten sie die Diskussion über Abtretungsverbote seit dem Aufkommen der Idee, dass einer Forderung durch Vereinbarung ihre Abtretbarkeit genommen werden kann. Bereits 1868, als SINTENIS und WINDSCHEID als Erste die Ansicht vertraten, dass das pactum de non cedendo absolut wirke,⁸²⁰ wandte SEUFFERT dagegen ein, dass die absolute Wirkung den Interessen des Verkehrs zuwiderlaufe: «Sehen wir auf die praktischen Folgen dieser Entscheidung [sc. von SINTENIS und WINDSCHEID], so ergibt sich auf den ersten Blick, dass dem Verkehre mit Forderungen durch die absolute Wirkung eines solchen Cessionsverbotes eine sehr hemmende Beschränkung erwachsen würde. Und zwar läge das am meisten störende

813 DROBNIG, S. 80; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 913 («Zufallsgeschenk»).

814 Hinzu kommt, dass die Gläubiger des Zedenten normalerweise vom Abtretungsverbot zunächst keine Kenntnis haben. Eher ist ihnen die notwendigerweise in Schriftform vorgenommene Abtretung bekannt (siehe hierzu oben Rz. 92).

815 Vgl. Art. 168 OR. Siehe zum Prätendentenstreit auch unten FN 2115.

816 KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl., S. 416; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 918. Dies gilt auch für den Fall, dass der debitor cessus im Prätendentenstreit zwischen dem Zedenten und dem Zessionar den Forderungsbetrag hinterlegt hat.

817 Siehe zum Interesse an einer effizienten Vermögensverteilung oben Rz. 97f.

818 Siehe zu den Finanzierungsinteressen oben Rz. 85–88 und 98.

819 Siehe zu den Verkehrsschutzinteressen oben Rz. 93–95.

820 Siehe oben Rz. 124.

Hinderniss [...] darin, dass durch die Möglichkeit bez. rechtliche Wirksamkeit solcher Cessionsverbote ein sehr bedenkliches Misstrauen gegen die Uebernahme von Forderungen erweckt würde, da diesen durch die ganz unsichtbare Fessel des Cessionsverbotes der materielle Gehalt und Vermögenswerth entzogen sein könnte. [...] Erwägt man, dass sich durch unser modernes Rechtsleben ein unverkennbares Bestreben hinzieht, den Vermögenswerthen eine möglichst schrankenlose Verkehrsfähigkeit zu geben, [...] so wird man sich der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass das oben gewonnene Resultat [sc. von SINTENIS und WINDSCHEID] mit den Anforderungen des modernen Verkehrs schlecht im Einklange steht.»^{821, 822}

298

Dieser über anderthalb Jahrhunderte alten Erkenntnis über die wirtschaftlichen Nachteile der absoluten Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote gibt es eigentlich nichts hinzuzufügen. Wenn schon damals der «moderne» Verkehr unter der absoluten Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote litt, so gilt dies angesichts der seither nochmals in hohem Mass gestiegenen Bedeutung der Abtretung von Geldforderungen im Geschäftsverkehr umso mehr.⁸²³ Zwar gilt es zu berücksichtigen, dass der Schuldner neben der Einwendung der Unabtretbarkeit der Forderung auch weitere Einwendungen und Einreden gegenüber dem Zessionar geltend machen kann, die diesem beim Erwerb der Forderung möglicherweise nicht bekannt sind.⁸²⁴ Auch dadurch wird das Vertrauen in den Erwerb von Forderungen geschmälert.⁸²⁵ In der Praxis ist jedoch die durch die absolute Wirkung von pacta de non cedendo verursachte Unsicherheit eines der grössten Hindernisse forderungsgestützter Finanzierungsmethoden.^{826, 827}

821 SEUFFERT, ACP 1868, S. 102, 105 f.

822 Vgl. auch BÄHR, der 1857 zum «freien Verkehr» des Eigentums und der Obligation allgemein ausführte: «Der grosse Umschwung, den die Verkehrsverhältnisse seit den letzten Jahrhunderten erlitten, konnte auch auf die Rechtsbildung nicht ohne Einfluss bleiben. Alle Vermögensrechte gewannen das Streben, aus dem Zustand der Stabilität in den der Mobilität überzugehen.» (BÄHR, S. 354).

823 Siehe zur Bedeutung der Forderungsabtretung im Geschäftsverkehr oben Rz. 25-55, insbesondere Rz. 52-55.

824 Vgl. im Schweizer Recht Art. 169 OR.

825 So bereits STEGEMANN, ACP 1884, S. 315, 319.

826 Siehe oben Rz. 52-55 und 60.

827 Den grössten Schutz gegen Einreden und Einwendungen des Schuldners bietet die Ausgestaltung der abzutretenden Forderung als Wertpapier (vgl. Art. 979 OR [Inhaberpapiere], Art. 1007 OR [Wechsel], Art. 1143 Abs. 1 Ziff. 5 OR [Check] und Art. 1146 OR [wechselähnliche und andere Ordrepapiere]). Dies setzt das Einverständnis des Schuldners voraus. Wenn ein Schuldner die Abtretbarkeit einer Forderung durch den Abschluss eines pactum de non cedendo ausschliessen möchte, wird er einer Verbriefung der Forderung nicht zustimmen. Die Verbriefung ist daher faktisch keine Lösung, um den Ausschluss der Verkehrsfähigkeit der Forderung als Folge der absoluten Wirkung abzuwenden.

C. Problematik der Genehmigung

Auch die Möglichkeit des Schuldners, die abredewidrige Abtretung zu genehmigen, kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Sie stellt die Entscheidung, ob der Zedent oder der Zessionar Forderungsinhaber ist, nämlich ins freie Ermessen des Schuldners.⁸²⁸ Bei Insolvenz des Zedenten entscheidet der Schuldner damit auch, ob die Vollstreckungsgläubiger des Zedenten oder der Zessionar zum Zug kommen bzw. kommt. Da es für den Schuldner in der Regel gleichgültig ist, ob die Gläubiger des Zedenten oder der Zessionar auf die Forderung zugreifen können bzw. kann, überschiesst das Genehmigungsermessen des Schuldners – wie aufgezeigt⁸²⁹ – den Schutzzweck des pactum de non cedendo.

Die Möglichkeit der Genehmigung ist sodann auch bei Mehrfachabtretung problematisch. Hier liegt auch die Entscheidung, welcher der abredewidrigen Abtretungen durch Genehmigung Vorrang verschaffen wird, im Belieben des Schuldners.⁸³⁰ Dies beeinträchtigt den Verkehrsschutz und damit auch die Verkehrsfähigkeit von Forderungen zusätzlich, da der erste Zessionar nicht darauf vertrauen kann, im Fall einer Genehmigung Priorität vor späteren Zessionaren zu haben.⁸³¹

D. Schutz verhandlungsmächtiger Schuldner

Das pactum de non cedendo liegt gewöhnlich nicht im Interesse des Gläubigers. Folglich benötigt der Schuldner bei der Vertragsverhandlung eine entsprechend starke Position, damit er die Vereinbarung eines Abtretungsverbots durchsetzen kann. Mit dem pactum werden demnach nicht die verhandlungsschwachen Schuldner geschützt. Diese können die Aufnahme des Abtretungsverbots in den Vertrag gar nicht erwirken. Vielmehr schützt das pactum de non cedendo Schuldner, die sowieso bereits in einer starken Position sind. Häufig finden sich vertragliche Abtretungsverbote denn auch in den AGB marktmächtiger Schuldner (wie von Grossunternehmen und der öffentlichen Hand).⁸³² Insofern erstaunt es nicht, dass es Versicherungsgesellschaften und Transportunternehmen gewesen sind, die sich für die Aufnahme einer

828 KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl., S. 416 f.; MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 918; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 695, Rz. 35.

829 Siehe oben Rz. 295.

830 DROBNIG, S. 79; HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 554. Näher hierzu oben Rz. 267.

831 Vgl. BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 309 und WAGNER, S. 227 f. («Pervertierung des Schutzzwecks von § 399 Alt. 2 BGB durch Prärogative des Schuldners»).

832 MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 194; KUHN, SZW 2015, S. 351, 361, 363; DROBNIG, S. 78; SELKE, S. 260 f.; LURGER, S. 158. Siehe auch oben Rz. 58 f. und 161.

Regelung (absolut wirkender) vertraglicher Abtretungsverbote ins BGB stark gemacht haben.⁸³³

302 Das absolut wirkende pactum schützt mithin nicht die schwache, sondern die starke und damit grundsätzlich weniger schutzbedürftige Vertragspartei.⁸³⁴ Diese nutzt die durch Art. 164 Abs. 1 OR eingeräumte Vertragsfreiheit aus, um sich auf Kosten der schwächeren Partei gegen unerwünschte Abtretungen abzusichern.⁸³⁵ Dass die Verkehrsfähigkeit von (Geld-)Forderungen zugunsten solcher mächtigen Schuldner eingeschränkt wird, erscheint von einer objektiven Warte aus betrachtet fragwürdig. Denn zum einen ist diesen Schuldnern zuzumuten, mittels entsprechender Software-Lösungen Forderungsabtretungen ohne grossen Aufwand zu erfassen.⁸³⁶ Und zum anderen gehört der zusätzliche Aufwand, der Schuldnern durch sorgfältige Beachtung von Abtretungsanzeigen entsteht, zu den allgemeinen Kosten eines jeden Geschäftsbetriebs.⁸³⁷

3. Fazit

303 Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo gewichtet die konträren Ziele des Zessionsrechts einseitig zugunsten des Schuldnerschutzes und zu Lasten der Verkehrsfähigkeit von Forderungen. Dieser umfassende Schuldnerschutz kommt faktisch Schuldnern zugute, die aufgrund ihrer Marktmacht ihren Vertragspartnern die Aufnahme von Abtretungsverboten in die Verträge diktieren können. Die dem Gedanken des Schuldnerschutzes inhärente Vorstellung, dass ein schwacher Schuldner gegen die Dispositionen eines mächtigen Gläubigers geschützt werden muss, erweist sich hier als Trugbild. Darüber hinaus erzeugt die absolute Wirkung überschüssende Nebeneffekte: Mit den Gläubigern des Zedenten werden auch Personen geschützt, für deren Schutz kein Grund besteht. Und die Wahlmöglichkeit des Schuldners, ob er die Zession genehmigt und – im Fall der Mehrfachabtretung – welche Zession er genehmigt, beeinträchtigt den Verkehrsschutz zusätzlich.

304 Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt zwar, dass eine Vereinbarung wirksam sein soll, mit der Schuldner und Gläubiger die Abtretbarkeit der sie verbindenden Forderung ausschliessen. «Aber die Vertragsfreiheit muss

833 Siehe oben Rz. 143.

834 LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, S. 108.

835 Die Vertragsfreiheit des Gläubigers hingegen wird auf ein «take it or leave it» reduziert (BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 30). Differenziert EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 467 f.

836 Vgl. WAGNER, S. 43 bei FN 45.

837 Vgl. KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., S. 509.

sich dort Einschränkungen gefallen lassen, wo ihre Betätigung zu Vereinbarungen führt, die die Interessen Dritter erheblich beeinträchtigen.»⁸³⁸ Dies trifft auf das absolut wirkende pactum de non cedendo zu: Es beseitigt die Verkehrsfähigkeit von Forderungen und gefährdet damit die wirtschaftlich erwünschte Leichtigkeit der Kreditversorgung. Dadurch werden insbesondere die Interessen der Forderungsgläubiger erheblich beeinträchtigt.

De lege lata ist daher als Ergebnis festzustellen, dass die kompromisslose 305
Strenge der absoluten Wirkung nach Art. 164 OR grundsätzlich keinen angemessenen Ausgleich der Interessen am Schuldnerschutz und an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu erzielen vermag. Es empfiehlt sich deshalb, eine gesetzgeberische Revision der Extremposition des OR ins Auge zu fassen.⁸³⁹

Im Hinblick auf eine Regelung *de lege ferenda*, welche die involvierten 306
Interessen ausgewogener ausgleicht, wird als Nächstes erörtert, bei welchen Forderungen das Missverhältnis zwischen der vereinbarten Unabtretbarkeit und dem Bedürfnis nach unbeschränkter Abtretbarkeit am grössten ist (nachfolgend 3. Teil).

838 KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., S. 509.

839 Auch die vom SECO und vom BJ in Auftrag gegebene Studie über eine allfällige Revision des Schweizer Mobiliarsicherungsrechts gelangte 2021 zum Ergebnis, dass die «Wirkungen von rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten [...] zu überprüfen [sind] und eine Einschränkung solcher Verbote in Erwägung zu ziehen [ist], da sie ein Hindernis für die Verwendung von Forderungen als Kreditunterlage darstellen.» (vgl. RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 103 f., Empfehlung 10).

3. Teil:

Einordnung im System der Unabtretbarkeit von Forderungen

§12 Übersicht

Das pactum de non cedendo ist nicht der einzige Grund für einen Ausschluss 307
oder eine Beschränkung der Abtretbarkeit einer Forderung. Art. 164 Abs. 1 OR
sieht drei mögliche Hindernisse vor, die der Abtretung einer Forderung ent-
gegenstehen: das Gesetz, die Vereinbarung und die Natur des Rechtsverhält-
nisses. Neben dem pactum de non cedendo («Vereinbarung») können somit
auch gesetzliche Abtretungsverbote («Gesetz») und die Eigenschaften der For-
derung («Natur des Rechtsverhältnisses») deren Abtretbarkeit ausschliessen
oder einschränken.

Nachfolgend wird das pactum de non cedendo in den Gesamtkontext die- 308
ser Abtretungshindernisse eingeordnet. In einem ersten Schritt wird unter-
sucht, welche Forderungen von Gesetzes wegen (§ 13) oder aufgrund der Natur
des Rechtsverhältnisses (§ 14) unabtretbar sind. Dabei wird jeweils analysiert,
worin der Grund für die Unabtretbarkeit liegt, welche Interessen die Unab-
tretbarkeit schützt und welches die Folgen der verbotswidrigen Abtretung für
deren Wirksamkeit sind. In einem zweiten Schritt werden anschliessend die
drei Abtretungshindernisse und die von ihnen betroffenen Forderungen im
Spannungsverhältnis zwischen Abtretungsausschluss und Abtretungsfreiheit
eingereiht (§ 15). Unter Berücksichtigung der der Unabtretbarkeit von Forde-
rungen eines bestimmten Typs zugrunde liegenden Interessen verspricht dies,
Erkenntnisse zu liefern, bei welchen Forderungen das Missverhältnis zwischen
der vereinbarten Unabtretbarkeit und dem Bedürfnis nach unbeschränkter
Abtretbarkeit am grössten ist.

§13 Gesetzliche Abtretungsverbote

I. Allgemeines

Der Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungen wird auch durch gesetzliche 309
Abtretungsverbote eingeschränkt. Solche finden sich im ZGB und OR selbst⁸⁴⁰

840 Vgl. z.B. Art. 635 Abs. 2 ZGB (Ansprüche aufgrund der Erbenstellung), Art. 306 Abs. 2 OR
(Gebrauch der Leihsache).

sowie in Spezialgesetzen⁸⁴¹. Als Erstes werden nachfolgend die gesetzlichen Abtretungsverbote zum einen von Normen abgegrenzt, die allgemein die Unzulässigkeit der Abtretung zur Folge haben, und zum anderen von Normen, welche nicht die Abtretbarkeit einer Forderung, sondern die Übertragbarkeit eines anderen Rechts oder eines Schuldverhältnisses im weiteren Sinn zum Gegenstand haben (Ziff. II). Anschliessend werden die in der Literatur und Rechtsprechung genannten Fälle gesetzlicher Übertragungsverbote einzeln dargestellt (Ziff. III). Die aus der Analyse der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der dargestellten Verbote gewonnenen Erkenntnisse (Ziff. IV) dienen dazu, die angemessenen Rechtsfolgen einer Abtretung in Verletzung eines gesetzlichen Abtretungsverbots zu eruieren (Ziff. V).

II. Abgrenzungen

1. Gesetzliche Unabtretbarkeit und gesetzliche Unzulässigkeit der Zession

310 Der Begriff des Gesetzes in Art. 164 Abs. 1 OR ist aufgrund seiner systematischen Stellung und dem Sinn und Zweck der Regelung analog dem Begriff der Vereinbarung zu verstehen. Wie die Analyse von Art. 164 OR im Zusammenhang mit dem pactum de non cedendo gezeigt hat,⁸⁴² regelt diese Bestimmung – entgegen ihrer Marginalie⁸⁴³ – nicht die Zulässigkeit der Abtretung, sondern deren Gegenstand, d.h. die abtretbaren Forderungen.⁸⁴⁴ Sowohl bei der Vereinbarung als auch beim Gesetz geht es somit darum, dass eine Forderung ihrem Inhalt nach unabtretbar ist. Dies unterscheidet gesetzliche Abtretungsverbote von sonstigen gesetzlichen Verboten, deren Verletzung generell die Widerrechtlichkeit bzw. Unzulässigkeit der Abtretung zur Folge hat.⁸⁴⁵ Letztere Verbote beschränken die Abtretbarkeit nur mittelbar.⁸⁴⁶

311 Nicht die Unabtretbarkeit der Forderung, sondern die *Widerrechtlichkeit* der Abtretung betreffen zunächst Vorschriften des Vertragsrechts, die in allgemeiner Weise den erlaubten Inhalt von Rechtsgeschäften festlegen:

841 Vgl. Art. 22 Abs. 1 ATSG (Leistungen der Sozialversicherungen), Art. 39 Abs. 1 BVG (Leistungen der Einrichtungen der beruflichen Vorsorge).

842 Siehe oben Rz. 191.

843 Siehe zur Entstehungsgeschichte der Marginalie, die im Entwurf von 1905 noch «Gegenstand» lautete, oben Rz. 147 f. und STEINER, S. 63.

844 Vgl. eingehend STEINER, S. 64–66.

845 Gl.A. STEINER, S. 66 f. Keine Unterscheidung treffen SPIRIG (vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 115–145) und MARCHAND (Rz. 212).

846 Vgl. KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1222 und 1264.

- Art. 2 Abs. 2 ZGB: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs untersagt die Abtretung minimaler Teile einer Forderung.⁸⁴⁷
- Art. 27 Abs. 2 ZGB: Der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung steht der Abtretung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen ohne zeitliche oder gegenständliche Begrenzung entgegen.⁸⁴⁸
- Art. 20 OR: Gegen das Verbot des widerrechtlichen Vertragsinhalts verstösst z.B. die Abtretung einer Forderung zwecks Umgehung anwaltsrechtlicher Berufsvorschriften.⁸⁴⁹

Sodann ordnen spezifische zwingende Normen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts die *Unzulässigkeit* der Abtretung an. Die praktisch bedeutsamsten Fälle sind:

- Art. 96 Abs. 2, Art. 204 Abs. 1 und Art. 298 SchKG: Die Pfändung, die Konkursöffnung und die Nachlassstundung beschränken die Verfügungsmacht des Betreuungsschuldners.⁸⁵⁰ Dies betrifft auch dessen Fähigkeit, eine gepfändete, vom Konkursbeschlagnahme erfasste oder vom Nachlassverfahren berührte Forderung abzutreten.
- Art. 806 Abs. 3 und Art. 822 Abs. 1 ZGB: Ebenso ist der Gläubiger von Miet- und Pachtzinsforderungen sowie einer Forderung auf Zahlung einer Versicherungssumme in seiner Verfügungsmacht über diese Forderungen eingeschränkt, wenn diese der Pfandhaft für eine Grundpfandgesicherte Schuld unterliegen.⁸⁵¹
- Art. 47 BankG, Art. 69 FINIG, Art. 321 StGB, Art. 13 BGFA: Das Berufsgeheimnis steht der Zession entgegen, durch die dem Zessionar geheim zu haltende Informationen offenbart werden.⁸⁵²
- Art. 30 f. DSGVO: Die Abtretung kollidiert mit dem Datenschutz, wenn die Abtretung dem Zessionar Informationen offenlegt, die datenschutzrechtlich geschützt sind.⁸⁵³

847 Vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 116.

848 BGE 112 II 433 E. 3 S. 436 f.

849 Vgl. BGE 87 II 203 E. 2b S. 206 f.

850 Vgl. BSK-FOËX/MARTIN-RIVARA, Art. 96 SchKG N 9; BSK-WOHLFART/MEYER HONEGGER, Art. 204 SchKG N 11; BSK-BAUER/LUGINBÜHL, Art. 298 SchKG N 1.

851 Vgl. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 121 f.

852 Betr. *Bankgeheimnis* vgl. STEINER, S. 179-214; KAUFMANN, S. 228-257; BERGER, Confidentiality, S. 49-94; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1296-1317. Betr. *Anwaltsgeheimnis* vgl. STEINER, S. 87-177.

853 Vgl. PROBST, AJP 1994, S. 968-983; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1318-1325. In Deutschland entschied der Bundesgerichtshof, dass das Bundesdatenschutzgesetz der Wirksamkeit der Abtretung von Darlehensforderungen nicht entgegenstehe. Zivilrechtliche Schadenersatzansprüche und strafrechtliche Sanktionen reichten aus (BGHZ 171, 180, 187-190).

- Art. 12 lit. b und c BGFA: Die Abtretung einer streitigen Forderung an den Anwalt, der mit ihrer Geltendmachung beauftragt ist, kann im Einzelfall dessen Unabhängigkeit gefährden oder zu einem Interessenkonflikt mit dem Klienten führen. Hier läuft die Abtretung anwaltlichen Berufsregeln zuwider.⁸⁵⁴
- Art. 51 Abs. 2 OR: Nach der Praxis des Bundesgerichts kann die Regressordnung von Art. 51 Abs. 2 OR nicht dadurch unwirksam gemacht werden, dass die geschädigte Person ihre gegen einen Schädiger gerichtete Ersatzforderung an eine andere ersatzpflichtige Person (insbesondere eine Versicherung) abtritt, wenn diese nach der Rückgriffsordnung von Art. 51 Abs. 2 OR nicht auf den Schädiger Regress nehmen kann, sondern den Schaden selbst tragen muss.⁸⁵⁵

313 Die aufgezählten gesetzlichen Verbote lassen die Tatbestandsvoraussetzung⁸⁵⁶ der Verfügungsmacht des Zedenten⁸⁵⁷ entfallen oder berühren sonst wie die Rechtmässigkeit bzw. Zulässigkeit der Abtretung.⁸⁵⁸ Die Abtretbarkeit der Forderung als Tatbestandsvoraussetzung der Zession betreffen sie jedoch nicht. Die Folgen des Verstosses gegen diese gesetzlichen Verbote für die Wirksamkeit der Abtretung richten sich nach der jeweiligen Gesetzesbestimmung. Da diese Rechtsfolgen nicht auf der inhaltlichen Unabtretbarkeit der Forderungen beruhen, sind die aufgezählten gesetzlichen Verbote für die Einordnung des *pac-tum de non cedendo* im System der Gründe der Unabtretbarkeit nach Art. 164 Abs. 1 OR nicht von Interesse und werden hier nicht weiter untersucht.

2. Gesetzliche Unabtretbarkeit von Forderungen, anderen Rechten und Schuldverhältnissen im weiteren Sinn

314 Gegenstand der Zession sind *Forderungen*.⁸⁵⁹ Das Gesetz verbietet jedoch nicht nur die Abtretung bestimmter Forderungen,⁸⁶⁰ sondern auch die Über-

854 Vgl. FELLMANN, Rz. 452; CR-PROBST, Art. 164 OR N 29, FN 96; Entscheid der basel-städtischen Aufsichtskommission über die Advokaten vom 26.4.1999, in: BJM 2001, S. 101, 102.

855 BGE 132 III 626 E. 5.1 S. 639, 45 II 638 E. 1 S. 645, bestätigt in BGE 137 III 352 E. 4 S. 353.

856 Siehe zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Zession oben Rz. 10-12.

857 So Art. 96 Abs. 2, Art. 204 Abs. 1 und Art. 298 SchKG sowie Art. 806 Abs. 3 und Art. 822 Abs. 1 ZGB.

858 So die übrigen gesetzlichen Verbote.

859 Siehe oben Rz. 10 und die Nachweise in FN 19.

860 Vgl. Forderung des Mieters auf Gebrauch der Mietsache (Art. 262 OR), Forderung des Pächters auf Nutzung der Pachtsache (Art. 291 OR), Forderung des Entlehners auf Gebrauch der Leihsache (Art. 306 Abs. 2 OR), künftige Lohnforderungen des Arbeitnehmers (Art. 325 OR), Forderung des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen aus

tragung gewisser anderer Rechte, wie Mitgliedschafts- und Teilhaberechte,⁸⁶¹ Gestaltungsrechte⁸⁶² und dingliche Rechte,⁸⁶³ und von Schuldverhältnissen im weiteren Sinn.⁸⁶⁴ Obwohl die gesetzlichen Verbote der Übertragung anderer Rechte bzw. Rechtspositionen keine eigentlichen Zessionsverbote sind, werden sie nachfolgend dennoch behandelt.⁸⁶⁵ Wie sich zeigen wird, sind die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, ein Recht als unabtretbar auszugestalten, – und damit die dem Verbot zugrunde liegende Interessenlage – nämlich die gleichen, unabhängig davon, ob es sich beim betroffenen Recht um eine Forderung oder ein anderes Recht bzw. eine andere Rechtsposition handelt. Und diese gesetzgeberische Motivation ist für die systematische Einordnung des pactum de non cedendo von Interesse.

III. Fälle

Je gesetzliches Abtretungsverbot wird nachfolgend untersucht, welche For- 315
derungen vom Verbot erfasst sind, warum deren Abtretung untersagt wird, welche Interessen dadurch geschützt werden, ob das Verbot dispositiver oder zwingender Natur ist und welche Folgen die Verbotswidrigkeit der Abtretung für deren Wirksamkeit hat. Die Reihenfolge der Fälle orientiert sich in erster Linie am Schutzzweck des Abtretungsverbots: Zunächst werden diejenigen Fälle dargestellt, in denen die Unabtretbarkeit primär den Interessen des Schuldners dient (Ziff. 1 bis 11), und anschliessend diejenigen Fälle, in denen das Abtretungsverbot vorrangig den Gläubiger schützt (Ziff. 12 bis 17). Innerhalb dieser beiden Kategorien werden die Verbote nach dem Inhalt der vom Verbot erfassten Forderung gruppiert.

(nicht obligatorischer) beruflicher Vorsorge (Art. 331b OR), Forderung des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung (Art. 333 Abs. 4 OR), Forderung des Pfründers auf Unterhalt und Pflege (Art. 529 Abs. 1 OR), Forderung des Versicherten auf künftige Leistungen aus (obligatorischer) beruflicher Vorsorge (Art. 39 Abs. 1 und 3 BVG) und Forderung des Versicherten auf Leistungen aus Sozialversicherungen (Art. 22 Abs. 1 ATSG).

861 Ansprüche des Erben aufgrund seiner erbrechtlichen Stellung (Art. 635 Abs. 2 ZGB) und mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte des Gesellschafters einer Personengesellschaft (Art. 542 Abs. 2, Art. 557 Abs. 2 und Art. 598 Abs. 2 OR).

862 Gesetzliche Vorkaufsrechte (Art. 681 Abs. 3 ZGB) sowie vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken (Art. 216b Abs. 1 OR).

863 Nutzniessung (Art. 758 Abs. 1 ZGB), Wohnrecht (Art. 776 Abs. 2 ZGB) und «andere Dienstbarkeiten» (Art. 781 Abs. 2 ZGB).

864 Das Stammrecht des Leibrentengläubigers (Art. 519 OR), des Pfründers (Art. 529 Abs. 1 OR), des Nutzniessers (Art. 758 Abs. 1 ZGB), des Wohnrechtsberechtigten (Art. 776 Abs. 2 ZGB) und des Berechtigten aus «anderen Dienstbarkeiten» (Art. 781 Abs. 2 ZGB).

865 Auch in der Literatur zu den in Art. 164 Abs. 1 OR angesprochenen gesetzlichen Abtretungsverboten werden gelegentlich andere Rechte (bzw. Rechtspositionen) als Forderungen aufgeführt.

1. Forderung des Entlehners auf Gebrauch der Leihsache

316 Gemäss Art. 306 Abs. 2 OR darf der Entlehner den Gebrauch der geliehenen Sache nicht einem anderen überlassen. Er darf insbesondere die geliehene Sache weder weiterverleihen noch vermieten. Das in dieser Bestimmung enthaltene Verbot der Abtretung der Forderung auf Gebrauch der Sache ist im persönlichen Charakter der Leihe begründet.⁸⁶⁶ Die Leihe ist grundsätzlich eine persönliche Gefälligkeit des Verleihers an den Entlehner. Diese gilt dem Entlehner und nicht irgendwem.⁸⁶⁷ Entsprechend ist der Gebrauch der Sache an die Person des Entlehners gebunden. Das Abtretungsverbot von Art. 306 Abs. 2 OR dient somit den Interessen des Verleihers. Es ist allerdings nicht zwingender Natur. Der Verleiher kann den Gebrauch der Sache durch Dritte beim Vertragsschluss gestatten oder auch später bewilligen.⁸⁶⁸

317 Die unerlaubte Abtretung des Gebrauchsrechts an einen Dritten berechtigt den Verleiher, den Gebrauchsleihevertrag vorzeitig zu kündigen (Art. 309 Abs. 2 OR). Ausserdem haftet der Entlehner auch für den Zufall, wenn er nicht beweist, dass dieser die Sache auch sonst getroffen hätte (Art. 306 Abs. 3 OR). Die Verletzung des Abtretungsverbots zeitigt mithin Kündigungs- und Haftungsfolgen. Die Wirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung beschlägt sie nicht. Nur wenn der Verleiher den Gebrauchsleihevertrag kündigt, endet das (abgetretene) Gebrauchsrecht und hat der Dritte die Leihsache dem Verleiher herauszugeben.⁸⁶⁹ Das Abtretungsverbot hat demzufolge rein obligatorische Wirkung.

2. Forderung des Mieters auf Gebrauch der Mietsache

318 Das OR regelt die Abtretung des Gebrauchsrechts des Mieters mittelbar durch die Bestimmungen über die Untermiete (Art. 262 OR).⁸⁷⁰ Mit einem Untermietvertrag überlässt der Mieter den Gebrauch der Sache entgeltlich einem Dritten (Untermieter). Dies setzt die Zustimmung des Vermieters voraus, die allerdings nur aus den in Art. 262 Abs. 2 OR aufgezählten Gründen verweigern werden kann.⁸⁷¹ Das Zustimmungserfordernis wird mit dem Interesse des

866 TERCIER/BIERI/CARRON, Rz. 2469.

867 Zum Ganzen BSK-MAURENBRECHER/SCHÄRER, Art. 306 OR N 3a; ZK-HIGI, Art. 306 OR N 29.

868 ZK-HIGI, Art. 306 OR N 37.

869 Der Rückgabeanspruch des Verleihers gegen den Dritten richtet sich nach den sachenrechtlichen Regeln. Ist der Verleiher Eigentümer, kann er eine bewegliche Leihsache vindizieren (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

870 Vgl. HEINRICH, S. 62.

871 BGE 139 III 353 E. 2.1.2 S. 355 = Pra 2014, Nr. 38.

Vermieters begründet, nicht jeden Untermieter akzeptieren zu müssen.⁸⁷² Das Gebrauchsrecht an der Mietsache ist nämlich zu einem gewissen Grad persönlicher Natur. Der Gebrauch einer Sache durch eine andere Person birgt das Risiko, dass die Sache dabei Schaden nimmt oder dass – bei der Miete unbeweglicher Sachen – auf andere Hausbewohner und Nachbarn keine gebührende Rücksicht genommen wird. Um dieses Risiko möglichst klein zu halten, hat der Vermieter ein berechtigtes Interesse daran, als Mieter eine Person auszuwählen, von der er annimmt, dass sie ihren Pflichten zu Sorgfalt und Rücksichtnahme nach Art. 257f OR nachkommt. Insofern beruht die Überlassung des Gebrauchsrechts auf Vertrauen und besteht zwischen den Parteien ein besonderes Treueverhältnis.⁸⁷³

Aus der Zulässigkeit der Untermiete folgt, dass die vertraglichen und gesetzlichen Rechte des Mieters, insbesondere das Recht auf Gebrauch der Mietsache, grundsätzlich abtretbar sind.^{874, 875} Die entgeltliche⁸⁷⁶ Abtretung des Gebrauchsrechts erfordert jedoch die Zustimmung des Vermieters. Die Abtretbarkeit ist somit von Gesetzes wegen eingeschränkt. Mittelbar normiert Art. 262 OR folglich ein gesetzliches Abtretungsverbot in den Fällen, in denen der Vermieter gemäss Abs. 2 die Zustimmung berechtigterweise verweigern kann.⁸⁷⁷ Aus der Möglichkeit der Zustimmung des Vermieters folgt, dass das Verbot auch vertraglich abbedungen werden kann und daher dispositiver Natur ist.

Die berechtigte Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete berührt die Gültigkeit des Untermietvertrags nicht, sondern bewirkt, dass dessen

872 Vgl. BK-GIGER, Art. 262 OR N 6.

873 Vgl. HEINRICH, S. 63.

874 Vgl. BSK-WEBER, Art. 262 OR N 2, gemäss dem Art. 262 OR analog auf die Abtretung des Gebrauchsrechts anwendbar ist. Vgl. auch BGE 54 II 395 E. 3 S. 397 f., wonach – unter dem alten Mietrecht – die «Abtretung des Mietvertrags» hinsichtlich ihrer Statthaftigkeit von Gesetzes wegen der Untermiete gleichgestellt werde (bestätigt unter Bezugnahme auf die «Übertragung des Gebrauchsrechts der Mietsache» in BGE 67 II 139 E. 2 S. 141 f.; vgl. auch VON BÜREN, S. 324 bei FN 50).

875 Die Abtretung des Gebrauchsrechts unterscheidet sich von der Übertragung des Gebrauchsrechts im Rahmen der Untermiete dadurch, dass der Zessionar die mängelfreie Überlassung der Sache direkt vom Vermieter verlangen kann. Der Untermieter hingegen leitet dieses Recht aus dem Untermietvertrag ab und hat sich an den Untermieter als seinen Vertragspartner zu halten (HEINRICH, S. 64).

876 Keiner Zustimmung des Vermieters bedürfen die unentgeltliche Überlassung der Mietsache zum Gebrauch (Gebrauchsleihe) und die dauernde Aufnahme von Familienangehörigen (BGE 136 III 186 E. 3.2.3 S. 189 f.; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 11 f.). In diesen Konstellationen ist die Abtretung der Forderung des Mieters auf Gebrauch der Mietsache gesetzlich nicht eingeschränkt.

877 A. A. HEINRICH, S. 63 f., der aus dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Vermieter und Mieter ableitet, dass die Natur des Rechtsverhältnisses die Abtretung des Gebrauchsrechts ausschliesse, soweit der Vermieter zur Abtretung nicht seine Zustimmung erteile, wozu er aber nicht verpflichtet sei.

Erfüllung seitens des Untervermieters vertragswidrig ist.⁸⁷⁸ Diese Verletzung des Hauptmietvertrags berechtigt den Vermieter zur Kündigung des Hauptmietvertrags.⁸⁷⁹ Überdies wird der Mieter/Untervermieter gegenüber dem Vermieter ersatzpflichtig für den Schaden, der dem Vermieter aus der unzulässigen Untervermietung entstanden ist.⁸⁸⁰ Nach Kündigung des Hauptmietvertrags muss auch der Untermieter die Mietsache dem Vermieter zurückgeben, widrigenfalls der Vermieter einer Liegenschaft die Ausweisung des Untermieters verlangen kann.⁸⁸¹ Solange das Hauptmietverhältnis jedoch besteht, kann der Vermieter die Rückgabe der Mietsache vom Untermieter nicht verlangen. Denn der Untermieter besitzt diese aufgrund eines gültigen Mietvertrags.⁸⁸² Daraus folgt, dass die verbotswidrige Abtretung der Forderung auf Gebrauch der Sache wirksam ist. Sie kann aber Schadenersatzansprüche des Vermieters gegen den Mieter/Untervermieter auslösen und berechtigt jenen zur Kündigung des Mietverhältnisses. Damit entfaltet das Abtretungsverbot rein obligatorische Wirkung.

3. Forderung des Pächters auf Nutzung der Pachtsache

321 Die Erörterungen zum gesetzlichen Verbot der Abtretung der Forderung des Mieters auf Gebrauch der Mietsache⁸⁸³ gelten sinngemäss für die Forderung des Pächters auf Nutzung der Pachtsache. Nach Art. 291 Abs. 1 OR setzt auch die Unterpacht die Zustimmung des Verpächters voraus. Das Zustimmungserfordernis wird damit begründet, dass der Pächter gewöhnlich verpflichtet ist, die Pachtsache zu bewirtschaften. Bei der Pacht kommt es daher wesentlich auf die Person des Pächters und seine Fähigkeiten zur Bewirtschaftung an. Entsprechend hat der Verpächter ein Interesse, dass nur er die Person auswählen kann, welche die Pachtsache tatsächlich bewirtschaftet.⁸⁸⁴

322 Die Abtretung der Forderung des Pächters auf Nutzung der Sache erfordert demnach die Zustimmung des Verpächters. Art. 291 OR normiert somit mittelbar ein gesetzliches Abtretungsverbot, das bei Zustimmung des Verpächters zur Abtretung entfällt. Aus der Möglichkeit der Zustimmung des Verpächters folgt, dass das Verbot vertraglich abbedungen werden kann und

878 ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 49.

879 BGE 134 III 300 E. 3.1 S. 302-304; BGer, 4A_143/2023, Urteil vom 10.10.2023, E. 5.1.2; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 49.

880 ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 50.

881 BGE 139 III 353 E. 2.1.2 S. 355 = Pra 2014, Nr. 38.

882 ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 53 m.w.Nw.

883 Siehe oben Rz. 318-320.

884 ZK-HIGI, Art. 291 OR N 19.

deshalb dispositiver Natur ist. Verweigert der Pächter die Zustimmung, verstösst der Unterverpächter durch die Unterpacht gegen den Hauptpachtvertrag. Dies kann Schadenersatzansprüche des Verpächters gegen den Pächter/Unterverpächter auslösen und berechtigt jenen zur Kündigung des Hauptpachtvertrags.⁸⁸⁵ Kündigt der Verpächter den Hauptpachtvertrag, endet das (abgetretene) Nutzungsrecht. Nur in diesem Fall muss der Unterverpächter die Pachtsache dem Verpächter zurückgeben. Daraus folgt, dass die verbotswidrige Abtretung der Forderung auf Nutzung der Sache wirksam ist. Sie kann aber Schadenersatzansprüche des Verpächters gegen den Pächter/Unterverpächter auslösen und berechtigt jenen zur Kündigung des Pachtverhältnisses. Das Abtretungsverbot wirkt folglich rein obligatorisch.

4. Nutzniessung

Bei der Beurteilung der Übertragbarkeit der Nutzniessung ist zwischen dem Stammrecht und dem Recht zur Ausübung der Nutzniessung zu unterscheiden. Das Stammrecht ist das dingliche Recht als solches, hier die Nutzniessung, d.h. die Dienstbarkeit, die einer bestimmten Person den vollen Genuss einer Sache oder eines Rechts verleiht.⁸⁸⁶ Das Recht zur Ausübung ist das persönliche Recht des Nutzniessers, die Sache oder das Recht gemäss den Abmachungen im Dienstbarkeitsvertrag zu «geniessen». Das Stammrecht des Nutzniessers ist immer mit einer bestimmten Person, dem Nutzniesser, verbunden und daher nicht übertragbar.⁸⁸⁷ Dem Nutzniesser steht mithin keine Verfügungsmacht über das Stammrecht zu.⁸⁸⁸ Dies ergibt sich *e contrario* aus dem Wortlaut von Art. 758 Abs. 1 ZGB, der (nur) die Übertragung der Nutzniessung «zur Ausübung» gestattet, während das Gesetz die Übertragbarkeit der Personaldienstbarkeiten sonst ausdrücklich anordnet.⁸⁸⁹ Von der Unabtretbarkeit der Nutzniessung kann durch vertragliche Abrede nicht abgewichen werden. Das Übertragungsverbot ist mithin zwingendes Recht.⁸⁹⁰

In Bezug auf das Recht zur Ausübung der Nutzniessung normiert Art. 758 Abs. 1 ZGB, dass die Nutzniessung, wenn es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt, zur Ausübung auf einen anderen übertragen

885 ZK-HIGI, Art. 291 OR N 15.

886 Art. 745 Abs. 1 und 2 ZGB.

887 BGE 133 III 311 E. 3.2.2 S. 316; ZK-BAUMANN, Art. 758 ZGB N 7; PIOTET, SPR, Rz. 514; STEINAUER, Bd. III, Rz. 3603.

888 BK-LEEMANN, Art. 758 ZGB N 2.

889 Art. 779 Abs. 2 ZGB für das Baurecht und Art. 780 Abs. 2 ZGB für das Quellenrecht. Vgl. HEINZ, S. 14.

890 ZK-BAUMANN, Art. 758 ZGB N 1; BK-LEEMANN, Art. 758 ZGB N 1.

werden kann. Das Recht zur Ausübung der Nutzniessung ist mithin grundsätzlich übertragbar. Der Nutzniesser darf somit etwa die Sache, an der die Nutzniessung bestellt worden ist, verleihen, vermieten oder verpachten. Da das Stammrecht nicht übertragen werden kann, wird der Erwerber des Ausübungsrechts dabei nicht dinglich berechtigt. Er hat allein ein persönliches Recht auf Nutzung der Sache oder des Rechts entsprechend der vertraglichen Vereinbarung zwischen ihm und dem Nutzniesser. Die Ausübung der Nutzniessung ist jedoch gemäss Art. 758 Abs. 1 ZGB dann unübertragbar, wenn es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt. Dies ist der Fall, wenn die Parteien die Übertragbarkeit der Ausübung im Bestellsungsakt ausgeschlossen haben.⁸⁹¹ Mithin unterliegt die Übertragbarkeit der Ausübung der Parteidisposition und kann die Übertragung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.⁸⁹²

325 Das zwingende Verbot der Übertragung des Stammrechts wird mit dem persönlichen Vertrauen, das der Eigentümer in den Nutzniesser gesetzt hat, begründet.⁸⁹³ Dies trifft insbesondere in den in der Praxis häufigen Fällen der Bestellung der Nutzniessung zugunsten des überlebenden Ehegatten zu. Dieses Vertrauen entspricht auch der Funktion der Nutzniessung als «Versorgungsinstitut», bei dem es darum geht, den Unterhalt einer Person sicherzustellen.⁸⁹⁴ Durch die Bestellung der Nutzniessung werden dem Berechtigten geeignete Werte zur Verfügung gestellt, um daraus seinen Unterhalt (ganz oder teilweise) bestreiten zu können.⁸⁹⁵ Der Eigentümer, dem nur das «nackte Eigentum» an der Sache verbleibt,⁸⁹⁶ ist in weitem Mass dem Wohlverhalten des Nutzniessers ausgeliefert.⁸⁹⁷ Dementsprechend ist er vor der Übertragung der Nutzniessung auf eine andere Person zu schützen.

326 Das ZGB regelt die Folgen der Verletzung des Übertragungsverbots für die Wirksamkeit der Übertragung der Nutzniessung nicht explizit. Auch hier muss zwischen dem Stammrecht und dem Recht zur Ausübung unterschieden werden. Betreffend das Verbot der Übertragung des Stammrechts folgt

891 ZK-BAUMANN, Art. 758 ZGB N 2. Die von Gesetzes wegen bestehenden höchstpersönlichen Nutzungsrechte, die ursprünglich im Vordergrund standen, spielen heute aufgrund von Gesetzesrevisionen keine Rolle mehr (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1343, FN 33; PIOTET, SPR, Rz. 90).

892 Gleiches gilt für das Baurecht und das Quellenrecht (und zwar sowohl in Bezug auf das Stammrecht als auch in Bezug auf die Ausübung des Rechts): Sie sind, «wenn es nicht anders vereinbart wird, übertragbar» (Art. 779 Abs. 2 und Art. 780 Abs. 2 ZGB).

893 BK-LEEMANN, Art. 758 ZGB N 1; ZURBRIGGEN, S. 99.

894 ZK-BAUMANN, vor Art. 745-778 ZGB N 47 und Art. 758 ZGB N 1.

895 ZK-BAUMANN, vor Art. 745-778 ZGB N 68.

896 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1340.

897 BSK-MÜLLER, Art. 758 ZGB N 1.

aus dessen höchstpersönlicher Natur und dem zwingenden Charakter des Übertragungsverbots, dass dem Berechtigten die Verfügungsmacht über das dingliche Recht fehlt. Die Nutzniessung kann somit nicht Gegenstand der Veräusserung sein.⁸⁹⁸ Eine trotzdem vereinbarte Veräusserung des Rechts ist folglich absolut unwirksam.

Im Unterschied zur Unübertragbarkeit des Stammrechts beruht die Unübertragbarkeit des Rechts zur Ausübung der Nutzniessung nicht auf dem Gesetz, sondern auf einer Vereinbarung.⁸⁹⁹ Es liegt daher nahe, auf die in Anwendung von Art. 758 Abs. 1 ZGB vereinbarte Unübertragbarkeit die für das pactum de non cedendo nach Art. 164 Abs. 1 OR geltenden Grundsätze⁹⁰⁰ anzuwenden. Demzufolge ist die abredewidrige Übertragung des Ausübungsrechts absolut unwirksam.⁹⁰¹

5. Wohnrecht

Das (dingliche) Wohnrecht ist gemäss Art. 776 Abs. 2 ZGB unübertragbar und unvererblich. Die Unübertragbarkeit betrifft sowohl das Recht selbst (Stammrecht) als auch dessen Ausübung.⁹⁰² Sie ist für das Wohnrecht (Stammrecht und Ausübungsrecht) derart charakteristisch, dass sie zwingender Natur ist und mithin vertraglich nicht abbedungen werden kann.⁹⁰³ Der Grund für die Unübertragbarkeit des Wohnrechts liegt in dessen persönlichem Charakter. Es ist unlösbar mit der Person des Berechtigten verbunden.⁹⁰⁴ Wohnrechte werden nämlich in der Regel unentgeltlich zugunsten von nahestehenden, meist verwandten, Personen errichtet.⁹⁰⁵ So wird ein Wohnrecht häufig dem

898 BK-LEEMANN, Art. 758 ZGB N 2.

899 Siehe oben Rz. 324.

900 Siehe oben Rz. 249-253.

901 Dies bestätigt, dass die verbotswidrige Abtretung des Stammrechts ebenfalls absolut unwirksam sein muss. Andernfalls entstände der unauflösbare Widerspruch, dass die Verletzung des gewichtigeren gesetzlichen Verbots mildere Folgen hätte als der Verstoß gegen das weniger gewichtige vertragliche Verbot. Durch die zwar verbotswidrige, aber wirksame Übertragung des Stammrechts könnte so die absolut unwirksame Übertragung des Ausübungsrechts umgangen werden.

902 HEINZ, S. 14-16; PIOTET, SPR, Rz. 705; BK-LEEMANN, Art. 776 ZGB N 7; ZK-BAUMANN, Art. 776 ZGB N 26-31.

903 Zwar können der wohnrechtsbelastete Eigentümer und der Wohnrechtsberechtigte vereinbaren, dass Letzterer die Ausübung des Wohnrechts übertragen darf, so z.B. die Wohnung an Dritte vermieten darf. Eine entsprechende Vereinbarung hat aber nur obligatorische Wirkung. Sie kann daher einem späteren Erwerber des Grundstücks nicht entgegengehalten werden (BGE 116 II 281 E. 4c S. 289).

904 BGE 133 III 311 E. 3.2.2 S. 316; HEINZ, S. 15 f.

905 ZK-BAUMANN, Art. 776 ZGB N 31.

überlebenden Ehegatten eingeräumt, damit ihm die gemeinsame Wohnung erhalten bleibt.⁹⁰⁶ Insofern wird dem Wohnrecht auch «familiärer Charakter» attestiert.⁹⁰⁷ Diese «Höchstpersönlichkeit»⁹⁰⁸ des Wohnrechts ist Ausdruck eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Wohnrechtsbelasteten und dem Wohnrechtsberechtigten.⁹⁰⁹ Die Unabtretbarkeit des Wohnrechts dient demnach dem Schutz des Interesses des Wohnrechtsbelasteten, dass nur diejenige Person wohnrechtsberechtigt ist, der er Vertrauen entgegengebracht hat.

329 Was die Verletzung der gesetzlichen Unübertragbarkeit für die Wirksamkeit der Abtretung des Wohnrechts bedeutet, regelt das ZGB nicht ausdrücklich. Betreffend das Verbot der Übertragung des Stammrechts gilt das soeben zur Nutzniessung Erörterte:⁹¹⁰ Der Wohnrechtsberechtigte kann das Wohnrecht mangels Verfügungsmacht darüber nicht veräussern. Eine dennoch vereinbarte Veräusserung des Rechts ist absolut unwirksam. Diese Rechtsfolge steht wiederum im Einklang mit der Höchstpersönlichkeit des Wohnrechts und dem zwingenden Charakter des Übertragungsverbots.

330 Betreffend die Ausübung des Wohnrechts legt die absolute Unwirksamkeit der verbotswidrigen Übertragung der Ausübung der Nutzniessung die gleiche Rechtsfolge für die verbotswidrige Übertragung der Ausübung des Wohnrechts nahe: Die absolute Unwirksamkeit der Übertragung der Ausübung der Nutzniessung beruht auf der Verletzung des vertraglichen Verbots, ein von Gesetzes wegen übertragbares Recht zu übertragen.⁹¹¹ Wenn die Verletzung des (bloss) vertraglichen Verbots zur absoluten Unwirksamkeit der Übertragung eines Rechts führt, muss dies umso mehr gelten, wenn ein – seinem Inhalt nach vergleichbares – Recht bereits von Gesetzes wegen unübertragbar ist. Die verbotswidrige Übertragung der Ausübung des Wohnrechts ist somit absolut unwirksam. Die Angemessenheit dieser strikten Sanktion beruht wiederum auf der gesetzlich vorgesehenen Höchstpersönlichkeit des Rechts.

6. «Andere Dienstbarkeiten»

331 Neben den gesetzlich spezifizierten persönlichen Dienstbarkeiten Nutzniessung, Wohnrecht, Baurecht und Quellenrecht erlaubt Art. 781 ZGB auch Per-

906 Vgl. Art. 219 Abs. 1, Art. 244 Abs. 2 und Art. 612a Abs. 2 ZGB sowie Art. 11 Abs. 3 BGBB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1364a.

907 ZK-BAUMANN, Art. 776 ZGB N 31; vgl. HEINZ, S. 14.

908 So PIOTET, SPR, Rz. 705; ZURBRIGGEN, S. 157; ZK-BAUMANN, Art. 776 ZGB N 30.

909 HEINZ, S. 17f.; ZURBRIGGEN, S. 99.

910 Siehe oben Rz. 326.

911 Siehe oben Rz. 327.

sonaldienstbarkeiten «anderen Inhaltes» an Grundstücken. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sind diese «anderen Dienstbarkeiten» unübertragbar, soweit es nicht anders vereinbart wird. Auch die Übertragung der Ausübung der «anderen Dienstbarkeiten» ist nur mit Zustimmung des Belasteten zulässig.⁹¹² Die Unübertragbarkeit der «anderen Dienstbarkeiten» sowohl in Bezug auf das Stammrecht als auch in Bezug auf dessen Ausübung ist mithin dispositiver Natur; die Übertragbarkeit kann vereinbart werden. Insoweit erlauben die «anderen Dienstbarkeiten» eine höhere Flexibilität, wo die Parteien dies übereinstimmend wünschen.⁹¹³ Allerdings dürfen die Parteien eine «andere Dienstbarkeit» unter Vereinbarung ihrer Übertragbarkeit nicht so ausgestalten, dass sie inhaltlich einer von Gesetzes wegen zwingend unübertragbaren Dienstbarkeit wie der Nutzniessung oder dem Wohnrecht gleichkommt. Was der Gesetzgeber dort ausgeschlossen hat, weil er es als eine übermässige Eigentumsbeschränkung angesehen hat, kann nicht Inhalt einer Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB sein.⁹¹⁴ So kann die Unübertragbarkeit des Wohnrechts gemäss Art. 776 Abs. 2 ZGB⁹¹⁵ nicht durch Begründung eines übertragbaren Nutzungsrechts an einem Haus als Dienstbarkeit nach Art. 781 ZGB umgangen werden.⁹¹⁶

Die dispositive gesetzliche Anordnung der Unübertragbarkeit der «anderen Dienstbarkeiten» beruht ebenfalls auf dem persönlichen Charakter dieser Dienstbarkeiten. Sie setzen ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Belasteten und dem Berechtigten voraus und sind grundsätzlich mit der berechtigten Person unlösbar verknüpft.⁹¹⁷ Die (grundsätzliche) Unabtretbarkeit der anderen Dienstbarkeiten dient mithin – wie jene der Nutzniessung und des Wohnrechts – dem Schutz der Interessen des Dienstbarkeitsbelasteten, dass nur diejenige Person dienstbarkeitsberechtigt ist, der er Vertrauen entgegengebracht hat. 332

Überträgt der Berechtigte das Stammrecht oder dessen Ausübung auf einen Dritten, ohne dass die Übertragbarkeit vereinbart worden ist, so ist die Übertragung rechtlich wirkungslos. Die Ausübung der Dienstbarkeit durch den Dritten verletzt das Eigentum des Belasteten. Diesem steht die *actio negatoria* nach Art. 641 Abs. 2 ZGB zu.⁹¹⁸ Demzufolge ist die verbotswidrige Übertragung 333

912 BK-LEEMANN, Art. 781 ZGB N 50.

913 BSK-PETITPIERRE, Art. 781 ZGB N 3.

914 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 1429.

915 Siehe oben Rz. 328-330.

916 BGE 116 II 281 E. 4d S. 290.

917 ZURBRIGGEN, S. 99.

918 BK-LEEMANN, Art. 781 ZGB N 51.

der «anderen Dienstbarkeiten» sowohl in Bezug auf das Recht selbst als auch in Bezug auf die Ausübung des Rechts absolut unwirksam. Dies steht im Einklang mit der absoluten Unwirksamkeit der verbotswidrigen Übertragung der Nutzniessung und des Wohnrechts und entspricht dem Bild des grundsätzlich unlösbaren Bands zwischen diesen persönlichen Dienstbarkeiten und der berechtigten Person.

7. Forderung des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung

- 334 Gemäss Art. 333 Abs. 4 OR ist der Arbeitgeber – abgesehen vom Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Übertragung des Betriebs⁹¹⁹ – nicht berechtigt, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis auf einen Dritten zu übertragen, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.⁹²⁰ Die gesetzlich vorgesehene Unabtretbarkeit der Rechte des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis hat somit dispositiven Charakter. Das Verbot ist Ausfluss der personenbezogenen Bindung der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis.⁹²¹ Es bezweckt den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Die Regelung ist daher nur auf persönlichkeitsbezogene Rechte anwendbar, während rein vermögensrechtliche Ansprüche davon nicht erfasst werden.⁹²² Art. 333 Abs. 4 OR bezieht sich somit in erster Linie auf die Forderung auf Arbeitsleistung. Diese Forderung hat höchstpersönlichen Charakter.⁹²³ Denn die Entscheidung des Arbeitnehmers, für wen er seine Arbeitskraft einsetzt, gehört zum Bereich der höchstpersönlichen Lebensführung.⁹²⁴ Demzufolge ist die Forderung des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung nach Art. 333 Abs. 4 OR unabtretbar und die verbotswidrig vereinbarte Abtretung absolut unwirksam.

919 Art. 333 Abs. 1-3 OR.

920 Aus den Umständen ergibt sich die Abtretbarkeit der Forderung auf Arbeitsleistung z.B., wenn die Arbeit so geartet ist, dass es dem Arbeitnehmer gleichgültig ist, wem er sie leistet (VON TUHR/ESCHER, S. 344, FN 14).

921 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 333 OR N 17.

922 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 333 OR N 21.

923 Die Höchstpersönlichkeit der Forderung auf Arbeitsleistung gemäss Art. 333 Abs. 4 OR korrespondiert mit der Höchstpersönlichkeit der Arbeitspflicht gemäss Art. 321 OR (vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321 OR N 1, Art. 333 OR N 17). Diese doppelte Personenbezogenheit der Arbeitsleistung bringt § 613 BGB klar zum Ausdruck: «Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar.»

924 Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2003, in: NJW-RR 2004, S. 696, 697.

8. Vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken

Vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken sind vererblich, aber nicht abtretbar, wenn nichts anderes vereinbart ist (Art. 216b Abs. 1 OR). Die Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte sind somit von Gesetzes wegen nicht zedierbar. Die Regelung ist aber dispositiv; die Parteien des Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsvertrags können die Abtretbarkeit vereinbaren.⁹²⁵

Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte sind keine Forderungen, sondern Gestaltungsrechte.⁹²⁶ Demzufolge sind die Bestimmungen der Forderungsabtretung auf die Übertragung dieser Rechte zwar nicht direkt, aber immerhin analog anwendbar.^{927, 928} Werden hingegen nicht die Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an sich, sondern die Stellung des Berechtigten im Vorkaufs-, Kaufs- bzw. Rückkaufsvertrag insgesamt und damit das Schuldverhältnis im weiteren Sinn übertragen, liegt keine Zession, sondern eine Vertragsübertragung vor.^{929, 930}

Vereinbaren die Parteien nichts anderes, besitzen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an einem Grundstück ausschliesslich für den unmittelbar Berechtigten Gültigkeit. Diese Rechte sind zwar von Gesetzes wegen nicht höchstpersönlich ausgestaltet, weil sie gemäss Art. 216b Abs. 1 OR grundsätzlich vererblich sind.⁹³¹ Sie haben aber doch überwiegend persönlichen Charakter.⁹³² Sie bezwecken nämlich, die freie Übertragbarkeit eines Grundstücks

925 BSK-FASEL, Art. 216b OR N 4.

926 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 996, 1004; FOËX, SJ 1994, S. 381, 385, mit Hinweisen; VIONNET, S. 142. Eingehend zur Rechtsnatur des Vorkaufsrechts RÜEGG, Rz. 9-13.

927 Vgl. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5a; RÜEGG, Rz. 298; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3426. Gegen die Anwendbarkeit des Zessionsrechts FOËX, SJ 1994, S. 381, 396.

928 VIONNET, S. 149 f., 439, weist darauf hin, dass die isolierte Abtretung des Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechts der Natur der Sache nach unmöglich sei. Damit die Übertragung Sinn mache, müsse die Vertragsposition des Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsberechtigten zusammen mit dem Gestaltungsrecht übergehen. Dann liegt eine Vertragsübernahme vor.

929 BK-GIGER, Art. 216b OR N 13-15, 17; CR-FOËX/MARTIN-RIVARA, Art. 216b OR N 5; REY, ZSR 1994 I, S. 39, 41 f.; FOËX, SJ 1994, S. 381, 395-397.

930 Ob die Übertragung das isolierte Gestaltungsrecht oder die Vertragsposition des Inhabers des Gestaltungsrechts zum Gegenstand hat, spielt für die vorliegende Untersuchung der dem Übertragungsverbot von Art. 216b Abs. 1 OR zugrunde liegenden Interessenabwägung keine Rolle. Vgl. zum Meinungsstreit BK-GIGER, Art. 216b OR N 12-18; RÜEGG, Rz. 298.

931 Siehe zum Begriff der Höchstpersönlichkeit unten Rz. 398.

932 RÜEGG, Rz. 293. Gemäss BK-GIGER, Art. 216b OR N 2, kommt der Einräumung von Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechten «gewissermassen höchstpersönlicher Charakter»

auf Dritte zugunsten einer bestimmten Person (allenfalls einer bestimmten Personengruppe) zu beschränken. Dabei werden sie regelmässig mit Rücksicht auf familiäre sowie nachbarschaftliche und freundschaftliche Verhältnisse begründet.⁹³³ Entsprechend ist es dem Eigentümer nicht gleichgültig, wer im Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsfall das Grundstück erwerben darf. Deshalb sollen diese Rechte auch nicht nach Belieben auf Dritte übertragen werden können.⁹³⁴ Damit steht auch fest, dass die Beschränkung der Abtretbarkeit der vertraglichen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte im Interesse des «Schuldners» (Eigentümers) liegt.

- 338 Gestalten die Parteien des Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsvertrags das Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht überwiegend persönlich aus, indem sie von der gesetzlich vorgesehenen Unabtretbarkeit nicht abweichen, ist das Recht derart intensiv mit der Person des Berechtigten verbunden, dass der Berechtigte es nicht an einen Dritten veräussern kann.⁹³⁵ Die Unabtretbarkeit hat demnach zur Folge, dass eine dennoch vereinbarte Abtretung absolut unwirksam ist.⁹³⁶

9. Gesetzliche Vorkaufsrechte

- 339 Gesetzliche Vorkaufsrechte⁹³⁷ können weder vererbt noch abgetreten werden (Art. 681 Abs. 3 ZGB). Diese Gesetzesbestimmung ist – im Unterschied zur gesetzlichen Regelung der Unabtretbarkeit vertraglicher Vorkaufsrechte (Art. 216b Abs. 1 OR)⁹³⁸ – zwingend.⁹³⁹ Den Parteien des Vorkaufsrechtsverhältnisses ist es daher verwehrt, die Abtretbarkeit des gesetzlichen Vorkaufsrechts zu vereinbaren. Die Unabtretbarkeit gesetzlicher Vorkaufsrechte dient – wie diejenige vertraglicher Vorkaufsrechte – dem Schutz der Interessen des Vorkaufsrechtsbelasteten, dem es grundsätzlich nicht gleichgültig ist, wer im Vorkaufsfall die Sache erwerben darf.

zu. BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 97, spricht davon, dass die «Natur des Rechtsverhältnisses» im Normalfall der Übertragbarkeit des Vorkaufsrechts entgegenstehe. Ebenso STEINAUER, Bd. II, Rz. 2452.

933 Vgl. BGer, 4A_145/2023, Urteil vom 3.7.2023, E. 5.3.2.

934 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 97; vgl. zum Vorkaufsrecht RÜEGG, Rz. 293.

935 REY, ZSR 1994 I, S. 39, 41; vgl. unter dem alten Recht BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 97.

936 Zum Ganzen mit Bezug auf Vorkaufsrechte RÜEGG, Rz. 293 f.

937 Gesetzliche Vorkaufsrechte sind keine Forderungen, sondern Gestaltungsrechte (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Rz. 935; FOËX, SJ 1994, S. 381, 385, mit Hinweisen; VIONNET, S. 142). Es wird auf die diesbezüglichen Erörterungen zu den vertraglichen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten in Rz. 336 verwiesen.

938 Siehe zu den vertraglichen Vorkaufsrechten oben Rz. 335–338.

939 RÜEGG, Rz. 477.

Das ZGB kennt das gesetzliche Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis an Grundstücken (Art. 682 Abs. 1 ZGB) und im Baurechtsverhältnis (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Das Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis bezweckt unter anderem, dem einzelnen Miteigentümer zu ermöglichen, das Eindringen eines missliebigen Dritten in das Gemeinschaftsverhältnis und damit dessen Gefährdung zu verhindern.⁹⁴⁰ Ähnlich wie das Vorkaufsrecht der Miteigentümer dient auch das Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis unter anderem dazu, dass die Parteien des Dienstbarkeitsvertrags verhindern können, dass der eine Partner seine Rechte und Pflichten auf einen dem anderen nicht genehmen Dritten übertragen kann.⁹⁴¹ Diese Zwecksetzung der beiden Vorkaufsrechte könnte umgangen werden, wenn die Vorkaufsrechte übertragbar wären. Deshalb verknüpfte der Gesetzgeber die Vorkaufsrechte – als Realobligationen – untrennbar mit der Berechtigung an der Sache (z.B. dem Miteigentum). Sie teilen das Schicksal der Berechtigung an der Sache und können somit nur zusammen mit der Berechtigung übertragen werden.⁹⁴² Daraus folgt, dass die Abtretung der gesetzlichen Vorkaufsrechte ohne gleichzeitige Übertragung der Berechtigung an der Sache absolut unwirksam ist. Das soeben Erörterte gilt ebenso für das Vorkaufsrecht des Miteigentümers eines landwirtschaftlichen Gewerbes gemäss Art. 49 BGG.⁹⁴³

Im Unterschied dazu ergibt sich die Unabtretbarkeit der gesetzlichen Vorkaufsrechte der Verwandten nach Art. 42–46 BGG und des Pächters nach Art. 47 f. BGG an landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken nicht aus der Verknüpfung des Rechts mit einer Sache, sondern aus der Bindung des Rechts an die Person des Berechtigten.⁹⁴⁴ Diese gesetzlichen Vorkaufsrechte sind mit anderen Worten von Gesetzes wegen als höchstpersönliche Rechte ausgestaltet. Ihre verbotswidrige Abtretung ist demzufolge ebenfalls absolut unwirksam. Die Höchstpersönlichkeit beruht beim Vorkaufsrecht der Verwandten unter anderem auf familienpolitischen Zielen⁹⁴⁵ und beim Vorkaufsrecht des Pächters auf agrarpolitischen Motiven.⁹⁴⁶

940 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 682 ZGB N 11; BSK-REY/STREBEL, Art. 682 ZGB N 1.

941 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 682 ZGB N 14; BSK-REY/STREBEL, Art. 682 ZGB N 2.

942 BGE 115 II 331 E. 2c S. 335; CHK-GÖKSU, Art. 681 ZGB N 9; FOËX, ZBGR 2007, S. 1, 10.

943 Das bäuerliche Bodenrecht kennt ausserdem Vorkaufsrechte kraft kantonalen Rechts (Art. 56 BGG), die z.T. ebenfalls als Realobligationen ausgestaltet sind (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. c BGG).

944 STEINAUER, Bd. II, Rz. 2557 («liés à la personne de leurs titulaires»).

945 BÜSSER/HOTZ, vor Art. 42–46 BGG N 21.

946 STREBEL/HOTZ, vor Art. 47 und 48 BGG N 1.

10. Ansprüche des Erben aufgrund seiner erbrechtlichen Stellung

342 Gemäss Art. 635 Abs. 2 ZGB geben Verträge zwischen einem Erben und einem Dritten (Nichterben) über Abtretung der Erbanteile dem Dritten kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern nur einen Anspruch auf den Anteil, der dem Erben aus der Teilung zugewiesen wird. Gegenstand der «Abtretung der Erbanteile» an einen Dritten ist somit nur das auf den Veräusserer anlässlich der Erbteilung entfallende Ergebnis.⁹⁴⁷ Der Abtretungsvertrag zwischen einem Erben und einem Dritten entfaltet ausschliesslich obligatorische Wirkungen zwischen dem veräussernden Erben und dem Dritten.⁹⁴⁸ Der Erbe wird verpflichtet, die Gegenstände, die er bei der Teilung erhalten wird, an den Dritten zu übertragen. Zwischen dem Dritten und anderen Miterben entstehen keine Beziehungen.⁹⁴⁹ Die in Art. 635 ZGB angesprochene «Abtretung der Erbanteile» stellt somit keine Zession gemäss Art. 164 OR dar, die als Verfügungsgeschäft die Forderung auf den Erwerber übergehen lässt und damit eine Rechtsbeziehung zwischen diesem und dem Schuldner schafft.

343 Der vorliegend interessierende Gehalt von Art. 635 Abs. 2 ZGB liegt darin, dass das Recht auf Mitwirkung bei der Teilung – selbst bei «Abtretung der Erbanteile» – nicht auf einen Dritten übergehen kann. Über dieses namentlich genannte Recht hinaus wird aus dieser Vorschrift abgeleitet, dass allgemein Ansprüche aufgrund der Stellung als Erbe nicht an einen Dritten abgetreten werden können.⁹⁵⁰ So kann der Dritte beispielsweise auch nicht nach Art. 604 ZGB die Erbteilung verlangen.⁹⁵¹ Zwar sind Ansprüche aufgrund der Stellung als Erbe keine eigentlichen Forderungen, sondern – ähnlich wie die gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsrechte⁹⁵² – Teilhaberechte. Als relative Rechte sind sie aber mit den Forderungen verwandt, weshalb ihre Unabtretbarkeit vorliegend von Interesse ist.

344 Dass die Erbenstellung selbst nicht abgetreten werden kann,⁹⁵³ ergibt sich bereits daraus, dass sie keine Forderung, sondern ein Schuldverhältnis im weiteren Sinn mit allen darin enthaltenen Rechten und Pflichten ist, das

947 BGE 84 II 355 E. 3 S. 367.

948 BGE 101 II 47 E. 1 S. 52 f.; 87 II 218 E. 1a S. 224.

949 BGE 87 II 218 E. 1c S. 225 f.

950 Vgl. BGE 101 II 47 E. 1 S. 53: «Par voie de conséquence, la cession [...] ne pouvait pas lui conférer d'autres droits.»

951 BK-TUOR/PICENONI, Art. 635 ZGB N 24; ZK-ESCHER/ESCHER, Art. 635 ZGB N 24.

952 Siehe oben Rz. 346–348.

953 BGE 101 II 47 E. 1 S. 53; 89 II 185 E. 2 S. 189; 84 II 355 E. 3 S. 367.

nicht Gegenstand einer (Forderungs-)Abtretung sein kann. Die Unabtretbarkeit der einzelnen Ansprüche aufgrund der Stellung als Erbe wiederum folgt aus dem persönlichen Charakter der Erbenstellung. Die Erbenstellung wie auch die daraus resultierenden Ansprüche sind untrennbar mit der Person des Erben verbunden. Dies schützt insbesondere das Interesse der Miterben, dass sich kein fremder Dritter in die Erbschaftsangelegenheiten einmischet.⁹⁵⁴ Aus diesem persönlichen Charakter der erbrechtlichen Ansprüche folgt m.E. zweierlei: Das Verbot ist zwingender Natur und die verbotswidrige Abtretung vermag dem «Zessionar» keine Rechte zu verschaffen. Sie ist absolut unwirksam.

Während Art. 635 ZGB die «Abtretung» angefallener Erbanteile regelt 345 («Abtretung» nach dem Erbgang), betrifft Art. 636 ZGB Verträge über eine noch nicht angefallene Erbschaft (Verträge vor dem Erbgang). In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass auch Art. 636 Abs. 1 ZGB ein gesetzliches Abtretungsverbot enthalte, gemäss dem die Anwartschaft eines Erbanswärters auf eine noch nicht angefallene Erbschaft ohne Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers nicht abgetreten werden könne.⁹⁵⁵ Verträge über erbrechtliche Anwartschaften sind jedoch keine Abtretungen im Sinn von Art. 164 OR. Sie beinhalten nicht den Übergang einer Forderung, sondern begründen allein einen obligatorischen Anspruch des Erwerbers gegen den Veräusserer auf das Betreffnis, das diesem bei der Erbteilung zukommt.⁹⁵⁶ Art. 636 ZGB regelt demzufolge keinen Fall der (Forderungs-)Abtretung.⁹⁵⁷ Auch enthält er kein eigenständiges gesetzliches Abtretungsverbot, das über das Verbot der Abtretung der Ansprüche aufgrund der Stellung als Erbe gemäss Art. 635 Abs. 2 ZGB hinausgeht. Denn die Wirkung der Verträge nach Art. 636 ZGB entspricht derjenigen der «Abtretungen» nach Art. 635 Abs. 2 ZGB. Insbesondere verändern sie die erbrechtliche Stellung der Beteiligten nicht.⁹⁵⁸ Immerhin bestätigt aber der Wortlaut von Art. 636 Abs. 1 ZGB in der französisch- und der italienischsprachigen Fassung,⁹⁵⁹ dass die verbotswidrige Abtretung erbrechtlicher Ansprüche absolut unwirksam ist.

954 BGer, Urteil vom 30.3.1944, in: ZBGR 1952, S. 195, 196 E. 1.

955 CR-PROBST, Art. 164 OR N 30; ENGEL, S. 879; DES GOUTTES, S. 12; SCHULIN/VOGT, S. 610 f.

956 BGE 98 II 281 E. 5d S. 285.

957 Gl.A. ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 119.

958 Vgl. BSK-MINNIG, Art. 636 ZGB N 10.

959 Die gesetzlich verbotenen Verträge sind «nuls et de nul effet» bzw. «nulle e di nessun effetto» (in der deutschen Fassung: «nicht verbindlich»).

11. Mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte des Gesellschafters einer Personengesellschaft

346 Ein Gesellschafter einer Personengesellschaft kann seine Rechtsstellung in der Gesellschaft nicht ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf einen Dritten übertragen. Die Gesellschafterstellung ist nämlich keine Forderung, sondern ein Schuldverhältnis mit allen darin enthaltenen Rechten und Pflichten, das nicht Gegenstand einer (Forderungs-)Abtretung sein kann.⁹⁶⁰ In diesem Sinn normiert Art. 542 Abs. 2 OR für die einfache Gesellschaft⁹⁶¹ Folgendes: «Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteile beteiligt oder seinen Anteil an ihn abtritt, so wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der übrigen und erhält insbesondere nicht das Recht, von den Gesellschaftsangelegenheiten Einsicht zu nehmen.» Auch wenn Art. 542 Abs. 2 OR somit kein eigentliches Zessionsverbot enthält, ist er für die vorliegende Untersuchung trotzdem insofern von Interesse, als er normiert, dass «das Recht, von den Gesellschaftsangelegenheiten Einsicht zu nehmen», nicht losgelöst von der Gesellschafterstellung abgetreten werden kann. Das Einsichtsrecht ist zwar ebenfalls keine Forderung, sondern ein Mitgliedschaftsrecht. Als relatives Recht steht es den Forderungen jedoch nahe, was eine analoge Anwendung des Zessionsrechts ermöglicht.⁹⁶²

347 Allgemein folgt aus dem persönlichen Charakter des Gesellschaftsverhältnisses in Personengesellschaften, dass mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte⁹⁶³ nicht abgetreten werden können. Sie sind untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden.⁹⁶⁴ Abtretbar sind dagegen die Individualansprüche, die aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden müssen.⁹⁶⁵ Die Frage, ob

960 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 343 bei FN 8-11; betr. Mitgliedschaftsrechte vgl. auch CR-PROBST, Art. 164 OR N 26; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 5; VON BÜREN, S. 320.

961 Die Erörterungen zur einfachen Gesellschaft gelten ebenso für die anderen Personengesellschaften (vgl. die Verweise in Art. 557 Abs. 2 OR für die Kollektivgesellschaft und in Art. 598 Abs. 2 OR für die Kommanditgesellschaft).

962 Vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 259; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 OR N 92.

963 Insbesondere das Recht auf Mitwirkung bei der Willensbildung der Gesellschaft (Art. 534 OR), das Recht auf Geschäftsführung (Art. 535 Abs. 1 OR), das Widerspruchsrecht (Art. 535 Abs. 2 OR), das Recht, die Geschäftsführungsbefugnis eines Mitgesellschafters zu entziehen oder zu beschränken (Art. 539 OR), das Informations- und Kontrollrecht (Art. 541 OR) und das Recht, die Gesellschaft durch Übereinkunft oder Kündigung zu beenden (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4 bzw. Ziff. 6 OR). Vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 255; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 OR N 93.

964 BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 255.

965 Insbesondere der Anspruch auf den Gewinnanteil (Art. 533 OR) und auf das Liquidationsergebnis (Art. 549 Abs. 1 OR) sowie allfällige Honorar-, Auslagenersatz- und Ausgleichsansprüche für erlittene Verluste (Art. 537 OR). Vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 249 f.; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 OR N 91.

das Verbot der Abtretung mitgliedschaftlicher Verwaltungsrechte zwingender oder dispositiver Natur ist, wird in der Literatur nicht ausdrücklich thematisiert. Daraus, dass die Untrennbarkeit des Bands zwischen Gesellschafterstellung und den Verwaltungsrechten hervorgehoben wird und dass die Unabtretbarkeit auch mit der «Natur des Rechtsverhältnisses» begründet wird,⁹⁶⁶ lässt sich jedoch ableiten, dass das Verbot zwingenden Charakter hat.

Die Unabtretbarkeit mitgliedschaftlicher Verwaltungsrechte schützt insbesondere das Interesse der anderen Gesellschafter, dass sich kein fremder Dritter in die Gesellschaftsangelegenheiten einmischt. Ob der Grund für die Unabtretbarkeit in einem gesetzlichen Abtretungsverbot⁹⁶⁷ oder in der «Natur des Rechtsverhältnisses»⁹⁶⁸ liegt, spielt im Ergebnis keine Rolle. In beiden Fällen steht der persönliche Charakter der mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte der Abtretbarkeit entgegen und ist die Abtretung demzufolge absolut unwirksam.

12. Künftige Lohnforderungen des Arbeitnehmers

Art. 325 schränkt die Abtretbarkeit künftiger⁹⁶⁹ Lohnforderungen in zweifacher Hinsicht ein: Zum einen können solche Forderungen umfangmässig nur soweit abgetreten werden, als sie pfändbar⁹⁷⁰ sind. Zum anderen können sie nur zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten abgetreten werden (Abs. 1). Die Abtretung künftiger Lohnforderungen zu anderen Zwecken ist nichtig (Abs. 2).⁹⁷¹ Soweit Art. 325 OR die Abtretbarkeit künftiger Lohnforderung einschränkt, hat er zwingenden Charakter.⁹⁷²

Die Bestimmung ist eine Schutznorm für den Arbeitnehmer. Sie bezweckt, das Arbeitseinkommen zu sichern, das der Arbeitnehmer zur Bestreitung

966 BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 253-257; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 OR N 93.

967 Ausweitung des in Art. 542 Abs. 2 OR beispielhaft genannten Verbots der Abtretung des Informations- und Kontrollrechts auf die anderen mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte.

968 Vgl. die Hinweise in FN 966.

969 Unter «künftig» wird «noch nicht fällig» verstanden (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 325 OR N 3).

970 Der Umfang der Pfändbarkeit richtet sich nach Art. 93 Abs. 1 SchKG und damit nach dem Existenzminimum des Arbeitnehmers.

971 Der Wortlaut von Abs. 2 («zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten») erweckt den Anschein, dass Abtretungen, die nicht Sicherungszwecken dienen (z.B. eine Zession erfüllungshalber), gültig seien. Aus den Materialien (Stellungnahme des Bundesrats vom 11.12.1989, BBl 1990 I, S. 120, 121) und dem Schutzzweck der Norm ergibt sich jedoch, dass das Abtretungsverbot nicht auf Sicherungszessionen beschränkt, sondern auf alle Arten der Abtretung (analog) anwendbar ist (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 325 OR N 4).

972 Vgl. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, Art. 325 OR N 9.

seines Lebensunterhalts benötigt.⁹⁷³ Sie schützt den Arbeitnehmer insbesondere vor Lohnzessionen bei Darlehens- und Abzahlungsverträgen.⁹⁷⁴ Verbotswidrige Abtretungen sind nichtig (Art. 325 Abs. 2 OR).⁹⁷⁵ Entsprechend seinem Schutzzweck wirkt das Abtretungsverbot somit nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber (Schuldner), sondern auch gegenüber Dritten wie etwa Kreditgebern, die am Erwerb der künftigen Lohnforderungen als Sicherheit für ihre Darlehensrückzahlungsforderungen interessiert sind.

13. Forderung des Versicherten auf Leistungen aus (obligatorischer) beruflicher Vorsorge

- 351 Der Leistungsanspruch gegenüber Einrichtungen der beruflichen Vorsorge kann vor Fälligkeit weder verpfändet noch abgetreten werden (Art. 39 Abs. 1 BVG).⁹⁷⁶ Wie Art. 325 OR⁹⁷⁷ schränkt Art. 39 BVG die Verfügungsmacht des Arbeitnehmers zu seinem eigenen Schutz ein. Während die Einschränkung von Art. 325 OR das Arbeitseinkommen schützt, dient diejenige von Art. 39 BVG der Aufrechterhaltung des obligatorischen Vorsorgeschatzes im Hinblick auf mögliche Versicherungsfälle. Art. 39 BVG schützt mithin die Interessen des Gläubigers. Im nicht obligatorischen Bereich gilt Art. 331b OR.⁹⁷⁸ Die Regelung von Art. 39 BVG ist aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Natur zwingend.⁹⁷⁹ Verbotswidrige Abtretungen sind – entsprechend dem Schutzzweck der Norm – nichtig (Art. 39 Abs. 3 BVG).⁹⁸⁰

14. Forderung des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen aus (nicht obligatorischer) beruflicher Vorsorge

- 352 Gemäss Art. 331b OR kann die Forderung auf künftige Vorsorgeleistungen vor der Fälligkeit weder abgetreten noch verpfändet werden. Wie Art. 39 BVG

973 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 325 OR N 2; STREIFF/VONKAENEL/RUDOLPH, Art. 325 OR N 2.

974 BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 325 OR N 1.

975 Zur Nichtigkeit der Abtretung, soweit sie den unpfändbaren Teil der Lohnforderung umfasst, vgl. BGE 107 III 75 E. 2 S. 77. Art. 325 Abs. 1 OR regelt einen Anwendungsfall der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts (Art. 20 Abs. 2 OR): Im Rahmen der unpfändbaren Lohnquote ist die Abtretung nichtig, im Rahmen der pfändbaren Quote gültig (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 325 OR N 16).

976 Vgl. auch Art. 17 FZV: «Das Vorsorgekapital oder der nicht fällige Leistungsanspruch kann weder verpfändet noch abgetreten werden. [...]».

977 Siehe oben Rz. 350.

978 Siehe unten Rz. 352.

979 Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19.12.1975, BBl 1976 I, S. 149, 250.

980 Vgl. BGE 126 V 258 E. 3b S. 264.

im obligatorischen Bereich OR⁹⁸¹ dient Art. 331b OR im nicht obligatorischen Bereich dem Vorsorgeschutz. Die für die Vorsorge gebundenen Mittel sollen im Vorsorgefall dem Arbeitnehmer oder seinen Verbliebenen zur Verfügung stehen und nicht zur Deckung von Verpflichtungen verwendet werden.⁹⁸² Unter «Forderung auf künftige Vorsorgeleistungen» fallen sämtliche Vorsorgeleistungen, welche die betreffende Vorsorgeeinrichtung im nicht obligatorischen Bereich erbringt. Erfasst werden Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenleistungen sowie allfällige nicht obligatorische Leistungen bezüglich weiterer Vorsorgefälle wie z.B. bei Krankheit. Art. 331b OR ist gemäss Art. 361 Abs. 1 OR zwingendes Recht. Entsprechend dem Schutzzweck der Norm sind verbotswidrige Abtretungen nichtig.⁹⁸³

15. Forderung des Versicherten auf Leistungen aus Sozialversicherungen

Art. 22 Abs. 1 ATSG⁹⁸⁴ verbietet, den Anspruch auf Leistungen von Sozialversicherungen abzutreten oder zu verpfänden.^{985, 986} Anders als Art. 39 Abs. 1 BVG⁹⁸⁷ umfasst das Abtretungsverbot von Art. 22 Abs. 1 ATSG auch fällige Forderungen. Der Marginalie von Art. 22 ATSG entsprechend dient das Abtretungsverbot der «Sicherung der Leistung» vor unbedachten Verfügungen des Leistungsberechtigten.⁹⁸⁸ Es schützt demnach die Interessen des Gläubigers. Die Vorschrift hat aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Natur zwingenden Charakter.⁹⁸⁹ Verbotswidrige Abtretungen sind nichtig (Abs. 1).^{990, 991}

981 Siehe oben Rz. 351.

982 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 331b OR N 2.

983 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 331b OR N 2.

984 Art. 22 Abs. 1 ATSG: «Der Anspruch auf Leistungen ist weder abtretbar noch verpfändbar. Jede Abtretung oder Verpfändung ist nichtig.»

985 Nachzahlungen von Leistungen des Sozialversicherers können jedoch dem Arbeitgeber, der Fürsorge oder einer Versicherung abgetreten werden, soweit diese eine Vorleistung erbracht haben (Art. 22 Abs. 2 ATSG).

986 Im Unterschied zur sozialversicherungsrechtlichen Regelung ist die Abtretung (und Verpfändung) des Versicherungsanspruchs im Privatversicherungsrecht zulässig (Art. 73 Abs. 1 VVG).

987 Dazu oben Rz. 351.

988 BSK-DOLF, Art. 22 ATSG N 1.

989 REICHMUTH, Art. 22 ATSG N 14.

990 Eine Ausnahme sieht Art. 42 Abs. 1 KVG vor, wonach die Versicherten ihre Rückerstattungsforderungen gegen die Krankenversicherung dem Leistungserbringer abtreten können.

991 Allgemein zur Abtretbarkeit öffentlich-rechtlicher Forderungen vgl. BK-ZOBL, Art. 899 ZGB N 76; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1290 f.

16. Stammrecht des Leibrentengläubigers

- 354 Eine Leibrente ist eine vom Leben einer Person abhängige Verpflichtung des Rentenschuldners, dem Rentengläubiger zeitlich wiederkehrende Leistungen in Gestalt von Geld oder ausnahmsweise in Gestalt von anderen vertretbaren Sachen (z.B. Lebensmittel) zu erbringen.⁹⁹² Dem Leibrentengläubiger stehen zum einen das Stammrecht (das Rentenrecht als solches) und zum anderen die Forderungen auf die einzelnen, im Lauf der Zeit fällig werdenden Rentenleistungen zu.⁹⁹³ Das Stammrecht ist unübertragbar.⁹⁹⁴ Die einzelnen Renten hingegen können gemäss Art. 519 OR vom Rentengläubiger abgetreten werden, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.⁹⁹⁵ Der Ausschluss der Übertragbarkeit des Stammrechts dient dem «Schutz des Leibrentengläubigers gegen Entblössung von Mitteln in der Zukunft».⁹⁹⁶ Diesem Zweck zufolge ist das Verbot der Übertragung der Leibrente zwingender Natur und deren Übertragung absolut unwirksam.⁹⁹⁷

17. Forderung des Pfründers auf Unterhalt und Pflege

- 355 Durch den Verpfändungsvertrag verpflichtet sich der Pfründer, dem Pfrundgeber ein Vermögen oder einzelne Vermögenswerte zu übertragen, und dieser, dem Pfründer Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit zu gewähren (Art. 521

992 GUHL/SCHNYDER, § 58 Rz. 3.

993 Illustrativ zur Unterscheidung von Stammrecht und Rentenforderungen BGE 61 III 193, S. 195: «Diese Ordnung hängt damit zusammen, dass das Rentenrecht nicht bloss aus der Summe der einzelnen aufschiebend bedingten Rentenansprüche besteht, sondern dass der Rentengläubiger (z.B. durch den Leibrentenkauf) ein in sich abgeschlossenes einheitliches nutzbares Grundrecht oder Stammrecht, das von Art. 131 OR so genannte «Forderungsrecht im ganzen», erwirbt, welches die einzelnen aufschiebend bedingten Rentenansprüche gleichwie Früchte aus sich heraus hervorbringt.»

994 Art. 519 OR *e contrario*; BGE 61 III 193, S. 195; OGer ZH, Urteil vom 25.1.1957, in: ZR 1957, Nr. 116, E. 4 S. 254; BK-SCHAETZLE, Art. 519 OR N2. Dieses Abtretungsverbot wird analog auf die Forderung des Legatars auf Zuwendung des Stammrechts aus einem Rentenvermächtnis angewandt (vgl. BSK-HUWILER/EGGEL, Art. 484 ZGB N 66).

995 Die Wirkung einer solchen Vereinbarung (*pactum de non cedendo*) richtet sich nach Art. 164 Abs. 1 OR (OGer ZH, Urteil vom 25.1.1957, in: ZR 1957, Nr. 116, E. 5 S. 254). Die Vereinbarung dient i. d. R. dem Schutz des Rentengläubigers gegen die rechtlichen Folgen seiner eigenen Handlungen, indem ihm der volle Bezug der Rechte gesichert sein soll (so bereits HAFNER, 2. Aufl. 1905, Art. 520 OR Anm. 1 und FICK, Art. 519 OR Anm. 2).

996 BGE 61 III 193, S. 197.

997 Vgl. zur ähnlichen Konstellation bei der Abtretung künftiger Lohnforderungen, wo Art. 325 Abs. 2 OR ausdrücklich die Nichtigkeit der verbotswidrigen Abtretung anordnet, oben Rz. 349 f.

Abs. 1 OR).⁹⁹⁸ Der Anspruch des Pfründers ist nicht übertragbar (Art. 529 Abs. 1 OR). Die Leistungen des Pfrundgebers sind regelmässig Naturalleistungen, deren Inhalt und Umfang sich überwiegend aus den persönlichen Bedürfnissen des Pfründers ergeben.⁹⁹⁹ Der Pfrundgeber braucht sich daher nicht gefallen zu lassen, dass ein Dritter anstelle des Pfründers in die Hausgemeinschaft eintritt.¹⁰⁰⁰ Der Grund für die Unübertragbarkeit liegt mithin in der höchstpersönlichen Natur des Rechtsverhältnisses.¹⁰⁰¹ Diese Höchstpersönlichkeit verbietet sowohl die Übertragung des Stammrechts als auch die Abtretung der Einzelrechte.^{1002, 1003}

Die Unabtretbarkeit des Stammrechts wie auch der Einzelrechte liegt im Interesse beider Parteien. Zum einen schützt sie den Pfründer vor einer Veräusserung seiner Grundlage für Unterhalt und Pflege. Zum anderen dient sie den Interessen des Pfrundgebers, selber zu bestimmen, wer in seiner Hausgemeinschaft lebt. Aus diesen Schutzzwecken leitet sich zum einen der zwingende Charakter des Übertragungsverbots ab. Den Parteien des Verpfändungsvertrags ist es versagt, das Stammrecht wie auch die Einzelforderungen übertragbar auszugestalten. Zum anderen ergibt sich aus den Schutzzwecken des Abtretungsverbots, dass die Übertragung des Stammrechts bzw. die Abtretung der Einzelforderungen absolut unwirksam sind. 356

998 Solche Verpfändungsverträge wurden früher häufig in zumeist ländlichen Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern oder nahen Verwandten oder mit staatlichen Pfrundanstalten geschlossen. Sie haben seit dem Aufkommen der Sozial- und insbesondere der Altersversicherung und der beruflichen Vorsorge stark an Bedeutung verloren (GUHL/SCHNYDER, § 58 Rz. 7).

999 BSK-BAUER/BAUER, Art. 529 OR N 1; ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 529 OR N 2. Die enge Bande zwischen Pfrundgeber und Pfründer kann etwa durch Hausgemeinschaft oder Pflege zum Ausdruck kommen (BK-SCHAETZLE, Art. 529 OR N 1).

1000 STOFER, S. 761.

1001 ZK-SCHÖNENBERGER, Art. 529 OR N 2. Vgl. CR-PANNATIER KESSLER / BARUH, Art. 529 OR N 1: «caractère hautement personnalisé».

1002 Das Stammrecht beinhaltet das ganze Verpfändungsverhältnis und ist damit zugleich Quelle und Grundlage der Einzelleistungen. Die Einzelrechte bilden die Forderungen des Pfründers auf Essen, Wohnen, Pflege etc. (BK-SCHAETZLE, Art. 521 OR N 17).

1003 Umstritten ist, ob die einzelnen Forderungen abgetreten werden können, wenn sie ausnahmsweise nicht höchstpersönlich sind (*pro* BSK-BAUER/BAUER, Art. 529 OR N 1; STOFER, S. 761; *contra* BK-SCHAETZLE, Art. 529 OR N 15). Für die Abtretbarkeit spricht der Zweck des Abtretungsverbots, die höchstpersönliche Bindung zu schützen, der bei nicht höchstpersönlichen Forderungen entfällt. Dagegen spricht der klare Wortlaut von Art. 529 Abs. 1 OR.

IV. Analyse der gesetzlichen Abtretungsverbote

1. Übersicht

- 357 Die Tabelle auf der Folgeseite gibt eine Übersicht über die dargestellten gesetzlichen Übertragungsverbote.

2. Explizite und implizite Verbote

- 358 Die gesetzlichen Abtretungsverbote ergeben sich entweder direkt aus dem Wortlaut der Verbotsnorm (explizite Verbote)¹⁰⁰⁴ oder mittelbar durch die Auslegung der Norm (implizite Verbote)¹⁰⁰⁵. Die impliziten gesetzlichen Abtretungsverbote werden in der Literatur und Rechtsprechung gelegentlich auch den Fällen der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses zugeordnet. So sieht beispielsweise die neuere Literatur in Art. 306 Abs. 2 OR ein (implizites) gesetzliches Verbot der Abtretung der Forderung auf Gebrauch der Leihsache,¹⁰⁰⁶ während die frühere Doktrin der Ansicht war, dass Art. 306 Abs. 2 OR (bzw. Art. 322 Abs. 2 aOR) bloss die unabtretbare Natur des Rechtsverhältnisses festhalte.¹⁰⁰⁷ Auch die Unabtretbarkeit der Forderung auf Nutzung der Pachtsache wurde früher unterschiedlich qualifiziert.¹⁰⁰⁸ Die Unabtretbarkeit mitgliedschaftlicher Verwaltungsrechte des Gesellschafters einer Personengesellschaft wird ebenfalls teils den gesetzlichen Abtretungsverböten¹⁰⁰⁹ und teils der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses¹⁰¹⁰ zugerechnet. Die Unübertragbarkeit vertraglicher Vorkaufs-

1004 Vgl. z.B. Art. 325, 331b, 333 Abs. 4 und 529 Abs. 1 OR, Art. 22 Abs. 1 ATSG und Art. 39 Abs. 1 BVG.

1005 Vgl. z.B. Art. 262, 291 und 306 Abs. 2 OR.

1006 VON TUHR/ESCHER, S. 344 bei FN 16; SCHULER, S. 60f.; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 135; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 13; CR-PROBST, Art. 164 OR N 30; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 28.

1007 Vgl. BK-BECKER, Art. 164 OR N 31; zum OR von 1881 ATTENHOFER, ZSR 1887, S. 339, 370 und HAFNER, 1. Aufl. 1883, Art. 183 aOR Anm. 4, je mit Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit der Forderung.

1008 Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses: ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 266; gesetzliches Abtretungsverbot: HAFNER, 1. Aufl. 1883, Art. 183 aOR Anm. 2; VON TUHR/ESCHER, S. 344 bei FN 16; SCHULER, S. 56-59. Heute wird die Unabtretbarkeit – gleich wie im Fall von Art. 262 OR – unter den gesetzlichen Abtretungsverböten eingeordnet (vgl. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 28; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3430).

1009 CR-PROBST, Art. 164 OR N 30; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.23.

1010 BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 542 OR N 253-257; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 542 OR N 93; CR-PROBST, Art. 164 OR N 39; ENGEL, S. 879; betr. den Anspruch auf Einsicht in die Geschäftspapiere (Art. 541 OR) CR-PROBST, Art. 164 OR N 39; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 181; VON TUHR/ESCHER, S. 345 nach FN 25; STEINER, S. 42.

Forderung/Recht	Norm	Grund für Unabtretbarkeit	geschützte Interessen	Charakter	Wirkung
Gebrauch der Leihsache	Art. 306 Abs. 2 OR	persönliches Recht	Schuldner (Verleiher)	dispositiv	rein obligatorisch
Gebrauch der Mietsache	Art. 262 OR	persönliches Recht	Schuldner (Vermieter)	dispositiv	rein obligatorisch
Nutzung der Pachtsache	Art. 291 OR	persönliches Recht	Schuldner (Verpächter)	dispositiv	rein obligatorisch
Nutzniessung (Stammrecht)	Art. 758 Abs. 1 ZGB	höchstpersönliches Recht	Schuldner (Eigentümer / Inhaber des Rechts)	zwingend	absolut
Nutzniessung (Ausübung)	Art. 758 Abs. 1 ZGB	pactum de non cedendo	Schuldner (Eigentümer / Inhaber des Rechts)	dispositiv	absolut
Wohnrecht (Stammrecht und Ausübung)	Art. 776 Abs. 2 ZGB	höchstpersönliches Recht, Vertrauen	Schuldner (Eigentümer)	zwingend	absolut
andere Dienstbarkeiten (Stammrecht und Ausübung)	Art. 781 Abs. 2 ZGB	persönliches Recht, Vertrauen	Schuldner (Eigentümer)	dispositiv	absolut
Arbeitsleistung	Art. 333 Abs. 4 OR	höchstpersönliches Recht	Schuldner (Arbeitnehmer)	dispositiv	absolut
vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte	Art. 216b Abs. 1 OR	persönliche Rechte	Schuldner (Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechtsgeber)	dispositiv	absolut
gesetzliche Vorkaufsrechte	Art. 681 Abs. 3 ZGB	höchstpersönliche Rechte	Schuldner (Vorkaufsrechtsbelasteter)	zwingend	absolut
Ansprüche aufgrund der Erbenstellung	Art. 635 Abs. 2 ZGB	persönliches Recht	Schuldner (Miterben)	zwingend	absolut
mitgliederschaftliche Verwaltungsrechte in Personengesellschaften	Art. 542 Abs. 2 OR Art. 557 Abs. 2 OR Art. 598 Abs. 2 OR	persönliche Rechte	Schuldner (Mitgesellschafter)	zwingend	absolut
künftige Lohnforderungen	Art. 325 OR	Sicherung Arbeitseinkommen	Gläubiger (Arbeitnehmer)	zwingend	absolut
künftige Leistungen aus obligatorischer beruflicher Vorsorge	Art. 39 Abs. 1, 3 BVG	Sicherung Einkommen im Vorsorgefall	Gläubiger (Versicherter)	zwingend	absolut
künftige Leistungen aus nicht obligatorischer beruflicher Vorsorge	Art. 331b OR	Sicherung Einkommen im Vorsorgefall	Gläubiger (Versicherter)	zwingend	absolut
Leistungen aus Sozialversicherungen	Art. 22 Abs. 1 ATSG	Sicherung Einkommen im Vorsorgefall	Gläubiger (Versicherter)	zwingend	absolut
Leibrente (Stammrecht)	Art. 519 OR	Sicherung zukünftiges Einkommen	Gläubiger (Leibrentengläubiger)	zwingend	absolut
Unterhalt und Pflege bei Verpfändung (Stammrecht und Einzelrechte)	Art. 529 Abs. 1 OR	Sicherung Unterhalt und Pflege; höchstpersönliches Recht	Gläubiger (Pfründer); Schuldner (Pfrundgeber)	zwingend	absolut

Übersicht über die dargestellten gesetzlichen Übertragungsverbote.

Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken schliesslich wurde vor der am 1. Januar 1994 in Kraft getretenen Gesetzesrevision und damit vor der Schaffung von Art. 216b OR aus der Natur des Rechtsverhältnisses abgeleitet.¹⁰¹¹ Seither ergibt sich das Abtretungsverbot aus Art. 216b OR und damit von Gesetzes wegen.¹⁰¹² Die Unübertragbarkeit vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an anderen Sachen und Rechten beruht hingegen weiterhin auf der Natur des Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechtsverhältnisses.

359 Diese Beispiele zeigen, dass der Übergang zwischen Gesetz und Natur des Rechtsverhältnisses fließend ist. Die Kontroverse, ob sich ein Abtretungsverbot aus dem Gesetz oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergibt, ist letztlich ein Streit um Worte. Beide Kategorien von Abtretungsverboten erfassen Forderungen, bei denen die Person des Gläubigers Inhalt und Umfang der Leistung bestimmt oder doch in anderer Weise für den Schuldner von besonderer Bedeutung ist.¹⁰¹³ In ihren Rechtsfolgen unterscheiden sich die beiden Kategorien nicht.¹⁰¹⁴ Zwischen ihnen besteht mithin kein inhaltlicher, sondern nur ein äusserlicher Unterschied: Im einen Fall sind die Verbote – zumindest implizit – im Gesetz genannt; im anderen Fall sind sie durch die Rechtsprechung aufzuspüren.¹⁰¹⁵

3. Gründe der gesetzlichen Unabtretbarkeit

360 Gesetzliche Abtretungsverbote beruhen immer auf Gründen, die in der Person des Gläubigers liegen.¹⁰¹⁶ Der Gesetzgeber sieht in den betroffenen Forderungen Ansprüche, die eine ganz besondere Bestimmung haben und sich daher nur an einen bestimmten Gläubiger erfüllen lassen.¹⁰¹⁷ Die vorstehende Darstellung der gesetzlichen Abtretungsverbote zeigt, dass diese Bestimmung der Forderung zwei verschiedene Ursachen haben kann: die persönliche Natur der Forderung oder die Schutzbedürftigkeit des Gläubigers.

1011 BGE 48 II 465 E. 4 S. 468 f. (Vorkaufsrecht an Grundstücken), 94 II 274 E. 3 S. 279 (Kaufrecht an Aktien); BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 97; STEINAUER, Bd. II, Rz. 2452.

1012 Vgl. FOËX, SJ 1994, S. 381, 395 f., gemäss dem die «Abtretung» der Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte jedoch nicht eine Zession der Gestaltungsrechte, sondern eine Übernahme des Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsvertrags ist.

1013 GUHL/KOLLER, § 34 Rz. 24.

1014 Siehe zu den Rechtsfolgen unten Rz. 371-394 (gesetzliche Abtretungsverbote) und Rz. 415-424 (Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses). Vgl. auch ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 266.

1015 VON BÜREN, S. 321. Vgl. auch STEINER, S. 35-43, insb. S. 39 bei FN 242, der die Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses mit den impliziten gesetzlichen Abtretungsverboten gleichsetzt.

1016 WOLFF, S. 169.

1017 VON BÜREN, S. 322.

A. Persönliche Natur der Forderung

Zum einen sieht der Gesetzgeber bestimmte Forderungen als derart persönliche Rechte an, dass sie aufgrund ihres Inhalts oder Zwecks unlösbar an die Person des Gläubigers gebunden sind.¹⁰¹⁸ Solche Forderungen sind somit – in der Terminologie der Rechtsprechung zur Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses¹⁰¹⁹ – höchstpersönlich. Wie sich aus den besprochenen gesetzlichen Abtretungsverböten ergibt, dient die Unabtretbarkeit einer höchstpersönlichen Forderung den Interessen des Schuldners, der keinen Wechsel der Person des Gläubigers zu dulden braucht.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die vertragliche Einräumung von Rechten auf erhöhtem Vertrauen beruht. Zu diesen Rechten gehören die Forderungen auf Gebrauch bzw. Nutzung einer Sache des Schuldners¹⁰²⁰ und die Forderung auf Einsatz der Arbeitskraft des Schuldners.¹⁰²¹ Wer einer anderen Person den Gebrauch bzw. die Nutzung einer eigenen Sache oder den Einsatz seiner Arbeitskraft verspricht, setzt in diese Person ein erhöhtes Vertrauen, dass sie sich im Gebrauch der Sache bzw. der Arbeitskraft an besondere Pflichten zu Sorgfalt und Rücksichtnahme¹⁰²² bzw. Fürsorgepflichten¹⁰²³ hält. Dies gilt in gesteigertem Mass für die Forderung des Pfründers auf Unterhalt und Pflege.¹⁰²⁴ Die Aufnahme des Pfründers in die Hausgemeinschaft des Pfrundgebers auf Lebenszeit setzt ein besonders grosses Vertrauen des Pfrundgebers in den Pfründer voraus.¹⁰²⁵ Die Wahl des Gläubigers ist für den Schuldner in all diesen Fällen von essentieller Bedeutung. Daher muss sich der Schuldner einen Gläubigerwechsel nicht ohne Weiteres gefallen lassen.

Auch die Ansprüche aufgrund der Erbenstellung und die mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte in einer Personengesellschaft haben eine starke persönliche Prägung. Die Erben und die Gesellschafter sind Mitglieder einer Gemeinschaft, die durch persönliche Elemente geprägt ist. Bei der Erbgemeinschaft stammt diese persönliche Bande aus einem gemeinsamen Nähe-

1018 STEINER, S. 35.

1019 Siehe unten Rz. 398.

1020 Art. 262 OR (Miete), Art. 291 OR (Pacht) und Art. 306 Abs. 2 OR (Gebrauchslleihe) sowie Art. 758 Abs. 1 ZGB (Nutzniessung), Art. 776 Abs. 2 ZGB (Wohnrecht) und Art. 781 Abs. 2 ZGB (andere Dienstbarkeiten).

1021 Art. 333 Abs. 4 OR (Arbeitsvertrag).

1022 Vgl. Art. 257f OR (Miete); Art. 283 OR (Pacht); Art. 306 Abs. 1 OR (Gebrauchslleihe).

1023 Vgl. Art. 328 OR (Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers als Teilgehalt der Fürsorgepflichten des Arbeitgebers).

1024 Siehe oben Rz. 355.

1025 Der Gesetzgeber hat die Übertragbarkeit der Forderung des Pfründers zudem auch aus sozialpolitischen Gründen ausgeschlossen (siehe unten Rz. 366).

verhältnis zum Erblasser aufgrund von Verwandtschaft (Art. 457-460 ZGB), Ehe (Art. 462 ZGB) oder dessen letztem Willen (Art. 483 ZGB). Bei der Personengesellschaft entspringt der persönliche Bezug unter den Gesellschaftern daraus, dass sie sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln vertraglich zusammengeschlossen haben (Art. 530 Abs. 1 OR). Die Gesellschafter haben kraft ihrer Mitgliedschaft Rechte und Pflichten, deren freie Übertragung auf eine ungeeignete Person die Existenz der Gesellschaft gefährden oder diese zumindest beeinträchtigen könnte.¹⁰²⁶ Sowohl die Erben als auch die Gesellschafter brauchen daher nicht hinzunehmen, dass ein fremder Dritter, der nicht vom persönlichen Band der bisherigen Zusammensetzung der Gemeinschaft erfasst ist, in das Gemeinschaftsverhältnis eindringt und dieses allenfalls gefährdet.

364 Ebenfalls auf der persönlichen Natur des Rechts basiert das Verbot der Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken. Wie aufgezeigt¹⁰²⁷ bezwecken diese Gestaltungsrechte, die freie Übertragbarkeit eines Grundstücks auf Dritte zugunsten einer bestimmten Person zu beschränken. Dem Eigentümer ist es dabei grundsätzlich nicht gleichgültig, wer im Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsfall das Grundstück erwerben darf. Daher sollen diese Rechte an die Person des Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsberechtigten gebunden sein und nicht nach Belieben auf Dritte übertragen werden können.

365 Die gesetzlichen Vorkaufsrechte basieren zum Teil auf einer verwandtschaftlichen Beziehung (Art. 42-46 BGGB) oder auf einem Vertragsverhältnis, bei dem der Schuldner ein erhöhtes Vertrauen in den Gläubiger setzt (Bauverhältnis [Art. 682 Abs. 2 ZGB], Pacht [Art. 47 f. BGGB]). Die gesetzlichen Vorkaufsrechte im Miteigentumsverhältnis (Art. 682 Abs. 1 ZGB, Art. 49 BGGB) beruhen sodann – ähnlich wie die Rechte der Erben und der Personengesellschafter – auf einem persönlichen Gemeinschaftsverhältnis unter den Miteigentümern. Bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten schützt das Abtretungsverbot mithin ebenfalls die persönliche Verbundenheit der Parteien aufgrund von Verwandtschaft, Vertrauen oder Gemeinschaft.

B. Schutzbedürftigkeit des Gläubigers

366 Zum anderen erachtet der Gesetzgeber bestimmte Gläubiger in ihrer Inhaberschaft der Forderung als derart schutzbedürftig, dass er ihnen verbietet, sich der Forderung zu entäussern. Hier ist die Unabtretbarkeit sozialpolitisch

¹⁰²⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 3 Rz. 35.

¹⁰²⁷ Siehe zur Höchstpersönlichkeit dieser Forderung oben Rz. 337.

motiviert.¹⁰²⁸ Sie soll den Gläubiger vor eigenen nachteiligen Handlungen schützen.¹⁰²⁹ Betroffen sind typischerweise Geldforderungen. Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Verbot ihrer Abtretung, das Einkommen des Gläubigers zu sichern, das dieser zur Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt. Erfasst wird sowohl das Einkommen aus Arbeitsleistung (Art. 325 OR) als auch das Renteneinkommen aus der beruflichen Vorsorge (Art. 331b OR und Art. 39 BVG) sowie das Ersatzeinkommen aus anderen Sozialversicherungen (Art. 22 Abs. 1 ATSG). Auch die Leibrente (Stammrecht) verschafft dem Gläubiger wiederkehrende Ansprüche auf Unterhaltsleistungen. Und bei der Verpfändung hat der Gläubiger Anspruch auf Unterhalt und Pflege. Hier kommt der Schutz des Gläubigers vor einer Entäusserung seines zukünftigen Unterhalts am deutlichsten zum Ausdruck.¹⁰³⁰

4. Geschützte Interessen

Gesetzliche Abtretungsverbote bezwecken häufig den Schutz des Schuldners und seltener denjenigen des Gläubigers. Weitere Interessen wie diejenigen der Gläubiger des Gläubigers oder der Allgemeinheit¹⁰³¹ stehen hier nicht im Vordergrund.

A. Interessen des Schuldners

Die Darstellung der einzelnen gesetzlichen Abtretungsverbote lässt erkennen, dass Zessionsverbote, die durch die persönliche Natur der Forderung begründet sind, im Interesse des Schuldners liegen. Er ist diejenige der beiden durch die Obligation verbundenen Parteien, die der anderen Partei ein erhöhtes Vertrauen entgegenbringt, sei es als Verleiher (Art. 306 Abs. 2 OR), Vermieter (Art. 262 OR), Verpächter (Art. 291 OR), Arbeitnehmer (Art. 333 Abs. 4 OR), Pfundgeber (Art. 529 Abs. 1 OR), sei es als Eigentümer einer Sache (bzw. Inhaber eines Rechts), an der eine Nutzniessung (Art. 758 Abs. 1 ZGB), ein Wohnrecht (Art. 776 Abs. 2 ZGB) oder eine «andere Dienstbarkeit» (Art. 781 Abs. 2 ZGB) begründet worden ist, oder sei es als Vorkaufsrechtsbelasteter (Art. 681 Abs. 3 ZGB).¹⁰³²

1028 KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1287.

1029 STEINER, S. 35; WOLFF, S. 169.

1030 Die Verpfändung hat ausserdem höchstpersönlichen Charakter (siehe oben Rz. 355).

1031 Z.B. dienen die gesetzlichen Vorkaufsrechte im bäuerlichen Bodenrecht zugunsten bestimmter Personen und damit auch die Unabtretbarkeit der Rechte durch diese Personen auch struktur- bzw. agrarpolitische Zielen (Erhaltung «eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft») und damit öffentlichen Interessen (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG; BÜSSER/HOTZ, vor Art. 42-46 BGGB N 19-21; STREBEL/HOTZ, vor Art. 47 und 48 BGGB N 1).

1032 Siehe zum Vertrauen als Grund der Unabtretbarkeit oben Rz. 362 und 365.

Auch soweit das Abtretungsverbot die Zusammensetzung einer Gemeinschaft schützt,¹⁰³³ dient es den Interessen der Schuldner. Als Mitgesellschafter (Art. 542 Abs. 2 OR), Miterben (Art. 635 Abs. 2 ZGB) oder Vorkaufsrechtsbelastete (Art. 681 Abs. 3 ZGB) sind sie daran interessiert, dass über die zukünftige Zusammensetzung der Gemeinschaft nicht ohne ihre Beteiligung entschieden wird. Schliesslich dient auch die Unabtretbarkeit der vertraglichen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte an Grundstücken (Art. 216b Abs. 1 OR) dem Schuldner (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechtsgeber). Sie schützt sein Interesse, dass im Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsfall nicht irgendwer, sondern nur von ihm ausgewählte Personen das Grundstück erwerben können.¹⁰³⁴

B. Interessen des Gläubigers

- 369 Der Schutz des Gläubigers ist jeweils sozialpolitisch motiviert. Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Verbot, den Gläubiger vor eigenen nachteiligen Handlungen zu schützen.¹⁰³⁵ Er will verhindern, dass der Gläubiger sich durch die Abtretung von Forderungen der Mittel entäussert, die er in Zukunft zur Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt.¹⁰³⁶ Die Unabtretbarkeit steht dabei im Einklang mit der Zweckbestimmung der betroffenen Forderungen, den zukünftigen Lebensunterhalt des Gläubigers sicherzustellen. Dies betrifft künftige Lohnzahlungen (Art. 325 OR), künftige Vorsorgeleistungen (Art. 331b OR, Art. 39 BVG), weitere Sozialversicherungsleistungen (Art. 22 Abs. 1 ATSG), wiederkehrende Leistung von Geld oder ausnahmsweise anderen vertretbaren Sachen wie z.B. Lebensmitteln (Art. 519 OR) und die Gewährung von Unterhalt und Pflege (Art. 529 Abs. 1 OR).

C. Fazit

- 370 Die vom Gesetzgeber bei den gesetzlichen Abtretungsverboten vorgenommene Interessenabwägung lässt sich folgendermassen zusammenfassen: Soweit gesetzliche Abtretungsverbote Geldforderungen betreffen, haben sie durchwegs eine sozialpolitische Motivation und schützen die Interessen des Gläubigers. Soweit sie hingegen nicht monetäre Forderungen betreffen, schützen sie die Interessen des Schuldners. Einzig die Unabtretbarkeit der nicht primär monetären Forderung des Pfründers auf Unterhalt und Pflege schützt neben den Interessen des Schuldners (Pfrundgebers) auch – wiederum sozialpolitisch motiviert – die Interessen des Gläubigers (Pfründers).

¹⁰³³ Siehe oben Rz. 363 und 365.

¹⁰³⁴ Siehe oben Rz. 337 und 364.

¹⁰³⁵ WOLFF, S. 169.

¹⁰³⁶ Siehe oben Rz. 366.

V. Rechtsfolgen der verbotswidrigen Abtretung

1. Nichtigkeit

Das Gesetz erklärt die Abtretung einer von Gesetzes wegen unabtretbaren Forderung in einigen Fällen ausdrücklich für nichtig.¹⁰³⁷ In anderen Fällen beschränkt es sich darauf, die Unübertragbarkeit zu statuieren, und äussert es sich nicht zur Rechtsfolge einer verbotswidrigen Abtretung.¹⁰³⁸ Die schweizerische Doktrin vertritt grossmehrheitlich die Ansicht, dass die Abtretung in Verletzung eines gesetzlichen Abtretungsverbots generell nichtig ist¹⁰³⁹ und das Gericht ein gesetzliches Zessionsverbot von Amtes wegen berücksichtigen muss.¹⁰⁴⁰ Gestützt auf diese Ansicht erwog auch das Bundesgericht: «En principe, la cession d'une prétention incessible n'est pas valable et demeure sans effet. En particulier, si l'incessibilité résulte d'une interdiction légale, la cession est illicite et, conformément à l'art. 20 CO, nulle; en pareil cas, le juge doit prendre d'office en considération l'invalidité de la cession [...]»¹⁰⁴¹ Der Mangel der Abtretbarkeit kann durch den guten Glauben des Zessionars auch nicht geheilt werden.¹⁰⁴²

1037 Vgl. z.B. Art. 636 Abs. 1 ZGB (in der französisch- und der italienischsprachigen Fassung), Art. 325 Abs. 2 OR, Art. 22 Abs. 1 ATSG, Art. 39 Abs. 3 BVG.

1038 Vgl. z.B. Art. 776 Abs. 2 ZGB, Art. 529 Abs. 1 OR.

1039 *Nichtigkeit*: CR-PROBST, Art. 164 OR N 66 («nulle»); ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 20 («absolute Nichtigkeit»); ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 184 («nichtig»); HURNI/BANK, Art. 164 OR N 14 («Nichtigkeit»); BUCHER, S. 542 («Nichtigkeit»); BERGER, Schuldrecht, Rz. 2112 («unheilbar nichtig»); ENGEL, S. 879 («nulle et de nul effet»); JEANPRÊTRE, SJZ 1967, S. 17, 20 («frappée de nullité absolue»); KRAUSKOPF, Art. 164 OR N 6 («nichtig»); SCHULER, S. 83 («nichtig im Sinne von Art. 20 OR»); KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1288 («Nichtigkeit»); STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772 («nichtig»); TERCIER/PICHONNAZ, Rz. 1808 («frappée de nullité»); VON BÜREN, S. 325 («total und unheilbar nichtig»); WEHRLI, S. 5 («vollständig und unheilbar nichtig»); FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 694, Rz. 32 und S. 696, Rz. 36 («Nichtigkeit»).

Absolute Unwirksamkeit: BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 52 («kann die Forderung nicht [...] übergehen»); ATTENHOFER, ZSR 1886, S. 262, 266 («ungültig»); DES GOUTTES, S. 11 («ungültig»); KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58 («ungültig und bleibt wirkungslos»); GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434 («ungültig»); SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.26 («unwirksam»); WOLFF, S. 171 («absolut unwirksam»); MÜLLER, S. 156 («invalid»).

1040 CR-PROBST, Art. 164 OR N 66; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 184; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 696, Rz. 36; STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772, FN 32.

1041 BGE 123 III 60 E. 3b S. 62 = Pra 1997, Nr. 107; vgl. auch BVGer, A-4007/2016, Urteil vom 18.5.2018, E. 7.5.2.4 und 7.5.4 f.

1042 Vgl. statt vieler VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 49.

2. Abweichende Ansichten

372 Vereinzelt Stimmen in der Literatur durchbrechen diesen Kanon. Die Abweichungen betreffen zum einen die Frage, ob sich aus Sonderregeln, insbesondere der Verbotsnorm, anderes als die absolute Unwirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung ergeben könne (unten lit. A). Zum anderen wird vertreten, dass die verbotswidrige Abtretung mit dem Einverständnis des Schuldners unter Umständen wirksam sein könne (lit. B).

A. (Un-)Wirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung

373 Zwar ist eine verbotswidrige Abtretung auch nach der Ansicht von KOLLER grundsätzlich wirkungslos. Aus Sonderregeln, insbesondere der Verbotsnorm, gegen die verstossen worden sei, könne sich jedoch anderes ergeben.¹⁰⁴³ Zur Begründung seines Standpunkts verweist KOLLER auf BGE 134 III 52.¹⁰⁴⁴ Dieses Urteil betrifft eine Abtretung, durch die der Zedent seine Gläubiger geschädigt hat. Das Bundesgericht erwog, dass die Zession trotz Verstoss gegen Art. 164 Ziff. 1 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung) gültig sei, und verwies die durch die Abtretung geschädigten Gläubiger auf die Möglichkeit der betreibungsrechtlichen Anfechtung der Abtretung gemäss Art. 285 SchKG. So könnten die Gläubiger zwar nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit der Zession bewirken, wohl aber die abgetretene Forderung bzw. einen allfälligen Forderungserlös pfänden und verwerten lassen.^{1045, 1046}

374 Auch HUGUENIN spricht sich für eine «flexible Ungültigkeit» aus. Demnach sei eine Abtretung in Verletzung eines gesetzlichen Abtretungsverbots (nur) insoweit ungültig, als diese Rechtsfolge ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sei oder dies der Schutzzweck der einschlägigen Norm erfordere.¹⁰⁴⁷ Gemäss der von ihr vertretenen «flexiblen Ungültigkeitstheorie» sei das Ziel von Art. 20 OR in erster Linie die Beseitigung der einem Vertrag anhaftenden Mängel und nicht das Dahinfallen der vertraglichen Bindung. Aus diesem Grund sei es weder sinnvoll noch erforderlich, generell festzulegen, wie Nichtigkeit wirke

1043 KOLLER, Rz. 84.62.

1044 KOLLER, Rz. 84.63.

1045 BGE 134 III 52 E. 1.3 f. S. 55-58; bestätigt in BGer, 4A_502/2008, Urteil vom 31.3.2009, E. 3.2. Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung auch in einem Fall, in dem ein Verstoss gegen Art. 167 StGB zur Diskussion stand (BGer, 4A_415/2007, Urteil vom 14.1.2008, E. 3.2.2).

1046 Art. 164 StGB enthält allerdings kein gesetzliches Abtretungsverbot, sondern regelt einen Fall der gesetzlichen Unzulässigkeit der Abtretung (siehe hierzu oben Rz. 310-313).

1047 HUGUENIN, Rz. 1359.

und wer sich darauf berufen dürfe. Vielmehr seien die einzelnen Begriffsmerkmale der Nichtigkeit im Kontext der verletzten Norm zu bestimmen.¹⁰⁴⁸

Die Ansichten von KOLLER und HUGUENIN lassen sich folgendermassen zusammenfassen: Die Folge der Verletzung eines gesetzlichen Abtretungsverbots ist nicht generell die Nichtigkeit der Zession. Vielmehr sind die Rechtsfolgen der verbotswidrigen Abtretung durch Auslegung der betroffenen Verbotsnorm zu bestimmen. Demzufolge kann die verbotswidrige Abtretung beispielsweise auch nur betriebsrechtlich unwirksam sein. 375

B. Einverständnis des Schuldners

VON TUHR unterscheidet hinsichtlich der Folgen einer verbotswidrigen Abtretung nicht danach, ob das Verbot auf Gesetz, Vereinbarung oder der Natur des Rechtsverhältnisses beruht.¹⁰⁴⁹ Für alle drei Kategorien unabtretbarer Forderungen vertritt er die Ansicht, dass eine verbotswidrige Abtretung mit Zustimmung des Schuldners gültig sei oder durch Genehmigung des Schuldners gültig werden könne, wenn die Unabtretbarkeit der Forderung dem Interesse des Schuldners diene. Die Gültigkeit trete mit rückwirkender Kraft ein, unter Vorbehalt in der Zwischenzeit erworbener Rechte Dritter.¹⁰⁵⁰ 376

STEINER erörterte die Frage, ob verbotswidrige Abtretungen mit dem Einverständnis des Schuldners wirksam werden können, in seiner Dissertation als Erster vertiefter. Er schlägt – VON TUHR folgend – vor, dass die Rechtsfolgen der Abtretung einer unabtretbaren Forderung nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Unabtretbarkeit auf Gesetz, Vereinbarung oder der Natur des Rechtsverhältnisses beruhe, sondern davon, ob die Unabtretbarkeit im Interesse des Schuldners liege. Bei der Unabtretbarkeit durch Gesetz sei die Interessenlage durch Auslegung der die Unabtretbarkeit anordnenden Norm zu ermitteln. Wenn die Unabtretbarkeit im Interesse des Schuldners liege, sei die Forderung einer rechtsgeschäftlichen Abtretbarkeitsgestaltung durch die Parteien zugänglich. Anders als VON TUHR vertritt STEINER die Ansicht, dass die Genehmigung der verbotswidrigen Abtretung zur Folge habe, dass diese erst *ex nunc* wirksam werde.¹⁰⁵¹ 377

KOLLER schloss sich der Ansicht STEINERS an. Auch seiner Meinung nach entscheide die Auslegung der jeweiligen Verbotsnorm, ob der Schuldner durch Genehmigung der verbotswidrigen Abtretung die Forderung nachträglich übergehen lassen könne. Dies sei bei nicht zwingenden Verbotsnormen 378

1048 HUGUENIN, Rz. 433; BSK-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N 55; siehe auch oben Rz. 109.

1049 VON TUHR, OR, S. 731 f. bei FN 47-49; VON TUHR / ESCHER, S. 347 bei FN 47-49.

1050 VON TUHR, OR, S. 732 bei FN 56-59; VON TUHR / ESCHER, S. 348 bei FN 56-59.

1051 STEINER, S. 77-79 und 84.

möglich, d.h., wenn Schuldner und Gläubiger bereits im Voraus die Abtretbarkeit wirksam vereinbaren könnten. Daneben könne der Schuldner die Abtretung genehmigen, wenn das Verbot ausschliesslich seinen Schutz bezwecke. Wenn das Verbot hingegen den Gläubiger schützen solle, entfalle die Möglichkeit einer Genehmigung der Abtretung durch den Schuldner.¹⁰⁵² Bei rechtswirksamer Genehmigung gehe die Forderung nachträglich auf den Zessionar über. Die von VON TUHR vertretene Rückwirkung des Forderungsübergangs auf den Zeitpunkt der Abtretung lehnt somit auch KOLLER ab.¹⁰⁵³

379 Zusammengefasst ist nach den Ansichten von VON TUHR, STEINER und KOLLER die verbotswidrige Abtretung nur dann generell unwirksam, wenn die Unabtretbarkeit den Schutz der Interessen anderer Personen als des Schuldners bezweckt. Schützt die Verbotsnorm hingegen ausschliesslich den Schuldner, ist die Abtretung mit dessen Einverständnis wirksam.¹⁰⁵⁴ Uneinigkeit besteht in der Frage, ob die genehmigte Abtretung im Zeitpunkt ihrer Vornahme (so VON TUHR) oder im Zeitpunkt ihrer Genehmigung (so STEINER und KOLLER) wirksam wird.

3. Stellungnahme

A. (Un-)Wirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung

380 Die Ansicht, dass die Rechtsfolgen der Normverletzung sich bei gesetzlichen Abtretungsverboten nach der einschlägigen Norm richten, überzeugt. Massgebend für die Rechtsfolge der verbotswidrigen Abtretung ist der Sinn der jeweiligen Verbotsnorm. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln. Diese Sichtweise ist dem Standpunkt vorzuziehen, dass Art. 164 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 OR generell die Nichtigkeit aller verbotswidrigen Abtretungen normiert: Gemäss dem Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine Forderung abtreten, soweit nicht das Gesetz entgegensteht. Das Gesetz steht der Abtretung aber nur im Rahmen des durch Auslegung ermittelten Normsinns des betroffenen gesetzlichen Abtretungsverbots entgegen.

381 Nichts anderes ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 OR («Ein Vertrag, der einen [...] widerrechtlichen Inhalt hat [...], ist nichtig.»).¹⁰⁵⁵ Diese Norm wird in Recht-

1052 KOLLER, Rz. 84.65.

1053 KOLLER, Rz. 84.66.

1054 Die Unwirksamkeit ist gemäss VON TUHR und STEINER absolut (VON TUHR, OR, S. 731 bei FN 47; VON TUHR / ESCHER, S. 347 bei FN 47; STEINER, S. 69). Nach KOLLER hingegen sind die Folgen der verbotswidrigen Abtretung für ihre (Un-)Wirksamkeit durch Auslegung der betroffenen Verbotsnorm zu bestimmen (siehe oben Rz. 373).

1055 Rechtsprechung und Doktrin leiten die Nichtigkeit der verbotswidrigen Abtretung regelmässig aus Art. 20 Abs. 1 OR statt aus Art. 164 Abs. 1 OR ab (vgl. statt vieler BGE 123 III 60 E. 3b S. 62; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 184; CR-PROBST, Art. 164 OR N 66). Dagegen

sprechung und Literatur so verstanden, dass der Verstoss gegen eine Verbotsnorm nicht automatisch die Nichtigkeit des Vertrags (hier des Abtretungsvertrags) indiziert, sondern nur dann, wenn die Verbotsnorm dies ausdrücklich anordnet oder Sinn und Zweck der Norm diese Sanktion *in concreto* als angezeigt erscheinen lassen.¹⁰⁵⁶ Massgebend ist also wiederum der Normsinn der gesetzlichen Regelung, welche die Abtretbarkeit einer Forderung einschränkt.

Auch im deutschen Recht hängen die Rechtsfolgen der Verletzung einer Verbotsnorm vom Zweck des einschlägigen Verbots ab und bewirkt die Verletzung eines gesetzlichen Abtretungsverbots nicht automatisch die Nichtigkeit der verbotswidrigen Abtretung. Das BGB kennt keine Art. 164 Abs. 1 OR entsprechende Norm, welche die Rechtsfolgen einer verbotswidrigen Abtretung allgemein regelt. Massgebend ist hierfür primär das einschlägige gesetzliche Verbot.¹⁰⁵⁷ Regelt dieses die zivilrechtlichen Folgen eines Verstosses nicht selber, kommen die Vorschriften von § 134 BGB (gesetzliches Verbot) und § 135 BGB (gesetzliches Veräusserungsverbot) zur Anwendung. Gemäss § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, «nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.» Etwas anderes ergibt sich unter anderem nach § 135 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn ein gesetzliches Veräusserungsverbot nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Die verbotswidrige Verfügung über einen Gegenstand ist dann nur diesen Personen gegenüber unwirksam. Das BGB unterscheidet somit zwischen absoluten und relativen Verfügungsverboten. Erstere haben die absolute Unwirksamkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts zur Folge; Letztere dessen relative Unwirksamkeit.¹⁰⁵⁸

In den meisten hiervor dargestellten Fällen gesetzlicher Abtretungsverbote entspricht die absolute Unwirksamkeit der Abtretung dem Normsinn des Verbots. Die Abtretungsverbote wirken in diesen Fällen absolut. Bei gewissen Verboten ergibt sich die Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit bereits aus dem Wortlaut der Verbotsnorm («nichtig»), bei anderen Verboten aus deren weiterer – insbesondere teleologischer – Auslegung.

findet gemäss KOLLER Art. 20 Abs. 1 OR auf die verbotswidrige Abtretung keine Anwendung, weil er auf Verpflichtungsgeschäfte zugeschnitten sei. Auch eine analoge Anwendung sei entbehrlich, weil Art. 20 Abs. 1 OR keinen über Art. 164 Abs. 1 OR hinausgehenden Sinngehalt habe (KOLLER, Rz. 84.62). Sowohl Art. 20 Abs. 1 OR als auch Art. 164 Abs. 1 OR unterscheiden sich in den Rechtsfolgen einer verbotswidrigen Zession nicht. Gemäss beiden Normen ist die Abtretung nach der Mehrheitsmeinung nichtig bzw. richtet sich die (Un-)Wirksamkeit nach der hier vertretenen Ansicht nach dem Normsinn des einschlägigen Verbots. Demzufolge ist es ohne Belang, ob Art. 20 Abs. 1 OR oder Art. 164 Abs. 1 OR die Rechtsfolgen einer verbotswidrigen Abtretung bestimmt.

1056 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 322, mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung und h.L.

1057 Staudinger-FISCHINGER/HENGSTBERGER, § 134 BGB N 9.

1058 Staudinger-FISCHINGER/HENGSTBERGER, § 134 BGB N 11.

- 384 Bei der verbotswidrigen Abtretung der Forderungen auf Gebrauch einer Leih- oder Mietsache oder auf Nutzung einer Pachtsache wirkt das Abtretungsverbot hingegen rein obligatorisch und ist die verbotswidrige Abtretung wirksam. Sie löst allein vertragsrechtliche Folgen zwischen Schuldner und Zedent aus: Der Schuldner (Verleiher, Vermieter, Verpächter) kann gegenüber dem Zedenten (Entlehner, Mieter, Pächter) Rechte aus Verletzung des der abgetretenen Forderung zugrunde liegenden Vertrags (Gebrauchsleihe, Miete, Pacht) geltend machen. Im Vordergrund stehen dabei Schadenersatzansprüche und das Recht zur Kündigung des Vertrags verbunden mit dem Anspruch auf Rückgabe der Leih-, Miet- oder Pachtsache. Zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und zur Kündigung muss sich der Schuldner an den Zedenten wenden. Gegenüber dem Zessionar kann er sich nicht auf das Abtretungsverbot berufen. Erst wenn der Schuldner das Vertragsverhältnis mit dem Zedenten kündigt, ist auch der Zessionar zur Rückgabe der Sache an den Schuldner verpflichtet. Denn durch die Kündigung erlischt die Forderung auf Gebrauch bzw. Nutzung der Sache und damit der Rechtsgrund für den früheren Besitz des Zedenten und den aktuellen Besitz des Zessionars. Indem die verbotswidrige Abtretung dem Schuldner das Recht zur Kündigung des Vertragsverhältnisses mit dem Zedenten verschafft und soweit der Schuldner dieses Recht auch ausübt, verliert die Abtretung in diesen Fällen – als Reflexwirkung der Verletzung des Abtretungsverbots – *ex nunc* ihre Wirkung.

B. Einverständnis des Schuldners

- 385 Bei gesetzlichen Abtretungsverboten, deren Verletzung die Unwirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung zur Folge hat, stellt sich die Frage, ob die Abtretung mit Zustimmung durch den Schuldner wirksam ist bzw. bei nachträglicher Genehmigung wirksam wird. Auch diese Frage kann m.E. nur durch Auslegung der jeweils betroffenen Verbotsnorm beantwortet werden. In einem ersten Schritt ist festzustellen, ob die Verbotsnorm dispositives oder zwingendes Recht ist. Ist das Verbot dispositiv, können der Gläubiger und der Schuldner die Abtretbarkeit der Forderung vereinbaren und somit das gesetzliche Abtretungsverbot aufheben. Diese Möglichkeit steht ihnen auch offen, nachdem der Gläubiger die Forderung bereits verbotswidrig abgetreten hat. Die Abtretung muss in diesem Fall zu ihrer Gültigkeit nach der Genehmigung nicht nochmals vorgenommen werden.¹⁰⁵⁹
- 386 Ist das Verbot hingegen zwingend, ist es den Parteien der Forderung verwehrt, diese abtretbar auszugestalten. In diesem Fall ist in einem zweiten

¹⁰⁵⁹ Die Erörterungen zur Genehmigung abredewidriger Abtretungen (siehe oben Rz. 255-258) gelten *mutatis mutandis* auch für verbotswidrige Abtretungen.

Schritt der Schutzzweck der Verbotsnorm zu bestimmen. Schützt das Verbot die Interessen des Zedenten, ist die Zustimmung des Schuldners wirkungslos. Die Forderung bleibt unabtretbar. Schützt das Verbot hingegen ausschliesslich die Interessen des Schuldners, ist kein Grund ersichtlich, warum der Schuldner der Abtretung nicht wirksam zustimmen können soll. Anders als die Abtretungsverbote im Interesse des Gläubigers¹⁰⁶⁰ dienen diejenigen im Interesse des Schuldners nicht dem Selbstschutz des Schuldners vor eigenen nachteiligen Handlungen.¹⁰⁶¹ Soweit das Gesetz eine Person nicht vor sich selbst schützt, muss es der geschützten Person freistehen, auf den ausschliesslich sie treffenden Schutz zu verzichten. Auch die Gründe für den Schutz des Schuldners (persönliche Verbundenheit der Parteien aufgrund erhöhten Vertrauens, aufgrund von persönlichen Elementen geprägter Gemeinschaft oder aufgrund eines sonstigen Näheverhältnisses) sprechen nicht dagegen, dass der Schuldner auf seinen Schutz verzichten kann. Denkbar ist allein, dass die Verbotsnorm neben den Interessen des Schuldners auch öffentliche Interessen berührt, was dagegen spräche, dass die Parteien über die (Un-)Wirksamkeit der Abtretung verfügen können. Solche öffentlichen Interessen an der Unabtretbarkeit der Forderung bestehen bei gesetzlichen Abtretungsverboten zum Schutz des Schuldners jedoch in der Regel nicht.¹⁰⁶²

Soweit die Verbotsnorm gemäss ihrem allgemein gefassten Wortsinn nur die Unabtretbarkeit der Forderung regelt («Die Forderung ist unabtretbar.»), lässt sich ihre Einschränkung in methodischer Hinsicht mittels teleologischer Reduktion¹⁰⁶³ erreichen: Der allgemein gefasste Wortsinn wird durch die Ergänzung der Ausnahme («Ausnahmsweise ist die Forderung unter der Voraussetzung abtretbar, dass der Schuldner der Abtretung zustimmt.») auf den Sinn reduziert, welcher der Verbotsnorm *secundum rationem legis* zukommt («Die Forderung ist unabtretbar, ausser der Schuldner stimmt der Abtretung zu.»). 387

Auch das deutsche Recht ermöglicht die Wirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung bei Zustimmung der geschützten Partei. Nach Rechtsprechung und Lehre ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, dann nicht nichtig, wenn derjenige, dessen alleiniger Schutz durch die Verbotsnorm bezweckt wird, daran festhalten will und keine öffentlichen 388

1060 Siehe oben Rz. 366 und 369.

1061 Siehe oben Rz. 361-365 und 368.

1062 Eine Ausnahme machen die gesetzlichen Abtretungsverbote gemäss BGGB (siehe oben Rz. 367 mit FN 1031).

1063 «Bei der teleologischen Reduktion handelt es sich darum, einen (vordergründig) klaren, aber verglichen mit der Teleologie des Gesetzes zu weit gefassten, somit undifferenzierten Wortsinn auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der *ratio legis* entspricht» (KRAMER/ARNET, S. 252 f.).

Interessen berührt sind.¹⁰⁶⁴ Auch bei Zuwiderhandlung gegen ein relatives Verfügungsverbot¹⁰⁶⁵ wird die Verfügung voll wirksam, wenn der durch das Verbot geschützte Dritte die Verfügung genehmigt.¹⁰⁶⁶

389 Wendet man die hier vertretene Ansicht auf die dargestellten Fälle absolut wirkender gesetzlicher Abtretungsverbote an, ergibt sich folgende Unterteilung: Aufgrund der dispositiven Natur der Verbotsnorm kann der Schuldner der verbotswidrigen Abtretung folgender Forderungen bzw. Rechte wirksam zustimmen:

- Recht auf Ausübung der Nutzniessung (Art. 758 Abs. 1 ZGB)
- andere Dienstbarkeiten (Stammrecht und Ausübung, Art. 781 Abs. 2 ZGB)
- Forderung des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung (Art. 333 Abs. 4 OR)
- vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte (Art. 216b Abs. 1 OR).

390 Aufgrund des Zwecks der Verbotsnorm, allein den Schuldner zu schützen, kann dieser ausserdem der verbotswidrigen Abtretung folgender Rechte wirksam zustimmen:

- Nutzniessung (Stammrecht, Art. 758 Abs. 1 ZGB)
- Wohnrecht (Stammrecht und Ausübung, Art. 776 Abs. 2 ZGB)
- gesetzliche Vorkaufsrechte (Art. 681 Abs. 3 ZGB)
- Ansprüche des Erben aufgrund seiner erbrechtlichen Stellung (Art. 635 Abs. 2 ZGB)^{1067, 1068}
- mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte des Gesellschafters einer Personengesellschaft (Art. 542 Abs. 2, Art. 557 Abs. 2 und Art. 598 Abs. 2 OR).¹⁰⁶⁹

391 Auch bei Zustimmung des Schuldners ist die Abtretung folgender Rechte unwirksam, da die Unabtretbarkeit nicht (allein) den Schuldner, sondern primär den Gläubiger schützt:

- künftige Lohnforderungen des Arbeitnehmers (Art. 325 OR)

1064 BGH, Urteil vom 20.7.2012, in: NJW 2012, S. 3424, 3426 Ziff. 18; MüKo-ARMBRÜSTER, § 134 BGB N 177.

1065 Siehe zur Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Verfügungsverboten im deutschen Recht oben Rz. 382.

1066 BGH, Urteil vom 20.2.1997, in: NJW 1997, S. 1581, 1582 E. 2b; MüKo-ARMBRÜSTER, § 135 BGB N 52.

1067 Gl.A. betr. die Mitwirkung des Erben an der Teilung bei Einverständnis der Miterben BGer, Urteil vom 30.3.1944, in: ZBGR 1952, S. 195, 196 E. 1; ZK-ESCHER/ESCHER, Art. 635 ZGB N 20.

1068 Die Wirksamkeit der Abtretung erfordert die Zustimmung aller Miterben (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB; BSK-MINNIG, Art. 602 ZGB N 12).

1069 Die Wirksamkeit der Abtretung erfordert – je nach Regelung der Beschlussfassung im Gesellschaftsvertrag – die Zustimmung aller oder der Mehrheit der Mitgesellschafter (vgl. Art. 534 OR).

- Forderung des Versicherten auf Leistungen aus (obligatorischer) beruflichen Vorsorge (Art. 39 BVG)
- Forderung des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen aus (nicht obligatorischer) beruflicher Vorsorge (Art. 331b OR)
- Forderung des Versicherten auf Leistungen aus Sozialversicherungen (Art. 22 Abs. 1 ATSG)
- Leibrente (Stammrecht, Art. 519 OR)
- Forderung des Pfründers auf Unterhalt und Pflege (Stammrecht und Einzelrechte, Art. 529 Abs. 1 OR).

C. Zeitpunkt der Wirksamkeit der genehmigten Abtretung

Über die Frage, in welchem Zeitpunkt die von Gesetzes wegen ungültige Abtretung durch Genehmigung des Schuldners wirksam wird, besteht die gleiche Kontroverse wie beim *pactum de non cedendo*.¹⁰⁷⁰ Es kann daher auf die dortige Erörterung verwiesen werden¹⁰⁷¹ und als Ergebnis festgehalten werden, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Abtretung mit Genehmigung des Schuldners mangels abweichender Abrede zwischen Zedent und Zessionar *extunc* wirksam wird. Der Vorbehalt zwischenzeitlich erworbener Rechte Dritter¹⁰⁷² ist bei der Unabtretbarkeit aufgrund eines gesetzlichen Abtretungsverbots entbehrlich, weil von Gesetzes wegen unabtretbare Forderungen weder gepfändet¹⁰⁷³ noch verpfändet¹⁰⁷⁴ werden können.

D. Berücksichtigung der Unwirksamkeit von Amtes wegen

Die Möglichkeit der Genehmigung der verbotswidrigen Abtretung durch den Schuldner hat keinen Einfluss darauf, dass das Gericht die Unwirksamkeit einer verbotswidrigen Abtretung von Amtes wegen zu berücksichtigen hat. Unterlässt es der Schuldner, sich auf die Unwirksamkeit der Abtretung zu berufen, so kann darin allerdings seine stillschweigende Genehmigung der Abtretung gesehen werden.¹⁰⁷⁵

1070 *Pro* Wirksamkeit *extunc* von TUHR / ESCHER, S. 348 bei FN 58; *pro* Wirksamkeit *exnunc* STEINER, S. 77-79 und 84; KOLLER, Rz. 84.66, 84.71.

1071 Siehe oben Rz. 259-264.

1072 Siehe oben Rz. 265.

1073 Vgl. BGE 84 III 21, S. 22 f.; BSK-VONDER MÜHLL, Art. 92 SchKG N 6 f.; BSK-FOËX/MARTIN-RIVARA, Art. 95 SchKG N 19. Wegen ihrer Unpfändbarkeit fallen von Gesetzes wegen unabtretbare Forderungen auch nicht in die Konkursmasse (vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG).

1074 Die Verpfändung von Forderungen setzt voraus, dass sie übertragbar sind (Art. 899 Abs. 1 ZGB und oben Rz. 23).

1075 Vgl. CR-PROBST, Art. 164 OR N 66 und GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434 betr. Abtretungen, denen ein *pactum de non cedendo* oder die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht.

E. Zusammenfassung

- 394 Die Rechtsfolgen der verbotswidrigen Abtretung richten sich bei gesetzlichen Abtretungsverboten nach der verletzten Verbotsnorm. Die meisten der dargestellten Abtretungsverbote wirken absolut. Die in Verletzung dieser Verbote vorgenommenen Abtretungen sind absolut unwirksam. Nur bei der verbotswidrigen Abtretung der Forderungen auf Gebrauch der Leih- oder Mietsache oder auf Nutzung der Pachtsache wirkt das Verbot rein obligatorisch und ist die Abtretung wirksam. Bei den gesetzlichen Abtretungsverboten, deren Verletzung die Unwirksamkeit der verbotswidrigen Abtretung zur Folge hat, ist diese mit Zustimmung des Schuldners gültig, wenn das gesetzliche Abtretungsverbot dispositiver Natur ist oder den alleinigen Schutz des Schuldners bezweckt. Unter den gleichen Voraussetzungen lässt die Genehmigung des Schuldners die früher erfolgte verbotswidrige Abtretung wirksam werden. Diese muss zu ihrer Gültigkeit nach der Genehmigung nicht nochmals vorgenommen werden. Zedent und Zessionar können vereinbaren, auf welchen Zeitpunkt die Abtretung im Fall der Genehmigung durch den Schuldner wirksam wird. Treffen sie keine entsprechende Vereinbarung, wird die Abtretung *ex tunc* wirksam. Bis zur allfälligen Genehmigung ist die Zession schwebend unwirksam.¹⁰⁷⁶ Verweigert der Schuldner die Genehmigung, bleibt die Abtretung unwirksam.

§14 Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses

I. Allgemeines

- 395 Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann schliesslich auch die Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretung einer Forderung entgegenstehen. Mit «Natur des Rechtsverhältnisses» ist der personenbezogene Charakter der Forderung oder der Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner, aus der die Forderung stammt, gemeint.¹⁰⁷⁷ § 1393 ABGB spricht bildhaft von «Rechten, die der

¹⁰⁷⁶ STEINER, S. 77; vgl. zur schwebenden Unwirksamkeit oben FN 750.

¹⁰⁷⁷ Vgl. KOLLER, Rz. 84.72.

Person ankleben»;¹⁰⁷⁸ Art. 1260 CCit von Rechten mit strikt persönlichem Charakter.¹⁰⁷⁹

Dass die Natur des Rechtsverhältnisses der Übertragung einer Forderung entgegenstehen kann, sah bereits das Zürcher «Privatrechtliche Gesetzbuch» von 1853/1855 vor: «Forderungen, welche ihrer Natur nach nur einer bestimmten Person individuell zustehen, sind nicht übertragbar, z. B. Forderungen auf persönliche Dienstleistungen und Alimente, oder auf Genugthuung wegen Injurien.»¹⁰⁸⁰ Auch das OR von 1881 bestimmte, dass «die besondere Natur des Rechtsverhältnisses» eine Ausnahme vom Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungen begründen kann.¹⁰⁸¹ Das OR von 1911 übernahm die Wendung «Natur des Rechtsverhältnisses».

Ob eine Forderung aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses unabtretbar ist, lässt sich nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilen.¹⁰⁸² Was unter dieser Redewendung verstanden wird, fasste das Bundesgericht in BGE 135 V 2 folgendermassen zusammen: «Unter diesem Aspekt ist die Zession nur zulässig, falls sie den Inhalt nicht verändert oder den Zweck der Forderung nicht vereitelt oder gefährdet [...] und auch die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtert [...]. Namentlich höchstpersönliche Ansprüche sind einer Abtretung nicht zugänglich [...]»¹⁰⁸³

Die genannten *höchstpersönlichen Ansprüche*¹⁰⁸⁴ sind in einem weiteren Sinn zu verstehen als die «höchstpersönlichen Rechte» gemäss Art. 19c ZGB.¹⁰⁸⁵ Das Bundesgericht umschrieb «höchstpersönlich» folgendermassen: «Dabei gilt eine Forderung dann ihrer Natur nach als unabtretbar, wenn sie

1078 «Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden.» (§ 1393 Satz 2 ABGB).

1079 «Il creditore può trasferire [...] il suo credito [...], purché il credito non abbia carattere strettamente personale [...]» (Art. 1260 Abs. 1 CCit).

1080 § 1029 PGB.

1081 «Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen.» (Art. 183 aOR).

1082 STEINER, S. 39; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58; BK-BECKER, Art. 164 OR N 31.

1083 BGE 135 V 2 E. 6.1 S. 9.

1084 Vgl. aus der Rechtsprechung auch BGE 107 II 465 E. 6b S. 474; 63 II 157, S. 158; 40 II 622 E. 4 S. 627; TAPP TI, Urteil vom 14.2.1925, in: SJZ 1925/26, S. 120, Nr. 97; AppHofBE, Urteil vom 11.8.1958, in: SJZ 1960, S. 144, Nr. 66; OGer ZH, RT110084, Urteil vom 27.4.2012, E. 4c; AppGer BS, BEZ.2017.39/40, Urteil vom 29.9.2017, E. 5.2.2 und aus der Lehre ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 26; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 161; BK-BECKER, Art. 164 OR N 31; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58.

1085 Höchstpersönliche Rechte gemäss Art. 19c ZGB sind Rechte, die einer Person um ihrer Persönlichkeit willen zustehen und die auch urteilsfähige handlungsunfähige Personen selbstständig ausüben können (Abs. 1). Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist (Abs. 2).

höchstpersönlich ist, d.h. wenn durch den Gläubigerwechsel der Leistungsinhalt verändert oder die Forderung ihrem Zwecke entfremdet würde».¹⁰⁸⁶ Dieses Verständnis von «höchstpersönlich» kommt in italienisch- und französischsprachigen Bundesgerichtsentscheiden besser zum Ausdruck, die davon sprechen, dass die Forderung mit der Person des Gläubigers eng verknüpft ist, so dass dessen Auswechslung eine Änderung des Inhalts oder des Zwecks der Obligation bedeutete.¹⁰⁸⁷ Aus diesen Erwägungen erhellt auch, dass «höchstpersönliche Forderungen» keine eigene Fallgruppe unabtretbarer Forderungen sind, sondern Beispiele für Forderungen, deren Inhalt durch die Abtretung verändert oder deren Zweck dadurch gefährdet oder vereitelt wird.

399 Die Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses lässt sich demnach in drei Fallgruppen unterteilen (unten Ziff. II): Veränderung des Inhalts der Forderung (Ziff. 1), Vereitelung oder Gefährdung des Zwecks der Forderung (Ziff. 2) und Verschlechterung der Stellung des Schuldners (Ziff. 3). Diese Fallgruppen werden nachfolgend mit besonderem Blick auf die Gründe für den Abtretungsausschluss, auf die geschützten Interessen und auf die erfassten Forderungen¹⁰⁸⁸ dargestellt. Anschliessend werden die Rechtsfolgen der Forderungsabtretung, der die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht, untersucht (Ziff. III).

II. Fallgruppen

1. Veränderung des Inhalts der Forderung

400 Wegen ihres personenbezogenen Einschlags nicht abtretbar sind insbesondere Forderungen, die mit der Person des Gläubigers derart verbunden sind, dass die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann.^{1089, 1090} Diese Fallgruppe

1086 BGE 63 II 157, S. 158.

1087 Vgl. BGE 109 II 445 E. 2 S. 445 = Pra 1984, Nr. 80 und 122 III 145 E. 4c S. 149: «credito [...] intensamente legato alla persona del creditore»; BGE 127 V 439 E. 2b S. 444: «créance [...] intimement liée à la personne du créancier».

1088 Eine Übersicht über aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses unabtretbare Forderungen geben ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 164-182; CR-PROBST, Art. 164 OR N 36-40; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33.

1089 BGE 127 V 439 E. 2b S. 444; 122 III 145 E. 4c S. 149; 115 II 264 E. 3b S. 266; 109 II 445 E. 2 S. 445 = Pra 1984, Nr. 80; 107 II 465 E. 6b S. 474 f.; 63 II 157, S. 158; 39 I 259 E. 2 S. 261 f.; AppHof BE, Urteil vom 11.8.1958, in: SJZ 1960, S. 144, Nr. 66; OGer LU, Urteil vom 10.8.1989, in: LGVE 1989 I, Nr. 32; OGer LU, Urteil vom 21.4.1993, in: LGVE 1993 I, Nr. 8; VON TUHR/ESCHER, S. 344 bei FN 18; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 26; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 161; CR-PROBST, Art. 164 OR N 36; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3432; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.25.

1090 So ausdrücklich § 399 BGB («Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung»).

umfasst Forderungen, die Leistungen zum Inhalt haben, deren Natur nach es wesentlich ist, an wen die Leistung erfolgen soll. Die Identität der Leistung wird hier durch das persönliche Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wesentlich mitbestimmt. Dies ist der Fall, wenn die geschuldete Leistung an einen anderen Gläubiger nicht in gleicher Weise bewirkt werden kann oder wenn die Leistung wirtschaftlich eine andere würde, wenn sie einem anderen Gläubiger gewährt werden müsste.¹⁰⁹¹

Insbesondere folgende Forderungen, deren Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses in der Literatur und der Rechtsprechung diskutiert wird, können unter dieser Fallgruppe eingeordnet werden:

- Forderungen aus Vorverträgen (Art. 22 OR)¹⁰⁹²
- Forderungen auf Erbringung einer Dienstleistung¹⁰⁹³, insbesondere die Forderung des Auftraggebers auf Ausführung des Auftrags (Art. 394 Abs. 1 OR)¹⁰⁹⁴
- vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte¹⁰⁹⁵
- Forderung auf Befreiung von einer Verbindlichkeit.¹⁰⁹⁶

Die Unabtretbarkeit dieser Forderungen schützt jeweils die Interessen des Schuldners, dem es nicht gleichgültig ist, mit wem er einen (Haupt-)Vertrag eingeht, für wen er an einen Dritten leistet, für wen er eine Dienstleistung erbringt oder wen er von einer Verbindlichkeit befreit.¹⁰⁹⁷

1091 Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 5.

1092 Sie sind unabtretbar, wenn die Person des Kontrahenten, der den Hauptvertrag abschliessen soll, von Bedeutung ist (BK-KRAMER, Art. 22 OR N 107 f.; vgl. BGE 84 II 13 E. 3 S. 20 f.; STEINER, S. 41 f.).

1093 Sie sind unabtretbar, wenn die Person des Gläubigers für den Inhalt der Verpflichtung von Einfluss ist oder wenn es sonst nach der Auffassung des Verkehrs darauf ankommt, wem zu leisten ist. SPIRIG nennt als Beispiel die Erteilung höheren Unterrichts, wo die Fähigkeiten des Schülers eine Rolle spielen (ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 175). Vgl. auch das Beispiel des Autors, der beim Abschluss eines Verlagsvertrags auf das Vorhandensein einer besonderen Reputation, Sachkunde oder sonstiger Qualifikationen des Verlegers vertraut hat (KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., S. 503).

1094 Sie ist unabtretbar, wenn das vom Beauftragten übernommene Geschäft ein anderes wäre, wenn er es für den Zessionar zu besorgen hätte (VON TUHR/ESCHER, S. 344 nach FN 18a; vgl. STEINER, S. 41). PROBST nennt als Beispiele die Dienstleistungen von Ärzten und Rechtsanwälten (CR-PROBST, Art. 164 OR N 39).

1095 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 344, FN 18b. Siehe zum gesetzlichen Verbot der Abtretung von vertraglichen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten an Grundstücken nach Art. 216b Abs. 1 OR oben Rz. 335-338.

1096 STEINER, S. 41; VON TUHR/ESCHER, S. 344, FN 18; a.A. DÖRNER, S. 161 (Vereitelung des Zwecks der Forderung). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Befreiungsanspruch des Versicherten gegen die Versicherung an den Geschädigten abgetreten werden (BGE 115 II 264 E. 3 S. 265-267).

1097 Gl.A. STEINER, S. 70.

2. Vereitelung oder Gefährdung des Zwecks der Forderung

403 Auf dem personenbezogenen Einschlag der Forderung gründet auch die Unabtretbarkeit von Forderungen, wenn die Abtretung «den Zweck der Forderung vereitelte oder gefährdete»,¹⁰⁹⁸ «die Forderung ihrem Zweck entfremdete»¹⁰⁹⁹ bzw. «den Zweck der Forderung änderte».¹¹⁰⁰ Es geht hier um Fälle, in denen das Forderungsrecht aus einem bestimmten Zweck an einen bestimmten Gläubiger verliehen wird¹¹⁰¹ und die Erfüllung dieses Zwecks durch die Abtretung beeinträchtigt würde. Solche Forderungen sind ihrem Zweck nach unlösbar an die Person des Gläubigers gebunden.¹¹⁰²

404 Folgende Forderungen, deren Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses in der Literatur und der Rechtsprechung diskutiert wird, lassen sich unter diese Fallgruppe subsumieren:

- familienrechtliche Beitrags- und Unterhaltsansprüche (Recht auf Beiträge an die eheliche Gemeinschaft [Art. 159 ZGB], Recht auf Beiträge an den Unterhalt der Familie [Art. 163 ZGB], Recht des Ehegatten auf einen Betrag zur freien Verfügung [Art. 164 ZGB], Recht des Kindes auf Unterhalt [Art. 276 ZGB]¹¹⁰³, Recht des Ehegatten auf nachehelichen Unterhalt [Art. 125 ZGB])¹¹⁰⁴
- Anspruch auf Genugtuung (Art. 47, 49 OR)¹¹⁰⁵

1098 BGE 115 II 264 E. 3b S. 266; AppGer BS, BEZ.2017.39/40, Urteil vom 29.9.2017, E. 5.2.2; BK-BECKER, Art. 166 OR N 31; VON TUHR/ESCHER, S. 344 nach FN 18; STEINER, S. 42; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.25; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2121.

1099 BGE 107 II 465 E. 6b S. 474 f.; 63 II 157, S. 158; 39 I 259 E. 2 S. 261; AppHof BE, Urteil vom 11.8.1958, in: SJZ 1960, S. 144, Nr. 66; STEINER, S. 42f.

1100 BGE 127 V 439 E. 2b S. 444; 122 III 145 E. 4c S. 149; 109 II 445 E. 2 S. 445 = Pra 1984, Nr. 80; OGer LU, Urteil vom 10.8.1989, in: LGVE 1989 I, Nr. 32; CR-PROBST, Art. 164 OR N 36; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3432; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2121.

1101 Vgl. BK-BECKER, Art. 164 OR N 31.

1102 BGE 63 II 157, S. 158.

1103 Das mündige Kind kann jedoch sein Recht auf Unterhalt an den (nicht pflichtigen) Elternteil abtreten, der anstelle des verpflichteten anderen Elternteils die Unterhaltspflichten übernimmt (BGE 107 II 465 E. 6b S. 474). Insoweit ist der Ausschluss der Abtretbarkeit des Unterhaltsanspruchs des Kindes nicht umfassend.

1104 Familienrechtliche Beitrags- und Unterhaltsansprüche sind unabtretbar, soweit sie vom Bedürfnis des Gläubigers abhängen und nicht auf eine bestimmte Geldleistung gerichtet sind. Abtretbar sind jedoch die gerichtlich festgesetzten und fälligen Einzelorderungen auf Unterhaltsleistungen in Geld (vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung bei BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33).

1105 Der Anspruch ist unabtretbar, wenn die Genugtuungsforderung nicht bereits durch Gerichtsurteil, Anerkennung oder Vergleich festgesetzt ist (BGE 95 II 481 E. 13 S. 503; 63 II 157, S. 158 f.; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33; für eine grundsätzliche Abtretbarkeit des Anspruchs: CR-PROBST, Art. 164 OR N 30; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.25; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2123).

- in ein Kontokorrent aufgenommene Forderung (Art. 117 OR)¹¹⁰⁶
- Anspruch des Arbeitnehmers auf Freizeit und Ferien (Art. 329, 329a OR)¹¹⁰⁷
- Forderung auf Einhaltung eines Konkurrenzverbots¹¹⁰⁸
- Anspruch des Auftraggebers auf Rechenschaft (Art. 400 OR)¹¹⁰⁹
- Ansprüche des Bürgen, des Aktionärs und des Genossenschafters auf Auskunfterteilung (Art. 505, 697, 857 OR)¹¹¹⁰
- Anspruch des Gesellschafters auf Einsicht in die Gesellschaftsangelegenheiten (Art. 541 OR).¹¹¹¹

Die Unabtretbarkeit wegen Vereitelung oder Gefährdung des Zwecks der Forderung wird meistens in einem Zug mit dem Ausschluss der Abtretung wegen Inhaltsänderung genannt.¹¹¹² Erstere Fallgruppe unterscheidet sich von letzterer dadurch, dass der Wechsel in der Person des Gläubigers sich schwergewichtiger auf den Zweck der Forderung als auf deren Inhalt auswirkt. Es ist aber offensichtlich, dass die Grenzziehung zwischen den beiden Fallgruppen unscharf ist. Inhalt und Zweck einer Forderung gehen häufig Hand in Hand. Beispielsweise vereitelte die Abtretung familienrechtlicher Unterhaltsansprüche deren Zweck, dem Unterhalt des Gläubigers zu dienen. Zugleich veränderte sich dadurch auch der Inhalt der Forderung von einem familienrechtlichen Anspruch zu einem in der Regel gewöhnlichen monetären Anspruch. Auch die Abtretung einer in ein Kontokorrent eingesetzten Forderung berührte sowohl ihren Inhalt als auch ihren Zweck: Inhaltlich verlöre sie die Eigenschaft eines Postens im Kontokorrent, worin gleichzeitig ihr Zweck entfele, mit den Posten des Vertragspartners verrechnet werden zu können. Die von den beiden Fallgruppen erfassten Forderungen werden in der Literatur auch gruppiert in ehe- und familienrechtliche Forderungen, in Forderungen aus Verträgen, die *intuitu personae* (d.h. in Anbetracht der Person [des Gläubigers]) eingegangen werden, und in Rechte, die ein unteilbares Ganzes bilden oder Teile eines

1106 BGE 50 II 150 E. 6b S. 156f.; vgl. VON TUHR/ ESCHER, S. 345 bei FN 25.

1107 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 181.

1108 Sie ist unabtretbar, ausser sie wird zusammen mit dem Geschäft übertragen, zu dessen Gunsten das Verbot vereinbart worden ist (HGER ZH, Urteil vom 24.9.1945, in: ZR 1946, Nr. 106; CJGE, Urteil vom 2.12.1924, in: SJZ 1924/25, S. 305, Nr. 252; vgl. BGE 54 II 460 E. 2 S. 462f.; VON TUHR/ ESCHER, S. 345 bei FN 21; STEINER, S. 42).

1109 Der Anspruch auf Rechenschaft ist unabtretbar, wenn nicht gleichzeitig der ihm zugrunde liegende Hauptanspruch des Auftraggebers abgetreten wird (BK-FELLMANN, Art. 400 OR N 57; vgl. auch VON TUHR/ ESCHER, S. 345 nach FN 25; STEINER, S. 42).

1110 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 181.

1111 VON TUHR/ ESCHER, S. 345 nach FN 25; STEINER, S. 42.

1112 Vgl. die in Rz. 403 zitierte Rechtsprechung und Literatur.

Rechtsinstituts sind.¹¹¹³ Die Kategorisierung dieser Forderungen ist bloss theoretischer Natur. Die praktischen Folgen der Unabtretbarkeit sind identisch.¹¹¹⁴

406 Die Unabtretbarkeit familienrechtlicher Beitrags- und Unterhaltsansprüche dient primär den Interessen des Gläubigers, in zweiter Linie aber auch denjenigen des Schuldners. Dem Gläubiger wird zu seinem Selbstschutz verboten, sich des Beitrags- bzw. Unterhaltsanspruchs zu entäussern, mit dem er seinen Lebensunterhalt soll bestreiten können.¹¹¹⁵ Der Schuldner wiederum wird davor geschützt, derart persönliche Leistungen nicht an eine kraft familiärer Beziehung ihm nahestehende Person, sondern an einen Dritten erbringen zu müssen.

407 Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Freizeit und Ferien dient der Erholung und der Persönlichkeitsentfaltung. Die gesetzliche Freizeit- und Ferienregelung ist mithin gesundheits- und sozialpolitisch motiviert. Diese Ansprüche sind persönlich und zweckgebunden: Es würde ihrem Zweck zuwiderlaufen, wenn Freizeit und Ferien nicht persönlich bezogen würden.¹¹¹⁶ Dementsprechend liegt die Unabtretbarkeit dieser Ansprüche im Interesse des Arbeitnehmers als Gläubiger. Zu seinem eigenen Schutz kann der Arbeitnehmer nicht auf den Freizeit- und Ferienanspruch verzichten.¹¹¹⁷

408 Die Unabtretbarkeit der übrigen aufgezählten Forderungen liegt im Interesse des jeweiligen Schuldners. Dieser muss nur derjenigen Person gegenüber sich konkurrenzirender Tätigkeit enthalten, Rechenschaft ablegen, Auskunft erteilen oder Einsicht in seine Angelegenheiten gewähren, die er als Vertragspartner ausgewählt hat bzw. zu der er in einem Näheverhältnis steht. Auch die Unabtretbarkeit der Genugtuungsforderung schützt den Schuldner, der sich nur mit dem Verletzten (oder den Angehörigen des Getöteten) auseinanderzusetzen braucht, ob und in welchem Umfang eine Genugtuungsforderung besteht.

409 Eine Sonderstellung nimmt die Unabtretbarkeit der in ein Kontokorrent eingesetzten Forderungen ein. Der Verzicht auf die Abtretung der einzelnen Forderungen ist Teil der Kontokorrentabrede.¹¹¹⁸ Demnach beruht die Un-

1113 CR-PROBST, Art. 164 OR N 39; ENGEL, S. 879; VIONNET, S. 114-142.

1114 Siehe unten Rz. 415-424.

1115 Vgl. BGE 107 II 465 E. 6b S. 474: Das Verbot der Abtretung des Unterhaltsanspruchs des Kindes dient dessen Schutz und nimmt auf «die besondere Art der Unterhaltsansprüche» Rücksicht. VON BÜREN, S. 322, spricht in diesem Zusammenhang von der sozialen Zweckbestimmung der Forderung. Vgl. auch STEINER, S. 70.

1116 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329a OR N 3.

1117 BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329 OR N 13.

1118 BGE 100 III 79 E. 3 S. 83; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, Rz. 849; vgl. auch BGH, Urteil vom 26.6.2002, in: NJW 2002, S. 2865, 2866.

abtretbarkeit der Forderungen eigentlich auf einer Vereinbarung zwischen den Parteien des Kontokorrentvertrags, d.h. auf einem pactum de non cedendo.¹¹¹⁹ Da der Verzicht auf die Abtretung dem Kontokorrentverhältnis und damit dessen Natur innewohnt, wird die Unabtretbarkeit der eingesetzten Forderungen in der Literatur gleichwohl unter dem Gesichtspunkt der «Natur des Rechtsverhältnisses» thematisiert. Die Unabtretbarkeit liegt hier im Interesse sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners der Einzelforderung. Diese wird – soweit sie sich mit Forderungen des Schuldners deckt – durch Verrechnung getilgt. Der Gläubiger muss sich mithin nicht ums Inkasso seiner Forderung bemühen.¹¹²⁰ Der Schuldner wiederum braucht sich nicht um die Erfüllung seiner Verpflichtung zu kümmern und vermeidet gleichzeitig die Unannehmlichkeiten eines Gläubigerwechsels.¹¹²¹

3. Verschlechterung der Stellung des Schuldners

Das schweizerische Zessionsrecht beruht auf dem Grundsatz, dass die rechtliche Stellung des Schuldners nicht verschlechtert werden darf, da die Zession ohne sein Wissen oder seine Mitwirkung erfolgen kann.¹¹²² Der Schuldner soll einzig die Tatsache des Gläubigerwechsels und die damit verbundenen Unannehmlichkeiten hinnehmen müssen.¹¹²³ Insbesondere die Bestimmungen der Art. 167-169 OR dienen dem Schutz des Schuldners. Darüber hinaus kann sich der Schuldner nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu seinem Schutz auch auf die Natur des Rechtsverhältnisses berufen und die Unabtretbarkeit der Forderung geltend machen, wenn die Auswechslung des Gläubigers seine Stellung in beachtlichem Umfang erschwerte.¹¹²⁴

Dass die Unabtretbarkeit hier die Interessen des Schuldners schützt, liegt auf der Hand. Die Fallgruppe dient als Auffangbecken für Fälle, in denen die übrigen Vorschriften des Schuldnerschutzes zur Wahrung der berechtigten Interessen des Schuldners nicht genügen. ATTENHOFER und OSER/SCHÖNENBERGER, die diesen Aspekt der Unabtretbarkeit in der Schweiz als Erste be-

1119 So bereits VOGT, Anleitung, S. 120. Vgl. auch MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 904 und oben Rz. 160.

1120 Siehe oben Rz. 89.

1121 Siehe oben Rz. 76.

1122 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, vor Art. 167-169 OR; CR-PROBST, vor Art. 167-169 OR N 2; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 167 OR N 1; BUCHER, S. 560; ENGEL, S. 883; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3473; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.40.

1123 VON TUHR/ESCHER, S. 358 bei FN 2; CR-PROBST, vor Art. 167-169 OR N 2; VON BÜREN, S. 328, FN 68; zurückhaltend BUCHER, S. 560.

1124 BGE 122 III 145 E. 4c S. 149; 109 II 445 E. 2 S. 445 = Pra 1984, Nr. 80.

handelten, beschränkten die Unabtretbarkeit auf Fälle der Verschlechterung der *rechtlichen* Lage des Schuldners.¹¹²⁵ Rein tatsächliche Nachteile führten somit nicht zur Unabtretbarkeit. Die Einschränkung auf rechtliche Nachteile ging jedoch in der späteren Literatur¹¹²⁶ und Rechtsprechung¹¹²⁷ – ohne Begründung – verloren.

412 Ob eine Zession die Stellung des Schuldners in einem solchen Ausmass verschlechtert, dass die Verschlechterung der Abtretung entgegensteht, kann nicht abstrakt, sondern nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden. Als Beispiele für die Unabtretbarkeit wegen Verschlechterung der Stellung des Schuldners werden Fälle genannt, in denen Teilabtretungen oder die Abtretung an einen Gläubiger im Ausland dem Schuldner unzumutbare Mehrkosten verursachen.¹¹²⁸ Die frühere Literatur erwähnte ausserdem die Konstellation, dass der Gläubiger alle Rechte aus einem Vertrag abtritt, der eine dauernde Beziehung zwischen den Kontrahenten begründet von der Art, dass die Rechte und Pflichten beider Parteien untrennbar ineinander übergreifen. In solchen Fällen könnten nur einzelne Rechte abgetreten werden. Als Beispiel wurde die Abtretung der Rechte aus Miete, Pacht, Arbeits- oder Werkvertrag genannt.¹¹²⁹ Die Verschlechterung ergibt sich für den Schuldner hier daraus, dass er mit der Abtretung aller Rechte aus dem Vertragsverhältnis zwei Vertragskontrahenten mit unterschiedlichen Interessen gegenübersteht: dem Zedenten als Schuldner und dem Zessionar als Gläubiger.

413 Genau betrachtet beruht die Unwirksamkeit einer Abtretung wegen «Verschlechterung der Stellung des Schuldners» in diesen Fällen gar nicht auf der Natur der abzutretenden Forderung. Diese ist abtretbar. Die *Abtretung an sich* ist jedoch *unzulässig*, weil «äussere Umstände» die Stellung des Schuldners übermässig erschweren, sei es, dass nur ein Teil einer Forderung abgetreten wird, dass der Zessionar seinen (Wohn-)Sitz im Ausland hat oder dass alle Rechte aus einem Vertragsverhältnis abgetreten werden.¹¹³⁰

1125 ATTENHOFER, ZSR 1887, S. 339; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 26; vgl. auch ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 173.

1126 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3432; CR-PROBST, Art. 164 OR N 36; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 33; STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772.

1127 Vgl. BGE 109 II 445 E. 2 S. 445 = Pra 1984, Nr. 80; 122 III 145 E. 4c S. 149. Im Unterschied dazu bezieht sich BGE 135 V 2 E. 6.1 S. 9 wieder auf die Verschlechterung der *Rechtsstellung* des Schuldners (Hervorhebung durch den Autor).

1128 BUCHER, S. 560f., FN 98; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, vor Art. 167-169 OR.

1129 ATTENHOFER, ZSR 1887, S. 339, 344, 362; BK-BECKER, Art. 164 OR N 32; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 27; ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 173.

1130 Siehe zur Unterscheidung zwischen der Unabtretbarkeit einer Forderung und der Unzulässigkeit der Zession oben Rz. 310-313.

Die Praxis scheint die Unzulässigkeit der Abtretung wegen Verschlechterung der Stellung des Schuldners nur zurückhaltend anzunehmen. Jedenfalls sind in der Schweiz – soweit ersichtlich – keine Gerichtsentscheide bekannt, in denen eine Zession wegen Verschlechterung der Stellung des Schuldners tatsächlich für unwirksam angesehen worden ist.¹¹³¹ 414

III. Rechtsfolgen der Abtretung nicht abtretbarer Forderungen

1. Absolute Unwirksamkeit der Abtretung

Wird eine Forderung abgetreten, obwohl die Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretung entgegensteht, ist die Abtretung nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung¹¹³² und Literatur¹¹³³ ungültig. Sie entfaltet weder gegenüber Dritten (wie insbesondere dem Schuldner) noch im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar Wirkung. Die Abtretung der unabtretbaren Forderung ist demnach absolut unwirksam. Der gute Glaube des Zessionars vermag den Mangel der Abtretbarkeit nicht zu heilen.¹¹³⁴ 415

2. Einverständnis des Schuldners

Es fragt sich, ob eine Abtretung, der die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht, wirksam ist, wenn der Schuldner ihr zustimmt, bzw. ob sie wirksam wird, 416

1131 Die Unabtretbarkeit wegen wesentlicher Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners fand in BGE 109 II 445 E. 2 S. 445 = Pra 1984, Nr. 80 als *obiter dictum* Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: «[I]n particolare la cessione è esclusa quando il cambiamento del creditore comporta un aggravio della posizione del debitore». Diese Rechtsprechung wurde in BGE 122 III 145 E. 4c S. 149 und 135 V 2 E. 6.1 S. 9 – wieder als *obiter dictum* – bestätigt. Auch die Literaturstellen, auf die das Bundesgericht in BGE 109 II 445 E. 2 S. 445 verweist, nennen keine konkreten Fallbeispiele und begründen diese Ausnahme vom Grundsatz der Abtretbarkeit nicht weiter (vgl. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Rz. 1826; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 26, mit Verweis auf ATTENHOFER, ZSR 1887, S. 339).

1132 BGE 123 III 60 E. 3b S. 62 = Pra 1997, Nr. 107 («la cession d'une prétention incessible n'est pas valable et demeure sans effet»); OGer ZH, Urteil vom 5.9.2019, LZ190010, E. IV.2.3 («Ungültigkeit»); vgl. auch BVGer, A-4007/2016, Urteil vom 18.5.2018, E. 7.5.2.4 und 7.5.4f. («ungültig», «gilt als nicht erfolgt»).

1133 ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 184; CR-PROBST, Art. 164 OR N 66; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 52; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58; KOLLER, Rz. 84.74; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 90.26; VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 47; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 694, Rz. 32; STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772; MÜLLER, S. 156.

1134 Vgl. statt vieler VON TUHR/ESCHER, S. 347 bei FN 49.

wenn der Schuldner sie genehmigt.¹¹³⁵ Die Antworten in der Literatur fallen unterschiedlich aus und können in drei Ansichten gruppiert werden. Gemäss einer vor allem in der älteren Literatur vertretenen Meinung vermag die Zustimmung des Schuldners die Unabtretbarkeit der Forderung nicht zu beseitigen. Die Abtretung ist von vornherein nichtig und bleibt auch bei Genehmigung des Schuldners ungültig.¹¹³⁶ Nach einer zweiten Ansicht beseitigt die Zustimmung die Unabtretbarkeit. Die Abtretung ist demnach gültig.¹¹³⁷ Gemäss einer dritten Meinung ist die Abtretung mit Zustimmung des Schuldners gültig, wenn die Unabtretbarkeit der Forderung dem Interesse des Schuldners dient. Nur unter dieser Voraussetzung beseitigt die Zustimmung die Unabtretbarkeit.¹¹³⁸

417 Das Bundesgericht schloss sich bisher keiner der drei Meinungen ausdrücklich an. Im Zusammenhang mit der Unabtretbarkeit von Rechten aus einem Vorvertrag und damit einem Fall des Abtretungsausschlusses wegen Inhaltsänderung¹¹³⁹ erwog es allerdings, dass gültig vereinbart werden könne, dass Rechte aus einem Vorvertrag auf einen Dritten übertragen werden dürfen.¹¹⁴⁰ Daraus ist zu schliessen, dass nach Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich unübertragbare Rechte aus Vorverträgen übertragen werden können, wenn die Parteien dies vereinbaren bzw. wenn der Schuldner mit dem Wechsel des Gläubigers einverstanden ist.¹¹⁴¹ Damit lehnte das Bundesgericht die Ansicht ab, dass die entgegen der Natur des Rechtsverhältnisses vorgenommene Abtretung in jedem Fall ungültig sei.

418 Aus den dargestellten Interessenlagen bei der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses folgt m.E., dass die differenzierende dritte Ansicht vorzuziehen ist. Dient die Unabtretbarkeit allein den Interessen des Schuldners, soll dieser der Forderungsabtretung wirksam zustimmen

1135 Wenn im Folgenden von «Zustimmung» die Rede ist, ist neben der vorgängigen Zustimmung zur Abtretung immer auch die nachträgliche Genehmigung der Abtretung gemeint.

1136 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 164 OR N 20 («absolute Nichtigkeit»); ZK-SPIRIG, Art. 164 OR N 184 («Nichtigkeit»); VON BÜREN, S. 325 («total und unheilbar nichtig», im Widerspruch zu S. 323 i.i.); ENGEL, S. 879 («nulle et de nul effet»); JEANPRÊTRE, SJZ 1967, S. 17, 20 («frappée de nullité absolue»); HURNI/BANK, Art. 164 OR N 14 («Nichtigkeit»).

1137 BUCHER, S. 542; BERGER, Schuldrecht, Rz. 2124 und STAUDER/STAUDER-BILICKI, S. 772 (die alle davon auszugehen scheinen, dass die Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses immer im Interesse des Schuldners liegt); WEHRLI, S. 5; KUKOLARDELLI, Art. 164 OR N 25.

1138 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 52; CR-PROBST, Art. 164 OR N 66 (unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Zustimmung nicht den guten Sitten widerspricht); GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 60; KOLLER, Rz. 84.75; VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 56f.

1139 Siehe oben Rz. 401.

1140 BGE 84 II 13 E. 3 S. 20f.

1141 Zustimmend BK-KRAMER, Art. 22 OR N 107f.; VON TUHR/ESCHER, S. 345, FN 19.

können.¹¹⁴² Es gibt keinen Grund, weshalb der Schuldner nicht über seine Interessen soll verfügen und auf deren Schutz soll verzichten können. Denn der Schuldner entäussert sich durch die Zustimmung nicht eines Rechts, sondern akzeptiert bloss einen Wechsel seines Gläubigers.¹¹⁴³ Dient die Unabtretbarkeit hingegen nicht nur den Interessen des Schuldners, kann dieser nicht allein über die Unabtretbarkeit verfügen. In dieser Konstellation stellt sich die Frage in allgemeinerer Form: Können die durch die Unabtretbarkeit geschützten Personen diese durch ihre Zustimmung zur Abtretung beseitigen? Liegt die Unabtretbarkeit (auch) im Interesse des Gläubigers und vermag dieser nicht über die Abtretbarkeit seiner Forderung zu verfügen, ist die Zustimmung des Schuldners zur Abtretung unwirksam und diese ungültig. Dies trifft zu, wenn die Unabtretbarkeit den Selbstschutz des Gläubigers bezweckt. Öffentliche Interessen am Abtretungsausschluss, über die der Gläubiger und der Schuldner ebenfalls nicht verfügen könnten, sind bei der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses nicht ersichtlich.

Wird die hier vertretene Ansicht auf die drei Fallgruppen der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses angewandt, ergibt sich Folgendes: 419

Bei der Fallgruppe der «Verschlechterung der Stellung des Schuldners» 420 liegt die Unabtretbarkeit allein im Interesse des Schuldners. Da der Schuldner über seine Interessen frei verfügen kann, kann er auf deren Schutz verzichten. Entsprechend ist die Abtretung bei Zustimmung des Schuldners wirksam.

In den beiden übrigen Fallgruppen («Veränderung des Inhalts der Forderung», «Vereitelung oder Gefährdung des Zwecks der Forderung») ist jeweils 421 zu untersuchen, welchen Interessen die Unabtretbarkeit der Forderung dient. Sind nur die Interessen des Schuldners betroffen, kann die Forderung gültig abgetreten werden, wenn dieser mit der Abtretung einverstanden ist. Dies ist beispielsweise bei Forderungen aus Vorverträgen oder beim Anspruch auf Rechenschaft der Fall. Liegt die Unabtretbarkeit hingegen im Interesse des Gläubigers, bezweckt sie dessen Selbstschutz vor nachteiligen Veräusserungen. Dies trifft auf die Unabtretbarkeit familienrechtlicher Beitrags- und Unterhaltsansprüche sowie des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Freizeit und Ferien zu. Diese Ansprüche sind daher auch mit Zustimmung des Schuldners nicht abtretbar. Ihre Abtretung ist mithin nichtig.¹¹⁴⁴

1142 Vgl. Staudinger-BUSCHE, §399 BGB N23.

1143 Der Selbstschutz vor einer nachteiligen Verfügung kommt nur zum Tragen, wenn der Gläubiger vor einer Veräusserung seiner Forderung geschützt werden soll (siehe oben Rz. 406 f. und 366 sowie 369).

1144 Siehe zur Ausnahme der Abtretbarkeit des Unterhaltsanspruchs des Kindes an den nicht pflichtigen Elternteil oben FN 1103.

422 Über die Frage, in welchem Zeitpunkt die aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses ungültige Abtretung durch Genehmigung des Schuldners wirksam wird, besteht die gleiche Kontroverse wie beim *pactum de non cedendo* und bei den gesetzlichen Abtretungsverboten.¹¹⁴⁵ Es kann daher auf die dortigen Erörterungen verwiesen¹¹⁴⁶ und als Ergebnis festgehalten werden, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Abtretung mit Genehmigung des Schuldners mangels abweichender Abrede zwischen Zedent und Zessionar *ex tunc* wirksam wird. Der Vorbehalt zwischenzeitlich erworbener Rechte Dritter¹¹⁴⁷ ist bei der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses entbehrlich, weil solchermassen unabtretbare Forderungen weder gepfändet¹¹⁴⁸ noch verpfändet¹¹⁴⁹ werden können.

3. Berücksichtigung der Unwirksamkeit von Amtes wegen

423 Gleich wie beim *pactum de non cedendo* wird in der Lehre vereinzelt die Ansicht vertreten, dass das Gericht die Unwirksamkeit der Abtretung aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Einrede des Schuldners zu berücksichtigen habe. Unterlasse der Schuldner die Einrede, so sei darin seine stillschweigende Genehmigung zur Abtretung zu erblicken.¹¹⁵⁰ Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Genehmigung jedoch ausgeschlossen, wenn Interessen des Gläubigers der Abtretung entgegenstehen. In diesen Fällen muss die Unwirksamkeit der Abtretung ohnehin von Amtes wegen beachtet werden. Dies gilt nach der vorliegend vertretenen Meinung jedoch auch dann, wenn die Abtretung durch die Zustimmung des Schuldners gültig werden kann. Denn die als absolut verstandene Unwirksamkeit begründet nicht eine Einrede, sondern eine Einwendung, wie die Erörterung beim *pactum de non cedendo* gezeigt hat.¹¹⁵¹ Die Genehmigung der Abtretung kann daher auch nicht mit dem Verzicht auf eine Einrede

1145 *Pro* Wirksamkeit *ex tunc* VON TUHR/ESCHER, S. 348 bei FN 58; *pro* Wirksamkeit *ex nunc* STEINER, S. 77-79 und 84.

1146 Siehe oben Rz. 259-264 und 392.

1147 Siehe oben Rz. 265.

1148 Vgl. BGE 84 III 21, S. 22f.; BSK-VONDER MÜHLL, Art. 92 SchKG N8. Wegen ihrer Unpfändbarkeit fallen aufgrund ihrer Natur unabtretbare Forderungen auch nicht in die Konkursmasse (vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG).

1149 Die Verpfändung von Forderungen setzt voraus, dass sie übertragbar sind (Art. 899 Abs. 1 ZGB und oben Rz. 23).

1150 KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 58f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3434; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 696, Rz. 36.

1151 Siehe oben Rz. 240-248.

gleichgesetzt werden.¹¹⁵² Die Qualifikation der Unabtretbarkeit als Einwendung schliesst freilich nicht aus, dass das Gericht von einer stillschweigenden Genehmigung ausgehen kann, wenn der Schuldner sich nicht auf die Einwendung der Unabtretbarkeit beruft.

4. Zusammenfassung

Die Abtretung, der die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht, ist absolut unwirksam: Sie entfaltet weder gegenüber Dritten noch im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar Wirkung. Das Gericht hat die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen. Wenn Interessen des Gläubigers der Abtretung entgegenstehen, ist die Abtretung selbst bei Zustimmung des Schuldners unwirksam. Demgegenüber ist die Abtretung bei Zustimmung des Schuldners wirksam, wenn die Unabtretbarkeit nur den Interessen des Schuldners dient. Unter der gleichen Voraussetzung lässt die Genehmigung des Schuldners die Abtretung wirksam werden. Diese muss zu ihrer Gültigkeit nach der Genehmigung nicht nochmals vorgenommen werden.¹¹⁵³ Genehmigt der Schuldner die Abtretung, wird diese mangels abweichender Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar *ex tunc* wirksam. Bis zur allfälligen Genehmigung ist die Abtretung schwebend unwirksam.¹¹⁵⁴ Verweigert der Schuldner die Genehmigung, bleibt die Abtretung unwirksam.

§15 Einordnung im System der Unabtretbarkeit

I. Vier Bereiche der Abtretbarkeit von Forderungen

Art. 164 Abs. 1 OR sieht drei verschiedene Gründe für die Unabtretbarkeit von Forderungen vor: «Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses». Die von diesen drei Gründen erfassten Forderungen bewegen sich in einem Spannungsfeld zwischen Abtretungsausschluss und Abtretungsfreiheit: Die

¹¹⁵² Siehe oben Rz. 247.

¹¹⁵³ Die diesbezüglichen Erörterungen bei den abredewidrigen Abtretungen (siehe oben Rz. 255-258) gelten *mutatis mutandis* auch für Abtretungen, denen die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht.

¹¹⁵⁴ STEINER, S. 77; vgl. zur schwebenden Unwirksamkeit oben FN 750.

stärkste Ausprägung der Unabtretbarkeit ist der Abtretungsausschluss aufgrund der «*Natur des Rechtsverhältnisses*». Denn während die Unabtretbarkeit aufgrund Gesetzes erfordert, dass der Gesetzgeber bestimmte Forderungen für nicht abtretbar erklärt, ist eine gesetzliche Regelung entbehrlich, wenn eine Forderung bereits der «*Natur des Rechtsverhältnisses*» wegen unabtretbar ist.

426 Die zweitstärkste Form sind die *gesetzlichen Abtretungsverbote*. Hier ist die Unabtretbarkeit von Gesetzes wegen vorgesehen. Einer Vereinbarung der Unabtretbarkeit durch die Parteien bedarf es nicht. Bei zwingenden gesetzlichen Abtretungsverböten sind die Parteien an die Unabtretbarkeit gebunden; bei dispositiven Verböten steht es ihnen frei, die Forderung vertraglich als abtretbar zu gestalten. Der Übergang zwischen der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses und derjenigen aufgrund gesetzlicher Abtretungsverböte ist freilich fließend.¹¹⁵⁵ Für die vorliegende Einordnung des pactum de non cedendo werden die Natur des Rechtsverhältnisses und die gesetzlichen Abtretungsverböte dennoch auseinandergehalten. Denn darin, dass bereits die Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretung entgegensteht, kommt ein höheres Mass der Unabtretbarkeit der Forderung zum Ausdruck als bei Forderungen, deren Unabtretbarkeit eine gesetzliche Regelung erfordert.

427 Die schwächste Ausprägung der Unabtretbarkeit stellt der Bereich dar, in dem weder die Natur des Rechtsverhältnisses noch das Gesetz der Abtretung entgegenstehen, aber die Parteien durch entsprechende *Vereinbarung* die Unabtretbarkeit der Forderung begründen können. Hier gelangt die Vertragsfreiheit zur Anwendung: Es obliegt der Privatautonomie der Parteien, ihre Interessen in der Vertragsgestaltung einzubringen und die sie verbindende Forderung abtretbar oder unabtretbar auszugestalten. Mit der Vereinbarung eines pactum de non cedendo wird eine grundsätzlich abtretbare Forderung unabtretbar.

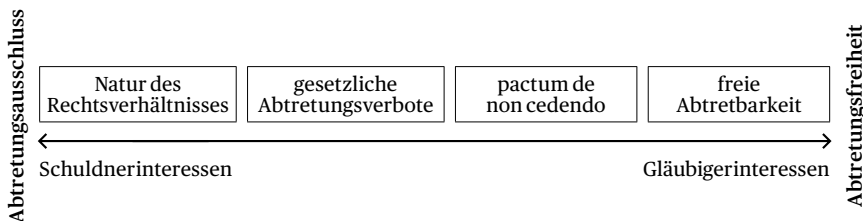
428 Das Spannungsfeld zwischen Abtretungsausschluss und Abtretungsfreiheit wird in bestimmten Rechtsordnungen¹¹⁵⁶ durch einen vierten Bereich vervollständigt: die *freie Abtretbarkeit* von Forderungen. Hier schreibt der Gesetzgeber vor, dass (gewisse) Forderungen abtretbar sind, ohne dass die Parteien durch Vereinbarung etwas daran ändern können. Im schweizerischen Zessionsrecht ist dieser Bereich leer. Denn zum einen ermöglicht das Schweizer Recht, dass pacta de non cedendo die Wirksamkeit der Abtretung verhindern. Und zum anderen kennt es keine Forderungen, bei denen vertragliche Abtretungsverböte ausgeschlossen sind.

1155 Siehe oben Rz. 358f.

1156 Siehe unten Rz. 663-678.

Dieses Spannungsfeld zwischen Abtretungsausschluss und Abtretungsfreiheit bildet gleichzeitig auch das Verhältnis der grundsätzlich einander entgegengesetzten Schuldner- und Gläubigerinteressen ab. Während der Ausschluss der Abtretbarkeit üblicherweise im Interesse des Schuldners liegt, ist der Gläubiger gewöhnlich an einer uneingeschränkten Abtretungsfreiheit interessiert.¹¹⁵⁷

Grafisch lassen sich die vier Bereiche der Abtretbarkeit von Forderungen folgendermassen darstellen:



Vier Bereiche der Abtretbarkeit von Forderungen.

Nachfolgend wird gestützt auf die Ergebnisse der Analyse des *pactum de non cedendo*, der gesetzlichen Abtretungsverbote und der Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses untersucht, wie sich verschiedene Forderungstypen *de lege lata* in das skizzierte Feld zwischen Abtretungsausschluss und Abtretungsfreiheit einordnen lassen.

II. Forderungstypen

1. Einleitung

Die nachfolgende Einteilung analysiert, bei welchen Forderungen typischerweise ein Interesse an ihrer Abtretbarkeit oder Unabtretbarkeit besteht. In einem ersten Schritt werden jeweils die Kriterien der Einteilung beschrieben. Anschliessend werden die Interessen an der Abtretbarkeit bzw. Unabtretbarkeit der Forderungen dargestellt. In einem letzten Schritt wird schliesslich erörtert, ob und gegebenenfalls wie (Natur des Rechtsverhältnisses, Gesetz oder *pactum de non cedendo*) das schweizerische Recht die Abtretbarkeit dieser Forderungen einschränkt oder ausschliesst.

1157 Für Fälle, in denen der Abtretungsausschluss ausnahmsweise (auch) den Interessen des Gläubigers dient, siehe oben Rz. 366 und 369 (gesetzliche Abtretungsverbote) und Rz. 406 f. und 409 (Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses).

2. Dare, facere, praestare

433 Das römische Recht unterschied als Leistungsinhalte *dare*, *facere* und *praestare*.¹¹⁵⁸ *Dare* (deutsch: geben) stand für die Verschaffung des (quiritischen) Eigentums und ist heute beispielsweise die Hauptleistungspflicht des Verkäufers.¹¹⁵⁹ *Facere* (deutsch: tun) konnte jede Leistung sein, die nicht in der Verschaffung des Eigentums bestand, so z.B. die Geschäftsbesorgung durch einen Beauftragten. Eine Unterkategorie von *facere* war das *non facere* (deutsch: unterlassen).¹¹⁶⁰ *Praestare* (deutsch: haften) bedeutete ursprünglich die Übernahme einer Gewährschaft, wie z.B. bei einer Garantie oder Bürgschaft. Später umfasste *praestare* jede Art der Leistung.¹¹⁶¹

434 Bei strengrechtlichen Verbindlichkeiten auf ein Tun (*facere*) war im römischen Privatrecht nicht nur die Abtretung,¹¹⁶² sondern waren auch die (passive) Vererblichkeit und die Leistung durch einen Dritten grundsätzlich ausgeschlossen.¹¹⁶³ Auch heute stehen die Natur des Rechtsverhältnisses und gesetzliche Abtretungsverbote hauptsächlich der Zession von Forderungen entgegen, die ein Tun beinhalten (z.B. Forderung auf Ausführung eines Auftrags oder auf Arbeitsleistung). An der Unabtretbarkeit der Forderungen auf Eigentumsverschaffung (*dare*) und auf Übernahme einer Gewährschaft (*praestare*) bestehen – abgesehen von den üblichen Schuldnerinteressen – in der Regel keine spezifischen Interessen.¹¹⁶⁴ Entsprechend stehen der Abtretung dieser Forderungen grundsätzlich weder die Natur des Rechtsverhältnisses noch das Gesetz entgegen. Will der Schuldner ihre Abtretbarkeit ausschließen, ist er auf den Abschluss eines *pactum de non cedendo* angewiesen.

1158 «*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*» (D 44,7,3 pr.; auf Deutsch: Inhalt und Wirkung der Obligationen bestehen nicht darin, dass sie eine körperliche Sache in unser Eigentum überführen oder ein Servitut zum unseren machen würden; sie verpflichten vielmehr einen anderen uns gegenüber, und zwar entweder zur Übergabe eines Gegenstandes ins Eigentum oder zu jedem anderen Tun oder Unterlassen und drittens zur Haftung. Vgl. HUWILER, Quellenbuch, Bd. II, Rz. 548).

1159 Vgl. Art. 184 Abs. 1 OR. Im römischen Recht hingegen schuldete der Verkäufer die Einräumung des Besitzes (*facere*) und nicht die Verschaffung des quiritischen Eigentums (*dare*; vgl. D 19,1,11,2).

1160 Näher zur Unterscheidung zwischen «Tun» und «Nichttun» unten Rz. 435f.

1161 Zur ganzen Rz. KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 45 N 1.

1162 Das klassische römische Recht kannte die Abtretung von Forderungen im Sinn einer Einzelnachfolge nicht (vgl. HUWILER, Diss., S. 25; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 66 N 1).

1163 KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 45 N 1.

1164 Ausnahmen bilden Geldforderungen, die zur Sicherung des Einkommens des Gläubigers von Gesetzes wegen unabtretbar sind (siehe oben Rz. 366).

3. Positive und negative Obligationen

Eine Leistung kann in einem Tun oder in einem Nichttun des Schuldners bestehen. Man spricht diesbezüglich von einer positiven Obligation (auf ein Tun) bzw. von einer negativen Obligation (auf ein Nichttun).¹¹⁶⁵ Positive Obligationen enthalten entweder eine persönliche Leistung (Dienstleistung, z.B. Arbeitsleistung) oder eine sachliche Leistung (Sachleistung, z.B. Geldzahlung).¹¹⁶⁶ Negative Obligationen können in einem Unterlassen oder einem Dulden bestehen. Bei der Unterlassung verzichtet der Schuldner auf eine Handlung, zu der er grundsätzlich befugt wäre.¹¹⁶⁷ Ein Beispiel dafür ist das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot. Ist der Schuldner zu einem Dulden verpflichtet, muss er einen Widerstand oder Widerspruch, zu dem er grundsätzlich berechtigt ist, unterlassen.¹¹⁶⁸ So muss etwa der Vermieter den Gebrauch seiner Sache durch den Mieter dulden und kann sich nicht auf seine Eigentümerrechte berufen.

Ob der Schuldner zu einem Tun oder zu einem Nichttun verpflichtet ist, hat auf die (Un-)Abtretbarkeit einer Forderung keinen generellen Einfluss. Für beide Kategorien finden sich Forderungen, die aufgrund ihrer Natur oder von Gesetzes wegen unabtretbar sind bzw. die abgetreten werden können: Unabrettbare Forderungen auf ein Tun sind etwa die Forderungen auf Ausführung eines Auftrags oder auf Arbeitsleistung; eine unabrettbare Forderungen auf Unterlassung ist die Forderungen auf Einhaltung eines Konkurrenzverbots und unabrettbare Forderungen auf Duldung sind die Forderungen auf Gebrauch bzw. Nutzung der Leih-, Miet- oder Pachtsache. Abrettbare Forderungen auf ein Tun sind zum Beispiel Geldforderungen; eine abrettbare Forderung auf ein Nichttun ist der Anspruch aus einem Versprechen, eine Sache nicht zu erwerben (z.B. *pactum de non licitando*).

4. Persönliche und sachliche Leistungen

Innerhalb der positiven Obligationen werden persönliche und sachliche Leistungen unterschieden. Die persönliche Leistung erbringt der Schuldner aus seinen körperlichen oder geistigen Kräften, die sachliche Leistung aus seinem Vermögen.¹¹⁶⁹ Beispiele für persönliche Leistungen sind die Arbeitsleistung

1165 Vgl. VON TUHR/PETER, S. 45; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 198.

1166 Näher zur Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Leistung unten Rz. 437f.

1167 VON TUHR/PETER, S. 47.

1168 VON TUHR/PETER, S. 49.

1169 Vgl. VON TUHR/PETER, S. 45f.

oder die Ausführung eines Auftrags. Sachliche Leistungen sind etwa die Geldzahlung oder die Eigentumsübertragung.

438 Bei persönlichen Leistungen besteht ein erhöhtes Interesse des Schuldners an der Unabtretbarkeit der Forderung, wenn die Person des Gläubigers für die Erbringung der Leistung wesentlich ist. Beispiele für derart persönliche Leistungen sind Forderungen auf Erbringung einer Dienstleistung (unabtretbar aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses) und die Forderung auf Arbeitsleistung (gesetzliches Abtretungsverbot). Bei Sachleistungen besteht hingegen ein erhöhtes (wirtschaftliches) Interesse an der Verkehrsfähigkeit und damit an der Abtretbarkeit der Forderung. Dieses wird im schweizerischen Privatrecht dadurch abgebildet, dass der Abtretung von Forderungen auf Eigentumsverschaffung weder die Natur des Rechtsverhältnisses noch das Gesetz entgegensteht.¹¹⁷⁰

5. Geldforderungen und nicht monetäre Forderungen

439 Hinsichtlich der Abtretbarkeit ist die Unterscheidung zwischen Forderungen auf eine Geldleistung (Geldforderungen, monetäre Forderungen) und Forderungen auf eine andere Leistung (Nichtgeldforderungen, nicht monetäre Forderungen) von grosser Relevanz. Geld stellt in einer entwickelten Wirtschaftsordnung das wichtigste und am häufigsten vorkommende Leistungsobjekt dar. Bei entgeltlichen Verträgen besteht die Gegenleistung in der Regel¹¹⁷¹ in Geld. Auch bei anderen Schuldinhalten wie Schaden- oder Verwendungssatz ist grundsätzlich eine Geldleistung geschuldet.¹¹⁷²

440 Geldforderungen sind in der Praxis der mit Abstand am häufigsten zedierte Forderungstyp. Sie werden etwa zum Inkasso, zur Sicherung eines Kredits oder zum Zweck der Zahlung abgetreten. Aufgrund ihrer praktischen Bedeutung¹¹⁷³ besteht ein erhebliches Interesse des Gläubigers¹¹⁷⁴ und der Allgemeinheit¹¹⁷⁵ an der freien Abtretbarkeit von Geldforderungen; zugleich ist das Interesse des Schuldners, an einen bestimmten Gläubiger zu leisten, bei Geldforderungen typischerweise klein.¹¹⁷⁶ Im Unterschied dazu ist die Abtretung von nicht monetären Forderungen von untergeordneter praktischer

1170 Zur Abtretbarkeit von Geldforderungen sogleich Rz. 439-441.

1171 Eine Ausnahme macht z.B. der Tauschvertrag (Sache gegen Sache, vgl. Art. 237 OR).

1172 Zur ganzen Rz. BK-WEBER, Art. 84 OR N 68; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 10.01.

1173 Zur praktischen Bedeutung der Abtretbarkeit von Geldforderungen siehe auch Rz. 25-55.

1174 Zum Interesse des Gläubigers an der Abtretbarkeit siehe Rz. 85-88.

1175 Zum Interesse der Allgemeinheit an der Abtretbarkeit siehe Rz. 93-95, 97 f.

1176 EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 471; KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 735.

Bedeutung. Das Interesse an der Abtretbarkeit solcher Forderungen ist entsprechend geringer. Gleichzeitig hat der Schuldner bei Nichtgeldforderungen aufgrund des persönlicheren Charakters der Leistung ein schutzwürdigeres Interesse an ihrer Unabtretbarkeit.¹¹⁷⁷

Das schweizerische Zessionsrecht trägt dem Interesse an der Abtretbarkeit von Geldforderungen *de lege lata* folgendermassen Rechnung: Die Natur des Rechtsverhältnisses steht der Abtretung einer monetären Forderung nicht entgegen.¹¹⁷⁸ Und soweit das Gesetz die Abtretung von Geldforderungen verbietet, liegt die Unabtretbarkeit stets im Interesse des Gläubigers. Sozialpolitische Motive bewegen hier den Gesetzgeber, mittels Abtretungsverboten dem Gläubiger das Einkommen zu sichern, das er zur Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt.¹¹⁷⁹ Aus Gründen des Schuldnerschutzes verbietet das Gesetz die Abtretung von Geldforderungen – anders als bei nicht monetären Forderungen – demgegenüber nicht.¹¹⁸⁰ Allerdings ermöglicht es dem Schuldner, durch Vereinbarung eines *pactum de non cedendo* auch die Abtretbarkeit von Geldforderungen auszuschliessen.

6. Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften

Forderungen können auch danach unterteilt werden, ob das Rechtsgeschäft, das sie begründet, ein Handelsgeschäft ist («kaufmännische Forderung») oder nicht («nicht kaufmännische Forderung», «bürgerliche Forderung»).¹¹⁸¹ Kennzeichnend für das Recht der Handelsgeschäfte sind unter anderem der gesteigerte Verkehrsschutz und die geringere Schutzbedürftigkeit der Kaufleute.¹¹⁸²

1177 Vgl. KUHN, SZW 2015, S. 351, 363; MüKo-KIENINGER, § 399 BGB N 34.

1178 Vgl. BGE 115 II 264 E. 3b S. 266: «Inwiefern die Natur des geltend gemachten Anspruchs einer Abtretung entgegenstehen soll, ist nicht ersichtlich. Er geht ausschliesslich auf Zahlung einer Geldsumme.»

1179 Siehe hierzu oben Rz. 366 und 369.

1180 Siehe zu den durch gesetzliche Abtretungsverbote geschützten Interessen oben Rz. 367-370.

1181 Je nach gesetzlicher Regelung werden vom Begriff «Handelsgeschäft» nur beiderseitige Handelsgeschäfte, d.h. Rechtsgeschäfte, bei denen beide Parteien Kaufleute sind («B2B»), oder auch Konsumentenverträge («B2C») erfasst. Kaufmann ist, wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (vgl. Art. 934 Abs. 1 OR in der bis am 31.12.2020 gültigen Fassung; vgl. auch § 1 Abs. 1 HGB). Unter kaufmännischem Geschäft (bzw. nach kaufmännischer Art geführtem Gewerbe) wird die selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit verstanden, die nach Natur und Umfang einen kaufmännischen Betrieb mit geordneter Buchhaltung erfordert (BGE 80 I 383, S. 384; vgl. auch § 1 Abs. 2 HGB).

1182 Vgl. CANARIS, Handelsrecht, § 1 Rz. 17f.; JUNG, § 1 Rz. 6.

Beide Merkmale sprechen für ein grösseres Interesse an der Abtretbarkeit von Forderungen im kaufmännischen Bereich: Zum einen hemmt jede Einschränkung der Abtretbarkeit den Geschäftsverkehr.¹¹⁸³ Zum anderen kann kaufmännischen Schuldner eher zugemutet werden, sich auf wechselnde Gläubiger einzustellen. Ein besonderes Schutzbedürfnis, wie es bei Konsumenten besteht, fehlt hier.¹¹⁸⁴ Ausserdem sind kaufmännische Gläubiger viel öfter daran interessiert, ihre Forderungen für Finanzierungszwecke verwenden zu können, als Nichtkaufleute.¹¹⁸⁵ Aus diesen Gründen ist die Abtretbarkeit von Forderungen aus Handelsgeschäften höher zu bewerten als die Übertragbarkeit von Forderungen aus bürgerlichen Geschäften.

443 Das Zessionsrecht des OR kennt allerdings keine Spezialvorschriften für die Abtretbarkeit kaufmännischer Forderungen. Kaufmännische wie nicht kaufmännische Forderungen unterliegen den gleichen Beschränkungen der Abtretbarkeit.

7. Einmalige, dauernde und wiederkehrende Leistungen

444 In zeitlicher Hinsicht werden einmalige, dauernde und wiederkehrende Leistungen unterschieden. Einmalige Leistungen zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Erfüllung in einem bestimmten Moment erfolgt, so z.B. bei der Zahlung von Geld oder der Übergabe einer Sache. Bei dauernden Leistungen ist der Schuldner zu einem ununterbrochenen Verhalten verpflichtet, das als eine einheitliche Leistung aufgefasst wird. So gelten z.B. die einzelnen Handlungen, die ein Arbeitnehmer in Erfüllung des Arbeitsvertrags vornimmt, als eine dauernde Leistung. Bei wiederkehrenden Leistungen ist der Schuldner zu mehreren einzelnen Leistungen verpflichtet, so z.B. die Rentenzahlungen aus einem Leibrentenvertrag. Dabei handelt es sich um mehrere Forderungen auf einmalige Leistung, die alle auf demselben Schuldverhältnis beruhen und dadurch zu einer wirtschaftlichen und rechtlichen Einheit zusammengeschlossen werden.¹¹⁸⁶

445 Die Abtretbarkeit kann grundsätzlich sowohl bei einmaligen Leistungen (z.B. einmalige Leistung aus Sozialversicherung oder beruflicher Vorsorge) als auch bei dauernden Leistungen (z.B. Unterhalt und Pflege bei Verpfändung) und bei wiederkehrenden Leistungen (z.B. künftige Lohnzahlungen) ausge-

1183 Hier den kaufmännischen Geschäftsverkehr zwischen Zedent und Zessionar. Siehe zum Verkehrsinteresse an der freien Abtretbarkeit oben Rz. 93-95.

1184 RASCHE, EuLF 2002, S. 133, 139. Vgl. auch STOYANOV, S. 122 und 123.

1185 Dieses Interesse besteht, wenn der Zedent Kaufmann ist. Keine Rolle spielt, ob der Schuldner ebenfalls Kaufmann ist oder nicht.

1186 VON TUHR/PETER, S. 49f.

geschlossen oder beschränkt sein. Entsprechend der (zeitlich) stärkeren Bindung zwischen Gläubiger und Schuldner neigen Forderungen auf dauernde oder wiederkehrende Leistungen jedoch eher zur Unabtretbarkeit.¹¹⁸⁷ Die gesetzlichen Abtretungsverbote betreffen denn auch in der Regel solche Leistungen.¹¹⁸⁸

8. Forderungen aus einfachen und aus komplexen Vertragsverhältnissen

Je nachdem, ob sich der Vertrag in einem einmaligen Austausch von Leistungen erschöpft (Zielschuldverhältnis) oder ob die Forderung in einem Zusammenhang mit (mehreren) anderen Forderungen steht, kann zwischen einfachen und komplexen Vertragsverhältnissen unterschieden werden. Häufig, aber nicht notwendigerweise sind es Dauerschuldverhältnisse. Beispiele für komplexe Vertragsverhältnisse sind Architektenverträge¹¹⁸⁹, Bauverträge, Verträge über Finanzdienstleistungen¹¹⁹⁰ oder auch Kontokorrentverhältnisse.

Bei Forderungen aus komplexen Vertragsverhältnissen besteht ein erhöhtes Interesse des Schuldners an ihrer Unabtretbarkeit. Er kann die Erfüllung der Forderung als Druckmittel dafür einsetzen, dass der Gläubiger vertragskonform leistet.¹¹⁹¹ Teilweise liegt die Unabtretbarkeit auch im Interesse des Gläubigers, so namentlich bei Kontokorrentverhältnissen. Die Unabtretbarkeit dient hier der einfacheren Abwicklung der Geschäftsvorfälle.¹¹⁹²

Das schweizerische Recht unterscheidet hinsichtlich der Abtretbarkeit nicht zwischen Forderungen aus einfachen oder aus komplexen Vertragsverhältnissen. Einzig bei Kontokorrentverhältnissen ist anerkannt, dass die einzelnen ins Kontokorrent eingesetzten Forderungen unabtretbar sind.¹¹⁹³

III. Ergebnisse

1. Abtretbarkeit und Forderungstyp

Eine abschliessende Zuordnung der erörterten Forderungstypen zu den einleitend dargestellten vier Bereichen der Abtretbarkeit von Forderungen ist

1187 Besonders ausgeprägt ist dies bei Leistungen aus komplexen Vertragsverhältnissen (siehe sogleich Rz. 446-448).

1188 Eine Ausnahme machen die Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte.

1189 BGE 109 II 462 E. 3d S. 466.

1190 BGer, 4A_90/2011, Urteil vom 22.6.2011, E. 2.2.1.

1191 Näher hierzu oben Rz. 74 f.

1192 Näher hierzu oben Rz. 89.

1193 Näher hierzu oben Rz. 160, 404 f. und 409.

nicht möglich. Denn die Abtretbarkeit bzw. Unabtretbarkeit von Forderungen richtet sich nicht nach Forderungstypen, sondern ist für jede Forderung einzeln geregelt. Erkennbar sind im Schweizer Recht jedoch die nachfolgend zusammengefassten Tendenzen:

450 Aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses oder von Gesetzes wegen eher unabtretbar sind:

- Forderungen auf eine Leistung, die in einem Tun besteht («*facere*»),
- Forderungen auf persönliche Leistungen,
- nicht monetäre Forderungen und
- Forderungen auf dauernde oder wiederkehrende Leistungen.

451 Eher abtretbar sind:

- Forderungen auf Verschaffung des Eigentums an Sachen («*dare*») oder auf Übernahme einer Gewärtschaft («*praestare*»),
- Forderungen auf sachliche Leistungen,
- Geldforderungen und
- Forderungen auf einmalige Leistungen.

452 Keinen Einfluss auf die Abtretbarkeit von Forderungen hat, ob:

- die geschuldete Leistung in einem Tun oder in einem Nichttun besteht,
- die Forderung aus einem Handelsgeschäft oder einem bürgerlichen Geschäft stammt und
- die Forderung aus einem einfachen oder einem komplexen Vertragsverhältnis herrührt.

2. Diskrepanz zwischen Unabtretbarkeit zufolge *pactum de non cedendo* und Interesse an Abtretbarkeit

453 Das schweizerische Recht kennt keine Forderungen, die zwingend abtretbar sind und bei denen vertragliche Abtretungsverbote mithin ungültig wären. Folglich sind vertragliche Abtretungsverbote überall dort von Relevanz, wo nicht bereits die Natur des Rechtsverhältnisses oder das Gesetz die Unabtretbarkeit einer Forderung begründen. Damit ermöglicht es der Gesetzgeber den Parteien, die Abtretbarkeit durch Vereinbarung eines *pactum de non cedendo* auch dort auszuschliessen, wo typischerweise ein erhöhtes Interesse an der Abtretbarkeit von Forderungen besteht. Insbesondere bei Geldforderungen und bei kaufmännischen Forderungen zeigt sich eine Diskrepanz zwischen der Möglichkeit der Vereinbarung der Unabtretbarkeit und dem Interesse an der Abtretbarkeit.

Das Interesse an der Abtretbarkeit von *Geldforderungen*¹¹⁹⁴ wird im schweizerischen Zessionsrecht zum einen dadurch berücksichtigt, dass die Natur des Rechtsverhältnisses der Abtretung einer Geldforderung nicht entgegensteht. Zum anderen verbietet das Gesetz die Abtretung von Geldforderungen nur in Fällen, in denen die Unabtretbarkeit im Interesse des Gläubigers liegt. Aus Gründen des Schuldnerschutzes schränkt der Gesetzgeber die Abtretbarkeit von Geldforderungen nicht ein. Allerdings gestattet das Gesetz dem Schuldner und dem Gläubiger, Geldforderungen abtretbar oder unabtretbar auszugestalten. Es ermöglicht damit dem verhandlungsstarken Schuldner, die Abtretung von Geldforderungen vertraglich auszuschliessen.

Besondere Vorschriften über die Abtretbarkeit *kaufmännischer Forderungen* kennt das Schweizer Zessionsrecht nicht. Obwohl an ihrer Abtretbarkeit ein erhöhtes Interesse besteht,¹¹⁹⁵ unterliegen kaufmännische Forderungen denselben Beschränkungen der Abtretbarkeit wie nicht kaufmännische: Ihre Abtretung kann mittels *pactum de non cedendo* ausgeschlossen werden.

Voraussetzung dafür, dass ein *pactum de non cedendo* die Abtretbarkeit ausschliesst, ist seine absolute Wirkung. Davon weichen ausländische Rechtsordnungen und internationale Regelwerke teilweise ab. Die rechtsvergleichende Untersuchung des *pactum* im 4. Teil dieser Arbeit nimmt die festgestellten Diskrepanzen zwischen der Unabtretbarkeit und dem Interesse an der Abtretbarkeit auf und richtet daher ein besonderes Augenmerk auf Geldforderungen und kaufmännische Forderungen.

1194 Siehe zum Interesse an der Abtretbarkeit von Geldforderungen oben Rz. 440 m.Nw.

1195 Siehe zum Interesse an der Abtretbarkeit von kaufmännischen Forderungen oben Rz. 442 m.Nw.

4. Teil:

**Wirkungen des
pactum de non cedendo
in ausgewählten
Rechtsordnungen und
Regelwerken**

§16 Übersicht

Um Anhaltspunkte und Anregungen für eine Revision der Regelung des pactum de non cedendo im schweizerischen Recht zu gewinnen, wird als Nächstes untersucht, wie vertragliche Abtretungsverbote im Ausland und in internationalen Regelwerken behandelt werden. Dabei werden die idealtypischen Regelungsmodelle herausgearbeitet und anhand ausgewählter Rechtsordnungen und Regelwerke dargestellt. 457

Angesichts der vielfältigen Interessenlage beim pactum de non cedendo liegt es nahe, dass sich im ausländischen bzw. internationalen Privatrecht ein weites Spektrum an Regelungsmodellen findet. Diese reichen von der umfassenden Wirkung des pactum über verschiedene vermittelnde Lösungen bis zu dessen Nichtigkeit. Um die Vielfalt an Lösungen einfacher überblicken zu können, werden diese in der vorliegenden Arbeit in vier idealtypische Regelungsmodelle eingeteilt. Die Einreihung der einzelnen Lösungen wird nach dem Kriterium vorgenommen, wie sich ein pactum de non cedendo auf eine abredewidrig erfolgte Abtretung auswirkt. Das erste Regelungsmodell umfasst Rechtsordnungen, die dem pactum umfassende Drittwirkung verleihen, so dass die abredewidrige Abtretung absolut unwirksam ist (§ 17 Absolute Wirkung). Das zweite Regelungsmodell schränkt die Unwirksamkeit einer abredewidrigen Abtretung auf das Verhältnis zum Schuldner ein (§ 18 Relative Wirkung). Nach der dritten Konzeption ist die abredewidrige Abtretung wirksam. Hierbei lassen sich zwei Modelle unterscheiden. Während gewisse Rechtsordnungen und Regelwerke dem Abtretungsverbot immerhin noch rein obligatorische Wirkung zwischen Schuldner und Zedent verleihen (§ 19 Rein obligatorische Wirkung), erklären die Vertreter des vierten Modells das pactum de non cedendo für nichtig (§ 20 Nichtigkeit). Bei allen Vorteilen dieser systematischen Einteilung gilt es jedoch zu beachten, dass die meisten nationalen Rechtsordnungen und alle internationalen Regelwerke nur dem Grundsatz nach einem Modell folgen, während ihre Ausnahmen einem anderen Modell zuzuordnen sind.¹¹⁹⁶ 458

¹¹⁹⁶ Zur ganzen Rz. GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 325.

459 Die verglichenen Rechtsordnungen wurden so ausgewählt, dass alle idealtypischen Regelungsmodelle abgedeckt werden. Sie erstrecken sich über den deutschen (Deutschland, Österreich), den romanischen (Frankreich, Italien) und den angloamerikanischen Rechtskreis (England und Wales, Vereinigte Staaten von Amerika). Berücksichtigt werden ausserdem zwei kontinental-europäische Rechtsordnungen mit jüngeren Privatrechtskodifikationen (Niederlande, Ungarn).¹¹⁹⁷ Unter den internationalen Regelwerken versprechen insbesondere die beiden zessionsspezifischen Staatsverträge (UNIDROIT Factoring-Übereinkommen, UNCITRAL Zessions-Übereinkommen) sowie die wichtigsten Modellgesetze zur internationalen bzw. europäischen Rechtsvereinheitlichung (UNIDROIT Principles, Code Européen des Contrats, PECL, DCFR) neue Erkenntnisse.¹¹⁹⁸ Des Weiteren wird die Regelung des pactum de non cedendo im Gesetzesentwurf des Forschungsprojekts «Schweizerisches Obligationenrecht 2020» dargestellt.

§17 Absolute Wirkung

460 Das Regelungsmodell der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo schränkt die Verkehrsfähigkeit von Forderungen am stärksten ein. Nach dieser Konzeption wirkt das pactum *erga omnes*, d.h. sowohl zwischen Schuldner und Zedent als auch gegenüber Dritten wie namentlich dem Zessionar oder den Gläubigern des Zedenten. Das pactum verhindert die Wirksamkeit der Abtretung; sein Fehlen ist folglich eine negative Voraussetzung der Abtretung. Eine abredewidrige Zession ist absolut unwirksam. Dies hat zur Folge, dass die Forderung beim Zedenten verbleibt. Der Schuldner kann weiterhin befreiend an den Zedenten leisten. Und im Fall von dessen Insolvenz steht die Forderung seinen Gläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung.¹¹⁹⁹

461 Dem Modell der absoluten Wirkung folgt, wie gezeigt,¹²⁰⁰ das schweizerische Recht in Art. 164 OR. Auch das bürgerliche Recht Deutschlands (unten

1197 In Fussnoten wird ausserdem die Regelung des pactum de non cedendo im portugiesischen (FN 1337, 1356, 1988, 2206 und 2218), im südafrikanischen (FN 1201 und 1990) und im japanischen Recht (FN 1971 f. und 1988) dargestellt bzw. darauf Bezug genommen.

1198 Hinweise auf weitere internationale Regelwerke finden sich in den FN 1202, 1678, 1723 und 1744.

1199 Zur ganzen Rz. GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 325.

1200 Siehe oben Rz. 199-253.

Ziff. I) und Österreichs (Ziff. II) sowie das niederländische Recht (Ziff. III) lassen sich dieser Konzeption zuordnen.^{1201, 1202}

I. Deutschland (bürgerliche Geschäfte)

1. Abtretungsrecht

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)¹²⁰³ regelt die Abtretung von Forderungen in den §§ 398-413 unter dem Titel «Übertragung einer Forderung». Diese Vorschriften blieben seit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1900 nahezu unverändert.¹²⁰⁴ Die einzige bedeutende Neuerung im Abtretungsrecht war die Einführung von § 354a HGB betreffend vertragliche Abtretungsverbote bei Handelsgeschäften im Jahr 1994.¹²⁰⁵ Die rechtsgeschäftliche Abtretung ist gemäss der Legaldefinition in § 398 BGB ein (Verfügungs-)Vertrag zwischen dem bisherigen Gläubiger (Zedent) und dem neuen Gläubiger (Zessionar), durch den eine Forderung von Ersterem auf Letzteren übertragen wird.¹²⁰⁶

1201 In **Südafrika** wirkt das *pactum de non cedendo* grundsätzlich ebenfalls absolut. Wird es später als die abzutretende Forderung vereinbart, ist es jedoch nur gültig, wenn der Schuldner ein berechtigtes Interesse am *pactum* hat. Fehlt ein solches Interesse, ist das *pactum* aus Gründen der öffentlichen Ordnung ungültig (Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates Ltd, 1920 AD 600, 614-617; Capespan (Pty) Ltd v Any Name 451 (Pty) Ltd, 2008 (4) SA 510, 515-519; vgl. SCOTT, on cession, S. 203 f.; BRADFIELD, S. 538; FLOYD, S. 372 f.). *Pacta de non cedendo* sind allerdings im Allgemeinen gültig, weil die Gerichte das Interesse des Schuldners an der Kenntnis der Identität des Gläubigers als ausreichende Rechtfertigung für die Beschränkung der Abtretbarkeit ansehen (FLOYD, S. 373). In der Lehre wird die grundsätzlich absolute Wirkung des *pactum* kritisiert und eine Beschränkung der Wirkung gefordert (vgl. SCOTT, on cession, S. 204 f.; DIES., Stell. L. Rev. 2008, S. 483, 493 f.; SUNKEL, Diss., S. 222-242; DIES., in: Stell. L. Rev. 2010, S. 463, 470 f. und 475-478).

1202 Auch der **Benelux-Entwurf**, ein Entwurf für eine einheitliche Regelung des Abtretungsrechts in den Benelux-Staaten aus der ersten Hälfte der 1970er-Jahre, sah die absolute Wirkung des *pactum de non cedendo* vor: «Toute créance nominative peut être cédée à moins que la loi, la nature de la créance ou l'accord entre le créancier et le débiteur ne s'y oppose.» (Art. 1^{er} Projet de réglementation uniforme de la cession de créances der Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit, abgedruckt in: La transmission des obligations, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruxelles 1980, S. 725 f.). Die Vorschrift lehnte sich offensichtlich an Art. 164 Abs. 1 OR und an § 399 BGB an (vgl. Commentaire zu Art. 1^{er}, S. 726). Auch sonst schränkte der Entwurf die Verkehrsfähigkeit von Forderungen ein (Schriftform der Abtretung und Notifikation des Schuldners als allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen [vgl. Art. 2]).

1203 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGL), S. 195).

1204 Geringfügige Anpassungen erfuhren die §§ 401 und 411 BGB.

1205 Siehe zu § 354a HGB unten Rz. 564-577.

1206 § 398 BGB; vgl. Staudinger-BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff. BGB N17; MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N13.

Die Zustimmung des Schuldners oder dessen Kenntnis von der Abtretung ist für den Forderungsübergang nicht erforderlich.¹²⁰⁷ Die Abtretung ist grundsätzlich gültig, auch wenn das ihr zugrunde liegende schuldrechtliche Kausalgeschäft (*pactum de cedendo*) nicht wirksam ist. Die Abtretung wird im deutschen Recht mithin als abstraktes Rechtsgeschäft verstanden.¹²⁰⁸ Der Abtretungsvertrag ist grundsätzlich nicht formbedürftig.¹²⁰⁹ Die Anwendung der Schriftform wird jedoch in vielen Fällen als zweckmässig erachtet.¹²¹⁰

463 Das deutsche Recht kennt sowohl die Forderungsverpfändung (§§ 1273-1296 BGB) als auch die Sicherungszession.¹²¹¹ Erstere setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, dass sie dem Schuldner angezeigt wird (§ 1280 BGB).¹²¹² Letztere ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt und folgt den allgemeinen Regeln der Forderungsabtretung.¹²¹³ Ihre Wirksamkeit erfordert mithin keine Anzeige an den Schuldner.¹²¹⁴ Sie hat sich neben der Sicherungsübereignung beweglicher Sachen als praktisch wirksamstes fiduziarisches Kreditsicherungsmittel entwickelt und durchgesetzt.¹²¹⁵ Sie ist als Globalzession das typische Sicherungsmittel des Geldkreditgebers und als verlängerter Eigentumsvorbehalt¹²¹⁶ das typische Sicherungsrecht des Warenkreditgebers.¹²¹⁷

1207 Staudinger-BUSCHE, § 398 BGB N 15 und 23; MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N 3. Die Anzeige der Abtretung an den Schuldner dient v.a. der Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem der Schuldner nur noch an den Zessionar befreiend leisten kann (vgl. § 407 BGB).

1208 Staudinger-BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff. BGB N 20; MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N 23 und 26.

1209 Staudinger-BUSCHE, § 398 BGB N 19; MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N 34.

1210 Staudinger-BUSCHE, § 398 BGB N 21. Nach § 403 BGB hat der Zedent dem Zessionar auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen.

1211 Die Zulässigkeit der Sicherungszession ist in § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB anerkannt.

1212 Eine «stille» Begründung des Pfandrechts ist daher nicht möglich. Deshalb und wegen der im Vergleich zur Sicherungszession erschwerten Befriedigung des Sicherungnehmers hat die Forderungsverpfändung in Deutschland eine geringe praktische Bedeutung (vgl. Staudinger-BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff. BGB N 66).

1213 Staudinger-BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff. BGB N 67.

1214 MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N 104.

1215 Staudinger-BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff. BGB N 66; Staudinger-SCHMIDT-KESSEL, Eckpfeiler, G 5; vgl. auch MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N 104.

1216 Von verlängerter Eigentumsvorbehalt wird u.a. gesprochen, wenn Verkäufer und Käufer vereinbaren, dass Letzterer die unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache veräußern darf und dem Verkäufer dafür die künftige Kaufpreisforderung aus dem Weiterverkauf der Sache sicherungshalber abtritt (KIENINGER, Eigentumsvorbehalt, § 20 Rz. 22 f.; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1099). Im Unterschied zu Deutschland (vgl. WEBER, S. 184) spielt der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der schweizerischen Praxis nur eine geringe Rolle (KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1092; zu den diesbezüglichen Reformbestrebungen vgl. RFA Mobiliarsicherungsrecht, S. 16 f.).

1217 Staudinger-BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff. BGB N 67.

2. Pactum de non cedendo

Forderungen sind nach deutschem Recht grundsätzlich abtretbar. Ausnahmen von der Abtretbarkeit können sich aus dem Gesetz, der besonderen Natur der Forderung oder aus einer Vereinbarung ergeben. Von Gesetzes wegen unabtretbar sind insbesondere unpfändbare Forderungen (§ 400 BGB). Dadurch soll dem Gläubiger das Existenzminimum erhalten werden. Lohn-, Gehalts- und Versorgungsansprüche können daher nur soweit übertragen werden, als sie pfändbar sind.^{1218, 1219} Aufgrund der Natur der Forderung ist die Abtretung gemäss § 399 BGB ausgeschlossen, «wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.» Als Beispiele für solchermaßen «persönliche» Forderungen werden Forderungen auf Erbringung einer Dienstleistung¹²²⁰ oder die Forderung des Mieters auf Gebrauch der Mietsache genannt.¹²²¹

§ 399 BGB regelt – neben der Unabtretbarkeit aufgrund der besonderen Natur der Forderung (1. Halbsatz) – das pactum de non cedendo (2. Halbsatz) folgendermassen:

§ 399 Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.

Eine Forderung kann demnach nicht abgetreten werden, wenn Schuldner und Gläubiger die Abtretung durch Vereinbarung ausschliessen. Damit entschied § 399 BGB den gemeinrechtlichen Streit über die Rechtsfolgen des pactum de non cedendo zugunsten der dinglichen Wirkung.¹²²² Unbeantwortet blieb allerdings die Frage, ob die abredewidrige Zession absolut oder nur relativ unwirksam ist. Zu Beginn schwankte die Rechtsprechung hinsichtlich der

1218 KÖTZ, Vertragsrecht, Rz.1227.

1219 Gesetzlich ausgeschlossen ist ausserdem z.B. die Abtretung des Vorkaufsrechts (§ 473 BGB), bestimmter Gesellschafterrechte (§ 717 BGB) und der Entgeltforderung der Prostituierten gegen den Freier (§ 2 Satz 1 Prostitutionsgesetz, BGBl 2001 I, S. 3983). Letzteres Abtretungsverbot dient dem Schutz der Prostituierten, indem Zuhältern kein «Erpressungspotential in die Hand gegeben werden» soll (Gesetzesentwurf, in: BT-Drucksache 14/5958, S. 6).

1220 So die Forderung eines Verlegers gegen einen Schriftsteller, eines Mandanten gegen den Rechtsanwalt oder eines Rundfunksenders gegen einen Showmaster (KÖTZ, Vertragsrecht, Rz.1229).

1221 KÖTZ, Vertragsrecht, Rz.1229.

1222 Ausführlich hierzu oben Rz. 123-128.

Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung. Im Vordergrund stand zwar die absolute Unwirksamkeit.¹²²³ Das pactum wurde jedoch gelegentlich in die Nähe von gesetzlichen Veräußerungsverboten gerückt, die nach § 135 BGB zur relativen Unwirksamkeit der Veräußerung führen.¹²²⁴ In einem Leitscheid sprach sich der Bundesgerichtshof 1963 für die absolute Unwirksamkeit aus: «Haben Gläubiger und Schuldner vereinbart, dass die Abtretung der Forderung der Zustimmung des Schuldners bedarf, so ist eine Abtretung ohne solche Zustimmung nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten gegenüber unwirksam.»¹²²⁵ Der Bundesgerichtshof hielt seither in ständiger Rechtsprechung an der absoluten Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung fest.¹²²⁶ Die überwiegende deutsche Lehre folgt dieser Rechtsprechung.^{1227, 1228}

467 Der Bundesgerichtshof begründet die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung mit der Natur des pactum de non cedendo: Eine Abrede über Ausschluss oder Beschränkung der Abtretung füge der Forderung nicht ein ihrem Wesen an sich fremdes Veräußerungsverbot hinzu, sondern lasse die Forderung von vornherein als ein unveräußerliches Recht entstehen.¹²²⁹ Die Natur des pactum de non cedendo wird folglich im Sinn der sogenannte Rechtsinhaltstheorie verstanden: Das pactum verändert die Forderung inhaltlich, indem es die ihrer Natur nach abtretbare Forderung zu einer unabtretbaren macht.¹²³⁰ Kraft des Parteiwillens verliert die Forderung mithin ihre Eigenschaft, am Rechtsverkehr teilzunehmen.¹²³¹

468 Die Unwirksamkeit der Abtretung kann somit nicht nur vom Schuldner, sondern von allen geltend gemacht werden. Die Berufung auf die Unabtretbarkeit ist einzig demjenigen verwehrt, der dadurch wider Treu und Glauben handelt.¹²³² Die absolute Unwirksamkeit hat zum einen zur Folge, dass die Forderung im Vermögen des Zedenten verbleibt und weiterhin dem Zugriff von dessen Gläubigern unterliegt. Die Forderung kann folglich von den Gläubigern

1223 Vgl. z.B. RGZ 136, 395, 399.

1224 Vgl. z.B. BGHZ 30, 176, 178.

1225 BGHZ 40, 156 (Leitsatz).

1226 BGHZ 56, 173, 176; 56, 228, 230; 70, 299, 301 und 303; 102, 293, 301; 108, 172, 176; 112, 387, 389 f.; BGH, Urteil vom 11.3.1997, in: NJW 1997, S. 3434, 3435.

1227 Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 65; Soergel-SCHREIBER, § 399 BGB N 8; MüKo-KIENINGER, § 399 BGB N 42; Grüneberg-GRÜNEBERG, § 399 N 12; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 291-297; gl.A. bereits VON TUHR, BGB II/1, S. 333.

1228 Zur ganzen Rz. BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 290 f., mit umfassenden Hinweisen auf die Rechtsprechung.

1229 BGHZ 40, 156, 160.

1230 Ausführlich zum Streit über die Natur des pactum in Deutschland oben Rz. 188.

1231 BGHZ 40, 156, 159; Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 65 m.w.Nw.

1232 Vgl. BGHZ 56, 173, 176.

des Zedenten gepfändet werden¹²³³ und fällt in dessen Konkurs in die Konkursmasse.¹²³⁴ Zum anderen kann der Schuldner aufgrund der Wirkungslosigkeit der Abtretung – ungeachtet einer allfälligen Anzeige der (unwirksamen) Zession – weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten.¹²³⁵

Eine grosse praktische Bedeutung erfuhr die absolute Wirkung des *pactum de non cedendo* bei der Kollision mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt.¹²³⁶ Trifft das *pactum de non cedendo* nämlich auf einen verlängerten Eigentumsvorbehalt, so ist die diesem inhärente Vorausabtretung unwirksam, soweit nicht § 354a HGB zur Anwendung gelangt. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt geht somit ins Leere.¹²³⁷

Genehmigt der Schuldner die abredewidrige Abtretung, wird diese wirksam. Die neuere Literatur setzt dafür einen Aufhebungsvertrag voraus, der das *pactum de non cedendo* beseitigt. In der Mitteilung der Abtretung durch den Zedenten oder in seinem Ersuchen um Zustimmung zur Zession liegt sein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags, das der Schuldner durch Zustimmung zur Abtretung annimmt.¹²³⁸ Die Abtretung wird im Zeitpunkt der Genehmigung (*ex nunc*) wirksam. Eine Rückwirkung tritt nicht ein.¹²³⁹ Dies gilt auch, wenn das *pactum* die Abtretung nicht gänzlich ausschliesst, sondern zum Beispiel die Zustimmung des Schuldners voraussetzt.¹²⁴⁰ Aus der fehlenden Rückwirkung folgt, dass zwischenzeitlich erfolgte Pfändungen der Forderung durch Gläubiger des Zedenten wirksam sind.¹²⁴¹ Bei mehreren Abtretungen kann der Schuldner wählen, zu wessen Gunsten er das *pactum* aufhebt.¹²⁴²

Eine beachtliche Zahl von Autoren spricht sich – entgegen der ständigen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre – für die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung aus. Sie begründen ihre Ansicht damit, dass der Schutzzweck von § 399 BGB und die Interessen des Schuldners

1233 BGHZ 102, 293, 301; 108, 172, 176.

1234 WAGNER, S. 229.

1235 So bereits WÜNSCHMANN, Gruchot 1910, S. 209, 213.

1236 Siehe zum verlängerten Eigentumsvorbehalt oben FN 1216.

1237 BGHZ 56, 173, 176; 56, 228, 230; 77, 274, 275 f.; KIENINGER, Eigentumsvorbehalt, § 20 Rz. 24.

1238 Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 63; MüKo-KIENINGER, § 399 BGB N 43.

1239 BGHZ 70, 299, 303; 102, 293, 301; Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 63. A.A. (Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Abtretung) SERICK, Bd. IV, S. 493 f.; Staudinger-SCHMIDT-KESSEL, Eckpfeiler, G 36.

1240 BGHZ 108, 172, 176-178.

1241 BGHZ 70, 299, 303; 102, 293, 301 f.; 108, 172, 176; Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 63.

1242 OLG Koblenz, Urteil vom 23.5.1991, in: WM 1992, S. 73, 74; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 308-310; krit. WAGNER, S. 227 f.

lediglich eine relative Unwirksamkeit rechtfertigten.¹²⁴³ Gemäss der vermittelnden Ansicht WAGNERS ist nach der Intensität des Interesses des Schuldners¹²⁴⁴ zu differenzieren: Abtretungsverbote, welche die Zession ausschliessen (Ausschlussabreden), sollen die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung zur Folge haben; Abtretungsverbote, welche die Zession lediglich von weiteren Voraussetzungen wie etwa von der Anzeige an den Schuldner abhängig machen (Beschränkungsabreden), sollen dagegen zur relative Unwirksamkeit führen.¹²⁴⁵ Sodann wird die Auffassung vertreten, § 399 BGB bzw. die absolute Wirkung sollen nicht zum Zug kommen, wenn die Parteien lediglich eine rein obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo vereinbart haben.¹²⁴⁶

472 Eine gewichtige Ausnahme vom Grundsatz der absoluten Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung sieht das deutsche Recht in § 354a HGB für die Zession bestimmter Geldforderungen aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft oder gegenüber öffentlich-rechtlichen Schuldner vor. In diesen Fällen ist die abredewidrige Abtretung wirksam, wobei der Schuldner aber weiterhin mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten kann.¹²⁴⁷ Aus der Einführung dieser Vorschrift wird der Rückschluss gezogen, dass das pactum nach § 399 BGB nicht relativ, sondern absolut wirkt. Andernfalls wäre eine Regelung wie § 354a HGB überflüssig, die dem Schuldner die Möglichkeit belässt, nach der Abtretung an den Zedenten zu leisten.¹²⁴⁸

473 Eine Einschränkung erfährt die (absolute) Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung sodann bei gutem Glauben des Zessionars, wenn das pactum de non cedendo aus der Forderungsurkunde nicht hervorgeht. Ähnlich wie Art. 164 Abs. 2 OR verwehrt § 405 BGB in diesem Fall dem Schuldner ausnahmsweise die Berufung auf die Unabtretbarkeit der Forderung: «Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass [...] die Abtretung durch

1243 CANARIS, FS Serick, S. 13-33; ESSER/SCHMIDT, S. 309; ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 319-324 und 333 f.; HATTENHAUER, HKK, §§ 398-413 N 58 f.; ENCHELMAIER, S. 449-458; NEUNER, § 29 Rz. 49; STAMM, JZ 2022, S. 1093, 1098 f.

1244 Vgl. die Typologisierung der Schuldnerinteressen bei WAGNER, S. 50-52.

1245 Vereinfachte Darstellung des sehr differenzierten Vorschlags von WAGNER, S. 468-484; ablehnend BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 287-290.

1246 WILLOWEIT, S. 557-561; HATTENHAUER, HKK, §§ 398-413 N 58 f.

1247 Siehe zu § 354a HGB unten Rz. 564-577. Eine Ausnahme von der absoluten Unwirksamkeit besteht auch bei Abtretungen im Rahmen einer Securitisation (siehe unten Rz. 567).

1248 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 297 bei FN 52; vgl. auch NEFZGER, S. 242-249, 278.

Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste.»

Eine weitere Schranke wird schliesslich *pacta de non cedendo* auferlegt, die mittels AGB vereinbart werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Abtretungsverbote zwar grundsätzlich auch mittels AGB wirksam vereinbart werden. Dies setzt allerdings voraus, dass ein schützenswertes Interesse des Verwenders (Schuldners) besteht und berechnigte Belange des Gläubigers (Zedenten) nicht überwiegen.¹²⁴⁹ Zum Schutz von Konsumenten wurde diese Inhaltskontrolle 2021 durch eine Änderung des AGB-Rechts¹²⁵⁰ verschärft: Gemäss § 308 Ziff. 9 BGB ist eine AGB-Klausel unwirksam, durch welche die Abtretbarkeit einer Geldforderung gegen den AGB-Verwender ausgeschlossen wird (lit. a). In Bezug auf andere Forderungen ist ein Abtretungsausschluss ebenfalls unwirksam, wenn entweder beim Verwender kein schützenswertes Interesse besteht oder die berechtigten Belange des Gläubigers ein solches schützenswertes Interesse überwiegen (lit. b). Bei Unwirksamkeit der Klausel ist die Forderung unbeschränkt abtretbar. Die Neuerung zielt auf die Abtretung von Forderungen durch Konsumenten an Inkassounternehmen (wie z.B. Fluggastrechtspportale¹²⁵¹).¹²⁵² Keine Anwendung findet sie auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.¹²⁵³ Für diese gilt weiterhin die eingangs zitierte Rechtsprechung.

II. Österreich (bürgerliche Geschäfte)

1. Abtretungsrecht

Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)¹²⁵⁴ regelt die Forderungsabtretung («Cession») in den §§ 1392-1399. Die Bestimmungen blieben seit dem Inkrafttreten des ABGB am 1. Januar 1812 – mit Ausnahme des 2005 eingefügten § 1396a zum Zessionsverbot – unverändert. Die rechtsgeschäftliche Abtretung wird im österreichischen Recht als Verfügungsvertrag verstanden, der durch Willenseinigung zwischen Zedent («Überträger») und

1249 MüKo-KIENINGER, § 399 BGB N 40, m.Nw. zur Rechtsprechung.

1250 Vgl. Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzes für faire Verbraucherverträge vom 10. August 2021 (BGBl 2021 I, S. 3433).

1251 Siehe hierzu oben Rz. 84.

1252 Beschlussempfehlung und Bericht BGB, S. 13; MüKo-KIENINGER, § 399 BGB N 41.

1253 § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB.

1254 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811 (JGS Nr. 946/1811).

Zessionar («Übernehmer») zustande kommt.¹²⁵⁵ Die Zustimmung des Schuldners oder dessen Benachrichtigung ist für das Zustandekommen der Abtretung nicht erforderlich.¹²⁵⁶ Der Schuldner wird dadurch geschützt, dass seine Rechtsstellung durch die Zession nicht verschlechtert werden darf.¹²⁵⁷ Die Wirksamkeit der Abtretung setzt einen gültigen «Titel» (Rechtsgrund) voraus. Die Zession ist mithin ein kausales Rechtsgeschäft.¹²⁵⁸ Sie unterliegt im Allgemeinen keinem Formerfordernis.^{1259, 1260}

476 Formbedürftig ist jedoch die – gesetzlich nicht besonders geregelte – Sicherungszession. Um zu verhindern, dass die Vorschriften über die Forderungsverpfändung umgangen werden, müssen nach Rechtsprechung und Lehre bei der Sicherungsabtretung nämlich dieselben Formen eingehalten werden, welche die Begründung eines Pfandrechts an Forderungen voraussetzt (sog. Übergabe durch Zeichen¹²⁶¹).¹²⁶² Demzufolge ist bei der Abtretung von Nichtbuchforderungen die Verständigung des Schuldners über die sicherungsweise Zession erforderlich. Bei Buchforderungen kommt alternativ ein Buchvermerk in den Geschäftsbüchern des Zedenten in Betracht. Neben dem Vermerk verlangt die Rechtsprechung zusätzlich eine schriftliche Abtretungsvereinbarung, was in der Lehre kritisiert wird.¹²⁶³

2. Pactum de non cedendo

477 Das ABGB geht vom Grundsatz der freien Abtretbarkeit von Forderungen aus.¹²⁶⁴ Eine allgemeine Bestimmung über die Unabtretbarkeit von Forderungen enthält es nicht. Nicht zedierbar sind gemäss § 1393 ABGB jedoch «Rechte,

1255 THÖNI, § 1392 ABGB N 2 und 11; NEUMAYR, § 1392 ABGB N 2 und 5; ERTL, § 1392 ABGB N 1.

1256 THÖNI, § 1392 ABGB N 4; NEUMAYR, § 1392 ABGB N 2; APATHY, Sicherungszession, Rz. 5/4. Die Benachrichtigung des Schuldners ist bedeutsam für die Frage, bis wann der Schuldner befreiend an den Zedenten leisten kann (vgl. § 1395 S. 2 und § 1396 Satz 1 Halbsatz 1 ABGB).

1257 Dieses sogenannte Verbot der Schlechterstellung des Schuldners wird aus dem Grundsatz der Identität der abgetretenen Forderung gemäss § 1394 ABGB abgeleitet (vgl. THÖNI, § 1392 ABGB N 4; NEUMAYR, § 1394 ABGB N 1).

1258 THÖNI, § 1392 ABGB N 11; NEUMAYR, § 1392 ABGB N 5; APATHY, Sicherungszession, Rz. 5/4.

1259 Zu den Einzelheiten vgl. THÖNI, § 1392 ABGB N 24; NEUMAYR, § 1392 ABGB N 5; APATHY, Forderungsabtretung, S. 514–516.

1260 §§ 1392–1399 ABGB gelten auch für eine im Rahmen des Factoring vorgenommene Zession (vgl. ERTL, § 1392 ABGB N 4 und 8).

1261 § 452 i.V.m. § 427 ABGB.

1262 APATHY, Sicherungszession, Rz. 5/16; THÖNI, § 1392 ABGB N 34, je m.Nw.

1263 APATHY, Sicherungszession, Rz. 5/17 f. m.Nw.; THÖNI, § 1392 ABGB N 36 und 41. Vgl. zur Abgrenzung zwischen Buch- und Nichtbuchforderungen THÖNI, § 1392 ABGB N 37–40.

1264 § 1393 Satz 1 ABGB: «Alle veräußerlichen Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung.»

die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen». Darunter werden vor allem höchstpersönliche Rechte wie etwa familienrechtliche Ansprüche und Persönlichkeitsrechte verstanden.¹²⁶⁵ Auch gesetzlich wird die Zession für gewisse Forderungen untersagt.¹²⁶⁶

Bis zur Einführung von § 1396a ABGB im Jahr 2005 kannte das österreichische Recht keine gesetzliche Regelung des pactum de non cedendo. Nach der früheren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs waren solche Klauseln zulässig. Sie wirkten jedoch bloss obligatorisch. 1912 änderte der Gerichtshof seine Rechtsprechung zugunsten der absoluten Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote. Er folgte dabei der Rechtsinhaltslehre, indem er erwog: «Die stipulierte Unzedierbarkeit kann ja als nichts anderes aufgefaßt werden, als eine durch übereinstimmende Willenserklärung erfolgte, also vertragsmäßige Einschränkung des Forderungsrechts selbst».¹²⁶⁷ Die 3. Teilnovelle zum ABGB führte 1916 mit § 364c ABGB¹²⁶⁸ eine Vorschrift über vertragliche Veräußerungs- und Belastungsverbote hinsichtlich dinglicher Rechte ein. Solche Verbote wirken rein obligatorisch.¹²⁶⁹ Der Gesetzgeber beschränkte diese Regelung bewusst auf dingliche Rechte¹²⁷⁰ und erklärte absolut wirkende Abtretungsverbote ausdrücklich für zulässig.¹²⁷¹ Während sich die Literatur in

1265 Unabtretbar sind z.B. familienrechtliche Unterhaltsforderungen, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Privatsphäre (THÖNI, § 1393 ABGB N 8). Siehe hierzu auch oben Rz. 131.

1266 Gesetzliche Abtretungsverbote bestehen z.B. für das «Wiederkaufsrecht» (§ 1070 ABGB), das «Rückverkaufsrecht» (§ 1071 ABGB), das «Vorkaufsrecht» (§ 1074 ABGB) und den Anspruch auf Dienstleistung aus einem Dienstverhältnis (§ 1153 ABGB).

1267 Der OGH begründete dies damit, dass die «stipulierte Unzedierbarkeit [...] für den Schuldner mit Rücksicht auf die ihm eventuell in Hinkunft entstehenden Gegenforderungen und deren Geltendmachung von grosser Bedeutung sein kann.» (OGH, Urteil vom 17.9.1912, in: GLUNF 6043). Zur Entwicklung der Rechtsprechung des OGH siehe bereits oben Rz. 132 m.Nw.

1268 § 364c ABGB: «Ein vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes verpflichtet nur den ersten Eigentümer, nicht aber seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger. Gegen Dritte wirkt es dann, wenn es zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde.»

1269 Eine abredewidrige Veräußerung einer Sache ist wirksam, macht jedoch den Veräußerer schadenersatzpflichtig (RISS, § 364c ABGB N 4).

1270 Dies bekräftigte der Gesetzgeber 2005 bei der Einführung von § 1396a ABGB (vgl. ErläutRV 861, BgNR 22. GP, S. 2).

1271 Die Novelle brachte generell eine breite Angleichung an das BGB. Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo begründete der Gesetzgeber – ausser mit dem «Wesen des Verhältnisses» zwischen Gläubiger und Schuldner und der Rechtsprechung des OGH – denn auch mit der absoluten Wirkung des pactum gemäss § 399 BGB (vgl. zum Ganzen AYDINONAT, S. 20-22; HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 557, je m.Nw.).

der Folge – in Anlehnung an § 364c ABGB und unter Berufung auf den Schutz der Verkehrsinteressen – in zunehmenden Mass für die rein obligatorische Wirkung des pactum aussprach,¹²⁷² hielt der Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung des verstärkten Senats im Jahr 1984 an der absoluten Wirkung fest.¹²⁷³ Er stützte sich dabei auf den Grundsatz der Privatautonomie, der es Schuldner und Gläubiger ermögliche, eine Forderung von vornherein als unveräusserlich zu schaffen.¹²⁷⁴ Diese Ansicht fand seither auch in der Lehre wieder vermehrt Unterstützung.^{1275, 1276}

479 Der 2005 eingeführte § 1396a ABGB enthält ähnlich wie § 354a HGB eine Sonderregelung für die Abtretung von Geldforderungen aus Handelsgeschäften: Abtretungsverbote für solche Forderungen stehen der Wirksamkeit einer abredewidrigen Zession nicht entgegen. Sie wirken zwischen Zedent und Schuldner aber immerhin schuldrechtlich.¹²⁷⁷ Für alle anderen Forderungen sollen vertragliche Abtretungsverbote nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch weiterhin absolut wirken.¹²⁷⁸

480 Demnach verhindert das pactum de non cedendo einen wirksamen Forderungsübergang auf den Zessionar.¹²⁷⁹ Der Schuldner kann sich daher gegen Zessionare mit der Einwendung der Unabtretbarkeit der Forderung zur Wehr setzen¹²⁸⁰ und wird durch die Leistung an den Zedenten von seiner Schuld befreit.¹²⁸¹ Des Weiteren bedeutet die absolute Wirkung, dass sich neben dem Schuldner auch Dritte auf das pactum berufen können. Insbesondere die Gläubiger des Zedenten (bzw. der Insolvenzverwalter bei Insolvenz

1272 RABER, JBl 1971, S. 441–459; AICHER, ÖJZ 1972, S. 309–319; KOZIOL, JBl 1980, S. 113–125; HOFMANN, ÖBA 1995, S. 919–926; ERTL, § 1393 ABGB N 9. Für die rein obligatorische Wirkung des pactum wird in der österreichischen Literatur z.T. auch der Begriff «relative Wirkung» verwendet.

1273 OGH, Urteil vom 16.1.1984, in: JBl 1984, S. 311, 314: «Vereinbarungen über den Ausschluß, die Beseitigung oder die Einschränkung der Umlauffähigkeit von Forderungen wirken im rechtsgeschäftlichen Verkehr auch gegen Dritte.» Zum Ganzen HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 557.

1274 OGH, Urteil vom 16.1.1984, in: JBl 1984, S. 311, 312 und 313.

1275 HOLZNER, JBl 1998, S. 495–504; F. BYDLINSKI, S. 131 f.; SPIELBÜCHLER, § 364c ABGB N 16.

1276 Vgl. auch die Übersicht zur österreichischen Rechtslage vor Einführung von § 1396a ABGB bei F. BYDLINSKI, S. 122–127.

1277 Eingehend zur Regelung von § 1396a ABGB unten Rz. 636–648.

1278 ErläutRV 861, BgNR 22. GP, S. 6. Gl.A. ist die Lehre (vgl. LUKAS/GEROLDINGER, § 1396a ABGB N 1; NEUMAYR, § 1396a ABGB N 5; HEIDINGER, § 1393 ABGB N 49).

1279 NEUMAYR, § 1396a ABGB N 1.

1280 LUKAS/GEROLDINGER, § 1396a ABGB N 1.

1281 LUKAS, ÖBA 2000, S. 501, 507.

des Zedenten) können gegenüber dem Zessionar die Unwirksamkeit der Abtretung geltend machen, so dass die abgetretene Forderung ihnen weiterhin als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.¹²⁸²

Das pactum de non cedendo kann mit Einverständnis des Schuldners aufgehoben werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner der Abtretung zustimmt oder auf die Geltendmachung der Einwendung der Unabtretbarkeit verzichtet.¹²⁸³ Die Aufhebung des pactum wirkt gemäss der österreichischen Lehre *ex nunc*. Wenn eine Forderung mehrfach abredewidrig abgetreten worden ist und das pactum später aufgehoben wird, hat die zuerst vorgenommene Abtretung Vorrang. Ist die Forderung bei Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Zedenten unabtretbar, kann nicht durch Zustimmung des Schuldners zur Abtretung ein besseres Recht des Zessionars an der Forderung begründet werden.¹²⁸⁴

Einschränkungen der absoluten Wirkung nimmt die österreichische Literatur in zweierlei Hinsicht vor. Zum einen wird darauf hingewiesen, dass vertragliche Abtretungsverbote zufolge Sittenwidrigkeit unwirksam seien, wenn sie den Gläubiger massiv in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigen.¹²⁸⁵ Dies sei vor allem dann anzunehmen, wenn bei dauernder Geschäftsverbindung des Gläubigers zu einem Grosskunden, der die Vertragsbedingungen diktiert, das pactum de non cedendo dem Gläubiger den Zugang zu Krediten verwehre.¹²⁸⁶ Zum anderen wird darauf aufmerksam gemacht, dass es Schuldner und Gläubiger aufgrund ihrer Privatautonomie freistehe, auch ein bloss obligatorisch wirkendes Abtretungsverbot zu vereinbaren. Die von den Parteien gewollte Wirkung des pactum sei daher durch Auslegung zu ermitteln. Dabei geht die überwiegende Ansicht davon aus, dass die absolute Wirkung dem hypothetischen Parteiwillen entspreche.¹²⁸⁷

1282 THÖNI, §1393 ABGB N 84; AYDINONAT, S. 95-101. LUKAS/GEROLDINGER, §1396a ABGB N 1, weisen allerdings darauf hin, dass die Rechtsprechung diese Frage noch nicht geklärt habe.

1283 Vgl. zu einem konkludenten Verzicht OGH, Urteil vom 16.1.1984, in: JBl 1984, S. 311, 315.

1284 Zur ganzen Rz. THÖNI, §1393 ABGB N 88 f.

1285 P. BYDLINSKI, ÖBA 1995, S. 850-859; BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 206 f.; AYDINONAT, S. 16 f.

1286 P. BYDLINSKI, ÖBA 1995, S. 850, 857 und 859.

1287 THÖNI, §1393 ABGB N 87. Eingehend zur Auslegung F. BYDLINSKI, S. 135-140. Vgl. auch BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 207 f. und AYDINONAT, S. 27.

III. Niederlande

1. Nieuw Burgerlijk Wetboek

483 Charakteristisch für das niederländische Zessionsrecht ist die Aufspaltung der Abtretung in ein vermögensrechtliches und ein schuldrechtliches Element. Das erste betrifft den Übergang des Rechts an der Forderung und wird im dritten Buch (Allgemeiner Teil des Vermögensrechts) des Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) geregelt.¹²⁸⁸ Das schuldrechtliche Element umfasst die Auswirkungen der Zession auf die obligationenrechtliche Beziehung des alten bzw. des neuen Gläubigers zum Schuldner. Die diesbezüglichen Vorschriften finden sich im sechsten Buch des NBW (Allgemeiner Teil des Schuldrechts).^{1289, 1290} Beide Bücher traten am 1. Januar 1992 in Kraft. Aufgrund ihres jüngeren Alters sowie der empirischen Untersuchungen und umfassenden rechtsvergleichenden Studien, die der Kodifikation zugrunde liegen,¹²⁹¹ ist die Regelung des Zessionsrechts im NBW für die Rechtsvergleichung von besonderem Interesse.

2. Abtretungsrecht

484 Nach niederländischem Recht setzt die Gültigkeit der Abtretung einen Übertragungsakt («akte van cessie») voraus, der auf einem gültigen Rechtsgrund beruht (z.B. auf einem Vertrag, der den Gläubiger verpflichtet, seine Forderung abzutreten). Ausserdem muss der Zedent befugt sein, über die Forderung zu verfügen, und muss die Forderung abtretbar sein.¹²⁹² Der Übertragungsakt kann auf zwei Arten vorgenommen werden: erstens durch schriftliche Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar und zusätzliche Notifikation der Abtretung an den Schuldner (Art. 3:94 Abs. 1 NBW, sog. offene Zession) oder zweitens durch öffentliche Beglaubigung oder Registereintragung der Abtretung (Art. 3:94 Abs. 3 NBW), ohne dass eine Notifikation erforderlich ist (sog. stille Zession).¹²⁹³ Gemäss Art. 3:83 Abs. 1 NBW sind Forderungen abtretbar, es sei denn, das Gesetz oder die Natur des Rechts schliessen die Zession aus.¹²⁹⁴ Unzulässig ist nach Art. 3:84 Abs. 3 NBW die Sicherungszession.¹²⁹⁵ Als Ersatz

1288 Art. 3:83-3:98 NBW.

1289 Art. 6:142-6:154 NBW.

1290 Zur ganzen Rz. STORME, S. 163.

1291 SCHMIEDEL, S. 234.

1292 Art. 3:84 Abs. 1 NBW; VAN VLIET, S. 106.

1293 CHORUS, S. 222 f., Ziff. 30.

1294 Zur Unabtretbarkeit aufgrund eines pactum de non cedendo siehe sogleich Rz. 485-490.

1295 REEHUIS, S. 472-474.

dafür dient die Verpfändung der Forderung unter gleichzeitiger Bevollmächtigung des Pfandgläubigers, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen.¹²⁹⁶

3. Pactum de non cedendo

Zum pactum de non cedendo äussert sich das Art. 3:83 Abs. 2 NBW¹²⁹⁷ wie folgt: 485

Artikel 3:83

(2) Die Übertragbarkeit von Forderungen kann auch durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden.

Nach dieser Vorschrift schliesst ein pactum de non cedendo die Übertragbarkeit einer Forderung aus. Dieser Ausschluss wirkt nach einem grundlegenden Urteil des Hoge Raad, des obersten Gerichts der Niederlande, aus dem Jahr 2003 absolut.¹²⁹⁸ Das Gericht begründete dieses Ergebnis damit, dass ein vertragliches Abtretungsverbot nicht bloss zu einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Zedenten führe.¹²⁹⁹ Die Lehre folgerte daraus, dass das pactum de non cedendo die Forderung verändere.¹³⁰⁰ Rechtsprechung und Lehre folgen damit dem in der Schweiz, in Deutschland und in Österreich vorherrschenden Verständnis der Natur des pactum: Dieses verändert eine Forderung inhaltlich, indem sie durch die Vereinbarung der Parteien unabtretbar wird.^{1301, 1302} 486

Die absolute Wirkung des pactum wurde in der niederländischen Literatur kritisiert, weil sie die forderungsgestützte Finanzierung behindere.¹³⁰³ 487
Trotzdem sah der Hoge Raad in einem Urteil aus dem Jahr 2014 darin «keinen ausreichenden Grund, seine Rechtsprechung zu überdenken.» Denn diese stehe im Einklang mit dem Gesetzestext und der Gesetzgebungsgeschichte.¹³⁰⁴

1296 So insbesondere auch beim Factoring (HAGEDORN/TERVOORT, S. 225, Rz. 117).

1297 «De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.» Deutsche Übersetzung durch NIEPER/WESTERDIJK, S. 50.

1298 HR, Urteil vom 17.1.2003, C01/162HR; vgl. bereits HR, Urteil vom 29.1.1993, in: NJ 1994, Nr. 171, Ziff. 3.4.

1299 HR, Urteil vom 17.1.2003, C01/162HR, inhoudsindicatie und Ziff. 3.4.2.

1300 VAN VLIET, S. 106f.

1301 Sog. Rechtsinhaltsstheorie. Siehe eingehend zur Natur des pactum de non cedendo oben Rz. 188-198.

1302 Die absolute Unwirksamkeit gilt gleichermassen für die abredewidrige Verpfändung einer Forderung; auch hier wirkt das pactum absolut (Art. 3:98 NBW; VAN VLIET, S. 107; REEHUIS, S. 480f.).

1303 MILO, S. 84 und 99.

1304 HR, Urteil vom 21.3.2014, 12/05258, Ziff. 3.3.1f.

Der Hoge Raad erwog allerdings weiter, dass das pactum nach objektiven Massstäben auszulegen sei. Dabei sei zunächst davon auszugehen, dass es nur schuldrechtliche Wirkung entfalte, es sei denn, aus seinem Wortlaut ergebe sich, dass es sachenrechtliche Wirkungen im Sinne von Art. 3:83 Abs. 2 NBW entfalten solle.¹³⁰⁵

488 Nach der Rechtsprechung des Hoge Raad kann das pactum de non cedendo demnach – je nach Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner – absolut oder rein schuldrechtlich wirken und ist ohne ausdrückliche Vereinbarung der absoluten Wirkung anzunehmen, dass das pactum nur schuldrechtlich wirkt. Diese Lockerung der Haltung des Hoge Raad zur Wirkung des pactum dürfte an der tatsächlichen Rechtslage jedoch wenig ändern. Denn ein Schuldner, der in der Verhandlungsposition ist, ein pactum de non cedendo auszuhandeln, kann auch durchsetzen, dass das pactum absolut wirkt. Die vom Hoge Raad geäußerte Vermutung zugunsten der obligatorischen Wirkung dürfte daher in der Vertragspraxis wohl dazu führen, dass regelmässig ausdrücklich die absolute Wirkung vereinbart wird.

489 Eine Ausnahme von der absoluten Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung sieht Art. 3:36 NBW für den Fall vor, dass der Zessionar eine Forderung im vom Schuldner veranlassten Vertrauen auf die Übertragbarkeit der Forderung erworben hat.¹³⁰⁶ Trifft dies zu, bleibt die Abtretung zwar ungültig. Der Zedent und insbesondere der Schuldner, die diesen falschen Anschein zu verantworten haben, können sich aber gegenüber dem Abtretungsempfänger nicht auf das pactum de non cedendo berufen. Der Zessionar kann mithin so handeln, als ob die Abtretung gültig wäre.¹³⁰⁷ Als Beispiel wird der Fall genannt, dass das Abtretungsverbot in einem separaten, dem Zessionar unbekanntem Dokument enthalten ist.¹³⁰⁸ Damit kommt die Ausnahme im Wesentlichen der Vorschrift von Art. 164 Abs. 2 OR gleich.¹³⁰⁹

1305 HR, Urteil vom 21.3.2014, 12/05258, Ziff. 3.4.2.

1306 Art. 3:36 NBW: «Gegenüber demjenigen, der als Dritter aufgrund einer Erklärung oder eines Verhaltens entsprechend dem Sinn, den er dieser bzw. diesem unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise zuschreiben durfte, das Entstehen, das Bestehen oder den Untergang eines bestimmten Rechtsverhältnisses angenommen hat und im angemessenen Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Annahme gehandelt hat, kann sich derjenige, um dessen Erklärung oder Verhalten es geht, bezüglich dieser Handlung nicht auf die Unrichtigkeit jener Annahme berufen.» (deutsche Übersetzung: NIEPER/WESTERDIJK, S. 26f.).

1307 VAN VLIET, S. 108.

1308 VAN VLIET, S. 107.

1309 Siehe zu Art. 164 Abs. 2 OR oben Rz. 275-277.

4. Fazit

Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 3:83 Abs. 2 NBW 490 entspricht derjenigen gemäss den im 19. Jahrhundert bzw. zu Beginn des 20. Jahrhunderts geschaffenen Kodifikationen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz. Zusammen mit den strengen Formerfordernissen der Abtretung und dem Verbot der Sicherungszession trägt sie zum Bild einer wenig abtretungsfreundlichen Rechtsordnung bei. Aus rechtsvergleichender Sicht gelangt man somit zum etwas überraschenden Ergebnis, dass die nationalen und internationalen Rechtsentwicklungen des 20. Jahrhunderts¹³¹⁰ im neuen bürgerlichen Gesetzbuch der Niederlande keinen Niederschlag gefunden haben.¹³¹¹ Immerhin stiess der Hoge Raad im Jahr 2014 aber die Tür zur Vereinbarung rein obligatorisch wirkender Abtretungsverbote auf. Trotz dieser Relativierung wird das niederländische Abtretungsrecht vorliegend entsprechend der gesetzlichen Konzeption von Art. 3:83 Abs. 2 NBW dem Regelungsmodell der absoluten Wirkung zugeordnet.

§18 Relative Wirkung

Eine Mittelstellung zwischen der absoluten Unwirksamkeit und der absoluten 491 Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung nehmen Regelwerke ein, welche die Unwirksamkeit auf das Verhältnis zum Schuldner beschränken. Gemäss diesen kann sich nur der Schuldner erfolgreich auf die Unwirksamkeit der Abtretung wegen Verletzung des pactum de non cedendo berufen. Im Verhältnis zu allen anderen Personen ist die Forderung wirksam auf den Zessionar übergegangen.¹³¹² Aus dieser *relativen Unwirksamkeit der Abtretung* folgt einerseits, dass der Schuldner auch nach erfolgter Abtretung befreiend an den Zedenten leisten kann. Andererseits verlieren die Gläubiger des Zedenten die Forderung als Haftungsobjekt.

Dem Regelungskonzept der relativen Unwirksamkeit der Abtretung lassen 492 sich – zumindest dem Grundsatz nach – das italienische Recht (unten Ziff. I) sowie das Recht von England und Wales (Ziff. II) zuordnen. Auch die Regelung

1310 Siehe hierzu unten Rz. 686-690.

1311 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 327. Die Erklärung dafür liegt womöglich darin, dass das dritte Buch des NBW inhaltlich grösstenteils auf einem bis 1954 erarbeiteten Entwurf beruht (vgl. SCHMIEDEL, S. 234 f.).

1312 Vgl. GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 327 f.

des pactum de non cedendo im reformierten französischen Code civil wird in der französischen Literatur mehrheitlich im Sinn der relativen Unwirksamkeit ausgelegt (Ziff. III). Schliesslich sehen auch der Code Européen des Contrats (Ziff. IV) und die PECL (Ziff. V) im Grundsatz die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung vor.

493 Neben dem Konzept der relativen Unwirksamkeit wird nachfolgend auch das diesem nahestehende Konzept von § 354a HGB (Ziff. VI) und Art. III.-5:108 DCFR (Ziff. VII) dargestellt. Demnach ist die abredewidrig abgetretene Forderung zwar auch gegenüber dem Schuldner wirksam auf den Zessionar übergegangen und die Abtretung damit (absolut) wirksam. Der Schuldner kann jedoch weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten. In der praktischen Auswirkung des pactum für den Schuldner und die Gläubiger des Zedenten gleicht dieses Konzept somit demjenigen der relativen Unwirksamkeit.¹³¹³ Beide Konzepte werden in der vorliegenden Arbeit im Regelungsmodell der *relativen Wirkung des pactum* zusammengefasst.¹³¹⁴

I. Italien

1. Abtretungsrecht

494 Die Forderungsabtretung (*cessione dei crediti*) wird im italienischen Recht in Art. 1260-1267 des *Codice civile italiano* (CCit)¹³¹⁵ geregelt. Sie ist als Vertrag zwischen Zedent (*cedente*) und Zessionar (*cessionario*) konzipiert.¹³¹⁶ Die Zustimmung des Schuldners (*debitore ceduto*) ist keine Gültigkeitsvoraussetzung (Art. 1260 Abs. 1 CCit).¹³¹⁷ Zwischen Rechtsgrund und Verfügungsgeschäft wird nicht unterschieden:¹³¹⁸ Die Forderung geht mit der Vereinbarung des schuldrechtlichen Vertrags über;¹³¹⁹ ein zusätzlicher Übertragungsakt ist nicht erforderlich. Sofern der schuldrechtliche Vertrag, durch

1313 Näher hierzu unten Rz. 574-577 und 588.

1314 Siehe zu dieser Begrifflichkeit auch oben FN 599 und 604.

1315 Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262 (Königliches Dekret vom 16. März 1942, Nr. 262).

1316 ZACCARIA, Art. 1260, Ziff. IRz. 1; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 424; DOLMETTA/PORTALE, S. 344; ROMAGNO, Art. 1260, S. 47.

1317 GALGANO, Trattato, S. 121; DERS., *Diritto privato*, S. 433; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 425; DOLMETTA/PORTALE, S. 344; ROMAGNO, Art. 1260, S. 9, 47.

1318 Sog. Einheitsprinzip. Vgl. DOLMETTA/PORTALE, S. 345; GALGANO, Trattato, S. 123; DERS., *Diritto privato*, S. 434; ROMAGNO, Art. 1260, S. 14-25.

1319 Sog. Konsensprinzip («principio del consenso traslativo»). Vgl. Art. 1376 CCit; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 426; DOLMETTA/PORTALE, S. 345; GALGANO, Trattato, S. 124; MARTINO, S. 125; BATTAFARANO, S. 37.

den die Abtretung bewirkt wird, keiner besonderen Form bedarf, unterliegt die Abtretung keinem Formerfordernis und kann daher auch mündlich vereinbart werden.¹³²⁰

Eine besondere Bedeutung kommt im italienischen Zessionsrecht der 495
Notifikation der Abtretung an den Schuldner (*notificazione*) bzw. deren An-
nahme durch diesen (*accettazione*) zu. Diesbezüglich wird die für romanische
Rechtsordnungen typische Unterscheidung getroffen zwischen der Wirksam-
keit der Abtretung im Innenverhältnis, d.h. zwischen Zedent und Zessionar,
und der Wirksamkeit im Aussenverhältnis, d.h. gegenüber Dritten. Im Innen-
verhältnis vollzieht sich der Forderungsübergang durch bloße Vereinbarung
zwischen Zedent und Zessionar.¹³²¹ Auch gegenüber dem Schuldner wird
die Zession – nach der heute in Rechtsprechung und Lehre massgebenden
Ansicht – mit dem Abschluss des Abtretungsvertrags zwischen Zedent und
Zessionar wirksam.^{1322, 1323} Gegenüber weiteren Dritten, wie namentlich den
Gläubigern des Zedenten¹³²⁴ und konkurrierenden Zessionaren im Fall der
Mehrfachzession,¹³²⁵ erfordert die Wirksamkeit der Zession hingegen die Noti-
fikation der Abtretung oder deren Annahme durch den Schuldner.¹³²⁶ Diese
Förmlichkeit macht die italienische «*cessione del credito*» zu einem schwer-
fälligen Instrument, das sich für eine schnelle und sichere Zirkulation von
Forderungen wenig eignet.¹³²⁷

Erleichtert wird die Forderungsabtretung in zwei handelsrechtlichen 496
Sondergesetzen. Zum einen regelt ein Gesetz aus dem Jahr 1991¹³²⁸ die Abtre-
tung monetärer «Unternehmensforderungen» (*crediti d'impresa*) an Kredit-

1320 ASTONE, Art. 1260, Ziff. 3, S. 2385; ROMAGNO, Art. 1260, S. 100f.; PERLINGIERI, Art. 1260, S. 80; ZACCARIA, Art. 1260, Ziff. III Rz. 1; DOLMETTA/PORALE, S. 344.

1321 BIANCA, S. 579; GALGANO, Trattato, S. 125; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 426.

1322 Cass. 2012/52, Urteil vom 10.1.2012; DOLMETTA/PORALE, S. 348f.; BIANCA, S. 582-584; PERLINGIERI, Art. 1264, S. 159-172; VELTRI, in: *i Contratti* 2012, S. 174, 176f.; vgl. auch ROMAGNO, Art. 1264, S. 184f.; MARTINO, S. 127.

1323 Im Verhältnis zum Schuldner ist die Notifikation bzw. die Annahme für die Frage bedeutsam, bis wann der Schuldner befreiend an den Zedenten leisten kann (Art. 1264 CCit; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 426; GALGANO, Trattato, S. 125; DERS., *Diritto privato*, S. 435).

1324 Vgl. Art. 2914 Ziff. 2 CCit: Abtretungen, die erst nach Pfändung dem Schuldner angezeigt oder von diesem angenommen werden, erzeugen keine Wirkung zum Nachteil des pfändenden Gläubigers des Zedenten.

1325 Vgl. Art. 1265 CCit: Bei Mehrfachzession geht die zuerst notifizierte oder angenommene Abtretung vor (vgl. auch TORRENTE/SCHLESINGER, S. 426; GALGANO, Trattato, S. 125; DERS., *Diritto privato*, S. 435).

1326 BIANCA, S. 608f.

1327 BIANCA, S. 609; KLEIN, S. 100.

1328 Legge 21 febbraio 1991, n. 52, *Disciplina della cessione dei crediti di impresa*.

institute. In seinen Anwendungsbereich fällt insbesondere das Factoringgeschäft. Für die Wirksamkeit der Zession gegenüber Dritten ist hier die Zahlung des Factors an das Unternehmen massgebend.¹³²⁹ Zum anderen fördert ein Gesetz aus dem Jahr 1999¹³³⁰ das Securitisationsgeschäft (cartolarizzazione). Hier setzt die Wirksamkeit der Abtretung gegenüber Dritten voraus, dass die Zession im amtlichen Gesetzblatt (Gazzetta Ufficiale) veröffentlicht wird.¹³³¹ Eine Regelung zum pactum de non cedendo enthält keines der beiden Sondergesetze. Diesbezüglich finden die allgemeinen Normen des Codice civile Anwendung.¹³³²

- 497 Das italienische Recht kennt sowohl die Forderungsverpfändung als auch die Sicherungszession als Sicherungsgeschäfte. Die Forderungsverpfändung (pegno di crediti) ist in Art. 2800-2807 CCit geregelt. Zur Sicherungszession (cessione a scopo di garanzia) enthält der Codice civile keine Vorschriften. Ihre Zulässigkeit war lange umstritten.¹³³³ Mittlerweile wird sie jedoch überwiegend anerkannt und ist in der Bankenpraxis fest etabliert.¹³³⁴ Sie folgt den allgemeinen Bestimmungen über die Forderungsabtretung.¹³³⁵

2. Pactum de non cedendo

- 498 Der Codice civile regelt die Abtretbarkeit von Forderungen im Allgemeinen und das pactum de non cedendo im Besonderen in Art. 1260.^{1336, 1337}

1329 Art. 5 Abs. 1 legge 21 febbraio 1991, n. 52. Vgl. zur «cessione dei crediti di impresa» bzw. zum «factoring» TORRENTE/SCHLESINGER, S. 428-430.

1330 Legge 30 aprile 1999, n. 130, Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti.

1331 Art. 4 Abs. 1 und 2 legge 30 aprile 1999, n. 130.

1332 DOLMETTA/PORTALE, S. 341. Vgl. zur «cartolarizzazione dei crediti» SCHLESINGER, Riv. dir. civ. 2001 II, S. 265-270; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 430-432.

1333 Vgl. DOLMETTA/PORTALE, S. 374-377; CURRAN, S. 255f.

1334 CURRAN, S. 256-258; ROMAGNO, Art. 1260, S. 29f.

1335 LURGER, S. 156.

1336 Art. 1260 Abtretbarkeit von Forderungen

(1) Der Gläubiger kann seine Forderung auch ohne Zustimmung des Schuldners entgeltlich oder unentgeltlich übertragen, vorausgesetzt, dass die Forderung nicht höchstpersönlicher Natur oder die Übertragung nicht gesetzlich verboten ist.

(2) Die Parteien können die Abtretbarkeit der Forderung ausschliessen. Eine solche Vereinbarung kann gegenüber dem neuen Gläubiger jedoch nicht geltend gemacht werden, wenn nicht bewiesen wird, dass dieser die Vereinbarung im Zeitpunkt der Abtretung kannte.

Deutsche Übersetzung durch PATTI.

1337 Eine weitgehend gleichlautende Vorschrift enthält das portugiesische Zivilgesetzbuch in Art. 577 Ziff. 2 Código Civil.

Art. 1260 Cedibilità dei crediti

- (1) Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge.
- (2) Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione.

Abtretbar sind grundsätzlich alle Forderungen,¹³³⁸ sofern sie nicht höchstpersönlicher Natur sind oder ihre Übertragung nicht gesetzlich verboten ist (Art. 1260 Abs. 1 CCit). Höchstpersönlich sind Forderungen, bei denen es nicht als gleichgültig angesehen werden kann, ob der Schuldner zugunsten der einen oder der anderen Partei leistet. Als Beispiele werden der Anspruch auf Arbeitsleistung¹³³⁹ und die Forderung des Verlegers gegenüber dem Schriftsteller aus Verlagsvertrag auf Überlassung eines Werks zum Zweck der Herausgabe¹³⁴⁰ genannt. Gesetzlich verboten ist beispielsweise die Abtretung familienrechtlicher Unterhaltsansprüche.¹³⁴¹ Art. 1261 CCit verbietet sodann die Abtretung von Forderungen, über die vor Gericht ein Rechtsstreit hängig ist, unter anderem an Personen, die am für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständigen Gericht tätig sind.¹³⁴²

Art. 1260 Abs. 2 CCit ermöglicht es dem Schuldner und dem Gläubiger, die Abtretbarkeit der sie verbindenden Forderung durch den Abschluss eines pactum de non cedendo¹³⁴³ auszuschliessen.¹³⁴⁴ Dies weicht von der allgemeinen Regelung in Art. 1379 CCit¹³⁴⁵ ab, wonach vertragliche Veräußerungsverbote

1338 Sog. «principio della libera cedibilità dei crediti» (ROMAGNO, Art. 1260, S. 9; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 424).

1339 DOLMETTA/PORTALE, S. 358.

1340 GALGANO, Trattato, S. 124 f.; DERS., Diritto privato, S. 434.

1341 Art. 447 Abs. 1 CCit.

1342 Vgl. TORRENTE/SCHLESINGER, S. 424.

1343 Das pactum de non cedendo trägt auf Italienisch verschiedene Namen: «il divieto negoziale di cessione (del credito)», «il divieto convenzionale di cessione (del credito)», «il patto di incedibilità (del credito)», «il patto di non trasferibilità (del credito)», «la clausola d'incedibilità (del credito)», «la clausola di divieto di cessione (del credito)» oder auch «pactum de non cedendo».

1344 GALGANO, Trattato, S. 125.

1345 Art. 1379 CCit (Divieto di alienazione)

«Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti.»

nur zwischen den Parteien, d.h. rein obligatorisch, wirken.¹³⁴⁶ Auch die Voraussetzungen von Art. 1379 CCit, dass das Verbot zeitlich angemessen begrenzt wird und einem schutzwürdigen Interesse einer der Parteien entspricht, gelten für die Gültigkeit vertraglicher Abtretungsverbote nicht.¹³⁴⁷ In der Literatur wird allerdings zum Teil die Ansicht vertreten, dass auch die Gültigkeit des pactum de non cedendo davon abhängt, dass es schutzwürdige Interessen verfolge. Denn das Erfordernis eines schutzwürdigen Interesses sei nach Art. 1322 CCit¹³⁴⁸ Grundlage jeder Vereinbarung. Entsprechend seien vertragliche Abtretungsverbote nur wirksam, wenn sie einem gerechtfertigten Interesse des Schuldners entsprächen.¹³⁴⁹

501 Art. 1260 Abs. 2 Halbsatz 2 CCit statuiert, dass das pactum de non cedendo dem Zessionar, der davon keine Kenntnis gehabt hat, nicht entgegengehalten werden kann. Dieser erwirbt folglich die Forderung trotz Verletzung des pactum. Ist der Zessionar in diesem Sinn gutgläubig, wirkt das pactum daher – entsprechend der Grundregel von Art. 1379 CCit – bloss obligatorisch und ist die abredewidrige Abtretung mithin wirksam.¹³⁵⁰

502 Kannte der Zessionar hingegen das pactum de non cedendo, kann ihm dieses entgegengehalten werden. Wer dem Zessionar das Abtretungsverbot entgegenhalten kann und welche Folgen dies für die (Un-)Wirksamkeit der Abtretung hat, sagt der Gesetzestext nicht. Das italienische Schrifttum setzt sich mit der ersten Frage kaum auseinander, sondern scheint implizit anzunehmen, dass es der Schuldner ist, der sich gegenüber dem Zessionar auf das pactum berufen kann.¹³⁵¹ Immerhin scheint klar zu sein, dass die Gläubiger des Zedenten sich nicht wegen Verletzung des Abtretungsverbots auf

1346 BIANCA, S. 578; BATAFARANO, S. 186 und 189. Art. 1379 CCit findet auf Abtretungsverbote Anwendung, die zwischen Zedent und Zessionar vereinbart werden (DOLMETTA/PORTALE, S. 358; ROMAGNO, Art. 1260, S. 98-100; BATAFARANO, S. 188 f.; a.A. PERLINGIERI, Art. 1260, S. 26 f. [Anwendung von Art. 1260 Abs. 2 CCit]).

1347 BIANCA, S. 578.

1348 Art. 1322 CCit (Autonomia contrattuale)
 «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.
 Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.»

1349 DOLMETTA/PORTALE, S. 359; ROMAGNO, Art. 1260, S. 88-92; eingehend zur Diskussion BATAFARANO, S. 186-189.

1350 ASTONE, Art. 1260, Ziff. 5, S. 2387; BATAFARANO, S. 189; KLEIN, S. 103; vgl. ROMAGNO, Art. 1260, S. 97; PERLINGIERI, Art. 1260, S. 66.

1351 Vgl. NATALE, S. 700; ROMAGNO, Art. 1260, S. 93; PERLINGIERI, Art. 1260, S. 25; DOLMETTA, S. 312 bei FN 103; DOLMETTA/PORTALE, S. 357-361. Vgl. jedoch BIANCA, S. 579, wonach neben dem Schuldner auch der Zedent berechtigt sein soll, sich auf die «Unwirksamkeit» der Abtretung zu berufen.

die Ungültigkeit einer Zession berufen können.¹³⁵² Hält der Schuldner dem Zessionar das Abtretungsverbot entgegen, ist die Zession für den Schuldner unwirksam.¹³⁵³ Für diesen ist nach wie vor der Zedent der Forderungsinhaber. Der Schuldner ist deshalb berechtigt, gegenüber dem Zessionar die Leistung zu verweigern.¹³⁵⁴ Für andere Dritte hingegen ist die Abtretung wirksam und die Forderung auf den Zessionar übergegangen.¹³⁵⁵ Die Unwirksamkeit der Abtretung ist somit auf das Verhältnis zum Schuldner beschränkt. Mit anderen Worten ist die abredewidrige Abtretung relativ unwirksam¹³⁵⁶ bzw. wirkt das pactum de non cedendo nur relativ.¹³⁵⁷

Leistet der Schuldner in diesem Fall an den Zedenten, wird er von seiner Leistungspflicht befreit. Der Zessionar hat dann gegen den Zedenten einen Anspruch auf Herausgabe der erhaltenen Leistung.¹³⁵⁸ Alternativ kann der Zessionar den Abtretungsvertrag aufheben oder wegen Irrtums anfechten. Denn der Zedent verletzte seine Informationspflicht gegenüber dem Zessionar, indem er diesen nicht über das pactum de non cedendo in Kenntnis setzte.¹³⁵⁹

Massgebender Zeitpunkt für die Kenntnis des Zessionars vom pactum ist derjenige der Abtretung, bei der Zession einer zukünftigen Forderung spätestens der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung.¹³⁶⁰ Die Unkenntnis des Zessionars wird in Art. 1260 Abs. 2 CCit vermutet.¹³⁶¹ Diese Vermutung kann durch den Beweis der Kenntnis des pactum widerlegt werden. Dabei trägt diejenige Person die Beweislast, die sich auf die Kenntnis des Zessionars bezieht,¹³⁶² d.h. der Schuldner.¹³⁶³

1352 DOLMETTA, S. 312 bei FN 104; BATTAFARANO, S. 192 und 200 f.

1353 NATALE, S. 700 («inefficacia (così detta relativa) del trasferimento nei soli riguardi del debitore»); ASTONE, Art. 1260, Ziff. 5, S. 2387 («cessione [...] inefficace nei confronti del debitore»); ROMAGNO, Art. 1260, S. 93 («acquisto [...] inefficace nei confronti del debitore»).

1354 NATALE, S. 700; DOLMETTA, S. 312 bei FN 105; ROMAGNO, Art. 1260, S. 93.

1355 BATTAFARANO, S. 192 und 200 f.; ASTONE, Art. 1260, Ziff. 5, S. 2387 («la cessione [...] produce comunque i suoi effetti tra cedente e cessionario»), a.A. PERLINGIERI, Art. 1260, S. 65 f. (keine Abtragungswirkung ohne Zustimmung des Schuldners).

1356 NATALE, S. 700; BATTAFARANO, S. 192; KLEIN, S. 103. Vgl. auch DOLMETTA, S. 312 bei FN 104: «carattere relativamente incedibile del credito trasferito». Ebenso ist die abredewidrige Abtretung im portugiesischen Recht relativ unwirksam (vgl. oben FN 1337; CAEIRO / AZEVEDO MAIA, S. 558; PESTANA DE VASCONCELOS, Rz. 14).

1357 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 330.

1358 Art. 1189 CCit; NATALE, S. 700 f.; ROMAGNO, Art. 1260, S. 93.

1359 DOLMETTA, S. 314 f., FN 105; NATALE, S. 703 f.; BATTAFARANO, S. 195.

1360 NATALE, S. 704; DOLMETTA/PORTALE, S. 360; ROMAGNO, Art. 1260, S. 96 f.

1361 BATTAFARANO, S. 200.

1362 BIANCA, S. 579.

1363 Cass. 825/2015, Urteil vom 20.1.2015, E. 2.2; Cass. 5129/2020, Urteil vom 26.2.2020, E. 5.2.3; PERLINGIERI, Art. 1260, S. 26; DOLMETTA/PORTALE, S. 359 f.; NATALE, S. 702 f.; ASTONE, Art. 1260, Ziff. 5, S. 2386; TORRENTE/SCHLESINGER, S. 424; ROMAGNO, Art. 1260, S. 97.

505 In der Literatur wurde die Ansicht vertreten, dass die Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung nicht nur bei positiver Kenntnis des Abtretungsverbots, sondern bereits bei schuldhafter Unkenntnis des pactum gelte.¹³⁶⁴ In einem Urteil aus dem Jahr 2015 stellte die Corte Suprema di Cassazione jedoch klar, dass die Unwirksamkeit der Abtretung die tatsächliche Kenntnis des Zessionars vom pactum voraussetze. Blosser Erkennbarkeit genüge nicht. Das Kassationsgericht begründete dies damit, dass der Grundsatz der freien Abtretbarkeit von Forderungen nach Art. 1260 CCit beim Zessionar die Erwartung der Abtretbarkeit der Forderung und damit der Rechtmässigkeit der zu seinen Gunsten vorgenommenen Abtretung wecke. Ausserdem sei die Drittwirksamkeit des pactum eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz von Art. 1372 CCit,¹³⁶⁵ wonach Verträge grundsätzlich nur *inter partes* wirkten. Neben seinem Wortlaut spreche auch der Gesetzeszweck, die Sicherheit des Forderungsverkehrs («certezza della circolazione dei crediti») zu gewährleisten, für eine restriktive Auslegung von Art. 1260 Abs. 2 CCit. Fälle, in denen die Wirkung des pactum über die rein obligatorische ausgedehnt werde, seien daher maximal zu begrenzen.¹³⁶⁶

506 Auch der in der Literatur vertretenen Ansicht, dass der Schuldner die Unkenntnis des Zessionars zerstören könne, indem er das Abtretungsverbot in die Schuldurkunde aufnehmen lasse, die der Zedent dem Zessionar nach Art. 1262 CCit übergeben müsse,¹³⁶⁷ erteilte der Kassationsgerichtshof eine Absage. Denn der Zessionar könne nur dann Kenntnis vom Abtretungsverbot erlangen, wenn er sein Recht, den urkundlichen Nachweis der Forderung zu erhalten, auch tatsächlich ausübe, wozu er aber nicht verpflichtet sei. Die gegenteilige Ansicht würde demgegenüber darauf hinauslaufen, dass das pactum dem Zessionar immer entgegengehalten werden könnte.¹³⁶⁸

3. Fazit

507 Nach Art. 1260 Abs. 2 CCit ist eine abredewidrige Abtretung grundsätzlich dem Schuldner gegenüber (relativ) unwirksam. Der gutgläubige Zessionar

1364 PERLINGIERI, Art. 1260, S. 26; DOLMETTA/PORTALE, S. 360; NATALE, S. 703; ASTONE, Art. 1260, Ziff. 5, S. 2386 f.

1365 Art. 1372 CCit (Efficacia del contratto)
 «Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.
 Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.»

1366 Cass. 825/2015, Urteil vom 20.1.2015, E. 2.2; bestätigt in Cass. 5129/2020, Urteil vom 26.2.2020, E. 5.2.3; vgl. ROMAGNO, Art. 1260, S. 94 f.

1367 BATTAFARANO, S. 190; vgl. auch KLEIN, S. 103.

1368 Cass. 825/2015, Urteil vom 20.1.2015, E. 2.2.

wird allerdings geschützt: Das pactum wirkt in diesem Fall rein obligatorisch und die abredewidrige Abtretung ist mithin absolut wirksam. Das italienische Recht kombiniert somit die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung mit dem Schutz des guten Glaubens des Zessionars. Entsprechend dem gesetzlichen Ausgangspunkt der relativen Unwirksamkeit wird Art. 1260 Abs. 2 CCit in der vorliegenden Untersuchung unter das Regelungsmodell der relativen Wirkung eingereiht. Angesichts dieser Zuordnung darf aber nicht ausser Acht bleiben, dass die Rechtsprechung der Corte Suprema di Cassazione die relative Wirkung und damit die praktische Bedeutung vertraglicher Abtretungsverbote seit 2015 erheblich einschränkt, indem sie an den Beweis der Bösgläubigkeit des Zessionars hohe Anforderungen stellt.

II. England und Wales

1. Abtretungsrecht

A. Legal assignment und equitable assignment

Für die Forderungsabtretung wird im Recht von England und Wales¹³⁶⁹ 508 der Begriff «assignment» verwendet. Die daran Beteiligten heissen auf Englisch «assignor» (Zedent), «assignee» (Zessionar) und «obligor» (Schuldner). Abtretbare Rechte werden als «choses in action» oder «things in action» bezeichnet.¹³⁷⁰

Die Idee der Abtretbarkeit von Forderungen hat sich im englischen Recht 509 vergleichsweise spät durchgesetzt. Zuerst waren es die Equity-Gerichte, welche die Forderungsabtretung in ihrer Billigkeitsrechtsprechung anerkannten. Erst der Supreme Court of Judicature Act¹³⁷¹ aus dem Jahr 1873 ermöglichte es dem Zessionar auch vor den Common-Law-Gerichten, eine abgetretene Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen.¹³⁷² Entsprechend dieser Unterscheidung zwischen den Gerichtsbarkeiten «at (common) law» und «in equity» werden in England noch heute zwei Arten der Forderungsabtretung unterschieden: das «legal assignment»¹³⁷³ gemäss dem Law of Property Act

1369 Im Folgenden der Einfachheit halber nur als «englisches Recht» bezeichnet.

1370 «Choses in action» sind Rechte, die zu ihrer Durchsetzung im Fall der Leistungsverweigerung einen gerichtlichen Titel benötigen: «Chose in action» is a known legal expression used to describe all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession» (*Torkington v Magee* [1902] 2 K.B. 427, 430; vgl. LIEW, Rz. 1-07).

1371 Supreme Court of Judicature Act 1873 s. 25 (6).

1372 LIEW, Rz. 1-05; CARL, S. 200; ZWEIFERT/KÖTZ, S. 449.

1373 Auch als «assignment at law» oder «statutory assignment» bezeichnet.

1925, der den Supreme Court of Judicature Act 1873 als gesetzliche Grundlage der Abtretung abgelöst hat, und das gesetzlich nicht normierte «equitable assignment»¹³⁷⁴, das der Rechtsprechung der Equity-Gerichte entstammt. Beide Formen der Zession ähneln sich zwar, unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen und Wirkungen aber wesentlich. Erfüllt eine Abtretung die strengen gesetzlichen Voraussetzungen für ein «legal assignment» nicht, kann sie als «equitable assignment» wirksam sein.¹³⁷⁵

510 Der Law of Property Act 1925, section 136 (1),¹³⁷⁶ setzt für die Drittwirksamkeit des «*legal assignment*» eine schriftliche Abtretungserklärung sowie die schriftliche Anzeige der Abtretung an den Schuldner voraus. Im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar entfaltet die Abtretung auch ohne Einhaltung der Schriftform für die Abtretungserklärung und auch ohne Anzeige Wirksamkeit. Die abzutretende Forderung muss im Zeitpunkt der Abtretung bestehen. Künftige oder bedingte Forderungen können somit nicht mittels «legal assignment» abgetreten werden. Die Abtretung darf nicht widerruflich oder bedingt sein und der Zessionar muss durch die Abtretung zum uneingeschränkten Inhaber der Forderung werden («absolute assignment»). Teilabtretungen sind unzulässig. Die wirksame Abtretung hat die vollständige Übertragung der Forderung zur Folge: Der Zessionar kann die Forderung in eigenem Namen und ohne Beteiligung des Zedenten geltend machen und der Schuldner kann nur noch an den Zessionar befreiend leisten.¹³⁷⁷

511 Ein «*equitable assignment*» kann formfrei erklärt werden. Die Zession ist auch ohne Anzeige an den Schuldner wirksam. Die Anzeige verhindert jedoch, dass der Schuldner nach deren Erhalt weiterhin befreiend an den Zedenten leisten kann.¹³⁷⁸ Auch künftige oder bedingte Forderungen können mittels

1374 Auch als «assignment in equity» bezeichnet.

1375 LIEW, Rz. 2-02, 3-01; CARL, S. 202.

1376 S. 136 Legal assignments of things in action.

- (i) Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal thing in action, of which express notice in writing has been given to the debtor, trustee or other person from whom the assignor would have been entitled to claim such debt or thing in action, is effectual in law (subject to equities having priority over the right of the assignee) to pass and transfer from the date of such notice—
- (a) the legal right to such debt or thing in action;
- (b) all legal and other remedies for the same; and
- (c) the power to give a good discharge for the same without the concurrence of the assignor.

1377 Zur ganzen Rz. LIEW, Rz. 2-02, 2-08; MCFARLANE, Rz. 23-007 bis 23-020; BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.76; CARL, S. 200-202.

1378 Die Anzeige ist auch im Fall der Mehrfachzession bedeutsam: Grundsätzlich genießt derjenige Zessionar Priorität, der die Abtretung zuerst angezeigt hat (MCFARLANE, Rz. 23-070 m.Nw.).

«equitable assignment» abgetreten werden. Die Abtretung muss sich jedoch auf eine bestimmte oder bestimmbare Forderung beziehen. Es wird unterschieden zwischen Abtretungen von «legal choses», bei denen die Erfordernisse eines «legal assignment» gemäss Property Act 1925 section 136 (1) nicht eingehalten worden sind («equitable assignments of a legal chose»),¹³⁷⁹ und Abtretungen von bedingten oder zukünftigen Forderungen oder Rechten unter einem Trust («equitable choses»), die nicht mittels «legal assignment» abgetreten werden können («equitable assignments of an equitable chose»).¹³⁸⁰ In seinen Rechtsfolgen hat das «equitable assignment» gegenüber dem «legal assignment» den Nachteil, dass der «equitable assignee» die Forderung grundsätzlich nicht ohne Beteiligung des Zedenten prozessual durchsetzen kann. Zwar kann er allein Klage erheben. Der «assignor» muss aber dem Verfahren vor dem Erlass des Entscheids beitreten. Ist der Zedent nicht bereit zu kooperieren, muss der Zessionar ihn – neben dem Schuldner – als Beklagten ins Recht fassen.¹³⁸¹ Umstritten ist, ob der Zedent auch nach einem wirksamen «equitable assignment» noch klagen und gegebenenfalls sogar Zahlung an sich selbst verlangen kann.^{1382, 1383}

B. Assignment by way of security

Die Sicherungszession («assignment by way of security») ist dem englischen 512
Recht bekannt. Sie kann als «legal assignment» oder als «equitable assignment» ausgestaltet werden.¹³⁸⁴ Um gegenüber den Gläubigern oder einem Insolvenzverwalter wirksam zu sein, muss sie im «Companies Register» als Pfandrecht («charge») eingetragen werden.¹³⁸⁵ In der Bankenpraxis werden die Sicherungsinstrumente «fixed charge» und «floating charge» der Sicherungszession vorgezogen.¹³⁸⁶ Die «fixed charge» erfasst Sicherheiten an bestimmten oder bestimmbaren Gegenständen.¹³⁸⁷ Der Sicherungsgegenstand der «floating charge» ist demgegenüber nicht ein einzelner, konkret bestimmter Vermögenswert, sondern das gegenwärtige und zukünftige Vermögen eines

1379 LIEW, Rz. 3-08 bis 3-22.

1380 LIEW, Rz. 3-04 bis 3-07.

1381 So die heute überwiegende Ansicht (vgl. RUCKTESCHLER, S. 198 m.Nw.; vgl. auch LIEW, Rz. 3-19 f.; MCFARLANE, Rz. 23-039 bis 23-042).

1382 Vgl. die Darstellung des Meinungsstands bei RUCKTESCHLER, S. 198 f.; vgl. auch LIEW, Rz. 3-22.

1383 Zur ganzen Rz. BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.76; CARL, S. 202 f.

1384 Vgl. CARL, S. 200-203, 205-207.

1385 Vgl. Companies Act 2006, s. 859A und 859H; CRANSTON ET AL., S. 547.

1386 CARL, S. 199; GRAHAM-SIEGENTHALER, S. 444.

1387 GOODE/MCKENDRICK, Ziff. 22.25.

Unternehmens.¹³⁸⁸ Die Besonderheit besteht darin, dass der Sicherungsgeber über die belasteten Forderungen und anderen Sicherungsgegenstände so lange verfügen kann, bis eine im Sicherungsinstrument genannte Bedingung eintritt.¹³⁸⁹ In diesem Zeitpunkt wandelt sich die «floating charge» in eine «fixed charge» um, d.h., die «charge» wird auf alle unter der «floating charge» genannten Vermögenswerte konkretisiert («crystallisation») und der Sicherungsgeber verliert die Verfügungsbefugnis über diese Werte.^{1390, 1391}

C. Unabtretbare Forderungen

- 513 Nicht abtretbar sind nach englischem Recht (sowohl «at law» als auch «in equity») höchstpersönliche Forderungen¹³⁹² und Forderungen, deren Abtretung gegen die öffentliche Ordnung verstiesse.¹³⁹³ Zu letzterer Kategorie zählen gesetzliche Abtretungsverbote¹³⁹⁴ sowie aus dem «case law» stammende Verbote wie etwa das Verbot der Zession blosser Klagerechte¹³⁹⁵ oder das Verbot der Zession von Unterhaltsansprüchen¹³⁹⁶. Ausserdem kann sich der Schuldner gegenüber dem Zessionar auf ein pactum de non cedendo berufen. Die Wirkungen einer solchen «non-assignment clause» werden im Folgenden näher untersucht.

1388 GOODE/MCKENDRICK, Ziff. 22.25; CRANSTON ET AL., S. 549. Die «floating charge» kann das gesamte Unternehmensvermögen oder auch nur einen Teil davon («a class of assets») belasten (GOODE/MCKENDRICK, Ziff. 25.10).

1389 GOODE/MCKENDRICK, Ziff. 25.07; CRANSTON ET AL., S. 549.

1390 GOODE/MCKENDRICK, Ziff. 25.08, 25.23.

1391 Vgl. zur ganzen Rz. auch CARL, 208 f. und GRAHAM-SIEGENTHALER, S. 414-427 und 444-450.

1392 «Personal contracts», vgl. PEEL, Rz. 15-053 bis 15-059; LIEW, Rz. 4-48 bis 4-55. Ein unabtretbarer persönlicher Anspruch ist z.B. die Forderung des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Arbeitsleistung (PEEL, Rz. 15-053; LIEW, Rz. 4-48).

1393 «Assignments contrary to public policy», vgl. PEEL, Rz. 15-060 bis 15-070; LIEW, Rz. 4-27 bis 4-47.

1394 Vgl. z.B. Police Pensions Act 1976 s. 9; Pensions Act 1995 s. 91.

1395 «Mere rights of action», Näheres bei PEEL, Rz. 15-060 bis 15-067; LIEW, Rz. 4-33 bis 4-41. Unwirksam ist z.B. die Abtretung von Klagerechten aus unerlaubter Handlung, wenn der Zessionar kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Forderung hat (krit. MACMAHON, C.L.J. 2020, S. 288, 304 f., 311-314). Gerichtlich erstrittene Schadenersatzansprüche sind hingegen abtretbar (PEEL, Rz. 15-061; LIEW, Rz. 4-33).

1396 *Watkins v Watkins* [1896] P. 222.

2. Pactum de non cedendo

A. Case law

Das englische Recht anerkennt grundsätzlich, dass ein pactum de non cedendo 514 der Abtretung einer Forderung entgegenstehen kann. Gemäss den einschlägigen Präjudizien kann sich der Schuldner nämlich auf das pactum de non cedendo bzw. die Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung berufen, wenn er vom Zessionar in Anspruch genommen wird.¹³⁹⁷ Im «leading case» *Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council* entschied die Queen's Bench Division 1978, dass eine Abtretung unwirksam («invalid») ist, wenn die Parteien eines Vertrags, dessen Gegenstand eine «chose in action» ist, vereinbart haben, dass die «chose in action» nicht abgetreten werden soll. Der Schuldner ist daher berechtigt, die Zahlung an den Zessionar zu verweigern.¹³⁹⁸ Den gegen diese Rechtsprechung erhobenen Einwand, dass Abtretungsverbote gegen die öffentliche Ordnung verstieszen, weil sie Vermögenswerte unveräusserlich machten, wies das House of Lords 1993 im zweiten Leitentscheid *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd and others* zurück.¹³⁹⁹ Es widersprach damit den in der englischen Literatur geäusserten Ansichten, der Gläubiger (Zedent) werde durch Abtretungsverbote übermässig darin beschränkt, Forderung zur Unternehmensfinanzierung («receivables financing») verwenden zu können.¹⁴⁰⁰

Nicht geklärt hat das «case law» bisher die Frage, ob sich nur der Schuldner 515 der abredewidrigen Zession widersetzen kann oder ob ein vertragliches Abtretungsverbot zu einer umfassenden Unwirksamkeit der Zession führt.¹⁴⁰¹ Die englische Literatur geht grundsätzlich davon aus, dass eine abredewidrige Abtretung nur dem Schuldner gegenüber, d.h. relativ, unwirksam ist («invalid as against the obligor»). Zwischen Zedent und Zessionar sei die Abtretung jedoch wirksam («effective as between assignor and assignee»).¹⁴⁰²

1397 MCFARLANE, Rz. 23-044 m.Nw.; FURMSTON, S. 644; PEEL, Rz. 15-050.

1398 *Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council* [1978] 3 All E.R. 262.

1399 *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd and others* [1993] 3 All E.R. 417, 430.

1400 GOODE, M.L.R. 1979, S. 553, 556 f.; MUNDAY, C.L.J. 1979, S. 50, 53; ALLCOCK, C.L.J. 1983, S. 328, 345. Die Kritik wird bis heute geäussert (vgl. z.B. GOODE, L.M.C.L.Q. 2009, S. 300, 302, 316-318).

1401 Immerhin sah der Court of Appeal in einem *obiter dictum* unter Berufung auf GOODE, L.M.C.L.Q. 2009, S. 300, 305 f. und 315 «strong arguments in favour of [the] proposition that [...] bars to assignment or other dealing are relevant only to the relationship with the debtor, not to the relationship between the parties to the dealing in question» (*First Abu Dhabi Bank PJSC v BP Oil International Ltd* [2018] EWCA Civ 14, Ziff. 27-30, Zitat in Ziff. 28).

1402 ALLCOCK, C.L.J. 1983, S. 328, 346; GOODE, L.M.C.L.Q. 2009, S. 300, 308 f.; MCFARLANE, Rz. 23-044 und 23-046; BEALE, S. 116; BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.85;

Soweit Rechtsprechung¹⁴⁰³ und Literatur¹⁴⁰⁴ sich mit der Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung zwischen Zedent und Zessionar befassen, beziehen sie sich in der Regel auf die durch den Abtretungsvertrag begründeten Rechte und Pflichten und nicht auf die Verfügungswirkung der Abtretung.¹⁴⁰⁵ Gerade zur entscheidenden Frage für den Umfang der Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung, nämlich, ob bei Insolvenz des Zedenten der Zessionar oder die Gläubiger des Zedenten Vorrang haben, hat sich das «case law» bisher nicht geäußert.¹⁴⁰⁶ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dem Zessionar Priorität einzuräumen, weil der Schuldner als aussenstehender Dritter nicht in die zwischen den Parteien der Abtretung geschaffenen Rechte eingreifen könne.¹⁴⁰⁷ Diese Position entspricht der relativen Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung.

516 Angesichts der Möglichkeit, die Abtretung durch ein pactum de non cedendo auszuschliessen, schuf die Rechtsprechung die Möglichkeit, vertragliche Abtretungsverbote durch Trust-Konstruktionen zu umgehen. Die Forderungsabtretung wurde dabei in eine Erklärung des Gläubigers («settlor») umgedeutet, einen Trust zugunsten des Zessionars als Begünstigtem («beneficiary») zu errichten («declaration of trust»).¹⁴⁰⁸ Als Treunehmer («trustee») fungiert der Gläubiger selber.¹⁴⁰⁹ So wurde im «leading case» *Don King*

SMITH/LESLIE, Rz. 25.20f.; BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, S. 673f.; LIEW, Rz. 4-09 bis 4-19; FURMSTON, S. 644; BRIDGE, Rz. 24-035; PEEL, Rz. 15-050; CARL, S. 204; a.A. TOLHURST, S. 258 («any purported assignment will be ineffective»).

1403 Vgl. Lord Brown-Wilkinson in *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd and others* [1993] 3 All E.R. 417, 431: «[A] prohibition on assignment normally only invalidates the assignment as against the other party to the contract so as to prevent a transfer of the chose in action: in the absence of the clearest words it cannot operate to invalidate the contract as between the assignor and the assignee and even then it may be ineffective on the grounds of public policy.» Vgl. auch den berühmten Ausspruch von DARLING J in *Tom Shaw & Co v Moss Empires Ltd* [1908] 25 T.L.R. 190, 191: «[A prohibition on assignment] could no more operate to invalidate the assignment than it could to interfere with the laws of gravitation.»

1404 Vgl. z.B. BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.85; BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, S. 673f. und BRIDGE, Rz. 24-035.

1405 Im englischen Abtretungsrecht wird allerdings i.d.R. begrifflich nicht zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterschieden, wenn diese zeitlich zusammenfallen (vgl. LIEW, Rz. 3-03, 3-23 bis 3-32).

1406 BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.89.

1407 BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.89; GOODE, L.M.C.L.Q. 2009, S. 300, 306; ALLCOCK, C.L.J. 1983, S. 328, 346.

1408 Gemäss neuerer Rechtsprechung kann ein Trust – anstelle einer Abtretung – aber nur entstehen, wenn aus dem Vertrag geschlossen werden kann, dass die Parteien tatsächlich einen Trust errichten wollten (*Co-operative Group Ltd v Birse Developments Ltd* [2014] EWHC 530 [TCC], Ziff. 81 und 88; LIEW, Rz. 4-13).

1409 Vgl. *Barbados Trust Co Ltd v Bank of Zambia* [2007] EWCA Civ 148, [2007] 1 C.L.C. 434; *Re Turcan* [1888] 40 Ch. D. 5; *Spellman v Spellman* [1961] 1 W.L.R. 921.

Productions Inc. v Warren entschieden, dass die Abtretung einer Forderung betreffend die Promotion und das Management von Boxkämpfen, die «at law» unwirksam war, weil der Vertrag die Abtretung verbot und die Forderung persönliche Dienstleistungen beinhaltete, «in equity» als Errichtung eines Trusts bezüglich der Begünstigung aus dem Vertrag («benefit of the contract») wirksam war.¹⁴¹⁰ In der Literatur wird aus dieser Rechtsprechung abgeleitet, dass der «Zessionar», der im Rahmen eines Trusts ein wirtschaftliches Interesse an der «abgetretenen» Forderung erlangt, bei Insolvenz des «Zedenten» als «equitable owner» Vorrang vor den Gläubigern des «Zedenten» genießt.¹⁴¹¹ Vollstreckungsrechtlich wird die Forderung damit dem Vermögen des «Zessionars» zugeordnet.

In *Barbados Trust Co Ltd v Bank of Zambia* erwog der Court of Appeal, dass die Errichtung eines Trusts von der Forderungsabtretung zu unterscheiden sei. Wolle der debtor cessus auch Erstere ausschliessen, müsse er dies ausdrücklich vereinbaren. Mangels einer solchen Vereinbarung erstrecke sich das pactum de non cedendo nicht auch auf die Errichtung eines Trusts zugunsten des «Zessionars». Dieser könne daher – so der Court of Appeal weiter – als «beneficiary» vom «Zedenten» («trustee») verlangen, dass er die Forderung, deren Abtretung das pactum entgegenstehe, zu seinen Gunsten durchsetze. Weigere sich der «trustee», gegen den debtor cessus vorzugehen, könne der «beneficiary» direkt gegen den debtor cessus klagen, indem er den Zedenten auf der Beklagtenseite in den Prozess einbeziehe (sog. Vandepitte-Verfahren¹⁴¹²).¹⁴¹³

Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass ein Trust auch an Forderungen bestellt werden kann, deren Abtretbarkeit vertraglich ausgeschlossen worden ist, soweit das pactum nicht ausdrücklich auch der Errichtung eines Trusts entgegensteht.¹⁴¹⁴ Dies ermöglicht dem «beneficiary» («Zessionar»), die Forderung gegen den debtor cessus durchzusetzen, wenn auch nur indirekt, indem er den «trustee» als Partei in die Klage einbezieht. Die klageweise Durchsetzung der «abgetretenen» Forderung als «beneficiary» aus einem Trust entspricht mithin der Durchsetzung einer «in equity» abgetretenen

1410 *Don King Productions Inc. v Warren* [2000] Ch. 291.

1411 BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Rz. 7.87.

1412 *Vandepitte v Preferred Accident Insurance Corp of New York* [1933] A.C. 70, 79: «The trustee then can take steps to enforce performance to the beneficiary by the other contracting party [...]. The action should be in the name of the trustee; if, however, he refuses to sue, the beneficiary can sue, joining the trustee as a defendant.»

1413 *Barbados Trust Co Ltd v Bank of Zambia* [2007] EWCA Civ 148, [2007] 1 C.L.C. 434.

1414 An dieser Rechtsprechung wird kritisiert, dass sie dem Grundsatz der Vertragsfreiheit widerspricht, weil sie im Ergebnis das ermöglicht, was die Parteien durch Vereinbarung des pactum ausschliessen wollten (MACMAHON, C.L.J. 2020, S. 288, 306 f.).

Forderung.¹⁴¹⁵ Sie ähnelt im Kern der relativen Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung. Auch bei dieser hat der Zessionar keinen direkten Anspruch gegen den debitor cessus und muss er sich an den Zedenten wenden, damit dieser die Forderung für ihn durchsetzt.

B. English Contract Code

- 519 Eine ausdrückliche Regelung der Wirkungen des pactum de non cedendo findet sich im English Contract Code (ECC), einem Kodifikationsentwurf für das englische Vertragsrecht aus dem Jahr 1972, der 1993 veröffentlicht worden ist, aber nie in Kraft getreten ist.¹⁴¹⁶

663. Transfer prohibited or restricted by the contract

- (1) A right cannot be transferred if the contract prohibits, or to the extent that the contract restricts, transfer.
- (2) A contractual prohibition of transfer or restriction on transfer only prevents the transferee from acquiring rights against the promisor and does not prevent either the transferee from acquiring rights against the transferor or the promisor from discharging his duty by rendering performance to the transferee.

- 520 Nach section 663 ECC entfaltet ein pactum de non cedendo folgende Wirkungen: Der Zessionar erwirbt keine Forderung gegen den Schuldner. Der Abtretungsvertrag ist jedoch für den Zedenten und den Zessionar wirksam. Letzterer kann gestützt auf die Abtretung Rechte gegen den Zedenten geltend machen. Der Schuldner wiederum kann sich durch die Leistung sowohl an den Zedenten als auch an den Zessionar befreien.¹⁴¹⁷ Section 663 ECC sah somit – wie das hiervor dargestellte «case law» – die dingliche Wirkung des pactum vor. Ob die abredewidrige Abtretung (als Verfügungsgeschäft) absolut oder nur relativ unwirksam ist, bleibt hier ebenfalls unklar.

C. Draft Company Security Regulations

- 521 Auch in England setzte sich allmählich die Erkenntnis durch, dass sich die dingliche Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen im Zusammenhang mit der forderungsgestützten Finanzierung, namentlich dem Factoring, nachteilig auswirkt.¹⁴¹⁸ Deshalb

1415 Zur Abtretung einer Forderung «in equity» siehe oben Rz. 511.

1416 HARVEY MCGREGOR, Contract Code, drawn up on behalf of the English Law Commission, Milano 1993.

1417 Vgl. auch GOERGEN, S. 112 f.

1418 LIEW, Rz. 4-20.

wurde darauf gedrängt, das «Common Law» zu reformieren und einige Abtretungsverbotsklauseln für ungültig zu erklären.¹⁴¹⁹ Einen ersten Versuch dazu unternahm die Law Commission von England und Wales im Jahr 2005. Im «Draft Company Security Regulations» schlug sie folgende Regelung des pactum de non cedendo vor:¹⁴²⁰

35. Rights of assignees

- (5) A term in a contract between an account debtor and an assignor which prohibits or restricts assignment of the whole of the receivables for money due or to become due—
- (a) is binding on the assignor, but only to the extent of making the assignor liable in damages for breach of contract, but
 - (b) is ineffective against assignees.

Gemäss der amtlichen Erläuterung ist der Anwendungsbereich von regulation 35 (5) des Draft Company Security Regulations auf Verträge begrenzt, die Forderungen schaffen, die gewöhnlich dem Factoring oder anderen Forderungsverkäufen zu Finanzierungszwecken («discounting agreements») unterliegen. Die Bestimmung schreibe vor, dass eine Vertragsklausel, die eine Forderungsabtretung verbiete oder einschränke, gegenüber dem Zessionar unwirksam sei. Davon ausgenommen seien Verbote und Einschränkungen von Teilabtretungen. Dadurch soll ein häufiges (aber oft unbeabsichtigtes) Hindernis für die forderungsgestützte Finanzierung beseitigt werden.¹⁴²¹ 522

Mit regulation 35 (5) des Draft Company Security Regulations sprach sich die Law Commission in Bezug auf Geldforderungen von Unternehmen¹⁴²² für das Modell der rein obligatorischen Wirkung von vertraglichen Abtretungsverboten aus: Abtretungsverbote sind gegenüber dem Zessionar unwirksam (lit. b) und abredewidrige Abtretungen somit auch gegenüber dem debitor cessus wirksam. Einzige Folge der Verletzung von Abtretungsverboten ist, dass der sich abredewidrig verhaltende Zedent gegenüber dem debitor cessus schadenersatzpflichtig werden kann (lit. a). Der englische Gesetzgeber hat den Draft Company Security Regulations – aus Gründen, die nicht mit regulation 35 (5) zusammenhängen – nicht umgesetzt.¹⁴²³ 523

1419 MCFARLANE, Rz. 23-048.

1420 Draft Company Security Regulations, S. 192.

1421 Draft Company Security Regulations, S. 193.

1422 Vgl. reg. 2 (1) (b) Draft Company Security Regulations (S. 162).

1423 Vgl. BEALE, S. 114.

D. Gesetzliche Einschränkungen des pactum de non cedendo

524 Das Bedürfnis, das «Common Law» im Bereich des pactum de non cedendo zu reformieren, führte schliesslich im Jahr 2015 zu section 1 des Small Business, Enterprise and Employment Act, mit dem das zuständige Ministerium ermächtigt wurde, «Regulations» zu erlassen, mit denen einige Abtretungsverbotsklauseln unwirksam gemacht werden. In Ausübung dieser Ermächtigung wurden 2018 die Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations¹⁴²⁴ erlassen.¹⁴²⁵ Regulation 2 (1) normiert die Wirkung des pactum de non cedendo folgendermassen:

2. Effect of a non-assignment of receivables term

(1) [...] a term in a contract has no effect to the extent that it prohibits or imposes a condition, or other restriction, on the assignment of a receivable arising under that contract or any other contract between the same parties.

525 Gemäss regulation 2 (1) hat eine Klausel insoweit keine Wirkung, als sie die Abtretung einer Forderung aus diesem Vertrag oder einem anderen Vertrag zwischen denselben Parteien verbietet oder mit einer Bedingung oder einer anderen Beschränkung belegt. Unter einer Forderung wird ein Anspruch auf Geldleistung aus einem Vertrag über die Lieferung von Waren, über die Erbringung von Dienstleistungen oder über unkörperliche Vermögenswerte («intangible assets») verstanden.¹⁴²⁶ Die Regulations gelten nur, wenn mindestens eine der Parteien den betroffenen Vertrag in Ausübung ihrer unternehmerischen Tätigkeit geschlossen hat¹⁴²⁷ und wenn es sich beim Zedenten nicht um ein Grossunternehmen oder eine Zweckgesellschaft («special purpose vehicle»), sondern um ein KMU handelt.¹⁴²⁸ Regulation 4 enthält ausserdem eine ziemlich umfangreiche Liste von Verträgen, auf welche die regulation 2 (1) nicht anwendbar ist. Dazu gehören unter anderem Verträge über bestimmte Finanzdienstleistungen; Verträge über Grundstücke; Verträge, bei denen eine oder mehrere Vertragsparteien zu Zwecken handeln, die nicht der Ausübung eines Gewerbes oder Berufs dienen; Verträge über die Übertragung eines Anteils an einer Gesellschaft, eines Geschäfts oder

1424 SI 2018/1254.

1425 Zur ganzen Rz. MCFARLANE, Rz. 23-048; PEEL, Rz. 15-052; BURROWS, S. 257f. ad 50 (2) (b) and 50 (3); BEALE, S. 114-116; LIEW, Rz. 4-20; DAY, L.Q.R. 2019, 205, 207.

1426 2018 Regulations reg. 1 (3).

1427 Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 s. 1 (3) (b).

1428 2018 Regulations reg. 3. Der Beschränkung der Anwendbarkeit der Regulations auf KMU liegt wohl der Gedanke zugrunde, dass grosse Unternehmen über die Verhandlungsstärke verfügen, um selbst zu bestimmen, ob Forderungen zediert werden können (DAY, L.Q.R. 2019, 205, 208).

eines Unternehmens und Verträge über das Leasing von Ausrüstungsgegenständen.¹⁴²⁹

Insgesamt erweist sich die regulation mit ihren zahlreichen Voraussetzungen und Ausnahmen als komplex und nur schwer verständlich.¹⁴³⁰ Unklar bleibt, ob das pactum de non cedendo im Anwendungsbereich der regulation nichtig ist oder immerhin noch rein obligatorisch wirkt. Der Gesetzeswortlaut spricht in allgemeiner Form davon, dass das pactum keine Wirkung habe («no effect»). Für die Nichtigkeit des pactum spricht die Entstehungsgeschichte der Regulations. Das für den Erlass der Regulations zuständige Ministerium sprach sich im Jahr 2015 nach einer Konsultation für die «nullification of ban on invoice assignment clauses» aus.¹⁴³¹ Hinzu kommt, dass im Draft Company Security Regulations noch vorgesehen war, die rein obligatorische Wirkung des pactum ausdrücklich anzuordnen.¹⁴³² Davon weicht die regulation 2 (1) ab, was *e contrario* die Nichtigkeit des pactum nahelegt.¹⁴³³ Die englische Lehre scheint denn auch – zumindest soweit sie Eingang in das Restatement of the English Law of Contract 2020¹⁴³⁴ gefunden hat – der Ansicht zu sein, dass das pactum nichtig sei.¹⁴³⁵ Eine endgültige Antwort wird aber erst die englische Rechtsprechung liefern.¹⁴³⁶

E. Restatement of the English Law of Contract

Eine Zusammenfassung des geltenden englischen Rechts zu Abtretungshindernissen enthält das Restatement of the English Law of Contract in section 50 (2) und (3). Dieses Restatement ist nicht ein Zivilgesetzbuch im Sinn von «Civil

1429 2018 Regulations reg. 4. Die Ausnahme bestimmter Vertragstypen bringe die Ansicht des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass pacta de non cedendo auf gewissen Märkten vorteilhaft und auf anderen nachteilig seien (DAY, L.Q.R. 2019, 205, 208).

1430 Ausführlich zur diesbezüglichen Kritik an den Regulations BEALE, S. 113–138.

1431 Government Response to «Nullification of Ban on Invoice Assignment Clauses», S. 2.

1432 S. 35 (5) Draft Company Security Regulations. Eine ausdrückliche Anordnung der rein obligatorischen Wirkung enthalten auch alle neueren englischsprachigen Regelwerke. Vgl. Art. 9 Abs. 2 ZessÜ; Art. 6 Abs. 3 FactÜ; Art. III.-5:108 Abs. 4 DCFR; Art. 9.1.9 Abs. 1 und 2 UNIDROIT Principles; Art. 11:301 Abs. 2 PECL; Art. 19 OAS Model Law on Secured Transactions; §322 (2) (b) Restatement (Second) of Contracts.

1433 A.A. KLEIN, S. 96f. (*pro* schuldrechtliche Wirkung des pactum).

1434 Siehe zum Restatement sogleich Rz. 527f.

1435 Vgl. s. 50 (3) Restatement of the English Law of Contract 2020 («void»). Losgelöst von den Regulations plädieren auch BEALE/GULLIFER/PATERSON, J.B.L. 2016, S. 203, 229, für die Nichtigkeit des pactum. Diese Autoren hatten im Vorfeld der gesetzgeberischen Arbeiten zu den Regulations empirische Studien über das pactum durchgeführt (vgl. GULLIFER, S. 319; BEALE/GULLIFER/PATERSON, J.B.L. 2016, S. 203, 204; BEALE, S. 118f.).

1436 An den Regulations wird kritisiert, dass sie die Vertragsfreiheit zu stark einschränkten. Da sie nicht nur bei ungleicher Verhandlungsmacht von Schuldner und Gläubiger gälten und auch viele ziemlich grosse Unternehmen (als Gläubiger) schützten, machten sie zu viele pacta unwirksam (MACMAHON, C.L.J. 2020, S. 288, 309f.).

Law»-Rechtsordnungen, sondern eine Darstellung des geltenden englischen Vertragsrechts in der Form einer Privatkodifikation. Es wurde von Rechtsprofessor Andrew Burrows mit Hilfe einer aus Rechtswissenschaftlern, Richtern und Praktikern zusammengesetzten Beratergruppe («advisory group») verfasst und erschien 2016 in erster Auflage. Section 50 (2) und (3) der 2020 publizierten zweiten Auflage lautet folgendermassen:

50 Assignment

- (2) A right under a contract cannot be assigned if–
- (a) the contract involves a personal relationship between the assignor and the debtor such that it would be detrimental to the debtor to perform for the assignee rather than the assignor;
 - (b) the contract prohibits the assignment;
 - (c) the right under the contract is a right to (unliquidated) damages unless the assignee has a genuine commercial interest in taking the assignment; or
 - (d) the assignment would be illegal or contrary to public policy.
- (3) But subsection (2) (b) is subject to the provisions of the Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018 under which a «non-assignment of receivables term» in a relevant contract is rendered void.

528 Zum pactum de non cedendo gemäss subsection (2) (b) hält die Erläuterung unter Berufung auf den Entscheid *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd and others* fest, dass aus der Vertragsfreiheit das Prinzip abgeleitet werde, dass es den Vertragsparteien freistehe, eine Abtretung zu verbieten, so dass die Abtretung gegenüber dem Schuldner nicht wirksam sei. Eine Ausnahme davon machten die Regulations 2018, gemäss denen Nichtabtretungsklauseln für Geldforderungen aus bestimmten Verträgen über die Lieferung von Waren, Dienstleistungen oder unkörperlichen Vermögenswerten unwirksam seien. Zu beachten sei ferner, dass nach dem Leitentscheid *Barbados Trust Co Ltd v Bank of Zambia* ein vertragliches Abtretungsverbot nicht notwendigerweise die Erklärung eines Trusts («declaration of trust») zugunsten eines Dritten verbiete.¹⁴³⁷

3. Fazit

529 Die Haltung des englischen Rechts zur Wirkung des pactum de non cedendo ist im Fluss. Ausgangspunkt sind nach wie vor die beiden «leading cases» *Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council* und *Linden Gardens Trust*

¹⁴³⁷ BURROWS, S. 257f. ad 50 (2) (b) and 50 (3).

Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd and others. Gemäss diesen Entscheiden ist der Schuldner berechtigt, sich gegenüber dem Zessionar auf das pactum de non cedendo zu berufen und die Zahlung zu verweigern. Ob die abredewidrige Abtretung absolut oder nur relativ unwirksam ist, ist nicht geklärt. Die Formulierungen in Rechtsprechung und Lehre, dass die Abtretung «invalid as against the obligor» sei, während sie «effective as between assignor and assignee» sei, legt die relative Unwirksamkeit der Zession nahe.

Diese dingliche Wirkung des pactum wird seit 2018 durch die Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations eingeschränkt. Gemäss diesen ist – vereinfacht dargestellt – die abredewidrige Abtretung von Geldforderungen von KMU aus bestimmten unternehmerischen Verträgen wirksam. Ob das pactum de non cedendo in diesen Fällen nichtig ist oder immerhin obligatorisch wirkt, muss erst noch durch die Rechtsprechung geklärt werden. Die Literatur tendiert zur Nichtigkeit.

Die Wirkung des pactum de non cedendo hängt im englischen Recht somit vom Forderungsinhalt ab, wobei die Rechtsprechung die Einzelheiten der unterschiedlichen Wirkungen bisher noch nicht präzisiert hat: relative oder absolute Wirkung ausserhalb des Anwendungsbereichs der Regulations 2018; Nichtigkeit oder rein obligatorische Wirkung im Anwendungsbereich der Regulations 2018. Angesichts der noch nicht entschiedenen Fragen zur Wirkung des pactum fällt die Zuordnung des englischen Rechts zu einem der vier typischen Regelungsmodelle schwer. Vorliegend wird es bei der relativen Wirkung eingereiht.¹⁴³⁸ Dies entspricht dem den Ausgangspunkt bildenden «case law», das die Umdeutung der unwirksamen Abtretung in eine wirksame Errichtung eines Trusts zulässt. Dadurch wird hinsichtlich der vermögensrechtlichen Zuordnung der Forderung eine ähnliche Rechtslage wie bei der relativen Unwirksamkeit der Abtretung geschaffen.¹⁴³⁹

III. Frankreich (bürgerliche Geschäfte)

Die Reform des französischen Obligationenrechts im Jahr 2016¹⁴⁴⁰ führte zu bedeutenden Änderungen des Abtretungsrechts.¹⁴⁴¹ Der Forderungsverkehr

1438 Ebenso GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 330 f.; KLEIN, S. 83-97.

1439 Siehe hierzu oben Rz. 518.

1440 Vgl. ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Die Reform betrifft wesentliche Bereiche des Obligationenrechts, einschliesslich des Vertragsrechts. Die neuen Bestimmungen traten am 1. Oktober 2016 in Kraft und lösten Vorschriften ab, die seit 1804 praktisch unverändert im Code civil enthalten waren (BIEN/BORGHETTI, S. VII).

1441 GIJSBERS, Droit & Patrimoine n° 260 (2016), S. 48 («une profonde «métamorphose»»).

sollte erleichtert und Entwicklungen der Praxis sollten in den Code civil aufgenommen werden.¹⁴⁴² Das Verständnis des reformierten Zessionsrechts bedingt zu einem gewissen Grad die Kenntnis der früheren Rechtslage. Deshalb wird nachfolgend sowohl die Rechtslage vor der Reform als auch diejenige danach dargestellt.

1. Cession de créance

A. Abtretungsrecht vor der Schuldrechtsreform

- 533 Die Forderungsabtretung (cession de créance) wurde im Code civil von 1804 in den Art. 1689-1701 als bestimmter Typus des Kaufvertrags geregelt.¹⁴⁴³ Sie unterlag besonders strengen Voraussetzungen: Im Innenverhältnis zwischen Zedent (cédant) und Zessionar (cessionnaire) wurde die Abtretung zwar bereits durch formfreien Vertragsschluss wirksam.^{1444, 1445} Gegenüber Dritten, wie insbesondere dem Schuldner (débiteur cédé), galt die Forderung jedoch erst dann als übergegangen, wenn der Zedent oder der Zessionar dem Schuldner die Abtretung bekannt gemacht hatten, indem sie ihm eine entsprechende Mitteilung durch einen Gerichtsvollzieher (huissier) hatten zustellen lassen (sog. «signification»), oder wenn der Schuldner die Abtretung in öffentlicher Urkunde dem Zessionar gegenüber angenommen hatte (sog. «acceptation»¹⁴⁴⁶).¹⁴⁴⁷
- 534 Diese Förmlichkeit erschwerte den Forderungsverkehr erheblich.¹⁴⁴⁸ Sowohl die Bekanntmachung als auch die öffentliche Beurkundung waren teuer und machten die «cession de créance» aufwendig.¹⁴⁴⁹ Künftige Forderungen

1442 Rapport au Président, S. 25; vgl. BORGHETTI, S. 202-204; CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.11.

1443 Siehe zur «cession de créance» unter dem Code civil von 1804 schon oben Rz. 130.

1444 Art. 1689 aCC; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, Ziff. 909; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1633.

1445 Es galt das Konsensprinzip: Die Forderung ging mit der Vereinbarung des schuldrechtlichen Vertrags über (Art. 711, 1138, 1583 aCC; KÄMPER, Diss., S. 110). Ein zusätzlicher Übertragungsakt war nicht erforderlich. Forderungskaufvertrag und Abtretung fielen daher zusammen. Zwischen Rechtsgrund und Verfügungsgeschäft wurde mithin nicht unterschieden (sog. Einheitsprinzip; vgl. KIENINGER, Forderungsabtretung, S. 219).

1446 Die öffentliche Urkunde («acte authentique») wird im Allgemeinen durch einen Notar errichtet (BLAISE/DESGORCES, S. 253).

1447 Art. 1690 aCC; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1633; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, Ziff. 906; CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.101. Die Rechtsprechung liess aber Abschwächungen dieses Formerfordernisses zu (vgl. CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.111; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1633 und BLAISE/DESGORCES, S. 254, je m.Nw.).

1448 FAGES, Ziff. 554 («[C]es formalités nuisaient gravement à l'attractivité de la cession de créance.»).

1449 Vgl. Rapport au Président, S. 25 («trop coûteuse et inutile»).

konnten nicht mit Drittwirkung abgetreten werden, weil die «signification» bzw. die «acceptation» erst nach der Entstehung der Forderung möglich war. Die Globalabtretung wiederum war umständlich, weil sie die Benachrichtigung einer Vielzahl von Schuldnern erforderte. Und die im modernen Geschäftsverkehr übliche stille Zession war in Frankreich mangels Drittwirkbarkeit wenig tauglich. Die «cession de créance» kam deshalb kaum zur Anwendung.¹⁴⁵⁰ Um Forderungen dennoch zirkulieren lassen zu können, entwickelte die Praxis mit der «subrogation», der «cession Dailly» und der «fiducie» alternative Übertragungsformen.¹⁴⁵¹

Bei der «subrogation» erfüllt ein Dritter die Verpflichtung des Schuldners aus dessen Vertrag mit dem Gläubiger und tritt gleichzeitig in die (Geld-)Forderung des Gläubigers ein.¹⁴⁵² Dabei wird unterschieden zwischen dem gesetzlichen Gläubigereintritt, bei dem der Forderungsübergang sich von Gesetzes wegen vollzieht,¹⁴⁵³ und dem vertraglichen Gläubigereintritt, der auf einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Dritten beruht.¹⁴⁵⁴ Die vertragliche Subrogation war in der Praxis sehr verbreitet. Sie bildete in Frankreich die rechtliche Grundlage des Factoring (affacturation).¹⁴⁵⁵ Gegenüber der «cession de créance» hat die «subrogation» allerdings den Nachteil, dass die Forderung nur in dem Umfang übergeht, in dem der Dritte den Gläubiger befriedigt. Im nicht gedeckten Umfang steht die Forderung weiterhin dem bisherigen Gläubiger zu.¹⁴⁵⁶ Um die ganze Forderung gegen den Schuldner zu erwerben, muss also deren Nominalbetrag an den Gläubiger gezahlt werden.¹⁴⁵⁷

Die sogenannte «cession Dailly» bzw. «cession des créances professionnelles»¹⁴⁵⁸ führte der Gesetzgeber 1981 ein, um die Abtretung von Kunden-

1450 BORGHETTI, S. 202 f.

1451 Zur ganzen Rz. BORGHETTI, S. 201; KLEIN, S. 114 f.; FAGES, Ziff. 559, in Bezug auf die «cession Dailly». Auch die Abtretung im Rahmen der Securitisation (titrisation) wird durch Sondervorschriften erleichtert (vgl. Art. L214-175-1 ff. CMF und FAGES, Ziff. 563 f.; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1655).

1452 Vgl. Art. 1249 bis 1252 aCC (Du paiement avec subrogation) bzw. Art. 1346 bis 1346-5 CC (Le paiement avec subrogation).

1453 Subrogation légale (Art. 1251 aCC, Art. 1346 CC; FAGES, Ziff. 540 f.; BÉNABENT, Rz. 726).

1454 Subrogation conventionnelle (Art. 1250 aCC, Art. 1346-1 f. CC; FAGES, Ziff. 542 f.; BÉNABENT, Rz. 727-730).

1455 BOURDEAUX, Ziff. 16 f.; BLAISE/DESGORCES, S. 263; FAGES, Ziff. 542; BORGHETTI, S. 211.

1456 Art. 1252 aCC, Art. 1346-4 CC; FAGES, Ziff. 545; BORGHETTI, S. 210; BÉNABENT, Rz. 732.

1457 RUCKTESCHLER, S. 258 f. Die Factoringpraxis umging dieses Hindernis dadurch, dass der Factor dem Lieferanten zwar den ganzen Forderungsbetrag bezahlte. Der Lieferant verpflichtete sich aber separat, eine Factoringgebühr zu zahlen (BÉNABENT, Rz. 727).

1458 Die «cession Dailly» ist nach Senator Étienne Dailly, dem Autor des Gesetzes, mit dem diese Form der Abtretung eingeführt wurde, benannt. Sie ist in Art. L313-23 bis L313-29-2 CMF (Cession et nantissement des créances professionnelles) geregelt.

forderungen zu Finanzierungszwecken zu erleichtern. Sie setzt zum einen voraus, dass die abzutretende Forderung vertraglicher oder deliktischer Natur ist, auf einen Geldbetrag lautet und aus einer gewerblichen Tätigkeit des Zedenten stammt.¹⁴⁵⁹ Zum anderen muss der Zessionar ein Kreditinstitut sein.¹⁴⁶⁰ Die Abtretung vollzieht sich, indem der Zedent dem Kreditinstitut ein Verzeichnis (bordereau) übergibt, worin die Forderungen gegen seine Kunden aufgeführt sind.¹⁴⁶¹ Mit der Übergabe des Verzeichnisses wird der Zessionar sowohl im Innenverhältnis als auch gegenüber Dritten Inhaber der Forderungen.¹⁴⁶² Der Schuldner ist am Verfahren nicht beteiligt. Insbesondere ist weder eine «signification» noch eine «acceptation» erforderlich.¹⁴⁶³ Ein weiterer Vorteil der «cession Dailly» liegt darin, dass sie die Abtretung künftiger Forderungen und die Globalabtretung ohne Weiteres ermöglicht.^{1464, 1465}

537 Die «fiducie» wurde 2007 in Art. 2011–2031 aCC eingeführt.¹⁴⁶⁶ Sie ist mit der Sicherungstreuhand nach schweizerischem Recht vergleichbar und umfasst sowohl die Sicherungsabtretung von Forderungen als auch die Sicherungsübereignung von Sachen. Durch die Begründung der «fiducie» werden Forderungen bzw. Sachen zu Sicherungszwecken treuhänderisch vom «constituant» (Treugeber) auf den «fiduciaire» (Treunehmer) übertragen.¹⁴⁶⁷ Letzterer wird vollberechtigter Inhaber der Forderung bzw. Eigentümer der Sache. Die Verfügungsbeschränkung, die sich aus der Sicherungsabrede ergibt, ist bloss obligatorischer Natur. Die Gültigkeit der «fiducie» setzt voraus, dass sie schriftlich vereinbart wird¹⁴⁶⁸ und dass sie innert eines Monats seit Vertragschluss in ein Register eingetragen wird.¹⁴⁶⁹ Sowohl gegenwärtige als auch künftige Forderungen können mittels «fiducie» übertragen werden. Auch die

1459 Ist die Zedentin eine juristische Person, wird nicht vorausgesetzt, dass ihre Forderung aus einer gewerblichen Tätigkeit stammt. Dasselbe gilt auch für die Schuldnerin (Art. L313-23 Abs. 1 CMF; FAGES, Ziff. 559).

1460 Art. L313-23 Abs. 1 CMF; FAGES, Ziff. 559; BÉNABENT, Rz. 719.

1461 FAGES, Ziff. 559.

1462 Art. L313-27 Abs. 1 CMF.

1463 FAGES, Ziff. 561; BÉNABENT, Rz. 718, 721.

1464 Vgl. Art. L313-23 Abs. 2 und Abs. 3 Ziff. 4 CMF; STOUFFLET, Ziff. 38 f.; FAGES, Ziff. 559.

1465 Zur ganzen Rz. FAGES, Ziff. 559–562; BÉNABENT, Rz. 718–722; ausführlich zur «cession Dailly» BLAISE/DESGORCES, S. 280–293. Zur Wirkung des pactum de non cedendo, das einer «cession Dailly» entgegensteht, siehe unten Rz. 677.

1466 Die Bestimmungen zur «fiducie» wurden durch die Schuldrechtsreform 2016 inhaltlich nicht verändert (vgl. Art. 2011–2030 CC).

1467 Art. 2011 aCC, Art. 2011 CC.

1468 Art. 2012 aCC, Art. 2012 CC («Elle doit être expresse.»).

1469 Art. 2019 aCC, Art. 2019 CC.

Globalzession ist zulässig. Der Kreis der möglichen Zessionare (Treuehmer) ist allerdings beschränkt auf bestimmte Kreditinstitute, Dienstleistungs-, Investment-, Beteiligungs- und Versicherungsunternehmen sowie Rechtsanwälte.^{1470, 1471}

B. Abtretungsrecht nach der Schuldrechtsreform

Seit der Schuldrechtsreform 2016 ist die «cession de créance» nicht mehr als besonderer Typus des Kaufvertrags, sondern im allgemeinen Schuldrecht unter den die Obligationen betreffenden Geschäften («les opérations sur obligations») in Art. 1321-1326 CC geregelt. Art. 1321 Abs. 1 CC definiert sie als «contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.» Auch künftige Forderungen sind abtretbar und die Globalzession ist zulässig.¹⁴⁷² Der Abtretungsvertrag bedarf neu der Schriftform.¹⁴⁷³ Die Zustimmung des Schuldners ist nicht erforderlich, es sei denn, dass die Forderung für unabtretbar erklärt worden ist.¹⁴⁷⁴ Damit entfallen die «signification» bzw. die «acceptation» als Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Zession gegenüber Dritten.¹⁴⁷⁵ Ganz losgelöst von der Unterscheidung der Wirksamkeit im Innenverhältnis und gegenüber dem Schuldner hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht: Im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar sowie gegenüber allen Dritten ausser dem Schuldner ist die Zession im Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrags wirksam.^{1476, 1477} Gegenüber dem Schuldner ist die Abtretung hingegen erst wirksam, wenn er ihr vorgängig zugestimmt hat,

1470 Art. 2015 aCC, Art. 2015 CC.

1471 Zur ganzen Rz. RAYNARD/SEUBE, Ziff. 255-260; KIENINGER, Kreditsicherheiten, §17 Rz. 32; KLEIN, S. 119 f.

1472 Art. 1321 Abs. 2 CC. Zur Zulässigkeit der Vorauszession («cession de créance future») und der Globalzession («cession en bloc») vgl. CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.41; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1629; BÉNABENT, Rz. 708; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, Ziff. 905; FAGES, Ziff. 551.

1473 Art. 1322 CC. Vgl. CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.71.

1474 Art. 1321 Abs. 4 CC. Vgl. CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.61. Siehe zum damit angesprochenen pactum de non cedendo unten Rz. 546-550.

1475 CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.101; GIJSBERS, Droit & Patrimoine n° 260 (2016), S. 48, 52.

1476 Art. 1323 Abs. 1 und 2 CC. Vgl. FAGES, Ziff. 554; CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.121; GIJSBERS, Droit & Patrimoine n° 260 (2016), S. 48, 52 f.

1477 Auch nach der Schuldrechtsreform gelten das Konsensprinzip (Art. 711, 1196, 1583 CC; vgl. CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.91; KÄMPER, Diss., S. 110) und das Einheitsprinzip (vgl. KIENINGER, Forderungsabtretung, S. 219). Siehe hierzu oben FN 1445.

wenn sie ihm angezeigt worden ist oder wenn er sie anerkennt.¹⁴⁷⁸ Für die Anzeige wird keine besondere Form vorausgesetzt.¹⁴⁷⁹

539 Die Reform des französischen Zessionsrechts erleichtert den Forderungsverkehr erheblich, indem für die Drittwirksamkeit der Abtretung auf die «signification» bzw. «acceptation» verzichtet wird und Voraus- und Globalabtretungen ohne Weiteres ermöglicht werden.¹⁴⁸⁰ Das Zessionsrecht des Code civil ist daher heute «durchaus eine taugliche Basis für den Verkehr mit Forderungen.»¹⁴⁸¹ Trotzdem bestehen die alternativen Übertragungsformen der «subrogation», der «cession Dailly» und der «fiducie» als bewährte Geschäftspraktiken weiter.¹⁴⁸² Letztere beiden ermöglichen die sicherungsweise Abtretung von Forderungen. Ausserhalb der «cession Dailly» und der «fiducie» erfolgte die Nutzung von Forderungen zu Sicherungszwecken nämlich grundsätzlich nur in der Form der Forderungsverpfändung (nantissement de créance) gemäss Art. 2355-2366 CC. Denn die Sicherungsabtretung mittels gewöhnlicher «cession de créance» war bis vor Kurzem nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich.^{1483, 1484} Erst seit einer Reform des Code civil aus dem Jahr 2021 ist die «cession de créance à titre de garantie» auch im allgemeinen Zivilrecht zulässig.¹⁴⁸⁵

540 Abtretbar sind grundsätzlich alle Forderungen.¹⁴⁸⁶ Ausnahmen bestehen nur in begrenzter Anzahl. So können etwa höchstpersönliche Forderungen,¹⁴⁸⁷ familienrechtliche Unterhaltsforderungen und sozialversicherungsrechtliche Rentenforderungen nicht abgetreten werden. Auch Lohnforderungen sind unabtretbar, soweit sie unpfändbar sind.¹⁴⁸⁸ Allgemein hat die

1478 Art. 1324 Abs. 1 CC. Vgl. CHÉNÉDÉ, *droit des obligations*, Ziff. 212.111; DERS., *cession de créance*, S. 94; FAGES, Ziff. 555. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Schuldner befreiend an seinen bisherigen Gläubiger leisten (TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1636; FAGES, Ziff. 555).

1479 TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1634.

1480 GIJSBERS, *Droit & Patrimoine* n° 260 (2016), S. 48, 48 f.

1481 KIENINGER, *Forderungsabtretung*, S. 223.

1482 KIENINGER, *Forderungsabtretung*, S. 223 f.

1483 Cour de cassation, Urteil vom 19.12.2006, in: *Bull. civ.* 2006 IV, n° 250, S. 275.

1484 KIENINGER, *Kreditsicherheiten*, § 17 Rz. 31-33; KLEIN, S. 120 f.

1485 Vgl. art. 2373 bis 2373-3 CC, eingeführt durch die ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, in Kraft seit 1.1.2022.

1486 Art. 537 Abs. 1 CC: «Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.» Vgl. MIGNOT, Art. 1321.

1487 Sog. «*créances intuitu personae*» (näher hierzu BLAISE/DESGORGES, S. 252; MÜNCH, S. 160-162).

1488 Für eine Übersicht über die gesetzlichen Abtretungsverbote im französischen Recht vgl. MÜNCH, S. 168-174.

Unpfändbarkeit einer Forderung ihre Unabtretbarkeit zur Folge.¹⁴⁸⁹ Überdies können Schuldner und Gläubiger vereinbaren, dass eine Forderung nicht abtretbar ist. Die Wirkungen einer solchen «clause d'incessibilité» werden im Folgenden näher untersucht.

2. Pactum de non cedendo

A. Vor der Schuldrechtsreform

Der Code civil von 1804 enthielt keine Bestimmung zu Abtretungshindernissen bzw. zum pactum de non cedendo. Geprägt von den Idealen der Französischen Revolution gewichtete er die Verfügungsfreiheit hoch. Verfügungsbeschränkungen im Allgemeinen und Veräußerungsverbote im Besonderen wurden abgelehnt, wobei die Verfügung über Forderungen derjenigen über Sachen gleichgestellt wurde.¹⁴⁹⁰ So erwog das oberste französische Zivilgericht, die Cour de cassation, 1853, die freie Verfügung über das Vermögen sei als wesentliche Eigenschaft des Eigentums ein Grundsatz der öffentlichen Ordnung («un principe d'ordre public»), von dem nur in gesetzlich besonders zugelassenen Fällen abgewichen werden dürfe. Demzufolge sei ein pactum de non cedendo («clause d'incessibilité») nicht verbindlich und der Gläubiger könne ungeachtet des pactum einer gültigen Übertragung seiner Rechte zustimmen.¹⁴⁹¹ THÉOPHILE HUC führte in seinem grundlegenden «Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances» 1891 aus: «Or la propriété individuelle est la base principale de notre organisation sociale. Son attribut constitutif est la liberté de disposer; donc toute convention qui tendrait à détruire ou même seulement à restreindre cette liberté en dehors des cas autorisés par la loi doit être considérée comme radicalement nulle.»¹⁴⁹² Prägnant hielt das deutsche Reichsgericht 1891 in einem Fall, in dem das rheinisch-französische Recht anwendbar war, die Position des Code civil zur Wirkung des pactum de non cedendo fest: «Im Interesse der öffentlichen Ordnung und der allgemeinen Wohlfahrt stellt [der Code civil] den Grundsatz der freien Verfügungsgewalt [des Berechtigten] auf [...]. [...] Der vertragsmäßigen

1489 Zur ganzen Rz. bis hier BÉNABENT, Rz. 708; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1629; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, Ziff. 905; FRANÇOIS, Ziff. 464; FAGES, Ziff. 551; BLAISE/DESGORGES, S. 251 f.

1490 Siehe hierzu oben Rz. 130.

1491 Cour de cassation, Urteil vom 6. 6.1853, in: Recueil Dalloz 1853, S. 191 f. Vgl. auch Cour d'Alger, Urteil vom 20.1.1879, in: Recueil Dalloz 1879, S. 143 f.

1492 HUC, S. 60. Zur Gleichbehandlung von Forderungsrecht und Sacheigentum vgl. HUC, S. 342.

Ausschließung der Übertragbarkeit wird daher von der Rechtsprechung und der Rechtslehre übereinstimmend die Wirkung gegen Dritte versagt.»¹⁴⁹³

542 Damit stand fest, dass eine abredewidrige Abtretung absolut wirksam war. Ob das pactum de non cedendo dabei nichtig war oder zumindest obligatorisch zwischen Schuldner und Zedent wirkte, scheint nicht restlos geklärt gewesen zu sein: HUC sprach sich eindeutig für die Nichtigkeit des pactum aus.¹⁴⁹⁴ Auch der Entscheid der Cour de cassation aus dem Jahr 1853 legt die Nichtigkeit des pactum nahe, indem er – wie HUC – auf die Ordre public-Widrigkeit des pactum abstellt. Das Urteil des Reichsgerichts lässt dagegen durch die Formulierung, dass dem pactum «die Wirkung gegen Dritte versagt» werde, die Interpretation zu, dass im Umkehrschluss das pactum zwischen seinen Parteien wirkte. Eine Klärung dieser Frage findet sich weder in der Rechtsprechung noch in der wissenschaftlichen Literatur, die sich – wohl aufgrund der fehlenden praktischen Bedeutung der «cession de créance» – kaum mit dem pactum de non cedendo befassten.¹⁴⁹⁵

543 Erst nach der Erleichterung der Forderungsabtretung durch die Einführung der «cession Dailly»¹⁴⁹⁶ wurde die Wirkung des pactum de non cedendo wieder zu einem Thema.¹⁴⁹⁷ Die Cour de cassation erhielt im Jahr 2000 Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Sie erwog, dass die Zessionarin nicht Partei des Vertrags sei, der das pactum enthalte. Daher werde die Zessionarin durch das pactum nicht verpflichtet, solange sie ihm nicht zustimme. Mangels einer solchen Zustimmung habe die Forderung daher trotz pactum abgetreten werden können.¹⁴⁹⁸ Im Unterschied zu ihrem Entscheid aus dem Jahr 1853 begründete die Cour de cassation die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung somit nicht mehr mit der Ordre public-Widrigkeit des pactum, sondern mit der Relativität des Schuldverhältnisses bzw. des pactum. Dies lässt den Schluss zu, dass das pactum *inter partes* wirksam ist und seine Verletzung schuldrechtliche

1493 RGZ 27, 339, 341.

1494 Ebenso die Cour d'Alger, a.a.O. (FN 1491), gemäss der ein Verfügungsverbot «doit être réputée non écrite comme contraire à la loi et à l'ordre public.»

1495 KÖTZ, Rights of Third Parties, Ziff. 74, S. 64; GOERGEN, S. 138; ROSCH, RIW 2001, S. 604, 605; GRAU, S. 111. Für eine ausführliche rechtshistorische Betrachtung des pactum de non cedendo im französischen Recht vgl. GOERGEN, S. 138-158.

1496 Auch die Bestimmungen zur «cession Dailly» enthalten keine Regelung des pactum de non cedendo (vgl. Art. L313-23 bis L313-29-2 CMF).

1497 Hinsichtlich pacta de non cedendo wurde vor der Schuldrechtsreform gewöhnlich nicht zwischen der «cession de créance» und anderen Übertragungsformen wie namentlich der «cession Dailly» unterschieden (vgl. KLEIN, S. 126, FN 373). Siehe zur nunmehr abweichenden Wirkung des pactum, wenn es einer «cession Dailly» entgegensteht, unten Rz. 677.

1498 Cour de cassation, Urteil vom 21.11.2000, in: Bull. civ. 2000 IV, n° 180, S. 158 f.

Folgen zeitigen kann.¹⁴⁹⁹ Zum gleichen Ergebnis führt die Erwägung, dass das pactum bei Zustimmung des Zessionars wirksam ist. Damit scheidet seine Nichtigkeit aus.¹⁵⁰⁰

Von dieser Rechtsprechung wich die Cour de cassation jedoch bereits 544 zwei Jahre später in einem unveröffentlichten Urteil¹⁵⁰¹ ab, das ebenfalls eine «cession Dailly» betraf.¹⁵⁰² Sie gestattete dem Schuldner, sich auf ein pactum zu berufen mit der Folge, dass die abredewidrige Abtretung unwirksam war. Die Cour de cassation begründete dieses Ergebnis mit der Einrede- und Einwendungsordnung: Der Schuldner, der die Abtretung nicht akzeptiert habe, könne der Zessionarin die Einreden und Einwendungen («exceptions») entgegenhalten, die in seiner persönlichen Beziehung zum Zedenten gründeten. Zu diesen «exceptions» zähle auch das pactum de non cedendo. Die zwei Jahre zuvor noch als essenziell erachtete Relativität des pactum erwähnte die Cour de cassation nicht mehr. Ob die Unwirksamkeit eine absolute oder eine relative ist oder ob sie nur auf Einrede des Schuldners zu beachten ist, lässt sich der knappen Begründung des Urteils nicht entnehmen.^{1503, 1504}

In der französischen Literatur fand die Frage nach der Wirkung des pactum erst wieder vermehrt Aufmerksamkeit, nachdem 2001 eine Vorschrift in 545 den Code de commerce eingeführt worden war, die in bestimmten Konstellationen die Nichtigkeit des pactum vorsieht.¹⁵⁰⁵ Die in der Literatur vertretenen Ansichten waren nicht einheitlich. Aus der Anordnung der Nichtigkeit des pactum im Code de commerce wurde zwar übereinstimmend geschlossen, dass das pactum ausserhalb des Anwendungsbereichs dieser handelsrechtlichen Spezialvorschrift nicht nichtig, sondern wirksam sei.¹⁵⁰⁶ Der Umfang der Wirkung des pactum wurde jedoch unterschiedlich beurteilt. Strittig war

1499 ROSCH, RIW 2001, S. 604, 609; RASCHE, EuLF 2002, S. 133, 134; KRAMME, S. 60.

1500 Vgl. zu diesem Urteil auch CABRILLAC, RTD com. 2001, S. 203; CROCO, RTD civ. 2001, S. 933; GRAU, S. 113; KLEIN, S. 127.

1501 Cour de cassation, Urteil vom 22.10.2002, n° 99-14.793, besprochen von CROCO, RTD civ. 2003, S. 129 f.

1502 Gl.A. FRANÇOIS, Ziff. 464; GIJSBERS, Droit & Patrimoine n° 260 (2016), S. 48, 54, FN 62; RENFERT/BRUN, RTDF 2009, n° 3, S. 37, 38, FN 13; KRAMME, S. 60 f.; KÄMPER, Diss., S. 224; a.A. KLEIN, S. 127 f., die im Urteil vom 22.10.2002 eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung sieht, dabei aber irrtümlicherweise davon ausgeht, dass die Zessionarin dem pactum zugestimmt habe.

1503 Unentschieden auch RENFERT/BRUN, RTDF 2009, n° 3, S. 37, 40.

1504 In erneuter Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung hielt die Cour de cassation in einem Urteil aus dem Jahr 2017, d.h. nach der Schuldrechtsreform, eine abredewidrige «cession Dailly» für (absolut) wirksam (siehe hierzu unten Rz. 677).

1505 Siehe hierzu unten Rz. 672–676.

1506 Vgl. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNEDÉ, Ziff. 1630; RENFERT/BRUN, RTDF 2009, n° 3, S. 37, 38 und 40.

insbesondere, in welchen Fällen der Schuldner dem Zessionar das pactum entgegenhalten konnte: (1) nur bei Zustimmung des Zessionars zum pactum (entsprechend dem Urteil der Cour de cassation aus dem Jahr 2000),¹⁵⁰⁷ (2) schon bei Kenntnis des Zessionars vom pactum¹⁵⁰⁸ oder (3) in jedem Fall (entsprechend dem Urteil der Cour de cassation aus dem Jahr 2002).¹⁵⁰⁹ Einig schien man sich immerhin zu sein, dass der Zedent dem Schuldner im Fall der Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung für allfällige Schäden haftet.¹⁵¹⁰

B. Nach der Schuldrechtsreform

546 Mit der Reform des französischen Obligationenrechts wurde 2016 erstmals eine Bestimmung zum pactum de non cedendo in den Code civil aufgenommen:

Art. 1321

(4) Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible.

547 Art. 1321 Abs. 4 CC lässt sich zweierlei entnehmen: Erstens können Schuldner und Gläubiger vereinbaren, dass die sie verbindende Forderung unabtretbar («incessible») ist. Und zweitens erfordert die Abtretung die Zustimmung des Schuldners, wenn Schuldner und Gläubiger die Unabtretbarkeit der Forderung vereinbart haben. Letzteres ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass die Abtretung keine Zustimmung des Schuldners voraussetzt.¹⁵¹¹

548 Fest steht damit, dass das pactum de non cedendo nach dem reformierten Code civil nicht nichtig ist.¹⁵¹² Weniger eindeutig ist, welche Wirkung das pactum zeitigt.¹⁵¹³ Zu den Folgen des pactum für die abredewidrige Abtretung schweigt der Wortlaut der Bestimmung. Ebenso wenig äussern sich die Gesetzgebungsmaterialien dazu.¹⁵¹⁴ Und auch die Cour de cassation hat – soweit ersichtlich – zu dieser Frage bisher noch nicht Stellung genommen.

549 In der Literatur werden gegensätzliche Ansichten zur Wirkung des pactum de non cedendo unter dem reformierten Code civil vertreten: Ein Teil

1507 Vgl. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ, Ziff. 1630.

1508 CABRILLAC, RTD com. 2001, S. 203; CROCQ, RTD civ. 2001, S. 933.

1509 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 101, 102 (explizit für absolute Wirkung des pactum); MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, Ziff. 905.

1510 LEAVY, S. 133 (rein obligatorische Wirkung).

1511 Vgl. Rapport au Président, S. 25.

1512 CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.62 («l'efficacité des clauses d'incessibilité est donc explicitement consacrée par l'ordonnance»); DERS., cession de créance, S. 91; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, S. 732.

1513 CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.62 («L'étendue de cette efficacité demeure toutefois incertaine.»); DERS., cession de créance, S. 91; CHANTEPIE/LATINA, Ziff. 858.

1514 Vgl. Rapport au Président, S. 25f.

der Autoren spricht sich für die absolute Wirkung aus: Vertragliche Abtretungsverbote hätten zur Folge, dass die Zession von der Zustimmung des Schuldners abhängt. Verweigert dieser die Zustimmung, sei die Forderung dem Rechtsverkehr entzogen und eine dennoch erfolgte Zession absolut unwirksam.¹⁵¹⁵ Andere Autoren sind hingegen der Auffassung, dass die absolute Unwirksamkeit der Zession nicht erforderlich sei, sondern dass eine «inoposabilité» der Zession gegenüber dem Schuldner genüge. Dieser könne weiterhin befreiend an den Zedenten leisten. Zwischen Zedent und Zessionar sei die Abtretung hingegen wirksam und verpflichte¹⁵¹⁶ den Zedenten dazu, das vom Schuldner Erhaltene an den Zessionar herauszugeben («cession de l'émolument de la créance»).¹⁵¹⁷ Damit wird Art. 1321 Abs. 4 CC im Sinn der relativen Wirkung der «clause d'incessibilité» ausgelegt.

Dass das pactum – entsprechend dem Urteil der Cour de cassation aus dem Jahr 2000 – rein obligatorisch wirke, wird in der französischen Literatur¹⁵¹⁸ – soweit ersichtlich – nicht vertreten.¹⁵¹⁹ Ein solches Verständnis widerspricht dem Wortlaut von Art. 1321 Abs. 4 CC. Wenn die Abtretung – gemäss dem Regelungsmodell der obligatorischen Wirkung – auch bei einem Verstoß

1515 KÄMPER, Diss., S. 233; DERS., R.I.D.C. 2018, S. 945, 955–958; KIENINGER, Forderungsabtretung, S. 227; JANSEN, Art. 11:301 PECL N 4; LURGER, S. 159; MIGNOT, Art. 1321 («La cession d'une créance incessible est nulle.»); vgl. auch MALAURIE/AYNÈS/STOFFELMUNCK, Ziff. 905 («créances incessibles»). Gl.A. bereits 2002 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 101, 102.

1516 Im französischen Abtretungsrecht wird gewöhnlich nicht zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterschieden (siehe oben FN 1445 und 1477). Der Abtretungsvertrag hat mithin grundsätzlich gleichzeitig verpflichtende und verfügende Wirkung.

1517 CHANTEPIE/LATINA, Ziff. 858; CHÉNÉDÉ, droit des obligations, Ziff. 212.62; FRANÇOIS, Ziff. 464; JULIENNE, régime général, Ziff. 159; DERS., Droit & Patrimoine n° 249 (2015), S. 69, 72; GIJSBERS, Droit & Patrimoine n° 260 (2016), S. 48, 54, FN 61; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, S. 734; WURM, S. 19 f. Eingehend zur «cession de l'émolument de la créance» PELLIER, RTD civ. 2019, S. 229–242, insbesondere 238–241.

1518 Vgl. JULIENNE, régime général, Ziff. 159, FN 59, der die obligatorische Wirkung als «système inverse» von der Wirkung des pactum nach Art. 1321 Abs. 4 CC abgrenzt.

1519 So aber KLEIN, S. 131. Sie begründet ihre Ansicht damit, dass kaum angenommen werden könne, dass der Gesetzgeber «im Zusammenhang mit vertraglichen Abtretungsverboten ein[en] Rückschritt bei der Verkehrsfähigkeit von Forderungen» gewollt habe. Dies stände im Widerspruch zur Erleichterung der Abtretung durch die Streichung des Erfordernisses der «signification» (bzw. «acceptation»). Diese Argumentation erscheint nicht zwingend. Einerseits unternahm die Cour de cassation in ihrem Urteil aus dem Jahr 2002 einen Schritt in Richtung der Beschränkung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen, indem sie einer abredewidrigen Abtretung die Wirksamkeit versagte (vgl. auch FAGES, Ziff. 551, FN 8, der für die Wirkung des pactum nach Art. 1321 Abs. 4 CC auf dieses Urteil verweist). Und andererseits kann in einer verstärkten Wirkung des pactum durchaus auch – zum Schutz des Schuldners – eine Kompensation für die generelle Erleichterung der Forderungsabtretung gesehen werden.

gegen ein pactum wirksam wäre, wäre die Zustimmung des Schuldners nämlich in jedem Fall entbehrlich. Die Vorschrift von Art. 1321 Abs. 4 CC, wonach keine Zustimmung des Schuldners erforderlich ist, solange kein pactum vereinbart worden ist, wäre bei Annahme der rein obligatorischen Wirkung des pactum mithin obsolet.

C. Fazit

- 551 Die Wirkung des pactum de non cedendo erlebte im französischen Recht grundlegende Wendungen. Ausgehend vom revolutionären Ideal der Verfügungsfreiheit galten Abtretungsverbote nach der Schaffung des Code civil als Ordre public-widrig und damit als nichtig. Von diesem Dogma wichen die Gerichte mit der Zeit ab, indem sie – nunmehr gestützt auf den Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses – dem pactum bloss noch die Drittwirksamkeit versagten. In ihrem letzten Urteil zum pactum vor der Schuldrechtsreform sprach die Cour de cassation dem pactum gar Wirksamkeit gegenüber dem Zessionar zu, wenn sich der Schuldner diesem gegenüber auf das pactum beruft. Seit der Normierung des pactum in Art. 1321 Abs. 4 CC steht fest, dass das pactum der Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung entgegensteht.¹⁵²⁰ Ob die Zession dabei absolut oder nur relativ unwirksam ist, muss erst noch von der Cour de cassation geklärt werden. Bis dahin ist nicht entschieden, ob das geltende französische Recht dem Regelungsmodell der absoluten Wirkung oder demjenigen der relativen Wirkung zuzuordnen ist. Der Ausschlag dafür, dass es vorliegend unter dem Kapitel der relativen Wirkung dargestellt wird, ergibt sich aus der Tatsache, dass diejenigen *französischen* Autoren, die sich intensiver mit dem pactum beschäftigt haben, sich gegen die «nullité (absolute)» der abredewidrigen Zession und für deren «inopposabilité» gegenüber dem Schuldner ausgesprochen haben.^{1521, 1522}

1520 Vorbehalten bleiben die Sonderregelung von Art. L442-3 C. com. (siehe unten Rz. 672-676) und die neue Rechtsprechung zur «cession Dailly» (Rz. 677).

1521 Siehe die Nachweise in FN 1517.

1522 Zwar erklärte Frankreich bei der Ratifizierung des Factoring-Übereinkommens einen Vorbehalt nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 FactÜ. Es sprach sich damit beim grenzüberschreitenden Factoring für die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung aus (siehe unten Rz. 596). Daraus lässt sich aber keine allgemeine Entscheidung zugunsten der relativen Unwirksamkeit ableiten. Der Grund für den besonderen Schutz, der den Schuldern dadurch gewährt wird, liegt nämlich weniger in ihrer Schuldner-eigenschaft als vielmehr in ihrem französischen (Wohn-)Sitz (vgl. GOERGEN, S. 202 f.; GRAU, S. 112 f.).

IV. Code Européen des Contrats (Avant-projet)

1. Abtretungsrecht

Im Jahr 2001 veröffentlichte die «Académie des Privatistes Européens»¹⁵²³ das 552 Buch I («Des contrats en général») des Code Européen des Contrats (Avant-projet),¹⁵²⁴ eines privaten Entwurfs einer Kodifikation des europäischen Vertragsrechts. Die Verfasser orientierten sich bei der Erarbeitung des Entwurfs primär am italienische Codice civile und am englischen Contract Code¹⁵²⁵ und beschränkten damit einen – im Vergleich zum umfassenderen rechtsvergleichenden Ansatz der PECL und des DCFR – eigenen Weg. Bei der Diskussion über ein zukünftiges europaweites Vertragsrecht spielte der Code Européen des Contrats bisher eine untergeordnete Rolle.¹⁵²⁶

Das Recht der Forderungsabtretung regelt der Code Européen des Contrats in Art. 121-124 («Cession de créance»). Von seiner Anwendung ausgenommen sind Zessionen im Rahmen des Factoring.¹⁵²⁷ Zur Sicherungsabtretung enthält der Code keine besonderen Vorschriften.¹⁵²⁸ Nach den Grundsätzen von Art. 122 Abs. 1 bis 3 geschieht die Abtretung durch Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar, ohne dass es der Zustimmung des Schuldners bedarf. Für die Wirksamkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner setzt Art. 122 Abs. 4 zusätzlich voraus, dass sie ihm bekannt gemacht wird oder dass er sie annimmt.¹⁵²⁹ 553

1523 Die «Académie des Privatistes Européens» ist eine Vereinigung europäischer Privatrechtswissenschaftler, die sich unter ihrem Koordinator Prof. Giuseppe Gandolfi regelmäßig in Pavia traf. Sie hat zum Ziel, «durch wissenschaftliche Forschung auf dem Boden der Gemeinschaftsverträge einen Beitrag zur Vereinheitlichung, Auslegung und Anwendung des europäischen Privatrechts zu leisten» (vgl. Website der Académie).

1524 Online abrufbar im französischen Originaltext wie auch in übersetzter deutscher Fassung (Livre premier: französische Fassung auch in GANDOLFI, S. 1-85 und Gazette du Palais vom 21./22.2.2003, S. 4-24 und vom 23.-25.2.2003, S. 7-25; deutsche Fassung auch in GANDOLFI, S. 441-517 und ZEuP 2002, S. 139-172, 365-394).

1525 ZIMMERMANN, S. 1405; SIEHR, S. 260. So auch im Abtretungsrecht im Allgemeinen (vgl. GANDOLFI, S. 221-224) und bei der Regelung des pactum de non cedendo im Speziellen (vgl. GANDOLFI, S. 256).

1526 JANSEN/ZIMMERMANN, S. 12; KLEIN, S. 107.

1527 Art. 122 Abs. 8 Code Européen des Contrats.

1528 KLEIN, S. 108.

1529 Zu den Parallelen dieser Norm zum früheren französischen Recht (Art. 1690 aCC) siehe oben Rz. 533 und zum italienischen Recht (Art. 1264 f. CCit) oben Rz. 495.

2. Pactum de non cedendo

554 Das pactum de non cedendo regelt der Code Européen des Contrats in Art. 121 wie folgt:

Article 121 Cessibilité des créances

(1) Une créance [...] peut être transférée à un tiers [...] à condition qu'elle n'ait pas un caractère personnel et que la cession ne soit pas exclue par la loi, par l'accord des parties ou la nature du contrat.

[...]

(4) Une interdiction conventionnelle est opposable au cessionnaire si le cédé prouve que le cessionnaire en avait connaissance au moment de la cession; dans ce cas, l'interdiction empêche que le cessionnaire acquière le droit envers le cédé, mais non à l'égard du cédant.

555 Abs. 4 unterscheidet hinsichtlich der Wirkung des pactum de non cedendo danach, ob der Zessionar im Zeitpunkt der Abtretung vom Abtretungsverbot Kenntnis hatte oder nicht, d.h. nach dem bösen bzw. guten Glauben des Zessionars. Ist dieser gutgläubig, erwirbt er die abgetretene Forderung ungeachtet des pactum. Bei Bösgläubigkeit hingegen ist die Abtretung dem Schuldner gegenüber unwirksam, im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar jedoch wirksam. Die Beweislast für den bösen Glauben des Zessionars liegt gemäss dem Wortlaut von Abs. 4 beim Schuldner.

3. Einordnung

556 Der Code Européen des Contrats sieht bei Bösgläubigkeit des Zessionars die relative Unwirksamkeit und bei dessen Gutgläubigkeit die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung vor.¹⁵³⁰ Darüber, ob der Zedent in letzterem Fall dem Schuldner für die Verletzung des pactum de non cedendo haftet, schweigt der Code. Aufgrund der offensichtlichen Orientierung des Code Européen des Contrats an der Regelung von Art. 1260 CCit¹⁵³¹ ist davon auszugehen, dass die abredewidrige Abtretung zu Schadenersatzansprüchen des Schuldners gegen den Zedenten führen kann.¹⁵³² Das pactum wirkt somit bei Gutgläubigkeit des Zessionars rein obligatorisch und bei Bösgläubigkeit relativ. Entsprechend der Regelung von Art. 1260 CCit wird auch die Lösung des Code

1530 MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 913, FN 51; EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 466; ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 330; KLEIN, S. 108f.

1531 Vgl. GANDOLFI, S. 256. Siehe zum italienischen Recht oben Rz. 498-507.

1532 Gl.A. KLEIN, S. 109.

Européen des Contrats unter dem Regelungsmodell der relativen Wirkung eingeordnet.¹⁵³³

V. Principles of European Contract Law

1. Anwendungsbereich

Die Principles of European Contract Law (PECL), eine auf wissenschaftlicher Grundlage erarbeitete Privatkodifikation des europäischen Vertragsrechts,¹⁵³⁴ regeln die Forderungsabtretung («assignment of claims») in Kapitel 11. Dieses wurde 2002 im Rahmen von Teil III der PECL fertiggestellt und 2003 publiziert. Entsprechend ihrem Zweck, als allgemeine Regeln des Vertragsrechts angewandt zu werden,¹⁵³⁵ sind die PECL auf alle Verträge anwendbar, unabhängig davon, ob die Parteien Kaufleute sind oder nicht. Die Abtretungsregeln der PECL wiederum finden grundsätzlich auf die Zession von Forderungen jeglichen Inhalts¹⁵³⁶ und ausdrücklich auch auf Sicherungsabtretungen¹⁵³⁷ und weitere vertragliche Begründungen von Sicherheiten an einer Forderung¹⁵³⁸ Anwendung.¹⁵³⁹

2. Pactum de non cedendo

Gemäss den Abtretungsregeln der PECL geht die Forderung durch blosser Einigung zwischen Zedent und Zessionar auf Letzteren über, ohne dass der Schuldner an diesem Vorgang beteiligt ist.¹⁵⁴⁰ Daher hat der Schuldner unter Geltung der PECL ein Interesse daran, durch den Abschluss eines pactum de non cedendo darauf hinzuwirken, dass die Forderung nicht ohne seine

1533 Zur Einordnung von Art. 1260 CCit siehe oben Rz. 507.

1534 Die PECL wurden von der «Commission on European Contract Law» erarbeitet. Dieses Gremium wurde auf Initiative von Prof. Ole Lando aus Kopenhagen gegründet und bestand aus Juristen aus allen Mitgliedstaaten der EU (vgl. LANDO/BEALE, S. xi-xvi).

1535 Vgl. Art. 1:101 Abs. 1 PECL.

1536 Vgl. Art. 11:101 Abs. 1 PECL.

1537 Art. 11:101 Abs. 4 PECL.

1538 Art. 11:101 Abs. 5 PECL.

1539 Vom Anwendungsbereich teilweise ausgenommen ist die Übertragung von Finanzierungsinstrumenten, Wertpapieren und ähnlichen Urkunden (vgl. Art. 11:101 Abs. 3 PECL).

1540 Vgl. Art. 11:302 PECL *e contrario*: Nur die Abtretung von Forderungen, die ihrer Natur nach an die Person des Gläubigers gebunden sind, setzt für ihre umfassende Wirksamkeit die Zustimmung des Schuldners voraus. Vgl. auch Art. 11:202 Abs. 1 PECL.

Beteiligung abgetreten wird.¹⁵⁴¹ Art. 11:301 PECL¹⁵⁴² regelt das pactum de non cedendo wie folgt:

Article 11:301 Contractual Prohibition of Assignment

- (1) An assignment which is prohibited by or is otherwise not in conformity with the contract under which the assigned claim arises is not effective against the debtor unless:
 - (a) the debtor has consented to it; or
 - (b) the assignee neither knew nor ought to have known of the non-conformity; or
 - (c) the assignment is made under a contract for the assignment of future rights to payment of money.
- (2) Nothing in the preceding paragraph affects the assignor's liability for the non-conformity.

559 Verletzt der Zedent ein mit dem Schuldner vereinbartes Abtretungsverbot, so ist gemäss Art. 11:301 Abs. 1 PECL die Zession dem Schuldner gegenüber grundsätzlich unwirksam.¹⁵⁴³ Dieser braucht eine allfällige Abtretungsanzeige nicht zu beachten und kann weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten.¹⁵⁴⁴ Im Verhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar ist die abredewidrige Abtretung nach Art. 11:203 PECL allerdings wirksam. Sie berechtigt den Zessionar gegenüber dem Zedenten, all das herauszuverlangen, was dieser vom Schuldner in Erfüllung der abgetretenen Forderung erhalten hat.¹⁵⁴⁵ Die damit angeordnete relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung wird damit begründet, dass kein Grund bestehe, dass eine Abtretung, die den Schuldner nicht binde, auch den bisherigen Gläubiger nicht binden sollte.¹⁵⁴⁶

560 Vom Grundsatz der relativen Unwirksamkeit einer abredewidrigen Abtretung sieht Art. 11:301 Abs. 1 PECL drei Ausnahmen vor, in denen die Zession

1541 Siehe hierzu oben Rz. 62.

1542 In den Revised Principles of European Contract Law, die der Vorbereitung des DCFR dienten, findet sich eine unveränderte Vorschrift in Art. 11:109 (vgl. Materials for a Common Frame of Reference, S. 611).

1543 Durch die Abtretung einer Forderung, deren Übertragung durch Vereinbarung verboten worden ist, verletzt der Zedent seine Zusicherung gegenüber dem Zessionar, dass er berechtigt ist, die Forderung abzutreten (vgl. Art. 11:204 lit. a (i) PECL), was Haftungsfolgen nach Kapitel 8 und 9 der PECL auslösen kann.

1544 LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, S. 107; VON BAR/ZIMMERMANN, S. 684 f.

1545 Art. 11:203 PECL: «An assignment is effective as between the assignor and assignee, and entitles the assignee to whatever the assignor receives from the debtor, even if it is ineffective against the debtor under Article 11:301 or 11:302.»

1546 LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, S. 101; VON BAR/ZIMMERMANN, S. 677 f.

auch gegenüber dem Schuldner wirksam ist. Erstens trifft dies zu, wenn der Schuldner der Abtretung zugestimmt hat (lit. a). Damit wird die allgemein anerkannte Regel, dass der Schuldner auf den Schutz des *pactum de non cedendo* verzichten kann,¹⁵⁴⁷ in den PECL ausdrücklich angeordnet. Zweitens ist die Abtretung umfassend wirksam, wenn der Zessionar das *pactum de non cedendo* weder kannte noch kennen musste (lit. b), d.h. bei Gutgläubigkeit des Zessionars.¹⁵⁴⁸ Und drittens ist die Abtretung künftiger Ansprüche auf Geldzahlung trotz Bestand eines *pactum de non cedendo* auch gegenüber dem Schuldner wirksam (lit. c).

Unter künftigen Ansprüchen auf Geldzahlung («future rights to payment of money») werden «auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche, die aus zukünftigen Verträgen erwachsen» verstanden, nicht jedoch «Ansprüche, die aus bestehenden Verträgen entstehen, aber erst zu einem zukünftigen Zeitpunkt zu zahlen sind».¹⁵⁴⁹ Damit sind insbesondere künftige Forderungen erfasst, die im Rahmen eines Factoringvertrags abgetreten werden.¹⁵⁵⁰ Diese Priorisierung der Gläubiger vor den Schuldnerinteressen wird mit den Problemen begründet, welche «die Nichtabtretungsklausel typischerweise im Bereich der Finanzierung mit Geldforderungen [...] verursacht.» Ein Schuldner, der in der Lage sei, auf ein *pactum de non cedendo* zu bestehen, befinde sich «nahezu ausnahmslos in der stärkeren Verhandlungsposition» und sei daher nicht die schutzbedürftige Partei. Ohne Zugang zum Factoring und damit zur Übernahme des Delkredererisikos durch den Factor¹⁵⁵¹ könnte der Gläubiger ernsthaft benachteiligt werden, weil der verhandlungsstarke Schuldner in der Lage sei, Sicherheiten für die Zahlung zu verweigern. Diese Ausnahme von der

1547 Siehe hierzu ausführlich zum Schweizer Recht oben Rz. 254-270.

1548 Wen die Beweislast für den guten bzw. bösen Glauben des Zessionars trifft, lassen die PECL und deren Kommentierung offen (vgl. KLEIN, S. 106, FN 242, die sich analog dem italienischen Recht, an das sich Art. 11:301 Abs. 1 lit. b PECL anlehnt, für die Beweislast des Schuldners ausspricht).

1549 VON BAR/ZIMMERMANN, S. 685; LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, S. 108.

1550 Die Verfasser der PECL begründen die Ausnahme zugunsten des Factoring damit, dass dem Factor nicht zugemutet werden könne, die einzelnen Verträge, die in die Hunderte gehen könnten, daraufhin zu prüfen, ob sie ein *pactum de non cedendo* enthielten. Und selbst wenn der Vertrag standardisierte Vertragsbedingungen enthalte, die kein *pactum de non cedendo* vorsähen, könne der Zessionar, der einen solchen Vertrag untersuche, nicht sicher sein, dass der Zedent nicht irgendwann die Vertragsbedingungen ändere, ohne ihn hiervon zu benachrichtigen (LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, S. 108; VON BAR/ZIMMERMANN, S. 685). Allerdings kann der Zessionar ohnehin nicht sicher sein, eine durchsetzbare Forderung zu erwerben, weil ihm der Schuldner Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis mit dem Zedenten entgegenhalten kann (vgl. ISCRU, S. 38).

1551 Siehe oben Rz. 33.

Wirksamkeit der Nichtabtretungsklauseln stelle eine «allgemein akzeptierte Antwort auf wirtschaftliche Bedürfnisse» dar.¹⁵⁵²

- 562 Sind die Voraussetzungen einer der drei Ausnahmen erfüllt, ist die abredewidrige Abtretung wirksam. Der Schuldner kann dann – nach erfolgter Benachrichtigung über die Abtretung bzw. anderweitig davon erlangter Kenntnis – nur an den Zessionar schuldbefreiend leisten.¹⁵⁵³ Das pactum de non cedendo ist mit anderen Worten hinsichtlich des Übergangs der Forderung unwirksam. Es wirkt jedoch immerhin insofern (rein obligatorisch), als die Haftung des Zedenten gegenüber dem Schuldner wegen Verletzung des Abtretungsverbots vorbehalten bleibt (Art. 11:301 Abs. 2 PECL).¹⁵⁵⁴

3. Einordnung

- 563 Zusammengefasst gehen die PECL in Art. 11:301 von der Regel der relativen Wirkung des pactum de non cedendo aus. Ausnahmsweise wirkt dieses jedoch nur rein obligatorisch, nämlich wenn der Schuldner der Abtretung zustimmt, der Zessionar gutgläubig ist oder künftige Forderungen auf Geldzahlung abgetreten werden. In der wirtschaftlichen Realität verhält sich das gesetzlich konzipierte Regel-Ausnahme-Verhältnis wohl aber gerade umgekehrt: Die Gutgläubigkeit des Zessionars oder die Abtretung künftiger Geldforderungen und damit die rein obligatorische Wirkung des pactum dürfte die Regel sein.¹⁵⁵⁵ Dennoch werden die PECL vorliegend entsprechend der gesetzlichen Konzeption dem Modell der relativen Wirkung zugeordnet.

VI. Deutschland (Handelsgeschäfte)

1. § 354a HGB

- 564 Im deutschen Recht wurde die Regelung des pactum de non cedendo in § 399 BGB¹⁵⁵⁶ am 30. Juli 1994 um folgende Vorschrift im Handelsgesetzbuch¹⁵⁵⁷ ergänzt:¹⁵⁵⁸

1552 VON BAR/ZIMMERMANN, S. 685f.; LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, S. 108.

1553 Vgl. Art. 11:303 PECL.

1554 Die Haftung beschränkt sich auf die Fälle von lit. b und c. Bei Zustimmung des Schuldners zur Abtretung (lit. a) entfällt die Haftungsgrundlage (siehe oben Rz. 254).

1555 EIDENMÜLLER, ACP 2004, S. 457, 471, FN 41; RANIERI, S. 1197; KLEIN, S. 106f.

1556 Siehe zu § 399 BGB oben Rz. 464-474.

1557 Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl, S. 219).

1558 Vgl. Art. 2 Ziff. 11 des Gesetzes zur Änderung des D-Markbilanzgesetzes und anderer handelsrechtlicher Bestimmungen vom 25. Juli 1994 (BGBl 1994 I, S. 1682, 1686); § 354a

§ 354a

- (1) Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die Abtretung gleichwohl wirksam. Der Schuldner kann jedoch mit befreier Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.
- (2) Absatz 1 ist nicht auf eine Forderung aus einem Darlehensvertrag anzuwenden, deren Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist.

2. Normzweck

Bis ins Jahr 1994 kannte das deutsche Schuldrecht nur die allgemeine Regelung des *pactum de non cedendo* in § 399 BGB. Anlass zur Einführung von § 354a HGB gab der Umstand, dass Grossabnehmer – wie auch die öffentliche Hand – die Abtretung von Forderungen aus Warenlieferungen und Dienstleistungen in ihren AGB weitgehend untersagten. Da formularmässige Abtretungsverbote nach der Rechtsprechung grundsätzlich wirksam waren und zur absoluten Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung führten, wurde dadurch den kleinen und mittleren Unternehmen die Refinanzierung erschwert.¹⁵⁵⁹ Sie konnten ihre Forderungen weder zu Kreditsicherungszwecken an ein Kreditinstitut abtreten noch an ein Factoringinstitut verkaufen noch zur Sicherung eines Warenkredits an ihre Vorbestandslieferanten¹⁵⁶⁰ übertragen. § 354a HGB tritt diesem Effekt entgegen, indem er den Geltungsbereich der absoluten Wirkung des *pactum* nach § 399 BGB einschränkt.¹⁵⁶¹ Dadurch gewährleistet er die Verkehrsfähigkeit von Geldforderungen und dient mithin den Interessen des Gläubigers bzw. Zedenten.^{1562, 1563}

HGB in der Fassung gemäss dem Risikobegrenzungs-gesetz vom 12. August 2008 (BGBl 2008 I, S. 1666, 1670 f.).

1559 Vgl. Hopt-LEYENS, § 354a HGB N1; NEFZGER, S. 245.

1560 Siehe zum verlängerten Eigentumsvorbehalt oben FN 1216.

1561 Beschlussempfehlung und Bericht HGB, S. 19, 24 f.; MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N1.

1562 MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N2.

1563 Ausserdem entlastet die Beseitigung der absoluten Wirkung des *pactum* die Organe von Handelsgesellschaften von Haftungsrisiken, die sich aus der Vereitelung eines

3. Anwendungsbereich

566 Der Anwendungsbereich von § 354a HGB ist in dreifacher Hinsicht eingeschränkt. Erstens gilt die Vorschrift in sachlicher Hinsicht nur für die Abtretung von Geldforderungen. Ausgeschlossen sind Sach-, Dienst- und Werkleistungsforderungen wie auch versicherungsrechtliche Deckungsansprüche.¹⁵⁶⁴ Zweitens setzt die Anwendung von § 354a HGB in persönlicher Hinsicht voraus, dass das der abgetretenen Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft für beide Parteien ein Handelsgeschäft ist¹⁵⁶⁵ oder dass die öffentliche Hand Schuldnerin der Forderung ist. Erfasst werden somit nur Geldforderungen aus dem kaufmännischen Geschäftsverkehr und dem Verkehr mit der öffentlichen Hand.¹⁵⁶⁶ Eine analoge Anwendung auf Nichtkaufleute kommt nach der Rechtsprechung des BGH nicht in Betracht.¹⁵⁶⁷ Dies wird in der Literatur zum Teil kritisiert. Eine Minderheitsmeinung befürwortet eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Freiberufler (wie z.B. Steuerberater oder Ärzte) und nicht kaufmännische Kleingewerbetreibende¹⁵⁶⁸ sowie *de lege ferenda* auch auf Konsumenten.^{1569, 1570} Und drittens ist § 354a HGB gemäss dessen Abs. 2 nicht anwendbar auf die Abtretung von Forderungen aus einem Darlehensvertrag, deren Gläubiger bestimmte Kreditinstitute sind. Diese Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs bezweckt, Kaufleute als Kreditschuldner zu schützen.¹⁵⁷¹ Diese sahen sich zunehmend der Gefahr ausgesetzt, dass ihre Unternehmenskredite von Kreditinstituten zur Refinanzierung an Hedgefonds¹⁵⁷² oder vergleichbare Finanzinvestoren veräussert

verlängerten Eigentumsvorbehalts durch Weiterveräusserung von Waren an Drittkäufer ergaben, die auf der Vereinbarung eines pactum bestanden (MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 4). Denn die für den Fall der Weiterveräusserung der Ware vereinbarte Vorausabtretung der Kaufpreisforderung setzt sich gegen ein mit dem Drittkäufer vereinbartes pactum durch (JUNG, § 34 Rz. 29).

1564 Zum versicherungsrechtlichen Deckungsanspruch BGHZ 171, 56, 69 Rz. 34; zum Ganzen MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 7.

1565 Ein beiderseitiges Handelsgeschäft erfordert, dass sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner Kaufmann im Sinn von §§ 1-7 HGB ist (MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 9).

1566 Beschlussempfehlung und Bericht HGB, S. 25.

1567 BGH, Urteil vom 13.7.2006, in: NJW 2006, S. 3486, 3487 Rz. 11f.

1568 CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 35; SCHMIDT, Handelsrecht, § 18 Rz. 73; LETTL, JA 2010, S. 109, 110; Hopt-LEYENS, § 354a HGB N 1.

1569 WAGNER, WM-Sonderbeilage, S. 8; DERS., § 354a HGB, S. 44 f.; CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 37.

1570 Zum Ganzen MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 10-14 (Forderungen aus beiderseitigem Handelsgeschäft) und N 15 (Forderungen gegen den Staat).

1571 Bericht Finanzausschuss, S. 19 und 26.

1572 Hedgefonds sind Investmentfonds, die mit hochspekulativen Anlagetechniken arbeiten (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort «Hedge Funds»).

wurden, die mit dem Aufkauf notleidender Kredite¹⁵⁷³ die Übernahme der Kontrolle über den Kreditschuldner anstreben.^{1574, 1575}

Ausserhalb des Anwendungsbereichs von § 354a HGB gilt grundsätzlich die absolute Wirkung des pactum gemäss § 399 BGB.^{1576, 1577} Eine Sonderregelung besteht für Forderungen, die in ein sogenanntes Refinanzierungsregister eingetragen worden sind. Dies betrifft Forderungen, die im Rahmen einer Securitisation übertragen werden. Diese sind auch dann eintragungsfähig und nach der Eintragung an eine berechnigte Person zedierbar, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen worden ist.¹⁵⁷⁸ Die absolute Wirkung des pactum gemäss § 399 BGB gilt für solche Forderungen nicht.¹⁵⁷⁹

4. Wirkung des pactum de non cedendo

Nach § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB ist die Abtretung von Geldforderungen trotz Vorliegen eines pactum de non cedendo in den genannten Fällen (absolut) wirksam. § 354a HGB nimmt dem pactum mithin seine dingliche Wirkung. Die Forderung geht mit Wirkung gegenüber jedermann auf den Zessionar über. Dieser erwirbt alle mit der Forderungsinhaberschaft verbundenen Befugnisse. Er kann insbesondere die Forderung gegenüber dem Schuldner geltend machen und über sie weiter verfügen.¹⁵⁸⁰ Der Zedent ist nicht mehr berechnigt, vom Schuldner die Leistung zu verlangen.¹⁵⁸¹ Die Zuordnung der Forderung zum Vermögen des Zessionars wirkt sich auch in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz aus: Einerseits können die Gläubiger des Zessionars die abgetretene Forderung pfänden und diese gehört bei Insolvenz des Zessionars zu dessen Insolvenzmasse. Andererseits kann sich der Zessionar gegen

1573 Notleidende Kredite (Non Performing Loans) sind Darlehen, bei denen keine weiteren freiwilligen Zins- und Tilgungszahlungen des Borgers zu erwarten sind (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort «Non Performing Loans»).

1574 Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 69; MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 3 und 44.

1575 Zu einer gesetzlichen Rückausnahme von § 354a Abs. 2 HGB vgl. MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 3.

1576 Bericht Finanzausschuss, S. 19 und 26; Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 69 («Ausnahme zum vertraglichen Abtretungsverbot des § 399 2. Fall BGB»); MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 46.

1577 Bei Anwendbarkeit des FactÜ gilt die rein obligatorische Wirkung gemäss Art. 6 FactÜ (Deutschland brachte keinen Vorbehalt nach Art. 6 Abs. 2 FactÜ an.).

1578 § 22d Abs. 4 Satz 1 Kreditwesengesetz (BGBl 1998 I, S. 2776).

1579 § 354a HGB bleibt davon unberührt (§ 22d Abs. 4 Satz 2 Kreditwesengesetz); vgl. zum Ganzen KRAMME, S. 68 f.

1580 KLEIN, S. 162.

1581 GRAU, S. 102 f.; NEFZGER, S. 188.

Vollstreckungsmassnahmen beim Zedenten zur Wehr setzten. Aus rechtlicher Sicht ist die Forderung demzufolge uneingeschränkt verkehrsfähig.¹⁵⁸²

569 Aus § 354a HGB folgt keine Nichtigkeit des pactum de non cedendo.¹⁵⁸³ Dessen Verletzung zeitigt allerdings *per se* keine Haftungsfolgen.¹⁵⁸⁴ Das pactum hat zum Schutz des Schuldners aber immerhin die Wirkung, dass dieser – selbst bei Kenntnis der Zession – mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten kann (Abs. 1 Satz 2).¹⁵⁸⁵ Der Gesetzgeber wollte dadurch das Interesse des Schuldners wahren, sich nicht auf wechselnde Gläubiger einstellen zu müssen.¹⁵⁸⁶ Der Schuldner hat die freie Wahl, an wen er leistet: entweder an seinen bisherigen Gläubiger gemäss § 354a Abs. 1 Satz 2 HGB oder an den Zessionar als neuen Forderungsinhaber.¹⁵⁸⁷ Diese Wahlmöglichkeit schützt den Schuldner umfassend vor der Gefahr, an einen Nichtberechtigten zu leisten.¹⁵⁸⁸ Sie steht aber unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs.¹⁵⁸⁹ Neben der Zahlung an den Zedenten befreit den Schuldner auch die Verrechnung der abgetretenen Forderung mit einer eigenen Forderung gegen den Zedenten.¹⁵⁹⁰ Nimmt der Zedent die Leistung entgegen, erwirbt der Zessionar gegen den Zedenten einen Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten.¹⁵⁹¹

570 Dogmatisch wird die Befugnis des Schuldners, trotz wirksamer Abtretung an den Zedenten und damit an einen Nichtberechtigten befreiend leisten zu können, damit erklärt, dass der Zedent empfangszuständig bleibt.¹⁵⁹² Die

1582 Zur ganzen Rz. MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 22; Hopt-LEYENS, § 354a HGB N 1; CANARIS Handelsrecht, § 26 Rz. 28-32.

1583 MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 23; Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 70.

1584 MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 23. Ob Schuldner und Gläubiger trotz § 354a Abs. 1 Satz 3 HGB wirksam vereinbaren können, dass die Abtretung der Forderung Schadensersatzfolgen auslösen kann (rein obligatorische Wirkung des pactum), ist nicht eindeutig geklärt (vgl. zum Meinungsstand KLEIN, S. 164 f.).

1585 Staudinger-BUSCHE, § 399 BGB N 71.

1586 Beschlussempfehlung und Bericht HGB, S. 25.

1587 KLEIN, S. 163; MAULTZSCH, § 354a HGB N 14; CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 23.

1588 Beschlussempfehlung und Bericht HGB, S. 25.

1589 Wann der Schuldner rechtsmissbräuchlich an den Zedenten leistet, wird in der deutschen Literatur nicht einheitlich beurteilt. Vgl. die Übersicht bei KRAMME, S. 66 f.

1590 BGHZ 178, 315, 319 Rz. 20. Der Schuldner kann gegen den bisherigen Gläubiger selbst mit einer Forderung verrechnen, die er in Kenntnis der Abtretung erwirbt oder die erst nach Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig wird. Die allgemeine Regel von § 406 BGB kommt nicht zur Anwendung (BGH, Urteil vom 26.1.2005, in: NJW-RR 2005, S. 624, 626 i. f.).

1591 Die deutsche Lehre stützt den Herausgabeanspruch auf § 816 BGB (Eingriffskondiktion) bzw. auf das der Abtretung i. d. R. zugrunde liegende Vertragsverhältnis (vgl. MAULTZSCH, § 354a HGB N 18; MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 31). Als Anspruchsgrundlage ist auch die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag denkbar (vgl. § 687 Abs. 2 BGB; siehe auch FN 1639 zu Art. III.-5:108 DCFR).

1592 BGHZ 178, 315, 318 Rz. 15; MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 25.

Empfangszuständigkeit¹⁵⁹³ für die Forderung ist demzufolge zweigeteilt: Obwohl der Zessionar *erga omnes* Inhaber der Forderung wird, besteht seine Empfangszuständigkeit nur neben derjenigen des Zedenten.¹⁵⁹⁴ In der Empfangszuständigkeit des Zedenten erschöpft sich Abs. 1 Satz 2 aber auch. Insbesondere hat der Zedent keine Einziehungsbefugnis¹⁵⁹⁵. Diese hat allein der Zessionar. Der Zedent kann also nicht die Leistung verlangen.¹⁵⁹⁶ Abgesehen von der Entgegennahme der Leistung ist es dem Zedenten somit verwehrt, über die Forderung zu verfügen. Er kann weder die Forderung erlassen noch einen Vergleich über die Forderung abschliessen¹⁵⁹⁷ noch die Forderung stunden. Auf solche Geschäfte darf sich der Schuldner nur gegenüber dem Zessionar einlassen.¹⁵⁹⁸ Dessen Rechtsstellung ist bei § 354a HGB demzufolge stärker als bei relativer Unwirksamkeit der Abtretung.¹⁵⁹⁹

Im Prozess genügt es, wenn der Zessionar Zahlung nur an sich verlangt. 571 Er muss mithin nicht auf Leistung an sich *oder* an den Zedenten klagen.¹⁶⁰⁰ Trägt der Schuldner im Prozess vor, er wolle an den Zedenten leisten, ändert dies am Erfüllungsanspruch des klagenden Zessionars nichts.¹⁶⁰¹ Die Rechtskraft eines auf Zahlung an den Zessionar lautenden Urteils schliesst aber die Empfangszuständigkeit des Zedenten und damit eine befreiende Leistung an diesen nicht aus.¹⁶⁰²

Leistet der Schuldner bei Insolvenz des Zedenten an diesen, hängt die 572 Position des Zessionars entscheidend davon ab, ob er für seinen Herausgabeanspruch¹⁶⁰³ gegen den Zedenten ein Aussonderungsrecht hat. Ohne ein solches ist der Herausgabeanspruch eine – i.d.R. wenig werthaltige – Konkursforderung. Ein Aussonderungsrecht existiert im deutschen Recht nur, wenn die Zahlung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte. Zahlt

1593 Die Empfangszuständigkeit ist die Befugnis, eine Leistung mit befreiender Wirkung für den Schuldner entgegennehmen zu können (vgl. LARENZ, Schuldrecht, S. 240; VON TUHR/ESCHER, S. 20 bei FN 26).

1594 KLEIN, S. 163; WÄLTERMANN/SURMA §12 Rz. 27.

1595 Die Einziehungsbefugnis ist die Befugnis, die Leistung (gerichtlich oder aussergerichtlich) zu verlangen, sobald die Forderung fällig ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 44).

1596 MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 25.

1597 BGHZ 178, 315, 318-320 Rz. 14-22.

1598 MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 30 und 32; Staudinger-SCHMIDT-KESSEL, Eckpfeiler, G 37; a.A. CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 27; MAULTZSCH, FS Baums, S. 800.

1599 KLEIN, S. 167.

1600 BGH, Urteil vom 25.11.2010, in: NJW 2011, S. 443, 444 Rz. 15 und 17; SCHMIDT, FS Schimansky, S. 514; a.A. noch BGH, Urteil vom 26.6.2002, in: NJW 2002, S. 2865, 2866 i.f.

1601 MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N 35.

1602 BGH, Urteil vom 25.11.2010, in: NJW 2011, S. 443, 444 Rz. 17; SCHMIDT, FS Schimansky, S. 515; REBMANN, FS Rolland, S. 296.

1603 Zum Herausgabeanspruch siehe oben Rz. 569 i.f.

der Schuldner vor Eröffnung, bleibt der Zessionar auf die Geltendmachung einer Konkursforderung verwiesen.¹⁶⁰⁴ Ausserdem setzt die Aussonderung voraus, dass das Geld noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist.¹⁶⁰⁵ Nach überwiegender Auffassung zum deutschen Recht ist Geld, das auf ein Konto eingezahlt wird, nicht mehr unterscheidbar vorhanden. Nur wenn auf ein separates Konto bezahlt wird, trifft dies zu.¹⁶⁰⁶ Demzufolge ist der Schutz des Zessionars bei Insolvenz des Zedenten trotz absoluter Wirksamkeit der Abtretung nicht umfassend gewährt.^{1607, 1608} Da ein vorsichtiger Zessionar sich dieser Defizite seines Schutzes bewusst ist, beschränkt die Wahlmöglichkeit nach Abs. 1 Satz 2 faktisch die Verkehrsfähigkeit der unter § 354a HGB fallenden Forderungen.

5. Fazit

- 573 Die Lösung von § 354a HGB wird in Deutschland rechtspolitisch kontrovers bewertet. Vereinzelt wird im Zusammenspiel von Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ein angemessener Interessenausgleich gesehen:¹⁶⁰⁹ Trotz Verkehrsfähigkeit der Forderung nach Satz 1 bewahre Satz 2 zugunsten des Schuldners den legitimen Kern der Schutzwirkung des pactum de non cedendo.¹⁶¹⁰ Mehrheitlich wird jedoch festgestellt, dass der Schutz des Finanzierungsinteresses nach Satz 1 durch den Schuldnerschutz nach Satz 2 unterlaufen werde: «Der Zessionar erhält wegen der wohl regelmässig genutzten Befugnis des Schuldners zur Zahlung an den Altgläubiger eine Forderung von zweifelhafter Realisierbarkeit und entsprechend gemindertem Wert als Refinanzierungsmittel.»¹⁶¹¹ Kritisiert wird insbesondere, dass der Schuldner selbst bei Kenntnis der Abtretung, d.h. bei Bösgläubigkeit, befreiend an den Zedenten leisten könne.

1604 SCHMIDT, FS Schimansky, S. 517.

1605 § 48 Satz 2 Insolvenzordnung (BGBl 1994 I, S. 2866).

1606 KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 735.

1607 Vgl. SCHÜTZE, S. 199.

1608 Auf ein weiteres Defizit des Schutzes des Zessionars bei Insolvenz des Zedenten weist CANARIS hin: Leistet der Schuldner durch Verrechnung, ist «höchst zweifelhaft», ob dem Zessionar mit einem Aussonderungsrecht geholfen werden kann. Der Insolvenzmasse ist in diesem Fall nämlich ein Gegenwert nur in Höhe der getilgten Schuld des Zedenten zugekommen und auf diese wäre nur die Konkursdividende zu bezahlen gewesen (CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 29, mit Verweis auf divergierende Ansichten).

1609 LIEDER, S. 198-201, 1068; vgl. auch CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 24; BAUKELMANN, S. 196.

1610 GRUNDMANN/RENNER, JZ 2013, S. 379, 385.

1611 HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 554; vgl. auch MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N24; CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 41; F. BYDLINSKI, S. 127; BAUER, § 354a HGB, S. 339 f.; MAULTZSCH, FS Baums, S. 801; KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 735.

Dies gehe über den allgemeinen Schuldnerschutz nach §§ 407 BGB¹⁶¹² hinaus und mache die Vereinbarung von Abtretungsverboten für den Schuldner nach wie vor attraktiv.^{1613, 1614}

Die Zuordnung der Lösung von § 354a HGB zu einem der vier idealtypischen Regelungsmodelle bereitet Schwierigkeiten. In der deutschen Diskussion wird in § 354a HGB zum Teil eine Sonderform der relativen Unwirksamkeit der Abtretung gesehen. Diese Ansicht stützt sich auf die Wahlmöglichkeit des Schuldners nach Abs. 1 Satz 2. Dieser Schutz des Schuldners durch eine fortbestehende Empfangszuständigkeit des Zedenten komme im praktischen Ergebnis weitgehend einer relativen Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung gegenüber dem Schuldner gleich.¹⁶¹⁵ Mittlerweile wird jedoch überwiegend die Auffassung vertreten, dass § 354a HGB eine «neuartige Kombination von absoluter Wirksamkeit der Zession und weitreichendem Schuldnerschutz» und damit ein eigenständiges Konzept darstelle.¹⁶¹⁶ Diese Auffassung stellt primär auf die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung nach Abs. 1 Satz 1 ab. Sie verweist zudem darauf, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 354a HGB ausdrücklich vom zunächst vorgesehenen Konzept der relativen Unwirksamkeit abgewichen ist.¹⁶¹⁷

Die Lösung von § 354a HGB hat mit dem Modell der rein obligatorischen Wirkung des pactum de non cedendo gemein, dass die abredewidrige Abtretung absolut wirksam ist. Der Zessionar handelt aus eigenem Recht und folglich in eigenem Namen. Er ist zur Einziehung der Forderung berechtigt und kann Klage gegen den Schuldner erheben.¹⁶¹⁸ Darin liegt der Hauptunterschied zur Figur der relativen Unwirksamkeit, bei der die Klage des Zessionars mangels dessen Aktivlegitimation abgewiesen werden müsste.¹⁶¹⁹

1612 Gemäss § 407 Abs. 1 BGB muss der Zessionar eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den Zedenten bewirkt, nur dann gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner die Abtretung bei der Leistung nicht kennt.

1613 SCHMIDT, FS Schimansky, S. 507f.; BAUER, § 354a HGB, S. 331; GRAU, S. 105; WAGNER, WM-Sonderbeilage, S. 26; DERS., § 354a HGB, S. 93; vgl. auch KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 734-736.

1614 Zur ganzen Rz. KLEIN, S. 165f.

1615 So WAGNER, NJW 1995, S. 180, 181; HATTENHAUER, FS Holzhauer, S. 554; JUNG, § 34 Rz. 29; vgl. auch BRUNS, WM 2000, S. 505, 508; NÖRR/SCHEYHING/PÖGGELER, S. 34; GOERGEN, S. 222; JANSEN, Art. 11:301 PECL N 8, FN 52. Widersprüchlich MÜNCH, S. 80 und 105 (absolute Wirksamkeit), S. 117 (relative Unwirksamkeit).

1616 CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 18; ihm folgend NEFZGER, S. 241f., 249; KLEIN, S. 167f.

1617 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht HGB, S. 2.

1618 Allerdings kann der Schuldner auch bei Gutheissung der Klage des Zessionars mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten (siehe oben Rz. 571).

1619 CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 20; REBMANN, FS Rolland, S. 296. Aktivlegitimiert ist bei relativer Unwirksamkeit der Zedent.

Vollstreckungsrechtlich entspricht § 354a HGB dem Modell der rein obligatorischen Wirkung dadurch, dass die Gläubiger des Zedenten mit der Abtretung der Forderung den Zugriff auf diese verlieren und die Forderung nun den Gläubigern des Zessionars als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.¹⁶²⁰

576 Mit dem Regelungsmodell der relativen Unwirksamkeit deckt sich die Lösung von § 354a HGB darin, dass der Schuldner trotz Abtretung weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten kann. Insoweit entfaltet die grundsätzlich wirksame Zession dem Schuldner gegenüber keine Wirkung.¹⁶²¹ Dieser hat nach § 354a HGB wie auch nach dem Modell der relativen Unwirksamkeit die Wahl, gegenüber dem Zedenten oder dem Zessionar zu erfüllen: Bei *relativer Unwirksamkeit* der Abtretung wird der Schuldner durch Leistung an den Zedenten von seiner Schuldpflicht befreit, weil dieser für den Schuldner nach wie vor der Gläubiger ist. Der Zessionar kann dann das vom Zedenten Erlangte von diesem herausverlangen.¹⁶²² Durch Leistung an den Zessionar genehmigt der Schuldner die abredewidrige Abtretung. Diese wird wirksam und der Schuldner wird ebenfalls von seiner Verpflichtung befreit. Zum gleichen Ergebnis führt die *Lösung von § 354a HGB*: Leistet der Schuldner an den Zedenten, wird er zufolge Empfangszuständigkeit des Zedenten befreit (Abs. 1 Satz 2) und der Zessionar kann das Geleistete beim Zedenten herausverlangen.¹⁶²³ Leistet der Schuldner an den Zessionar, wird er, da er an den Forderungsinhaber leistet, ebenfalls befreit. Im Unterschied dazu befreit die Leistung des Schuldners an den Zedenten bei *rein obligatorischer Wirkung* des pactum den Schuldner nicht von seiner Schuldpflicht gegenüber dem Zessionar.

577 § 354a HGB verbindet mithin die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (Wirksamkeit der Abtretung auch gegenüber dem Schuldner)

1620 Bei relativer Unwirksamkeit ist der Zugriff der Gläubiger des Zessionars auf die Forderung nicht ohne Weiteres möglich, weil der Schuldner wegen des pactum den Gläubigern des Zessionars den Einwand fehlender Aktivlegitimation entgegensetzen kann. Denn die Forderung ist im Verhältnis zum Schuldner nach wie vor als eine solche des Zedenten anzusehen. Insoweit leiten die Gläubiger des Zessionars ihre Position von einem Nichtberechtigten ab (dazu und zu möglichen Lösungen CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 40; DERS., FS Serick, S. 26 f.; siehe auch unten Rz. 758).

1621 BRUNS, WM 2000, S. 505, 508; GOERGEN, S. 222. Selbst CANARIS spricht daher davon, dass § 354a Abs. 1 Satz 2 HGB im praktischen Ergebnis in vieler Hinsicht zu den gleichen oder ähnlichen Rechtsfolgen wie die Annahme relativer Unwirksamkeit führe (CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 19; ihm folgend KLEIN, S. 166).

1622 Gestützt auf das der Abtretung i. d. R. zugrunde liegende Vertragsverhältnis bzw. nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Eingriffskondition) (BASEDOW, ZEuP 1997, S. 615, 637; MüKo-BRINK, Art. 6 FactU N 55; vgl. auch BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 290). Als Anspruchsgrundlage kommt auch die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag infrage.

1623 Siehe oben Rz. 569 i.f.

mit einem zentralen Element der relativen Unwirksamkeit (Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten). Damit liegt die Lösung von § 354a HGB zwischen den Regelungskonzepten der rein obligatorischen Wirkung des pactum und der relativen Unwirksamkeit der Abtretung. Vorliegend wird sie – mit Blick auf die praktischen Auswirkungen des pactum für den Schuldner und auf die Verkehrsfähigkeit der Forderung¹⁶²⁴ – beim Regelungsmodell der relativen Wirkung des pactum eingereiht.¹⁶²⁵ Letzteres umfasst somit sowohl das Konzept der relativen Unwirksamkeit der Abtretung als auch das Konzept der «mit einem weitreichenden Schuldnerschutz kombinierten absoluten Wirksamkeit der Zession». Nach beiden Konzepten bewirkt das pactum, dass die Abtretung den Schuldner nicht daran hindert, mit befreiender Wirkung an den Zedenten zu leisten, obwohl die Forderung grundsätzlich auf den Zessionar übergegangen ist. Das Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung des pactum wird dadurch auf Fälle beschränkt, in denen der Schuldner nur an den Zessionar befreiend leisten kann und allein durch schuldrechtliche Ansprüche gegen den Zedenten geschützt wird.

VII. Draft Common Frame of Reference

1. Abtretungsrecht

2009 erschien mit dem Draft Common Frame of Reference (DCFR, Full Edition) ein Entwurf einer Kodifikation des europäischen Vertragsrechts und angrenzender Rechtsgebiete. Die Verfasser¹⁶²⁶ des DCFR verfolgten das Ziel, ausgehend von den nationalen Rechtsordnungen und den einschlägigen internationalen Regelwerken – wie namentlich den PECL – «beste Lösungen zu ermitteln».¹⁶²⁷ Wie der DCFR die Forderungsabtretung im Allgemeinen und das pactum de non cedendo im Besonderen ausgestaltet, ist daher aus rechtsvergleichender Sicht von besonderem Interesse.

1624 Siehe zur Auswirkung der Konzepte auf die Verkehrsfähigkeit von Forderungen unten Rz. 760 (relative Unwirksamkeit) und Rz. 761 (absolute Wirksamkeit mit weitreichendem Schuldnerschutz).

1625 Ebenso GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 329 f.; a.A. KLEIN, S. 166-168, die § 354a HGB – gestützt auf das Kriterium der Wirksamkeit der Abtretung – zum Modell der rein obligatorischen Wirkung zählt.

1626 Der DCFR wurde von den beiden Wissenschaftlergruppen «Study Group on a European Civil Code» (sog. «Study Group», unter der Leitung von Prof. Christian von Bar) und «Research Group on the Existing EC Private Law» (sog. «Acquis Group», unter der Koordination von Prof. Hans Schulte-Nölke) auf der Grundlage der PECL erarbeitet (vgl. DCFR, Full Edition, S. 25-31).

1627 Vgl. DCFR, Full Edition, Intr., Ziff. 50.

579 Wie die PECL ist auch das Vertragsrecht des DCFR auf alle Verträge anwendbar, unabhängig davon, ob die Parteien Kaufleute sind oder nicht. Das Recht der Forderungsabtretung («assignment of rights») findet sich in Book III, Chapter 5, Section 1 (Art. III.-5:101 bis III.-5:122). Es ist grundsätzlich auf die Zession von Forderungen jeglichen Inhalts anwendbar.¹⁶²⁸ Für Sicherungsabtretungen («assignments for purposes of security») enthält der DCFR in Book IX («property security in movable assets») besondere Bestimmungen.¹⁶²⁹ Die Bedeutung der Zession wird von den Verfassern des DCFR in ihrer Kommentierung hervorgehoben: Forderungen auf Zahlung oder sonstige Leistungen stellen einen wichtigen handelbaren Vermögenswert dar. Sie könnten direkt verkauft werden oder als Sicherheit abgetreten werden. Die Abtretungsregeln des DCFR verfolgten daher das Ziel, die Abtretung von Rechten zu erleichtern. Gleichzeitig sollen sie aber auch sicherstellen, dass die Rechte des Schuldners durch die Abtretung nicht beeinträchtigt würden.¹⁶³⁰

2. Pactum de non cedendo

580 Auch gemäss den Abtretungsregeln des DCFR geht die Forderung durch blosser Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar auf Letzteren über,¹⁶³¹ ohne dass der Schuldner an diesem Rechtsgeschäft teilnimmt,¹⁶³² und hat dieser daher ein Interesse an der Vereinbarung eines pactum de non cedendo.¹⁶³³ Dessen Wirkung regelt Art. III.-5:108 folgendermassen:

III.-5:108: Assignability: effect of contractual prohibition

- (1) A contractual prohibition of, or restriction on, the assignment of a right does not affect the assignability of the right.
- (2) However, where a right is assigned in breach of such a prohibition or restriction:
 - (a) the debtor may perform in favour of the assignor and is discharged by so doing; and

1628 Vgl. Art. III.-5:101 Abs. 1 DCFR und die in dessen Abs. 2 aufgeführten Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Abtretungsrechts.

1629 Vgl. Art. III.-5:103 Abs. 1 DCFR.

1630 DCFR, Full Edition, Art. III.-5:101 Anm. E.

1631 Vgl. Art. III.-5:104 Abs. 1 lit e («valid act of assignment of the right») i.V.m. Art. III.-5:110 DCFR.

1632 Vgl. Art. III.-5:104 Abs. 4 DCFR («Neither notice to the debtor nor the consent of the debtor to the assignment is required.»).

1633 Zur Abtretbarkeit von Forderungen, die ihrer Natur nach an die Person des Gläubigers gebunden sind, vgl. Art. III.-5:109 DCFR (zur ähnlichen Regel in Art. 11:302 PECL siehe oben FN 1540).

- (b) the debtor retains all rights of set-off against the assignor as if the right had not been assigned.
- (3) Paragraph (2) does not apply if:
 - (a) the debtor has consented to the assignment;
 - (b) the debtor has caused the assignee to believe on reasonable grounds that there was no such prohibition or restriction; or
 - (c) the assigned right is a right to payment for the provision of goods or services.
- (4) The fact that a right is assignable notwithstanding a contractual prohibition or restriction does not affect the assignor's liability to the debtor for any breach of the prohibition or restriction.

Nach dem Grundsatz von Art. III.-5:108 Abs. 1 DCFR beeinträchtigt ein vertragliches Abtretungsverbot die Abtretbarkeit einer Forderung nicht. Damit sieht der DCFR die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung und nicht bloss eine relative Unwirksamkeit vor.¹⁶³⁴ Die Forderung geht daher – ungeachtet des Abtretungsverbots – mit Wirkung gegenüber jedermann auf den Zessionar über. Dieser erwirbt alle mit der Forderungsinhaberschaft verbundenen Befugnisse. Die Gläubiger des Zessionars können die abgetretene Forderung pfänden und diese gehört im Konkurs des Zessionars zu dessen Konkursmasse. Im Fall der Insolvenz des Zedenten wiederum hat der Zessionar Vorrang vor den Gläubigern des Zedenten.¹⁶³⁵

Der Schuldner wird dadurch geschützt, dass er weiterhin schuldbefreiend an den Zedenten leisten kann (Abs. 2 lit. a), selbst wenn er von der Abtretung Kenntnis hat.¹⁶³⁶ Schuldbefreiend wirkt aber auch die Leistung an den Zessionar. Der Schuldner kann sich somit – gleich wie nach § 354a HGB¹⁶³⁷ – nach seiner Wahl durch Leistung an seinen bisherigen Gläubiger (den Zedenten) oder an den nunmehr eigentlichen Forderungsinhaber (den Zessionar) von der Verbindlichkeit befreien. Des Weiteren wird der Schuldner dadurch geschützt, dass ihm alle Verrechnungsrechte gegenüber dem Zedenten erhalten bleiben, wie wenn die Forderung nicht abgetreten worden wäre (Abs. 2 lit. b).¹⁶³⁸ Erfüllt der Schuldner an den Zedenten, hat der Zessionar

1634 ARMGARDT, *RabelsZ* 2009, S. 314, 330 f.; SELKE, S. 266.

1635 Vgl. auch Art. III.-5:122 DCFR und dazu sogleich FN 1639.

1636 CLIVE, S. 143; KLEIN, S. 141.

1637 Die Lösung des DCFR hat ihr Vorbild offensichtlich im deutschen § 354a HGB (KIENINGER, *ZEuP* 2010, S. 724, 736). Siehe zur Wahlmöglichkeit des Schuldners nach § 354a HGB oben Rz. 569.

1638 Die Verrechnungsmöglichkeit nach Abs. 2 lit. b geht über die allgemeine Verrechnungsmöglichkeit des Schuldners nach Art. III.-5:116 Abs. 3 DCFR hinaus. Letztere

gegenüber dem Zedenten einen Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten.¹⁶³⁹ Zum Schutz des Schuldners berechtigt die abredewidrige Abtretung diesen schliesslich, vom vertragsbrüchigen Zedenten Schadenersatz zu fordern (Abs. 4). Kann der Schuldner jedoch weiterhin an den Zedenten leisten und erhält er durch die Verletzung des pactum die Möglichkeit, zusätzlich auch an den Zessionar schuldbefreiend zu leisten (Abs. 1 und 2), ist ein Schaden eher theoretischer Natur.¹⁶⁴⁰

583 Die Schuldnerschutzbestimmungen von Abs. 2 kommen gemäss Abs. 3 nicht zur Anwendung, wenn der Schuldner der Zession zugestimmt hat (lit. a)¹⁶⁴¹ oder wenn er den Zessionar veranlasst hat, begründetermassen zu glauben, dass die Abtretbarkeit der Forderung vertraglich nicht eingeschränkt worden ist (lit. b).¹⁶⁴² Schliesslich hindert ein vertragliches Abtretungsverbot den Forderungsübergang auch nicht, wenn eine Geldforderung aus der Lieferung von Gütern oder aus der Erbringung von Dienstleistungen abgetreten wird (lit. c). Unter diesen Voraussetzungen ist es dem Schuldner verwehrt, gemäss Abs. 2 an seinen bisherigen Gläubiger schuldbefreiend zu leisten bzw. die abgetretene Forderung mit einer eigenen Gegenforderung gegen den bisherigen Gläubiger uneingeschränkt zu verrechnen.

584 Die in Abs. 3 lit. c aufgeführten Geldforderungen aus der Lieferung von Gütern oder aus der Erbringung von Dienstleistungen («trade receivables»)¹⁶⁴³ betreffen insbesondere Kaufpreis- und Werklohnforderungen sowie Honorarforderungen aus Aufträgen. Nicht erfasst werden hingegen unter anderem

wird dadurch begrenzt, dass die Gegenforderung des Schuldners im Zeitpunkt bestehen muss, ab dem der Schuldner nicht mehr befreiend an den Zedenten leisten kann. Im Unterschied dazu kann der Schuldner im Fall der abredewidrigen Abtretung auch Gegenforderungen verrechnen, die erst nach diesem Zeitpunkt entstehen.

1639 Dieser Herausgabeanspruch stützt sich auf ungerechtfertigte Bereicherung (DCFR, Full Edition, Art. III.-5:108 Anm. B; KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 734; SELKE, S. 267 und KLEIN, S. 142) oder unechte Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. auf das der Abtretung i. d. R. zugrunde liegende Vertragsverhältnis (siehe auch FN 1591 zu § 354a HGB). Art. III.-5:122 DCFR räumt dem Herausgabeanspruch des Zessionars in beschränktem Umfang Priorität gegenüber Ansprüchen der Gläubiger des Zedenten ein (DCFR, Full Edition, Art. III.-5:122 Comments; vgl. dazu KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 735).

1640 Zur ganzen Rz. DCFR, Full Edition, Art. III.-5:108 Anm. B; GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 328.

1641 Wie in Art. 11:301 Abs. 1 lit. a PECL wird hier die allgemeine Regel, dass der Schuldner auf den Schutz des pactum de non cedendo verzichten kann, explizit angeordnet.

1642 Diese Ausnahme lehnt sich an Art. 11:301 Abs. 1 lit. b PECL (Gutgläubigkeit des Zessionars) an, ist aber insoweit enger, als sie voraussetzt, dass der Schuldner die Gutgläubigkeit des Zessionars verursacht hat. Eine ähnliche Regelung kennt das Schweizer Recht in Art. 164 Abs. 2 OR (siehe oben Rz. 275-277).

1643 So die Bezeichnung in der offiziellen Kommentierung (DCFR, Full Edition, Art. III.-5:108 Anm. C).

Geldforderungen aus Gebrauchsüberlassungsverträgen oder Lizenzverträgen.¹⁶⁴⁴ Der Verzicht auf die Schuldnerschutzregelungen von Abs. 2 wird – gleich wie bei der ähnlichen Regel in Art. 11:301 Abs. 1 lit. c PECL – mit dem wirtschaftlichen Bedürfnis begründet, dass solche Forderungen als Finanzierungsquelle genutzt werden können. Dadurch soll namentlich das Factoring begünstigt werden.¹⁶⁴⁵

Eine weitere wichtige Ausnahme von der Anwendung der Schuldnerschutzregelungen von Abs. 2 besteht für die Sicherungsabtretung von Geldforderungen:¹⁶⁴⁶ Gemäss dem Grundsatz von Art. IX.-2:104 Abs. 2 DCFR kann ein Sicherungsrecht an einem Vermögenswert begründet werden, selbst wenn dessen Berechtigter sich vertraglich verpflichtet hat, den Vermögenswert nicht zu übertragen oder zu belasten.¹⁶⁴⁷ Dies gilt ausdrücklich auch für Forderungen («right to performance»), mit Ausnahme höchstpersönlicher Obligationen. Wann dem Schuldner dadurch die Schutzbehelfe nach Art. III.-5:108 Abs. 2 DCFR verwehrt werden, ergibt sich aus Art. IX.-2:301 Abs. 2 DCFR, der die Anwendung von Art. III.-5:108 Abs. 2 und 3 DCFR bei der Begründung eines Sicherungsrechts an Geldforderungen («right to payment of money») ausschliesst.¹⁶⁴⁸ Die Sicherungsabtretung von Geldforderungen ist somit trotz vereinbartem pactum de non cedendo uneingeschränkt wirksam.¹⁶⁴⁹ Sie kann allerdings Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den vertragsbrüchigen Zedenten¹⁶⁵⁰ begründen.¹⁶⁵¹

Ausgeschlossen ist gemäss Art. III.-5:116 Abs. 2 lit. b DCFR, dass die Verletzung des pactum dem Schuldner Einreden und Einwendungen («defences») gegenüber dem Zessionar verschafft. Die Kommentierung nennt als solches dem Schuldner verwehrtes Verteidigungsmittel das Recht zur Vertragsauf-

1644 KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 734.

1645 DCFR, Full Edition, Art. III.-5:108 Anm. C, mit identischer Begründung wie bei der Ausnahmeregel von Art. 11:301 Abs. 1 lit. c PECL (siehe oben Rz. 561, FN 1550); CLIVE, S. 143.

1646 Der DCFR behandelt die Sicherungsabtretung wie eine Forderungsverpfändung (vgl. Art. IX.-1:102 Abs. 3 und 4 lit. b DCFR; KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 742).

1647 Die Wirksamkeit des abredewidrig begründeten Sicherungsrechts entspricht der Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung gemäss Art. III.-5:108 Abs. 1 DCFR.

1648 DCFR, Full Edition, Art. III.-5:108 Anm. F. Zwar stellt die Sicherungsabtretung von Geldforderungen den Normalfall dar. Sicherungshalber abgetreten werden kann aber z.B. auch ein kaufvertraglicher Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück.

1649 Dies steht im Einklang mit dem Ziel, die Schaffung von Sicherungsrechten uneingeschränkt zu ermöglichen (DCFR, Full Edition, Art. IX.-2:301 Anm. C).

1650 Zur Haftung des Zedenten bei abredewidriger Abtretung siehe oben Rz. 582 i.f.

1651 DCFR, Full Edition, Art. IX.-2:301 Anm. C.

lösung.¹⁶⁵² Dadurch solle verhindert werden, dass die Vorschriften über die eingeschränkte Wirkung des pactum de non cedendo indirekt unterlaufen werden.¹⁶⁵³ Ob auch das Recht zur Verrechnung einer durch die Verletzung des pactum begründeten Schadenersatzforderung gegen den Zedenten mit der auf den Zessionar überangegangenen Forderung ausgeschlossen wird,¹⁶⁵⁴ klären weder der DCFR noch dessen Kommentierung.

3. Fazit

- 587 Die Regelung des pactum de non cedendo im DCFR ist komplex:¹⁶⁵⁵ Die abredewidrige Abtretung ist wirksam (Abs. 1). Grundsätzlich verschafft das pactum de non cedendo dem Schuldner jedoch insbesondere die Möglichkeit, sowohl an den Zedenten als auch an den Zessionar schuldbefreiend zu leisten (Abs. 2). In vier Tatbeständen wird die Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten ausgeschlossen (Abs. 3 und Art. IX.-2:301 Abs. 2 DCFR): (1) Der Schuldner hat der Abtretung zugestimmt. (2) Der Schuldner hat den Zessionar veranlasst, begründetermassen zu glauben, dass die Abtretbarkeit der Forderung vertraglich nicht eingeschränkt worden ist. (3) Eine Geldforderung aus der Lieferung von Gütern oder aus der Erbringung von Dienstleistungen wird abgetreten. (4) Eine Geldforderung wird zu Sicherungszwecken abgetreten. Unabhängig vom Bestand bzw. Nichtbestand der Möglichkeit der

1652 Das in der Kommentierung auch genannte «Leistungsverweigerungsrecht» («withholding performance from the assignee»; DCFR, Full Edition, Art. III.-5:116 Anm. C) ist missverständlich. Damit kann nicht gemeint sein, dass dem Schuldner die Einwendung verwehrt wird, in Ausübung der Wahlmöglichkeit nach Abs. 2 bereits befreiend an den Zedenten geleistet zu haben (so aber SELKE, S. 268 f.). Denn diese Einwendung beruht nicht unmittelbar auf der Verletzung des pactum, sondern auf der in Ausübung der Wahlmöglichkeit getätigten Leistung (vgl. KLEIN, S. 142, FN 463). Ausgeschlossen kann nur sein, dass der Schuldner gegenüber dem Zessionar die Leistung unter Berufung auf das Abtretungsverbot verweigert, während er gleichzeitig dem Zedenten gegenüber die Wirksamkeit der Abtretung geltend macht.

1653 DCFR, Full Edition, Art. III.-5:116 Anm. C.

1654 So ausdrücklich Art. 18 Abs. 3 ZessÜ.

1655 Der Grund für die Komplexität der Lösung liegt darin, dass die Entscheidung zwischen den Interessen des Schuldners und den Interessen der Parteien des Abtretungsvertrags nicht allein auf der Ebene der Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung gefällt wird, sondern zusätzlich auf einer sekundären Ebene (Frage, wann der Schuldner trotz Abtretung befreiend an den Zedenten leisten kann) (vgl. KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 734). In dieser Mehrschichtigkeit der Lösung kommt zum Ausdruck, dass es sich bei Art. III.-5:108 DCFR um einen Kompromiss handelt, der auf erheblichen Meinungsverschiedenheiten der Verfasser beruht (RANIERI, S. 1197; vgl. auch CLIVE, S. 143). Die Lösung wird in der Literatur denn auch als «nicht sonderlich geglückt» (KLEIN, S. 143) bzw. als weder in der Regelungstechnik noch in den Ergebnissen überzeugend (KIENINGER, ZEuP 2010, S. 724, 740) bezeichnet. Dies steht im Kontrast zum Ziel des DCFR, «to identify best solutions» (siehe oben Rz. 578).

befreienden Leistung an den Zedenten kann der Zedent durch die abredewidrige Abtretung schadenersatzpflichtig werden (Abs. 4).

Fest steht, dass das *pactum de non cedendo* in den vier Fällen, in denen dem Schuldner die befreiende Leistung an den Zedenten verwehrt wird, rein obligatorisch wirkt. Weniger klar ist die Wirkung des *pactum* nach den Grundsätzen von Abs. 1 und 2 von Art. III.-5:108 DCFR. Hierzu gelten die entsprechenden Erörterungen zu § 354a HGB.¹⁶⁵⁶ Denn gleich wie das HGB verbindet der DCFR die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (Wirksamkeit der Abtretung auch gegenüber dem Schuldner, Abs. 1) mit einem zentralen Element der relativen Unwirksamkeit (Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten, Abs. 2). Die Lösung von Abs. 1 und 2 liegt somit ebenfalls zwischen den Regelungskonzepten der rein obligatorischen Wirkung des *pactum* und der relativen Unwirksamkeit der Abtretung. Mit Blick auf die praktischen Auswirkungen des *pactum* für den Schuldner und auf die Verkehrsfähigkeit der Forderung wird sie vorliegend dem Regelungsmodell der relativen Wirkung des *pactum* zugeordnet.^{1657, 1658}

§19 Rein obligatorische Wirkung

Eine dritte Kategorie von Rechtsordnungen und Regelwerken spricht dem *pactum de non cedendo* bloss obligatorische Wirkung zwischen dessen Parteien, d.h. zwischen dem Schuldner und dem Zedenten, zu. Die dem Abtretungsverbot inhärente Verpflichtung, eine Forderung nicht abzutreten, beschränkt nur das Dürfen, nicht das Können des Zedenten. Die unter Verletzung dieser Pflicht vorgenommene Abtretung ist absolut wirksam. Demzufolge kann der Schuldner – nach erfolgter Information über die Zession – nur noch an den Zessionar mit befreiender Wirkung leisten und verlieren die Gläubiger des Zedenten die Forderung als Haftungsobjekt. Der Schuldner hat keinen Anspruch auf Erfüllung des *pactum* und kann daher die Abtretung auch nicht durch vorsorglichen Rechtsschutz verhindern. Immerhin bildet das *pactum* aber die Grundlage für vertragliche Sekundäransprüche des Schuldners gegen den Zedenten. Letzterer verletzt durch die Zession die vertragliche

1656 Siehe oben Rz. 574-577.

1657 Gl. A. GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 328 f.; a.A. KLEIN, S. 143 f., welche die Lösung des DCFR – gestützt auf das Kriterium der Wirksamkeit der Abtretung – zum Modell der rein obligatorischen Wirkung zählt.

1658 Zur Begründung dieser Zuordnung wird auf die entsprechenden Erörterungen zu § 354a HGB verwiesen (siehe oben Rz. 577). Da Abs. 1 und 2 die Grundregel des DCFR enthalten, wird dieser vorliegend unter dem Modell der relativen Wirkung abgehandelt.

Nebenpflicht, die Forderung nicht abzutreten. Im Vordergrund stehen dabei Schadenersatzansprüche.¹⁶⁵⁹

590 Die rein obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo findet sich als Grundsatz im UNIDROIT Factoring-Übereinkommen (unten Ziff. I), im UNCITRAL Zessions-Übereinkommen (Ziff. II) und in den UNIDROIT Principles (Ziff. III). Auch in den USA wird dieses Regelungsmodell – ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 9 UCC – favorisiert (Ziff. IV). Auf nationaler Ebene wird die rein obligatorische Wirkung ausserdem im österreichischen Handelsrecht (Ziff. V) und im ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch (Ziff. VI) verwirklicht. Schliesslich ist sie auch im Gesetzesentwurf des Forschungsprojekts «Schweizerisches Obligationenrecht 2020» vorgesehen (Ziff. VII).

I. UNIDROIT Factoring-Übereinkommen

1. Anwendungsbereich

591 Das UNIDROIT Übereinkommen über das internationale Factoring (FactÜ)¹⁶⁶⁰ regelt die im Rahmen eines Factoringverhältnisses vorgenommene Abtretung von Geldforderungen. Es wurde angesichts der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung des Factoring im internationalen Handel und Finanzwesen geschaffen. Gemäss seiner Präambel bezweckt das FactÜ, das internationale Factoring zu erleichtern und gleichzeitig einen fairen Interessenausgleich zwischen den verschiedenen an Factoring-Geschäften beteiligten Parteien zu wahren. Mit dem Erlass einheitlicher Vorschriften sollen ein Mindeststandard an Rechtssicherheit und infolgedessen eine Reduktion der Transaktionskosten erreicht werden.¹⁶⁶¹ Das Übereinkommen wurde 1988 angenommen und trat 1995 in Kraft. Zurzeit ist es in neun Staaten, darunter Deutschland, Frankreich und Italien, in Kraft. Die Schweiz ist dem Übereinkommen bisher nicht beigetreten.^{1662, 1663}

1659 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 331.

1660 UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28.5.1988), deutsche Übersetzungen: DIEHL-LEISTNER, S. 205-209; REY, Factoringvertrag, S. 323-331; MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 200-206; Staudinger-HAUSMANN, Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO N 45. In der Literatur wird das Übereinkommen unterschiedlich zitiert, entweder mit «FactÜ» für UNIDROIT Factoring-Übereinkommen, als UNIDROIT Factoringabkommen, als UNIDROIT Factoringkonvention oder als Ottawa-Konvention. Hier wird die deutsche Abkürzung «FactÜ» verwendet.

1661 Explanatory Note FactÜ, S. 2, Ziff. 7; RINGE, S. 260.

1662 Vgl. Status UNIDROIT Convention on International Factoring.

1663 Zur mittelbaren Anwendbarkeit des FactÜ in der Schweiz, wenn sowohl der Vertrag, aus dem die abgetretene Forderung stammt, als auch der Factoringvertrag dem Recht eines Vertragsstaats unterliegen, vgl. MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 908 f.

Der Anwendungsbereich des FactÜ ist beschränkt auf grenzüberschreitende Factoringgeschäfte. Gemäss Art. 2 Abs. 1 FactÜ müssen der Lieferant (Zedent) und der Schuldner ihren Sitz in verschiedenen Staaten haben. Massgebend ist somit die Internationalität des Vertragsverhältnisses, aus dem die abgetretene Forderung stammt. Nicht erforderlich ist, dass auch Lieferant und Factor (Zessionar) ihren Sitz in verschiedenen Staaten haben.¹⁶⁶⁴ Inhaltlich wird vorausgesetzt, dass die abgetretenen Geldforderungen aus einem Kauf- oder Dienstleistungsvertrag herrühren.¹⁶⁶⁵ Sie müssen ausserdem aus einem Handelsgeschäft («B2B») stammen.^{1666, 1667}

2. Pactum de non cedendo

Das FactÜ enthält in den Art. 5-11 vereinheitlichtes materielles Abtretungsrecht.¹⁶⁶⁸ Entsprechend seinem Anwendungsbereich regelt das Übereinkommen nur die Zession von Geldforderungen aus gewerblichen Kauf- oder Dienstleistungsverträgen. Vor allem die Vorschriften von Art. 5-7 FactÜ bezwecken, das grenzüberschreitende Factoring zu erleichtern.¹⁶⁶⁹ Die Wirkung des pactum de non cedendo ist in Art. 6 FactÜ geregelt. Die Explanatory Note des UNIDROIT Sekretariats hält zu diesem «dornenvollen Thema»¹⁶⁷⁰ fest, dass es wegen der Verschiedenheit der nationalen Lösungen nicht möglich gewesen sei, eine völlig vereinheitlichte Regelung der Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote zu erzielen.¹⁶⁷¹ Die unterschiedlichen Ansichten führten zu folgendem Kompromiss:¹⁶⁷²

Article 6

- (1) The assignment of a receivable by the supplier to the factor shall be effective notwithstanding any agreement between the supplier and the debtor prohibiting such assignment.

1664 MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 908.

1665 Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 FactÜ.

1666 Nicht anwendbar ist das FactÜ auf Forderungen aus Verträgen, die der Schuldner für den privaten Gebrauch geschlossen hat (Art. 1 Abs. 2 lit. a FactÜ).

1667 Zur ganzen Rz. BATTAFARANO, S. 226 f.; ausführlich zum Anwendungsbereich Staudinger-HAUSMANN, Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO N 14-24.

1668 Staudinger-HAUSMANN, Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO N 28.

1669 Explanatory Note FactÜ, S. 4, Ziff. 13.

1670 Explanatory Note FactÜ, S. 4, Ziff. 15.

1671 Explanatory Note FactÜ, S. 2, Ziff. 7.

1672 Zur wechselvollen Entstehungsgeschichte von Art. 6 FactÜ, während der eine Zeit lang die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung als Grundregel im Vordergrund stand, vgl. REBMANN, RabelsZ 1989, S. 599, 608-610 und MüKo-BRINK, Art. 6 FactÜ N 25-29.

- (2) However, such assignment shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in a Contracting State which has made a declaration under Article 18 of this Convention.
- (3) Nothing in paragraph 1 shall affect any obligation of good faith owed by the supplier to the debtor or any liability of the supplier to the debtor in respect of an assignment made in breach of the terms of the contract of sale of goods.

594 Gemäss der Grundregel von Art. 6 Abs. 1 FactÜ steht ein zwischen dem Schuldner und dem Lieferanten vereinbartes Abtretungsverbot der Forderungsabtretung nicht entgegen. Die Forderung geht auf den Factor über und gehört fortan zu dessen Vermögen.¹⁶⁷³ Der Schuldner kann sich nach erfolgter Anzeige der Abtretung nur durch Zahlung an den Factor von seiner Verbindlichkeit befreien.¹⁶⁷⁴ Dieser Entscheidung für die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung lag die Erkenntnis zugrunde, dass vertragliche Abtretungsverbote zumeist von grossen Unternehmen in Standardverträgen verwendet würden. Dadurch werde den verhandlungsschwächeren Vertragspartnern (unter anderem Lieferanten aus Entwicklungsländern) der Rückgriff auf das Factoring und damit der Zugang zu Krediten verwehrt.¹⁶⁷⁵

595 Die Wirksamkeit der Abtretung lässt jedoch eine allfällige Haftung des Lieferanten gegenüber dem Schuldner wegen einer abredewidrigen Abtretung unberührt (Art. 6 Abs. 3 FactÜ). Damit wird die Entscheidung über die Existenz und die Ausgestaltung einer Haftung dem – auf den Liefervertrag – anwendbaren nationalen Recht überlassen.¹⁶⁷⁶ Die Haftpflicht ergibt sich in der Regel aus der Verletzung des pactum («liability of the supplier to the debtor in respect of an assignment made in breach of the terms of the contract of sale of goods»). Ist das pactum nach dem anwendbaren Recht nichtig, ist allenfalls eine Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten denkbar. Darauf scheint sich der Passus «obligation of good faith owed by the supplier to the debtor» zu beziehen.^{1677, 1678}

1673 KIENINGER, Art. 6 FactÜ N 26; MüKo-BRINK, Art. 6 FactÜ N 38.

1674 Art. 8 FactÜ; MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 193; Staudinger-HAUSMANN, Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO N 33.

1675 Explanatory Note FactÜ, S. 5, Ziff. 16.

1676 KIENINGER, Art. 6 FactÜ N 38; RUDOLF, S. 290; BASEDOW, ZEuP 1997, S. 615, 636; Staudinger-HAUSMANN, Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO N 33.

1677 ZACCARIA, IPRax 1995, S. 279, 284; KIENINGER, Art. 6 FactÜ N 40.

1678 Weiter geht das UNIDROIT Model Law on Factoring (2023), das in Art. 8 Abs. 2 Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den Lieferanten (Zedenten) wegen abredewid-

Art. 6 Abs. 2 FactÜ ermöglicht den Vertragsstaaten, den Vorbehalt¹⁶⁷⁹ anzubringen, dass eine Abtretung gegenüber Schuldnern unwirksam ist, die beim Abschluss des der abzutretenden Forderung zugrunde liegenden Vertrags ihre Niederlassung auf ihrem Gebiet haben.¹⁶⁸⁰ Erklärt ein Vertragsstaat einen solchen Vorbehalt, ist die abredewidrige Zession gegenüber dem Schuldner, d.h. relativ, unwirksam.¹⁶⁸¹ Dies hat zur Folge, dass der Schuldner sich – auch nach korrekt erfolgter Anzeige der Abtretung – durch Zahlung an den Lieferanten von seiner Verbindlichkeit befreien kann. Der Factor vermag die Forderung mangels Aktivlegitimation nicht im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Im Verhältnis zwischen Lieferant und Factor ist die Abtretung jedoch wirksam. Daher hat der Lieferant das vom Schuldner an ihn Geleistete an den Factor herauszugeben.¹⁶⁸² Auch im Verhältnis zu anderen Dritten als dem Schuldner ist die Abtretung wirksam, so dass die abgetretene Forderung dem Zugriff der Gläubiger des Lieferanten entzogen ist.^{1683, 1684}

3. Einordnung

Massgebend für die Zuordnung von Art. 6 FactÜ zu einem der vier idealtypischen Regelungsmodelle ist die Grundregel in Abs. 1, dass die abredewidrige Abtretung wirksam ist. Die Entscheidung, ob das pactum de non cedendo schuldrechtlich wirkt oder nichtig ist, überlässt Abs. 3 dem anwendbaren nationalen Recht. Weil die Grundregel damit die Möglichkeit schafft, dass das pactum de non cedendo obligatorisch wirkt, wird Art. 6 FactÜ vorliegend unter diesem Regelungsmodell eingereiht.

riger Abtretung ausschliesst. Diese Regelung kommt der Nichtigkeit des pactum de non cedendo gleich.

1679 Art. 18 FactÜ, auf den Art. 6 Abs. 2 FactÜ für die Erklärung des Vorbehalts verweist, lautet: «A Contracting State may at any time make a declaration in accordance with Article 6 (2) that an assignment under Article 6 (1) shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in that State.»

1680 Von den aktuell neun Vertragsstaaten haben drei einen Vorbehalt nach Art. 6 Abs. 2 FactÜ angebracht (darunter Frankreich, nicht jedoch Deutschland, Italien und Ungarn) (vgl. Status UNIDROIT Convention on International Factoring).

1681 Die abredewidrige Abtretung ist nicht nur im Erklärungsstaat relativ unwirksam, sondern auch in allen anderen Vertragsstaaten (REBMANN, RabelsZ 1989, S. 599, 610).

1682 Der Herausgabeanspruch stützt sich auf den der Abtretung zugrunde liegenden Factoringvertrag bzw. auf ungerechtfertigte Bereicherung (Eingriffskondiktion) oder unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (siehe die Nachweise in FN 1622).

1683 MüKo-BRINK, Art. 6 FactÜ N 54; KIENINGER, Art. 6 FactÜ N 31.

1684 Vgl. zur ganzen Rz. Staudinger-HAUSMANN, Anh. II zu Art. 14 Rom I-VO N 34; MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 194; GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 332.

II. UNCITRAL Zessions-Übereinkommen

1. Anwendungsbereich

598 Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Abtretung von Forderungen im internationalen Handel (ZessÜ)¹⁶⁸⁵ enthält – entsprechend seiner Bezeichnung – Vorschriften für grenzüberschreitende Forderungsabtretungen. Anlass zur Schaffung des Übereinkommens war gemäss der UNCITRAL der Umstand, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Abtretungen in den nationalen Rechtsordnungen erheblich voneinander abwichen, was den internationalen Handel erschwerte.¹⁶⁸⁶ Dabei wurde unter anderem ausdrücklich auf die divergierenden Regelungen der Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote Bezug genommen.¹⁶⁸⁷ Ausgehend von dieser Erkenntnis bezweckt das ZessÜ, durch vereinheitlichte Regeln Sicherheit und Transparenz zu schaffen und die Modernisierung des Abtretungsrechts zu fördern.¹⁶⁸⁸ Dadurch soll die Verfügbarkeit von Kapital und Krediten zu günstigen Zinssätzen über nationale Grenzen hinweg gefördert und so der grenzüberschreitende Waren- und Dienstleistungsverkehr erleichtert werden.¹⁶⁸⁹ Gleichzeitig soll aber – als Ausgleich für die erhöhte Verkehrsfähigkeit von Forderungen – auch ein angemessener Schutz der Interessen von Schuldnern gewährleistet werden.¹⁶⁹⁰

599 Das ZessÜ wurde 2001 von den Vereinten Nationen in New York angenommen und zur Unterzeichnung freigegeben. Weil seither erst zwei Staaten¹⁶⁹¹ eine Ratifizierungsurkunde hinterlegt haben, ist das Übereinkommen noch nicht in Kraft getreten.¹⁶⁹² Die Schweiz hat das Übereinkommen bisher nicht unterzeichnet. Auch wenn das ZessÜ somit auf Staatenebene wenig Anklang

1685 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 12.12.2001), im Originaltext publiziert in: ZEuP 2002, S. 860-882; deutsche Übersetzungen: RUDOLF, S. 599-618; KUHN, SZW 2002, S. 129, 142-150. In der Literatur wird das Übereinkommen unterschiedlich zitiert, entweder mit «ZessÜ» für UNCITRAL Zessions-Übereinkommen oder mit «CARIT» für United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. Hier wird die deutsche Abkürzung «ZessÜ» verwendet.

1686 Zu den rechtlichen Hindernissen grenzüberschreitender Forderungsabtretungen vgl. auch KUHN, SZW 2002, S. 129, 130; KIENINGER/SCHÜTZTE, ZIP 2003, S. 2181, 2181-2183 und SCHMIDT, IPRax 2005, S. 93, 93f.

1687 UNCITRAL, Possible future work, Ziff. 6f.

1688 Präambel Abs. 3 ZessÜ.

1689 Präambel Abs. 5 ZessÜ; Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 2; BAZINAS, ZEuP 2002, S. 782, 782.

1690 Präambel Abs. 4 ZessÜ.

1691 Liberia und die USA.

1692 Vgl. Status United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade.

gefunden hat, wird ihm als Ausdruck von internationalen Tendenzen im Abtretungsrecht eine nicht unerhebliche Bedeutung beigegeben.¹⁶⁹³

Der Anwendungsbereich des ZessÜ ist begrenzt auf die Abtretung von vertraglichen Geldforderungen («contractual right to the payment of a monetary sum»)¹⁶⁹⁴ mit internationalem Bezug. Die erfassten Forderungen müssen somit auf Zahlung von Geld lauten und ihre Grundlage in einem Vertrag haben, wobei sowohl Verträge unter Kaufleuten («B2B»), zwischen Kaufleuten und Konsumenten («B2C») und unter Konsumenten infrage kommen.^{1695, 1696} Keine Anwendung findet das ZessÜ jedoch auf die Abtretung an Konsumenten als Zessionare.¹⁶⁹⁷ Örtlich ist die Anwendung des ZessÜ auf grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte beschränkt: Vorausgesetzt wird, dass entweder die Parteien der abgetretenen Forderung oder die Parteien der Abtretung sich in verschiedenen Staaten befinden.^{1698, 1699}

2. Abtretungsrecht

Das Übereinkommen enthält sowohl Einheitsprivatrecht als auch Kollisionsrecht. Es definiert die Abtretung als «die von einer Person (Zedent) auf eine andere Person (Zessionar) durch Vereinbarung bewirkte Übertragung [...] des vertraglichen Anspruchs des Zedenten auf Zahlung eines Geldbetrags (Forderung) durch eine dritte Person (den Schuldner).»¹⁷⁰⁰ Die Forderung geht allein aufgrund der Einigung zwischen Zedent und Zessionar über. Eine Anzeige an den Schuldner ist dafür nicht erforderlich.¹⁷⁰¹ Sie beendet jedoch die Möglichkeit des Schuldners, befreiend an den Zedenten zu leisten.¹⁷⁰²

1693 KLEIN, S. 150; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, vor Art. 164-174 OR N 4a i.f.; ZK-GIRSBERGER/GASSMANN, Art. 145 IPRG N 8.

1694 Art. 2 lit. a ZessÜ.

1695 Analytical Commentary ZessÜ, Ziff. 30 und 36. Die Explanatory Note zählt folgende Geldforderungen auf: Forderungen aus Verträgen über die Lieferung von Waren sowie aus Verträgen über Bau- und Dienstleistungen, Darlehensforderungen, Lizenzgebühren für geistiges Eigentum, Einnahmen aus Mautstrassen und Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzung sowie Zinsen (Ziff. 9).

1696 Nicht anwendbar ist das ZessÜ auf Forderungen aus bestimmten Finanzgeschäften (Art. 4 Abs. 2 ZessÜ).

1697 Art. 4 Abs. 1 lit. a ZessÜ.

1698 Art. 1 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 ZessÜ.

1699 Ausführlich zum Anwendungsbereich Staudinger-HAUSMANN, Anh. III zu Art. 14 Rom I-VO N 4-13.

1700 Art. 2 lit. a Satz 1 ZessÜ.

1701 Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 25.

1702 Art. 16f. ZessÜ. Anders als nach Art. 167 OR kann der Schuldner vor Zugang der Abtretungsanzeige befreiend an den Zedenten leisten, selbst wenn er von der Abtretung

Für die Gültigkeit des Abtretungsvertrags setzt das ZessÜ keine bestimmte Form voraus, sondern verweist auf allenfalls bestehende Formerfordernisse nach nationalem Recht.¹⁷⁰³ Für Sicherungsabtretungen gelten keine besonderen Vorschriften. Sie unterstehen gleich wie die Forderungsverpfändung den allgemeinen Abtretungsregeln des ZessÜ.^{1704, 1705}

3. Pactum de non cedendo

602 Das Ziel des ZessÜ, grenzüberschreitende Forderungsabtretungen zu erleichtern, soll gemäss der UNCITRAL gerade auch dadurch erreicht werden, dass vertragliche Beschränkungen der Abtretbarkeit von Forderungen beseitigt werden.¹⁷⁰⁶ Einschlägig ist diesbezüglich Art. 9 ZessÜ:

Article 9 Contractual limitations on assignments

- (1) An assignment of a receivable is effective notwithstanding any agreement between the initial or any subsequent assignor and the debtor or any subsequent assignee limiting in any way the assignor's right to assign its receivables.
- (2) Nothing in this article affects any obligation or liability of the assignor for breach of such an agreement, but the other party to such agreement may not avoid the original contract or the assignment contract on the sole ground of that breach. A person who is not party to such an agreement is not liable on the sole ground that it had knowledge of the agreement.
- (3) This article applies only to assignments of receivables:
 - (a) Arising from an original contract that is a contract for the supply or lease of goods or services other than financial services, a construction contract or a contract for the sale or lease of real property;
 - (b) Arising from an original contract for the sale, lease or licence of industrial or other intellectual property or of proprietary information;
 - (c) Representing the payment obligation for a credit card transaction; or

Kenntnis hat (Art. 17 Abs. 1 ZessÜ). Diese Erweiterung des Schuldnerschutzes soll die Rechtssicherheit erhöhen, weil die (Un-)Kenntnis des Schuldners von der Abtretung schwierig zu beweisen sei (Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 38).

1703 Art. 27 ZessÜ; vgl. Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 24.

1704 Art. 2 lit. a Satz 2 ZessÜ; KUHN, SZW 2002, S. 129, 132.

1705 Ausführlich zum Abtretungsrecht Staudinger-HAUSMANN, Anh. III zu Art. 14 Rom I-VO N 14-42.

1706 Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 3. Vgl. auch KUHN, SZW 2002, S. 129, 134 («Die Beschränkung der Wirkungen von rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten gehört [...] zu den wichtigsten Merkmalen eines modernen Abtretungsrechts.») und BAZINAS, ZEuP 2002, S. 782, 803.

- (d) Owed to the assignor upon net settlement of payments due pursuant to a netting agreement involving more than two parties.

Nach der Grundregel von Abs. 1 ist eine abredewidrige Abtretung wirksam. 603
Trotz Vereinbarung eines pactum de non cedendo bleibt die Forderung mithin
verkehrsfähig und kann der Schuldner nach erfolgter Anzeige der Abtretung
nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten.¹⁷⁰⁷ Die Verlet-
zung des pactum kann nach Abs. 2 allerdings schuldrechtliche Folgen gemäss
dem anwendbaren nationalen Recht zeitigen.¹⁷⁰⁸ Auch das ZessÜ beschränkt
die Wirkung des pactum somit grundsätzlich auf das schuldrechtliche Verhält-
nis zwischen Schuldner und Zedent.¹⁷⁰⁹

Art. 9 Abs. 3 ZessÜ begrenzt den Anwendungsbereich der Grundsätze von 604
Abs. 1 und 2 auf bestimmte, taxativ aufgezählte Arten von Forderungen. Der
Katalog von Abs. 3 ist allerdings so weit gefasst, dass die Beschränkung der
Wirkung des pactum de non cedendo auf eine Vielzahl von Forderungen an-
wendbar ist.¹⁷¹⁰ Dabei sollen die Vorschriften von Abs. 1 und 2 in erster Linie
für Geldforderungen aus Handels- und Dienstleistungsgeschäften («trade
receivables»), nicht aber für solche aus Finanzgeschäften («financial receive-
ables»)¹⁷¹¹ gelten.¹⁷¹² Nicht erfasst werden Darlehensforderungen und Forde-
rungen aus Versicherungsverträgen.¹⁷¹³ Auf Forderungen gegenüber Konsu-
menten finden die Regelungen von Abs. 1 und 2 hingegen grundsätzlich An-
wendung.¹⁷¹⁴ Fällt eine Forderung nicht in den Katalog von Abs. 3, entfalten
diesbezügliche Abtretungsverbote die im anwendbaren nationalen Recht
vorgesehene Wirkung.¹⁷¹⁵

1707 Art. 17 Abs. 2 ZessÜ; SCHMIDT, IPRax 2005, S. 93, 97.

1708 Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 27.

1709 Zur ganzen Rz. Staudinger-HAUSMANN, Anh. III zu Art. 14 Rom I-VO N20; GIRSBERGER/
HERMANN, FS Schwander, S. 332.

1710 Die wichtigsten Handelsforderungen dürften von Abs. 3 lit. a erfasst sein (Forderungen
aus Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder über die Erbringung von
Dienstleistungen; KIENINGER/SCHÜTZE, ZIP 2003, S. 2181, 2184).

1711 Die Ausnahme von Forderungen aus Finanzgeschäften nimmt Rücksicht auf die per-
sönliche Natur dieser Geschäfte (v.a. im Hinblick auf die Kreditwürdigkeit des Gläu-
bigers), die dem beliebigen Austausch des Gläubigers entgegensteht (SCHMIDT, IPRax
2005, S. 93, 97).

1712 Analytical Commentary ZessÜ, Ziff. 102. Vgl. zu den einzelnen von Art. 9 ZessÜ erfass-
ten Forderungen RUDOLF, S. 270-274.

1713 Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 13.

1714 Konsumenten sind allerdings kaum je in der Lage, ein pactum de non cedendo aus-
zuhandeln. Jedenfalls gehen Konsumentenschutzvorschriften der Anwendung des
ZessÜ vor (Art. 4 Abs. 4 ZessÜ; BAZINAS, ZEuP 2002, S. 782, 789).

1715 Analytical Commentary ZessÜ, Ziff. 104; Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 13; RUDOLF,
S. 274; Staudinger-HAUSMANN, Anh. III zu Art. 14 Rom I-VO N20 i.F.

605 Von besonderem Interesse sind drei Vorschriften, welche die möglichen schuldrechtlichen Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung nach anwendbarem nationalem Recht bedeutend einschränken: Erstens stellt das ZessÜ sicher, dass die Verletzung eines Abtretungsverbots durch den Zedenten für sich allein den Schuldner nicht berechtigt, den Vertrag aufzuheben, aus dem die abgetretene Forderung stammt (Abs. 2 Satz 1). Darüber hinaus schützt das Übereinkommen den Zessionar, indem es vorsieht, dass dessen blosser Kenntnis des Abtretungsverbots keinen ausreichenden Grund für seine Haftung für die Verletzung der Vereinbarung darstellt (Abs. 2 Satz 2).¹⁷¹⁶ Und schliesslich wird es dem Schuldner verwehrt, allfällige Ansprüche, die ihm wegen der Verletzung des pactum gegen den Zedenten zustehen, gegenüber dem Zessionar mit der abgetretenen Forderung zu verrechnen (Art. 18 Abs. 3 ZessÜ). Diese Vorschriften verhindern, dass sich die Haftung des Zedenten wegen einer Verletzung des pactum auf die rechtliche Stellung des Zessionars auswirkt: Dieser wird davor geschützt, (1) dass die Zession insbesondere zukünftiger Forderungen zufolge Aufhebung des Vertrags zwischen Zedent und Schuldner ins Leere geht, (2) dass er dem Schuldner gegenüber haftet und (3) dass die abgetretene Forderung mit einer verrechenbaren Gegenforderung des Schuldners wegen Verletzung des pactum belastet ist. Solche Auswirkungen könnten die Kreditkosten erhöhen¹⁷¹⁷ und liefern damit dem Ziel des ZessÜ zuwider, die Verfügbarkeit von Kapital und Krediten zu günstigen Zinsen zu begünstigen.¹⁷¹⁸

606 Die (absolute) Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung gilt jedoch auch im ZessÜ nicht uneingeschränkt. Art. 40 ZessÜ ermöglicht es den Vertragsstaaten nämlich, einen Vorbehalt zugunsten der relativen Unwirksamkeit zu erklären.¹⁷¹⁹ Diese Möglichkeit ist allerdings auf Forderungen begrenzt, deren Schuldnerin eine juristische Person des öffentlichen Rechts¹⁷²⁰ ist. Dieser gegenüber ist – im Fall eines entsprechenden Vorbehalts – die abredewidrige Abtretung unwirksam.¹⁷²¹

1716 Wenn dem Zessionar mehr als nur die Kenntnis des pactum vorgeworfen werden kann, greifen allenfalls deliktische Ansprüche nach nationalem Recht, so z.B. nach Art. 41 Abs. 2 OR (KIENINGER/SCHÜTZE, ZIP 2003, S. 2181, 2184, FN 48; SCHMIDT, IPRax 2005, S. 93, 97; vgl. Analytical Commentary ZessÜ, Ziff. 99).

1717 Analytical Commentary ZessÜ, Ziff. 99.

1718 Zur ganzen Rz. Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 27; RUDOLF, S. 269 f.; Staudinger-HAUSMANN, Anh. III zu Art. 14 Rom I-VON 20 und 34.

1719 Analytical Commentary ZessÜ, Addendum, Ziff. 64; vgl. auch GRAU, S. 123. Zu den gesetzgeberischen Überlegungen zu dieser Regelung vgl. BAZINAS, ZEuP 2002, S. 782, 789.

1720 «Eine zentrale oder lokale Regierung, eine Untereinheit derselben oder ein für einen öffentlichen Zweck gegründeter Rechtsträger» (Art. 40 ZessÜ).

1721 Von den beiden Staaten, die das ZessÜ ratifiziert haben, erklärten die USA einen entsprechenden Vorbehalt (vgl. Status United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade).

4. Einordnung

Art. 9 ZessÜ stellt – gleich wie Art. 6 FactÜ¹⁷²² – die Grundregel auf, dass die 607
abredewidrige Abtretung wirksam ist, und überlässt die Entscheidung, ob
das pactum de non cedendo schuldrechtlich wirkt oder nichtig ist, dem an-
wendbaren nationalen Recht.¹⁷²³ Weil das ZessÜ damit die obligatorische
Wirkung des pactum erlaubt, wird es vorliegend diesem Regelungsmodell
zugeordnet.

III. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

1. Anwendungsbereich

Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT 608
Principles)¹⁷²⁴ regeln die Forderungsabtretung («assignment of rights») in
Kapitel 9. Dieses wurde 2004 in die zweite Auflage der Principles aufgenom-
men und blieb in den seither herausgegebenen Neuauflagen unverändert. Die
UNIDROIT Principles sind für die Anwendung auf internationale Handelsver-
träge («B2B») – unter Ausschluss von Konsumentenverträgen («B2C») – ge-
dacht.¹⁷²⁵ Das Abtretungsrecht der UNIDROIT Principles ist daher für Ab-
tretungen in einem internationalen unternehmerischen Umfeld konzipiert.
Nicht erforderlich ist jedoch, dass die abzutretende Forderung aus einem
(internationalen) Handelsvertrag stammt.¹⁷²⁶ Die Abtretungsregeln finden
sodann ausdrücklich auch auf Sicherungsabtretungen Anwendung.¹⁷²⁷

1722 Art. 6 FactÜ diente bei der Schaffung von Art. 9 ZessÜ als Vorbild (Analytical Commen-
tary ZessÜ, Ziff. 99).

1723 Das UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016) enthält in Art. 13 eine Art. 9
ZessÜ entsprechende Regelung für die Begründung von Sicherungsrechten an Geld-
forderungen, einschliesslich ihrer Sicherungszession; ebenso bereits der UNCITRAL
Legislative Guide on Secured Transactions (2007), recommendation 24 (S. 99 f.) und
Ziff. 106-110 (S. 92 f.).

1724 Die UNIDROIT Principles sind *soft law* ohne unmittelbare Geltung. Sie können zur
Anwendung gelangen, wenn die Vertragsparteien sie als anwendbares Recht wählen
oder die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, der *lex mercatoria* oder der-
gleichen gewählt haben (KLEINHEISTERKAMP, S. 1548 f.).

1725 Official Comment zu Preamble, S. 2.

1726 MAZZA, Art. 9.1.1 N 19.

1727 Art. 9.1.1 UNIDROIT Principles: «including transfer by way of security».

2. Pactum de non cedendo

609 Nach dem Zessionsrecht der UNIDROIT Principles geht die Forderung durch bloße Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar auf Letzteren über, ohne dass der Schuldner an diesem Vorgang beteiligt ist.¹⁷²⁸ Daher ist der Schuldner auch unter Geltung der UNIDROIT Principles daran interessiert, durch den Abschluss eines pactum de non cedendo darauf hinzuwirken, dass die Forderung nicht ohne seine Beteiligung abgetreten wird.¹⁷²⁹ Die UNIDROIT Principles regeln das pactum («non-assignment clause») in Art. 9.1.9. Diese Bestimmung war bei der Ausarbeitung des Abtretungsrechts der UNIDROIT Principles aufgrund ihrer Auswirkungen darauf, wie leicht Forderungen übertragen werden können, eines der Kernthemen.¹⁷³⁰

Article 9.1.9

(Non-assignment clauses)

- (1) The assignment of a right to the payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting such an assignment. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract.
- (2) The assignment of a right to other performance is ineffective if it is contrary to an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting the assignment. Nevertheless, the assignment is effective if the assignee, at the time of the assignment, neither knew nor ought to have known of the agreement. The assignor may then be liable to the obligor for breach of contract.

610 Kennzeichnend für das Abtretungsrecht der UNIDROIT Principles ist die grundsätzliche Differenzierung zwischen Geldforderungen und nicht monetären Forderungen.¹⁷³¹ Sie beruht auf der unterschiedlichen Lage der Interessen der involvierten Parteien je nachdem, ob Geldforderungen oder andere Forderungen zediert werden.¹⁷³² Hinsichtlich Ersterer bezwecken die

1728 Vgl. Art. 9.1.1 und 9.1.7 UNIDROIT Principles. Nur die Abtretung höchstpersönlicher Rechte setzt die Zustimmung des Schuldners voraus (Art. 9.1.7 Abs. 2 UNIDROIT Principles).

1729 Siehe hierzu oben Rz. 62.

1730 MAZZA, Art. 9.1.9 N1.

1731 Spezialregeln für nicht monetäre Forderungen finden sich neben Art. 9.1.9 insbesondere in Art. 9.1.3 (Nicht monetäre Forderungen sind nur abtretbar, «wenn die Abtretung die Verpflichtung nicht wesentlich belastender macht.»), Art. 9.1.7 (Die Abtretung höchstpersönlicher Rechte setzt die Zustimmung des Schuldners voraus.) und Art. 9.1.4 Abs. 2 (Einschränkung der Teilabtretung nicht monetärer Forderungen).

1732 MAZZA, Introduction to Chapter 9 of the PICC, N7.

UNIDROIT Principles, effiziente und praktische Lösungen für die Abtretung anzubieten und damit ihre Übertragung zu erleichtern.¹⁷³³ Dementsprechend unterscheidet auch Art. 9.1.9 hinsichtlich der Wirksamkeit einer abredewidrigen Abtretung zwischen Forderungen auf Zahlung einer Geldsumme («rights to payment of a monetary sum», Abs. 1) und solchen auf eine andere Leistung («rights to other performance», Abs. 2).¹⁷³⁴

Die Abtretung von *Geldforderungen* ist gemäss Art. 9.1.9 Abs. 1 auch bei Vorliegen eines pactum de non cedendo (absolut) wirksam. Trotz Vereinbarung eines Abtretungsverbots bleiben monetäre Forderungen somit verkehrsfähig. Der Zessionar wird Gläubiger der abgetretenen Forderung und der Schuldner kann sich nach Zugang der Abtretungsanzeige nur noch durch Zahlung an den Zessionar von seiner Verbindlichkeit befreien.¹⁷³⁵

Die abredewidrige Abtretung von *Forderungen auf eine Nichtgeldleistung* hingegen ist nach Art. 9.1.9 Abs. 2 grundsätzlich absolut unwirksam. Der Zessionar hat in diesem Fall einen Haftungsanspruch gegen den Zedenten nach Art. 9.1.15 (b). Die Unwirksamkeit der Abtretung setzt allerdings voraus, dass der Zessionar das Abtretungsverbot im Zeitpunkt der Abtretung gekannt hat oder hätte kennen müssen. Ist der Zessionar hingegen gutgläubig, ist die Zession wirksam.¹⁷³⁶ Diese Abhängigkeit der Unwirksamkeit der Abtretung vom bösen Glauben des Zessionars stiess in der Literatur auf Kritik. Die Voraussetzung des guten bzw. bösen Glaubens verursache unnötige Schwierigkeiten. Insbesondere sei unklar, wer die Beweislast für den guten bzw. bösen Glauben trage und ob diesbezüglich Vermutungen beständen.¹⁷³⁷

In allen Fällen, in denen die abredewidrige Abtretung wirksam ist, bleiben Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den Zedenten wegen Verletzung des pactum de non cedendo vorbehalten.¹⁷³⁸ Diese richten sich nach den Bestimmungen über die Nichterfüllung (Kapitel 7, Abschnitt 4).¹⁷³⁹

1733 MAZZA, Introduction to Chapter 9 of the PICC, N 12.

1734 Official Comment zu Art. 9.1.9, S. 314 («[...] it is also important to favour the assignment of rights as an efficient means of financing»); vgl. auch WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 35 i.f.

1735 Art. 9.1.10 Abs. 2 UNIDROIT Principles.

1736 Official Comment zu Art. 9.1.9, S. 315; MAZZA, Art. 9.1.9 N 14-18.

1737 WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 36, die eine uneingeschränkte absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung von nicht monetären Forderungen als klare und angemessene Lösung vorziehen.

1738 Art. 9.1.9 Abs. 1 i.f. und Abs. 2 i.f. UNIDROIT Principles. Vgl. auch den Grundsatz von Art. 9.1.8, wonach der Schuldner für alle durch die Abtretung verursachten Mehrkosten vom Zedenten oder vom Zessionar Ersatz verlangen kann.

1739 Official Comment zu Art. 9.1.9, S. 314 und 315.

Bei der Abtretung einer Geldforderung¹⁷⁴⁰ kann der Schuldner seinen Ersatzanspruch auch verrechnungsweise gegenüber dem Zessionar geltend machen, wenn der Anspruch bereits im Zeitpunkt besteht, in dem er die Abtretungsanzeige erhält.¹⁷⁴¹ Die Verletzung des pactum de non cedendo berechtigt den Schuldner jedoch nicht zur Auflösung des Vertragsverhältnisses, aus dem die abgetretene Forderung stammt. Denn die Auflösung könnte die abgetretene Forderung untergehen lassen bzw. die Entstehung abzutretender zukünftiger Forderungen verhindern, so dass die Abtretung leerliefe und das pactum de non cedendo den Forderungsübergang indirekt doch verhindern könnte.¹⁷⁴²

3. Einordnung

- 614 Zusammengefasst sehen die UNIDROIT Principles für Geldforderungen uneingeschränkt die rein obligatorische Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote vor. Demgegenüber wirkt das pactum de non cedendo bei nicht monetären Forderungen absolut, soweit der Zessionar dieses kannte oder hätte kennen müssen. Bei Gutgläubigkeit des Zessionars wirkt das Abtretungsverbot auch bei nicht monetären Forderungen bloss obligatorisch.^{1743, 1744} Aufgrund der grösseren praktischen Bedeutung der Abtretung von Geldforderungen (im Vergleich zur Zession nicht monetärer Forderungen) und aufgrund der Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung einer nicht monetären Forderung bei Gutgläubigkeit des Zessionars werden die UNIDROIT Principles vorliegend unter dem Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung eingereiht.

1740 Die Verrechnung setzt die Gleichartigkeit der beiden Forderungen voraus (Art. 8.1 Abs. 1 UNIDROIT Principles). Folglich kann eine Schadenersatzforderung (in Geld) nur mit einer (abgetretenen) Geldforderung verrechnet werden.

1741 Art. 9.1.13 Abs. 2 UNIDROIT Principles; WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 37.

1742 MAZZA, Art. 9.1.9 N 11 und 19.

1743 KLEIN, S. 157; GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 333.

1744 Die Regelung von Art. 9.1.9 UNIDROIT Principles wurde in Art. 11/9 des Preliminary Draft des OHADA Uniform Act on Contract Law (2004) wörtlich übernommen. Eine Art. 9.1.9 Abs. 1 UNIDROIT Principles entsprechende Regelung enthält auch Art. 19 OAS Model Law on Secured Transactions (2002) für die Begründung von Sicherungsrechten an Geldforderungen, einschliesslich deren Sicherungszession. Schliesslich sieht auch Art. 5.4 Model Law on Secured Transactions der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (1994) – analog Art. 9.1.9 UNIDROIT Principles – die absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Begründung eines Sicherungsrechts an einer Geldforderung (unter Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen des debitor cessus, vgl. Kommentar zu Art. 5.4) einerseits und die absolute Unwirksamkeit bei nicht monetären Forderungen andererseits vor.

IV. Vereinigte Staaten von Amerika

1. Abtretungsrecht

A. Rechtsquellen

Das US-amerikanische Recht beruht – wie das englische – grundsätzlich auf dem Fallrecht («case law»). Es gründet auf dem englischen «Common Law», hat sich aber seit der Unabhängigkeitserklärung von 1776 eigenständig weiterentwickelt und vom englischen Vorbild in vielen Punkten weit entfernt.¹⁷⁴⁵ Im Bereich der Kernmaterien des Privatrechts liegt die Regelungskompetenz bei den einzelnen Bundesstaaten.¹⁷⁴⁶ Als Teil des Vertragsrechts («law of contracts») fällt auch das Zessionsrecht («law of assignments») in die Zuständigkeit der Bundesstaaten.¹⁷⁴⁷

Für die Abtretung von Forderungen aus Kaufverträgen und für Sicherungszessionen stehen den Bundesstaaten in Art. 2 («Sales») und Art. 9 («Secured Transactions») des Uniform Commercial Code (UCC)¹⁷⁴⁸ allerdings einheitliche Regelungen zur Übernahme zur Verfügung. Über Sicherungszessionen hinaus ist Art. 9 UCC auf eine Vielzahl von Abtretungen von Geldforderungen anwendbar.¹⁷⁴⁹ Ergänzend finden die allgemeinen Regeln des Restatement of the Law Second, Contracts 2d¹⁷⁵⁰ (nachfolgend «Restatement Second») aus dem Jahr 1979 Anwendung, soweit sie die obersten Gerichte der Bundesstaaten in ihr «case law» aufgenommen haben. Das Restatement Second enthält in Chapter 15 («Assignment and Delegation», §§ 316-343) Grundsätze

1745 ZWEIGERT/KÖTZ, S. 233; vgl. auch FARNSWORTH, S. 66.

1746 ZWEIGERT/KÖTZ, S. 244 f.

1747 BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 792.

1748 Der Uniform Commercial Code ist ein Modellgesetz für ein einheitliches Handelsgesetzbuch der USA aus dem Jahr 1952. Die aktuellen Fassungen von Art. 2 («Sales») und Art. 9 («Secured Transactions») stammen – abgesehen von untergeordneten späteren Teilrevisionen – aus dem Jahr 1999. Mittlerweile haben alle 50 Bundesstaaten die meisten Artikel des UCC, teilweise mit geringfügigen Anpassungen, übernommen (Black's Law Dictionary, 12. Aufl., St. Paul, Minnesota 2024, Stichwort «Uniform Commercial Code»). Der UCC ist abrufbar auf der [Website der Cornell Law School](#).

1749 FARNSWORTH, S. 67; PERILLO, § 18.4; siehe auch unten Rz. 619 f. und 665–671.

1750 Restatements sind systematische Abhandlungen des Fallrechts der Bundesstaaten auf einem bestimmten Rechtsgebiet. Sie werden vom American Law Institute veröffentlicht und haben die äussere Form eines Gesetzbuchs. Obwohl die Restatements häufig in Urteilen und in der Rechtsliteratur zitiert werden, ist eine Restatement-Vorschrift für ein Gericht nicht bindend, es sei denn, sie wurde vom höchsten Gericht des betreffenden Bundesstaates offiziell als Regel übernommen (Black's Law Dictionary, a.a.O. [FN 1748], Stichwort «Restatement»). Ein erstes Restatement of the Law of Contracts erschien 1932. Die aktuelle zweite Auflage wurde 1979 verabschiedet und 1981 in Buchform veröffentlicht.

zum Zessionsrecht. Auf die vom englischen Recht ursprünglich übernommene Unterscheidung zwischen «legal» und «equitable assignment» verzichten sowohl der UCC als auch das Restatement Second.¹⁷⁵¹ Die Übernahme des UCC in allen Bundesstaaten und die ergänzende Anwendung des Restatement Second haben zur Folge, dass das Zessionsrecht der USA – trotz der Regelungskompetenz der Bundesstaaten – weitgehend vereinheitlicht ist.^{1752, 1753}

B. Zession im Allgemeinen

- 617 Die Zession («assignment») wird als Akt verstanden, durch den ein Zedent («assignor») ein Recht gegen einen Schuldner («obligor») auf einen Zessionar («assignee») überträgt.¹⁷⁵⁴ § 317 Restatement Second definiert die Zession («assignment of a right») als eine Willenserklärung des Zedenten, durch die das Recht des Zedenten auf Leistung des Schuldners ganz oder teilweise erlischt und der Zessionar ein Recht auf diese Leistung erwirbt.¹⁷⁵⁵ Die Wirksamkeit der Zession erfordert demnach eine Abtretungserklärung des Zedenten sowie grundsätzlich deren Annahme durch den Zessionar¹⁷⁵⁶ und mithin den Abschluss eines Abtretungsvertrags.¹⁷⁵⁷ Die Zustimmung oder Mitwirkung des Schuldners ist nicht nötig.¹⁷⁵⁸ Auch eine Anzeige der Abtretung an den Schuldner wird nicht vorausgesetzt.¹⁷⁵⁹ Solange die Zession dem Schuldner allerdings nicht angezeigt wird, kann dieser weiterhin befreiend an den Zedenten leisten.¹⁷⁶⁰ Die Abtretung kann formfrei vereinbart werden, soweit nicht gesetzliche¹⁷⁶¹ oder vertragliche Regelungen für die Übertragung bestimmter Forderungen Schriftlichkeit verlangen.¹⁷⁶²

1751 Restatement Second, Chapter 15, Introductory Note; FARNSWORTH, S. 66 f.; Corbin/MURRAY, S. 137.

1752 GRAU, S. 80; KLEIN, S. 132 f.; vgl. auch FARNSWORTH, S. 68.

1753 Zur ganzen Rz. INDERBITZIN, S. 23–27.

1754 FARNSWORTH, S. 68; PERILLO, § 18.1, 18.3.

1755 § 317 (1) Restatement Second: «An assignment of a right is a manifestation of the assignor's intention to transfer it by virtue of which the assignor's right to performance by the obligor is extinguished in whole or in part and the assignee acquires a right to such performance.»

1756 Vgl. § 327 Restatement Second und die dort genannten Ausnahmen.

1757 Williston/LORD, § 74:3 bei FN 56; vgl. auch BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 794.

1758 HEER, S. 95; BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 795.

1759 ZWEIGERT/KÖTZ, S. 450.

1760 § 338 (1) Restatement Second; Corbin/MURRAY, S. 137; BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 806.

1761 Gesetzliche Formvorschriften bestehen z.B. für die Abtretung von Lohnforderungen des Arbeitnehmers (vgl. Corbin/MURRAY, S. 38).

1762 § 324 Restatement Second; FARNSWORTH, S. 75; Corbin/MURRAY, S. 147 f.; PERILLO, § 18.5.

Das soeben zur Abtretung nach §§ 316-343 Restatement Second Erörterte gilt 618 grundsätzlich auch für Abtretungen von Forderungen aus geschäftlichen Warenkaufverträgen gemäss § 2-210 UCC.¹⁷⁶³ Sonderregelungen gelten demgegenüber für (Sicherungs-)Abtretungen in Anwendung von Art. 9 UCC.¹⁷⁶⁴

C. Sicherungszession

Art. 9 UCC enthält unter dem Titel «Secured Transactions» eine umfassende 619 Regelung über Sicherungsrechte («security interests») an beweglichen Sachen und Forderungen.¹⁷⁶⁵ Unter die geregelten Sicherungsgeschäfte fallen sowohl Vollrechtsübertragungen (wie z.B. die Sicherungszession) als auch Verpfändungen (wie z.B. die Forderungsverpfändung).^{1766, 1767} Dabei werden alle Arten von Mobiliarsicherungsrechten einheitlich behandelt.^{1768, 1769} Im Bereich der Sicherungsrechte an Forderungen finden die Vorschriften von Art. 9 UCC über Sicherungszessionen¹⁷⁷⁰ hinaus auch auf eigentliche Verkäufe von Geldforderungen¹⁷⁷¹ zu Finanzierungszwecken Anwendung.¹⁷⁷² Art. 9 UCC ist somit grundsätzlich auf die Abtretung sämtlicher Geldforderungen im handelsrechtlichen Umfeld anwendbar¹⁷⁷³ und hat mithin für das US-amerikanische Zessionsrecht eine überragende Bedeutung.^{1774, 1775}

1763 BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 794; KLEIN, S. 133 f.

1764 Zur Regelung der Sicherungszession in Art. 9 UCC siehe sogleich Rz. 619 f.

1765 SIGMAN, S. 56.

1766 Vgl. § 9-109 (a) (1) UCC.

1767 Das Sicherungsrecht («security interest») nach Art. 9 UCC wird verstanden als «rechtsgeschäftlich begründetes dingliches Recht an einem beweglichen Gegenstand [...], dessen Bestellung zur Sicherung einer Zahlungs- oder sonstigen Verpflichtung erfolgt» (KIENINGER, Kreditsicherheiten, § 17 Rz. 37; vgl. auch die Definition in § 1-201 (35) UCC).

1768 SIGMAN, S. 57 f., 67 («functional approach»). Die einheitliche Regelung aller Arten von Mobiliarsicherungsrechten gilt als «the grand innovation of Article 9» (WHITE/SUMMERS ET AL., S. 1062).

1769 Entsprechend der einheitlichen Behandlung aller Sicherungsrechte befassen sich nur wenige Bestimmungen spezifisch mit der (Sicherungs-)Zession (GRAU, S. 80).

1770 § 9-109 (a) (1) UCC («transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract»).

1771 § 9-109 (a) (3) UCC («sale of accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes»).

1772 Vgl. PERILLO, § 18.4; SIGMAN, S. 67. Die Gleichbehandlung von Sicherungszessionen und Forderungsverkäufen dient der Vereinfachung, weil die Unterscheidung zwischen diesen beiden Abtretungsformen in der Finanzierungspraxis verwischt wird (vgl. UCC, Official Comment, § 9-109, Ziff. 4).

1773 Ausgenommen sind u. a. Abtretungen von Lohnforderungen und Inkassoabtretungen (vgl. § 9-109 (d) UCC und unten Rz. 668).

1774 Corbin/MURRAY, S. 149: «[I]t is in Article 9, governing security interests in personal property, where the law of assignments is deeply and pervasively affected.» Vgl. auch PERILLO, § 18.4 i. i.

1775 Zur ganzen Rz. KLEIN, S. 169-171.

- 620 Die Bestellung des Sicherungsrechts geschieht in zwei Stufen. Als Erstes ist die sogenannte Anheftung («attachment») des Sicherungsrechts an den Sicherungsgegenstand erforderlich. Dadurch wird das Sicherungsrecht begründet und zwischen den Parteien des Sicherungsvertrags sowie teilweise auch bereits gegenüber Dritten wirksam. Umfassende Drittwirkung erlangt der Sicherungsnehmer erst, wenn er in einem zweiten Schritt die Voraussetzungen für die sogenannte Vervollkommnung («perfection») erfüllt.¹⁷⁷⁶ Das «attachment» erfolgt in der Regel mit dem Abschluss der Sicherheitsabrede («security agreement»), bei der Sicherungszession mithin mit dem Zustandekommen des Abtretungsvertrags. Die Sicherheitsabrede bedarf grundsätzlich der Schriftform¹⁷⁷⁷ und muss den Sicherungsgegenstand ausreichend beschreiben.¹⁷⁷⁸ Eine Beteiligung des debitor cessus bzw. die Anzeige der Begründung des Sicherungsrechts an den debitor cessus ist nicht notwendig.^{1779, 1780} Die «perfection» wird in der Regel durch einen Publizitätsakt erreicht, bei der Zession durch einen Eintrag in ein öffentliches Register für Sicherungsrechte («perfection by filing»).^{1781, 1782}

D. Abtretbare Forderungen

- 621 Das Abtretungsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika beruht auf dem Grundsatz der freien Abtretbarkeit von Forderungen.¹⁷⁸³ Die historische Regel des englischen «Common Law», dass eine «chose in action» nicht abgetreten werden kann,¹⁷⁸⁴ ist grösstenteils aufgehoben.¹⁷⁸⁵ So können gemäss § 2-210 (2)

1776 WHITE/SUMMERS ET AL., § 22-1; KIENINGER, Kreditsicherheiten, § 17 Rz. 38.

1777 § 9-203 (b) (3) (A) UCC («the debtor has authenticated a security agreement»); PERILLO, § 18.5.

1778 § 9-203 (b) (3) (A) UCC («description of the collateral»).

1779 Die Anzeige verhindert jedoch, dass der debitor cessus weiterhin befreiend an den Sicherungsgeber leisten kann (§ 9-406 (a) UCC).

1780 Eingehend zum «attachment» WHITE/SUMMERS ET AL., § 22-3; SIGMAN, S. 64-67; GRAU, S. 81-83.

1781 § 9-310 (a) UCC. Für Ausnahmen vom Erfordernis der Registrierung vgl. § 9-310 (b) UCC. Eingehend zur «perfection» im Allgemeinen WHITE/SUMMERS ET AL., § 22-4; SIGMAN, S. 69-71 und zur «perfection by filing» im Besonderen WHITE/SUMMERS ET AL., § 22-10; SIGMAN, S. 59, 76-78. Vgl. auch GRAU, S. 189-192.

1782 Zur ganzen Rz. KIENINGER, Kreditsicherheiten, § 17 Rz. 38-52; KLEIN, S. 171-173.

1783 FARNSWORTH, S. 66 («triumph of free assignability»); Corbin/MURRAY, S. 189; PERILLO, § 18.10 i.i., je mit Verweis(en) auf das «case law»; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 503f.

1784 Siehe oben Rz. 509. Vgl. auch GILMORE, S. 200-203.

1785 Restatement Second, § 317, Comment c. Vgl. auch GILMORE, S. 203-206.

UCC grundsätzlich alle Rechte der Parteien aus einem Kaufvertrag abgetreten werden.¹⁷⁸⁶

Doch auch das US-amerikanische Recht kommt nicht ohne Ausnahmen vom Grundsatz der Abtretbarkeit aus. Gesetzliche Vorschriften oder Gründe der öffentlichen Ordnung («public policy») können einer Abtretung entgegenstehen.¹⁷⁸⁷ So wurde im Fallrecht beispielsweise einer Abtretung zukünftiger Lohnforderungen von Beamten die Wirkung versagt, weil sie gegen die öffentliche Ordnung verstosse.¹⁷⁸⁸ Per Gesetz beschränken praktisch alle Bundesstaaten die Abtretung von Lohnforderungen von Arbeitnehmern¹⁷⁸⁹ und die Bundesregierung sowie einige Staaten die Abtretung von Geldforderungen gegen den Staat aus öffentlich-rechtlichen Verträgen.¹⁷⁹⁰ Abgesehen davon sind gesetzliche Beschränkungen der Abtretbarkeit von Geldforderungen jedoch weitgehend verschwunden.¹⁷⁹¹

Des Weiteren ist eine Abtretung unwirksam, wenn sie die Stellung des Schuldners wesentlich verschlechtert. So können Forderungen aus einem Kaufvertrag nicht abgetreten werden, wenn sich durch die Zession die Pflichten des Schuldners wesentlich änderten, wenn sich die Belastung oder das Risiko, das dem Schuldner durch den Vertrag auferlegt wird, wesentlich erhöhte oder wenn sich die Chance des Schuldners, eine Gegenleistung zu erhalten, wesentlich verringerte.¹⁷⁹² Als unabtretbar angesehen wurden im «case law» ausserdem Forderungen auf persönliche Dienstleistungen («personal service»)¹⁷⁹³ bzw. auf Leistungen, die auf der Ausübung von persönlichen Fähigkeiten oder Ermessen («exercise of personal skill or discretion»)¹⁷⁹⁴ beruhen.¹⁷⁹⁵ Sodann wurde insbesondere auch die Unabtretbarkeit von Forderungen auf Einhaltung eines Konkurrenzverbots,¹⁷⁹⁶ von vertraglichen

1786 Näher zu § 2-210 UCC unten Rz. 631-634.

1787 Williston/LORD, § 74:24; PERILLO, § 18.15; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 504-506.

1788 *Byers v. Comer*, 68 P.2d 671, 672 [1937].

1789 Vgl. Williston/LORD, § 74:25; PERILLO, § 18.15.

1790 FARNSWORTH, S. 77-79; PERILLO, § 18.15.

1791 UCC, Official Comment, § 9-406, Ziff. 6; vgl. auch Corbin/MURRAY, S. 193 (§ 49.3).

1792 § 2-210 (2) UCC; vgl. FARNSWORTH, S. 79-85 («adverse effect on obligor»); Corbin/MURRAY, S. 190-193 («Assignment may not materially affect performance.»); MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 506f. («material change of promisor's duty»); PERILLO, § 18.11-13.

1793 Vgl. Corbin/MURRAY, S. 197.

1794 Vgl. Restatement Second, § 318, Comment c.

1795 So z.B. die Forderung eines Klienten auf Dienstleistungen eines Anwalts (vgl. *One National Bank v. Antonellis*, 80 F.3d 606, 614 [1996]).

1796 Vgl. *Smith, Bell & Hauck, Inc. v. Cullins*, 183 A.2d 528, 532 [1962]; Corbin/MURRAY, S. 202-205.

Optionsrechten¹⁷⁹⁷, von familienrechtliche Unterhaltsansprüchen¹⁷⁹⁸ und von Schadenersatzansprüchen¹⁷⁹⁹ diskutiert.¹⁸⁰⁰

2. Pactum de non cedendo

A. Case Law und Restatements

- 624 In der früheren Rechtsprechung werteten die Gerichte verschiedener Bundesstaaten vertragliche Abtretungsverbote als Ausschluss einer wirksamen Abtretung.¹⁸⁰¹ Sie gaben der Vertragsfreiheit von Schuldner und Gläubiger mithin grundsätzlich den Vorzug vor der freien Abtretbarkeit von Forderungen.¹⁸⁰² Dieser sogenannte «classical approach»¹⁸⁰³ kam in **§ 151 Restatement First** folgendermassen zum Ausdruck:

§ 151. What Rights Can Be Effectively Assigned

A right may be the subject of effective assignment unless, [...]

(c) the assignment is prohibited by the contract creating the right.

Vergleichbar mit Art. 164 Abs. 1 OR konnte die Abtretung nach § 151 Restatement First somit durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger ausgeschlossen werden. Das pactum de non cedendo wirkte absolut.

- 625 § 151 wurde in **§ 176 Restatement First** wie folgt ergänzt:

§ 176. Effect of Prohibition in a Contract Against Its Assignment

A prohibition in a contract of the assignment of rights thereunder is for the benefit of the obligor, and does not prevent the assignee from acquiring rights

1797 Vgl. *Melrose Enterprises, Inc. v. Pawtucket Form Construction Co.*, 550 A.2d 300 [1988]; Corbin/MURRAY, S. 212f.

1798 Vgl. *Welles v. Brown*, 198 N.W. 180, 181 [1924] und die Hinweise auf das weitere «case law» bei Williston/LORD, § 74:26, FN 1.

1799 Vgl. *In re Penn Central Transportation Co.*, 337 F. Supp. 791, 794 [1972]; BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 794 f.

1800 Zur Unabtretbarkeit aufgrund eines pactum de non cedendo siehe sogleich Rz. 624–635.

1801 Vgl. *Federal National Bank v. Commonwealth*, 185 N.E. 9, 12 [1933]; *Concrete Form Co. v. W. T. Grange Construction Co.*, 181 A. 589, 590 [1935]. Die Rechtsprechung war jedoch nicht einheitlich. Für relative Unwirksamkeit der Abtretung: *Fortunato v. Patten*, 41 N.E. 572, 573 [1895] (Ein nachrangiger Zessionar kann sich nicht auf das pactum berufen, um eine vorrangige frühere Zession zu Fall zu bringen.); *Portuguese-American Bank v. Welles*, 37 S. Ct. 3, 4 [1916] (Ein Gläubiger des Zedenten kann sich nicht auf das pactum berufen.); für rein obligatorische Wirkung des pactum: *State Street Furniture Co. v. Armour & Co.*, 177 N.E. 702, 704 [1931].

1802 FARNSWORTH, S. 85. Vgl. auch PERILLO, § 18.16 i.i.; Restatement Second, § 317, Comment c: «[The contractual restriction on assignment] rest[s] on the basic principle that rights based on agreement are limited by agreement.»

1803 Vgl. *Condo v. Conners*, 271 P.3d 524, 528f. [2010].

against the assignor by the assignment or the obligor from discharging his duty under the contract in any way permissible if there were no such prohibition.

§ 176 Restatement First stellte zum einen klar, dass der Abtretungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar nicht unwirksam ist, auch wenn die Forderung gemäss § 151 (c) nicht abgetreten werden kann: Obwohl die Abtretung keine Verfügungswirkung zeitigt, begründet sie Rechte und Pflichten zwischen Zedent und Zessionar (namentlich in Bezug auf die Gewährleistung).¹⁸⁰⁴ Zum anderen bestimmte § 176, dass der Schuldner die Zession genehmigen kann und in diesem Fall durch Leistung an den Zessionar befreit wird.

Die Rechtsprechung des «classical approach» stammt aus einer Zeit, in der die Voraussetzungen für die Abtretbarkeit von Forderungen im US-amerikanischen Recht umstritten waren. Nachdem einerseits die Fragen zur Abtretbarkeit zunehmend geklärt worden waren und andererseits Sicherungszessionen im Rahmen von Handelsgeschäften an Bedeutung gewonnen hatten, wurde die Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung immer mehr für unnötig und hinderlich empfunden.¹⁸⁰⁵ Infolgedessen wurden *pacta de non cedendo* nach dem bis heute angewandten sogenannten «modern approach» – wo immer möglich – eng ausgelegt.¹⁸⁰⁶ Dabei stützen sich die Gerichte in hohem Mass auf den Wortlaut der Verbotsklausel. Insbesondere unterscheiden sie zwischen Versprechen, die eine Verpflichtung zur Nichtabtretung («duty not to assign») begründen, und Vereinbarungen, welche die Abtretungsbefugnis («power to assign») aufheben.¹⁸⁰⁷ Eine Abtretung, die gegen eine Verpflichtung zur Nichtabtretung verstösst, unterwirft den Zedenten der Haftung für den Verstoss. Die Abtretung ist aber wirksam.¹⁸⁰⁸ Um die Abtretungsbefugnis auszuschliessen und die Abtretung damit unwirksam zu machen, bedarf es gemäss dem «leading case» *Allhusen v. Caristo Constr. Corp.* des klarsten

1804 In den USA wird i. d. R. begrifflich nicht zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft unterschieden, wenn diese zeitlich zusammenfallen (vgl. FARNSWORTH, S. 68-71; PERILLO, § 18.3).

1805 BUXBAUM/CRAWFORD/SINGHOF, S. 796.

1806 Vgl. *Munchak Corp. v. Cunningham*, 457 F.2d 721, 725 [1972]: Der Vertrag eines Basketballspielers, der es dem Verein untersagt, seine Rechte ohne Zustimmung des Spielers an einen anderen Verein abzutreten, verhindert nicht die Abtretung an einen anderen Eigentümer desselben Vereins. Vgl. auch UCC, Text and Comments Edition 1952, s. 9-318, S. 786: «The cases are legion in which courts have construed the heart out of prohibitory or restrictive terms and held the assignment good.»

1807 Vgl. WHITE/SUMMERS ET AL., S. 170: «([A]bsent language in the anti-assignment clause stating that any such assignment is void and of no effect) an anti-assignment clause takes away the right, but not the power, to assign.»

1808 Vgl. *Rumbin v. Utica Mutual Ins. Co.*, 757 A.2d 526, 533 [2000].

Wortlauts («the plainest words»). Aus einer unbestimmten Formulierung könne daher keine Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung abgeleitet werden.¹⁸⁰⁹

627 Des Weiteren wird ein Verbot der Abtretung «des Vertrags» («prohibition of an assignment of the contract») in dem Sinn ausgelegt, dass es nur die Übertragung von Pflichten («delegation of duties»), nicht aber die Abtretung von Rechten («assignment of rights») untersagt.¹⁸¹⁰ Sodann werden Klauseln, gemäss denen die Abtretung von Forderungen aus einem Vertrag ausgeschlossen wird, dahingehend interpretiert, dass sie nur der Zession des Erfüllungsanspruchs, nicht aber der Abtretung eines Schadenersatzanspruchs wegen Verletzung des Vertrags entgegenstehen, solange keine andere Absicht zum Ausdruck kommt.¹⁸¹¹ Ausserdem wurde entschieden, dass die Forderung auf Gegenleistung nach Erfüllung der eigenen vertraglichen Leistung trotz gegenteiliger Abrede abgetreten werden kann.¹⁸¹² Darüber hinaus besteht eine zunehmende Tendenz, pacta, welche die Wirksamkeit der Abtretung von der Zustimmung des Schuldners abhängig machen, so auszulegen, dass sie die Abtretung nicht ausschliessen, wenn der Schuldner die Zustimmung in unangemessener Weise («unreasonably») oder treuwidrig («in bad faith») verweigert.¹⁸¹³ Soweit schliesslich ein pactum trotzdem dinglich wirkt, wird es in der Regel so verstanden, dass der Schuldner auf den Schutz durch das pactum verzichten kann.^{1814, 1815}

628 Diese neuere Rechtsprechung fand in § 317 und § 322 Restatement Second folgendermassen Niederschlag:

§ 317. Assignment of a Right

(2) A contractual right can be assigned unless [...]

(c) assignment is validly precluded by contract.

1809 *Allhusen v. Caristo Const. Corp.*, 103 N.E.2d 891, 893 [1952] («When «clear language» is used, and the «plainest words [...] have been chosen,» parties may «dimitt the freedom of alienation of rights and prohibit the assignment.»). So bereits *State Bank v. Central Mercantile Bank of New York*, 162 N.E. 475, 477 [1928]; ebenso *Bel-Ray Co., Inc. v. Chemrite (Pty) Ltd.*, 181 F.3d 435, 442 [1999].

1810 *Hipwell v. National Surety Co.*, 105 N.W. 318, 322 [1905]; vgl. auch § 2-210 (4) UCC.

1811 *SME Industries, Inc. v. Thompson, Ventulett, Stainback and Associates, Inc.*, 28 P.3d 669, 675 [2001].

1812 Vgl. *Mail Concepts, Inc. v. Foote & Davies, Inc.*, 409 S.E.2d 567, 570 [1991].

1813 Vgl. *Kendall v. Ernest Pestana, Inc.*, 709 P.2d 837, 841, 849 [1985].

1814 *Sillman v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 144 N.E.2d 387, 391 [1957].

1815 Vgl. zu Rz. 624-627 FARNSWORTH, S. 85-88; Corbin/MURRAY, S. 213-217; Williston/LORD, § 74:22 f.; PERILLO, § 18.16.

§ 322. Contractual Prohibition of Assignment

- (1) Unless the circumstances indicate the contrary, a contract term prohibiting assignment of «the contract» bars only the delegation to an assignee of the performance by the assignor of a duty or condition.
- (2) A contract term prohibiting assignment of rights under the contract, unless a different intention is manifested,
 - (a) does not forbid assignment of a right to damages for breach of the whole contract or a right arising out of the assignor's due performance of his entire obligation;
 - (b) gives the obligor a right to damages for breach of the terms forbidding assignment but does not render the assignment ineffective;
 - (c) is for the benefit of the obligor, and does not prevent the assignee from acquiring rights against the assignor or the obligor from discharging his duty as if there were no such prohibition.

Prägnant fassen WHITE/SUMMERS ET AL. die – unter Vorbehalt eines abweichenden Wortlauts des pactum – grundsätzlich obligatorische Wirkung des Abtretungsverbots gemäss § 322 (2) Restatement Second wie folgt zusammen: «In effect the Restatement is saying to the obligor: you must pay the assignee, but if you can prove damages, recover them from the obligee.»¹⁸¹⁶

Die Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich. Der «modern approach»⁶²⁹ wird zuweilen kritisch hinterfragt und abwertend als «magic words approach» bezeichnet: Magische Wörter wie «null», «void» oder «of no effect» seien nicht erforderlich, um die Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung zu begründen. Ob ein pactum de non cedendo der Abtretung entgegenstehe oder bloss obligatorisch wirke, hänge nämlich nicht nur vom Wortlaut der Klausel, sondern von allen Umständen ab.¹⁸¹⁷

Als Ergebnis lässt sich feststellen, dass das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Abtretungsfreiheit sich im US-amerikanischen «case law» stark widerspiegelt. Der Ausgleich zwischen diesen gegensätzlichen Polen wird dadurch gefunden, dass einerseits trotz Abschluss eines pactum de non cedendo grundsätzlich von der Übertragbarkeit der Forderung ausgegangen wird. Dieser Grundsatz kann andererseits jedoch umgestossen

¹⁸¹⁶ WHITE/SUMMERS ET AL., S. 170.

¹⁸¹⁷ *Bank of America, N. A. v. Moglia*, 330 F.3d 942, 948 [2003]; vgl. auch *Travertine Corp. v. Lexington-Silverwood*, 683 N.W.2d 267, 273f. [2004]; *Condo v. Conners*, 271 P.3d 524, 528f. [2010]; Corbin/MURRAY, S. 216f. Vgl. auch die Kritik am «modern approach» bei MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 509f.

werden, wenn Schuldner und Zedent eindeutig den Willen geäußert haben, dass eine abredewidrige Abtretung unwirksam sein soll.¹⁸¹⁸

B. Art. 2 UCC

631 Art. 2 UCC enthält folgende Regelung des vertraglichen Verbots der Abtretung von *Forderungen aus Kaufverträgen* im handelsrechtlichen Umfeld:

§ 2-210. Delegation of Performance; Assignment of Rights.

(2) Except as otherwise provided in Section 9-406, unless otherwise agreed, all rights of either seller or buyer can be assigned [...]. A right to damages for breach of the whole contract or a right arising out of the assignor's due performance of his entire obligation can be assigned despite agreement otherwise.

(4) Unless the circumstances indicate the contrary a prohibition of assignment of «the contract» is to be construed as barring only the delegation to the assignee of the assignor's performance.

632 § 2-210 (2) Satz 1 UCC stellt den Grundsatz auf, dass alle Forderungen des Verkäufers oder des Käufers abgetreten werden können, sofern die Kaufvertragsparteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Die Möglichkeiten einer solchen anderweitigen Vereinbarung sind allerdings beschränkt: Zum einen können nach Satz 2 Schadenersatzforderungen wegen Vertragsverletzung und Forderungen auf Gegenleistung nach vertragsgemässer Erfüllung der eigenen Leistung trotz entgegenstehender Vereinbarung abgetreten werden. Und zum anderen fallen Geldforderungen für verkaufte Waren («accounts») unter § 9-406 UCC. Sie sind daher ungeachtet eines pactum de non cedendo frei veräusserlich.¹⁸¹⁹

633 Grundsätzlich können Käufer und Verkäufer somit gültig vereinbaren, dass eine Forderung aus dem Kaufvertrag nicht abgetreten werden darf. In den in subsection (2) von diesem Grundsatz ausgenommenen Fällen steht das pactum de non cedendo der Wirksamkeit der Abtretung aber nicht entgegen. Ob das pactum in diesen Fällen nichtig ist oder immerhin obligatorische Wirkung zeitigt, hat die Rechtsprechung bisher – soweit ersichtlich – nicht geklärt.¹⁸²⁰ Gemäss WHITE/SUMMERS ET AL. spricht § 322 (2) Restatement Second dafür, dass das pactum obligatorisch wirkt.¹⁸²¹ In den übrigen von § 2-210 UCC erfassten Fällen darf aus subsection (2) nicht *e contrario* abgeleitet werden, dass die abredewidrige Abtretung stets unwirksam ist. Vielmehr gilt hier das oben

1818 Vgl. Corbin/MURRAY, S. 217 i. f.

1819 UCC, Official Comment, § 2-210, Ziff. 3; näher zu § 9-406 UCC unten Rz. 665-671.

1820 Auch der Official Comment [2021] zu § 2-210 UCC äussert sich dazu nicht.

1821 Vgl. WHITE/SUMMERS ET AL., S. 169f.

besprochene «case law», wonach es auf die Auslegung des pactum de non cedendo ankommt. Dabei wird nach dem «modern approach» regelmässig von einer rein obligatorischen Wirkung des pactum ausgegangen.¹⁸²²

§ 2-210 (4) UCC enthält sodann den im «case law» etablierten Grundsatz, dass ein Verbot der Abtretung des Vertrags gewöhnlich so zu verstehen ist, dass es nur die Übertragung von Pflichten, nicht aber die Abtretung von Rechten untersagt.¹⁸²³ 634

C. Fazit

Das pactum de non cedendo wirkt im US-amerikanischen Recht – ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 9 UCC – grundsätzlich entweder absolut oder rein obligatorisch. Massgebend ist die Auslegung der Verbotsklausel. Nur vereinzelt sprachen sich Gerichte in älteren Urteilen für die relative Unwirksamkeit der Abtretung aus.¹⁸²⁴ Nach dem überwiegend angewandten «modern approach» werden pacta de non cedendo – wo immer möglich – dahingehend ausgelegt, dass sie nur ein Versprechen enthalten, eine Forderung nicht abzutreten. Eine abredewidrige Abtretung ist in diesem Fall wirksam und kann allein vertragliche Ansprüche des Schuldners gegen den Zedenten zur Folge haben. Diese Favorisierung der rein obligatorischen Wirkung des pactum zeigt sich auch in § 2-210 (2) UCC, gemäss dem für gewisse Forderungen aus Kaufvertrag die Wirksamkeit der Abtretung vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. Aus diesen Gründen wird das Abtretungsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika (unter Ausschluss von Art. 9 UCC) vorliegend dem Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung zugeordnet. 635

V. Österreich (Handelsgeschäfte)

1. § 1396a ABGB

Am 1. Juni 2005 wurde das Abtretungsrecht des ABGB um folgende Vorschrift zum «Zessionsverbot» ergänzt:¹⁸²⁵ 636

1822 KLEIN, S. 137f.

1823 Siehe hierzu oben Rz. 627; vgl. auch § 322 (1) Restatement Second.

1824 Vgl. die Nachweise in FN 1801. In Restatement Second, § 322, Comment d findet sich sodann eine Vermengung der absoluten Unwirksamkeit mit dem Einredemodell: «Ordinarily a contractual prohibition of assignment is for the benefit of the obligor. In such cases third parties cannot assert the invalidity of a prohibited assignment if the obligor makes no objection.» Diese Ansicht scheint jedoch singular geblieben zu sein. Vgl. zu ihrer Widersprüchlichkeit oben Rz. 225.

1825 Vgl. Zessionsrechts-Änderungsgesetz vom 9.6.2005 (BGBl 2005 I Nr. 51).

§ 1396a Zessionsverbot

- (1) Eine Vereinbarung, dass eine Geldforderung zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften nicht abgetreten werden darf (Zessionsverbot), ist nur verbindlich, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Gläubiger unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligt. Auch ein solches Zessionsverbot steht der Wirksamkeit einer Abtretung aber nicht entgegen; sobald die Abtretung und der Übernehmer dem Schuldner bekannt gemacht worden sind, kann dieser nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung an den Überträger leisten, es sei denn, dass ihm dabei nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt.
- (2) Rechte des Schuldners gegen den Überträger wegen der Verletzung eines verbindlichen Zessionsverbots bleiben unberührt, sie können aber gegen die Forderung nicht eingewendet werden. Der Übernehmer haftet dem Schuldner nicht allein deshalb, weil er das Zessionsverbot gekannt hat.
- (3) Die Abs. 1 und 2 gelten nicht für Zessionsverbote, die zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer von dieser gegründeten Einrichtung und einem Förderungswerber vereinbart werden.

2. Normzweck

637 Grund für die Einführung von § 1396a ABGB war die Rechtsprechung des OGH, wonach vertragliche Abtretungsverbote im Allgemeinen nicht sittenwidrig sind und grundsätzlich absolut wirken.¹⁸²⁶ Dies wurde in mehrfacher Hinsicht als problematisch empfunden. Zum einen entzögen absolut wirkende Abtretungsverbote einen beträchtlichen Teil der Geldforderungen dem Wirtschaftsverkehr. Vielen Unternehmen und vor allem kleinen und mittleren Betrieben werde dadurch die Möglichkeit der Kreditbesicherung durch die Abtretung von Forderungen genommen. Zum anderen werde der Geschäftsverkehr allgemein mit der Unsicherheit belastet, dass selbst einem Gläubiger, der eine Forderung gutgläubig erwerbe, das pactum (von dem er gar keine Kenntnis gehabt habe) entgegengehalten werden könne. Überdies wurde die verminderte Verkehrsfähigkeit von Forderungen als ein wesentliches rechtliches Hindernis bei der Schaffung eines funktionsfähigen Securitisationmarkts bewertet.¹⁸²⁷ Aufgrund dieser Nachteile der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo traf der österreichische Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung, die den Gläubigerinteressen stärker Rechnung trägt.¹⁸²⁸

1826 Siehe hierzu oben Rz. 478–482.

1827 ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 1, 2f. und 4.

1828 Zur ganzen Rz. THÖNI, § 1396a ABGB N 2; LUKAS/GEROLDINGER, § 1396a ABGB N 2.

3. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich von §1396a ABGB ist beschränkt auf «Geldforderun- 638
g[en] zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften». Zum
einen muss somit eine monetäre Forderung abgetreten werden. Und zum
anderen muss diese aus einem beiderseitigen Unternehmergegeschäft stam-
men. §1396a ABGB ist daher nur anwendbar, wenn beide Vertragsparteien
Unternehmerinnen sind.¹⁸²⁹ Dies wird in der Literatur zum Teil kritisiert,
weil auch Konsumenten auf die Abtretung ihrer Forderungen angewiesen
sein können.¹⁸³⁰

Abs. 3 nimmt sodann Abtretungsverbote, die im Rahmen eines Förde- 639
rungsvertrags¹⁸³¹ mit einem «Förderungswerber» vereinbart werden, vom
Geltungsbereich von §1396a ABGB aus. In diesen Fällen wirken Zessions-
verbote absolut. Dies soll sicherstellen, dass Fördergelder widmungsgemäss
verwendet werden.¹⁸³²

4. Geltungs- und Inhaltskontrolle

Ein unter §1396a ABGB fallendes pactum unterliegt einer besonderen Gel- 640
tungs- und Inhaltskontrolle: Gemäss Abs. 1 Satz 1 ist das pactum nur verbind-
lich, wenn es «im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Gläubiger unter
Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligt.» Die
Wirksamkeit des Zessionsverbots setzt zunächst voraus, dass die Parteien
über das Verbot verhandelt haben. In AGB oder Vertragsformblättern¹⁸³³ ent-
haltene Zessionsverbote, über die nicht verhandelt worden ist, sind ungültig.
Dadurch soll vermieden werden, dass marktmächtige Unternehmen ihren
wirtschaftlich schwächeren Vertragspartnern einseitig Zessionsverbote auf-
zwingen.¹⁸³⁴ Des Weiteren darf das pactum den Gläubiger nicht «gröblich

1829 LUKAS/GEROLDINGER, §1396a ABGB N 9 f.; vgl. auch LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 706.

1830 BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 219; AYDINONAT, S. 41 f.

1831 Unter Förderung werden Geldzuwendungen verstanden, die der Staat einer privaten Person für eine förderungswürdige Leistung gewährt, ohne dafür unmittelbar eine angemessene, geldwerte Gegenleistung zu erhalten (vgl. § 2 der Allgemeinen Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln, BGBl II Nr. 208/2014).

1832 THÖNI, §1396a ABGB N 32.

1833 Unter «Vertragsformblättern» werden Vertragsformulare verstanden, die nicht verhandelte und aus der Sicht des Verwenders jedenfalls beizubehaltende Klauseln enthalten (OGH, 7Ob93/12w, Urteil vom 28.11.2012).

1834 ErläutRV 86t, BgNR 22. GP, S. 1 und 2 f.; THÖNI, §1396a ABGB N 21; LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 706 f.

benachteiligen». Eine solche Benachteiligung wird insbesondere dann angenommen, wenn zwischen den Parteien ein Machtgefälle zulasten des Gläubigers besteht, sich der Schuldner ungewöhnlich lange Zahlungsfristen ausbedungen hat und dem Gläubiger durch das Verbot nahezu jede Finanzierungsmöglichkeit genommen wird.¹⁸³⁵ Bei gröblicher Benachteiligung des Gläubigers ist das pactum ebenfalls unwirksam und die Forderung daher unbeschränkt abtretbar.

5. Rein obligatorische Wirkung

- 641 Sind die Voraussetzungen gemäss Abs. 1 Satz 1 erfüllt, ist das Abtretungsverbot zwischen den Parteien «verbindlich». Es verhindert jedoch die Wirksamkeit einer abredewidrigen Zession nicht (Abs. 1 Satz 2). Der Schuldner kann dem Zessionar gegenüber daher nicht die Unabtretbarkeit der Forderung einwenden. Nach erfolgter Anzeige der Zession kann er grundsätzlich nur noch an den Zessionar mit schuldbefreiender Wirkung leisten.¹⁸³⁶ Auch Dritte wie insbesondere die Gläubiger des Zedenten können sich nicht auf die Unabtretbarkeit der Forderung berufen.¹⁸³⁷ Immerhin bleiben die Rechte des Schuldners gegen den Zedenten wegen Vertragsbruchs unberührt (Abs. 2). Die abredewidrige Abtretung kann mit anderen Worten Haftungsfolgen zeitigen. Das pactum de non cedendo wirkt somit rein obligatorisch.

6. Begrenzung der Rechtsfolgen einer abredewidrigen Abtretung

- 642 § 1396a ABGB beschränkt nicht nur die Wirkung des pactum de non cedendo auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern begrenzt zusätzlich die schuldrechtlichen Rechtsfolgen einer abredewidrigen Abtretung in mehrfacher Hinsicht. Dadurch soll verhindert werden, dass vertragliche Abtretungsverbote mittelbar eine gewisse Drittwirkung entfalten.¹⁸³⁸ Als Vorbild für diesen Umgehungsschutz diente das UNCITRAL Zessions-Übereinkommen.¹⁸³⁹

1835 ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 6. Zu weiteren Anhaltspunkten für eine gröbliche Benachteiligung vgl. AYDINONAT, S. 63 f. und LUKAS/GEROLDINGER, § 1396a ABGB N 16; LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 707.

1836 Zur Ausnahme der befreienden Leistung an den Zedenten gemäss § 1396a Abs. 1 i. f. ABGB siehe unten Rz. 646 f.

1837 THÖNI, § 1396a ABGB N 4; LUKAS/GEROLDINGER, § 1396a ABGB N 17; LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 707.

1838 LUKAS, ÖBA 2004, S. 755, 762.

1839 Vgl. THÖNI, § 1396a ABGB N 2 i. f.; LUKAS, ÖBA 2004, S. 755, 762. Vgl. zu den entsprechenden Regelungen im ZessÜ oben Rz. 605.

A. Einwendungsausschluss

Grundsätzlich kann der Schuldner gemäss §1396 ABGB seine Einwendungen und Einreden, die ihm bis zur Notifikation gegen den Zedenten zustanden, auch dem Zessionar entgegenhalten. Im Fall einer abredewidrigen Abtretung ist es dem Schuldner jedoch verwehrt, die Rechte, die ihm aufgrund der Verletzung des pactum gegen den Zedenten entstehen, gegen die abgetretene Forderung einzuwenden (§1396a Abs. 2 Satz 1 ABGB).¹⁸⁴⁰ Diese Regelung bezweckt, die mit der bloss obligatorischen Wirkung von Zessionsverboten einhergehende Verbesserung des Verkehrsschutzes abzusichern. Als Rechte, die dem Schuldner gegen den Zedenten aufgrund der Verletzung des pactum entstehen, werden vor allem Schadenersatzforderungen, Ansprüche aus vereinbarten Konventionalstrafen und das Recht zur Vertragsauflösung aus wichtigem Grund genannt. Diese Rechte können weder dem Zessionar noch einem anderen Forderungsberechtigten, dem die Forderung weiterzediert worden ist, entgegengehalten werden. Dem Schuldner wird damit einerseits verwehrt, einen Schadenersatzanspruch oder eine verfallene Konventionalstrafe, der oder die ihm wegen der Verletzung des pactum gegen den Zedenten zusteht, mit der abgetretenen Forderung zu verrechnen. Andererseits muss der Schuldner auch dann an den Zessionar zahlen, wenn er den Vertrag mit dem Zedenten auflösen konnte.^{1841, 1842}

B. Haftung des Zessionars

Des Weiteren haftet der Zessionar dem Schuldner nicht allein deshalb, weil er das pactum gekannt hat (Abs. 2 Satz 2).¹⁸⁴³ Dies gilt erst recht, wenn das pactum für den Zessionar lediglich erkennbar war. Im Umkehrschluss folgt aus der Formulierung «nicht allein deshalb» jedoch, dass der Zessionar sich wegen Eingriffs in ein fremdes Forderungsrecht schadenersatzpflichtig macht, wenn er den Zedenten bewusst zu einer abredewidrigen Zession verleitet. Immerhin wird aber aus der gesetzgeberischen Absicht, vertragliche Abtretungsverbote nur ausnahmsweise gegen den Zessionar wirken zu lassen, abgeleitet, dass dieser bei einem bloss bewussten Ausnutzen der Vertragsverletzung nicht ersatzpflichtig wird. Der Schuldner wird damit im

¹⁸⁴⁰ Vgl. die vergleichbare Regelung in Art. 9 Abs. 2 Satz 1 und Art. 18 Abs. 3 ZessÜ.

¹⁸⁴¹ Die Zahlung an den Zessionar löst dann einen Bereicherungsanspruch des Schuldners gegen den Zedenten aus (LUKAS/GEROLDINGER, §1396a ABGB N18; LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 708).

¹⁸⁴² Zur ganzen Rz. ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 7; THÖNI, §1396a ABGB N27; LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 707f.

¹⁸⁴³ Vgl. die vergleichbare Regelung in Art. 9 Abs. 2 Satz 2 ZessÜ.

Wesentlichen auf vertragliche Schadenersatzansprüche gegenüber dem Zedenten verwiesen.¹⁸⁴⁴

C. Herabsetzung von Konventionalstrafen

- 645 § 1396a ABGB enthielt in seiner 2005 in Kraft getretenen Fassung die Bestimmung, dass eine für den Fall der Verletzung eines verbindlichen Zessionsverbots vereinbarte Konventionalstrafe vom Gericht auch dann nach § 1336 Abs. 2 ABGB¹⁸⁴⁵ «gemässigt» werden kann, wenn sie von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen wurde (aAbs. 3).¹⁸⁴⁶ Diese Vorschrift wurde per 1. Januar 2007 ersatzlos gestrichen,¹⁸⁴⁷ wobei die Rechtslage sich dadurch nicht änderte.¹⁸⁴⁸ Im Allgemeinen ist es somit zulässig, dass sich der Schuldner vom Gläubiger für den Fall der Verletzung eines wirksam vereinbarten Zessionsverbots die Zahlung einer Konventionalstrafe versprechen lässt. Eine solche Vertragsstrafe darf aber nicht übermässig hoch sein, zumal der Schaden, den der Schuldner – wenn überhaupt – durch die Verletzung des Zessionsverbots erleidet, meist gering ist. Die Zulässigkeit zu hoher Vertragsstrafen würde das Ziel, die Umlauffähigkeit von Forderungen zu verbessern, beeinträchtigen. Droht dem Gläubiger eine Konventionalstrafe bis zur Höhe des Betrags der abgetretenen Forderung, ist die Zession für ihn nämlich praktisch nutzlos. Daher kann eine für den Fall der Verletzung eines Zessionsverbots versprochene Konventionalstrafe vom Gericht nach § 1336 Abs. 2 ABGB «gemässigt» bzw. – in der Terminologie von Art. 163 Abs. 3 OR – «herabgesetzt» werden.¹⁸⁴⁹

7. Schuldbefreiende Leistung an den Zedenten

- 646 Gemäss dem Grundsatz von § 1396 Satz 1 ABGB kann der Schuldner, sobald ihm der Gläubigerwechsel angezeigt worden ist, nur noch an den Zessionar mit schuldbefreiender Wirkung leisten. Diesbezüglich sieht § 1396a Abs. 1 i. f. ABGB für den Fall eines gültig vereinbarten pactum eine Ausnahme vor: Zahl

1844 Zur ganzen Rz. ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 7; THÖNI, § 1396a ABGB N 28; BYDLINSKI/VOLLMAYER, JBl 2006, S. 205, 228 f.; LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 708.

1845 § 1336 Abs. 2 ABGB: «In allen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermässig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mässigen.»

1846 BGBl I Nr. 51/2005.

1847 BGBl I Nr. 120/2005, S. 39.

1848 Die Regelung von aAbs. 3 war als *lex specialis* nötig, weil § 348 HGB bis Ende 2006 die «Mässigung» einer von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochenen Konventionalstrafe ausschloss. Mit der Aufhebung von § 348 HGB wurde § 1396a aAbs. 3 ABGB hinfällig (vgl. LUKAS, ÖBA 2005, S. 703, 708).

1849 ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 7; THÖNI, § 1396a ABGB N 7.

der Schuldner trotz Anzeige der Abtretung an den Zedenten, hat diese Leistung schuldbefreiende Wirkung, wenn dem Schuldner dabei nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Anzeige dem Schuldner zwar zugegangen ist, dieser sie aber infolge leichter Fahrlässigkeit noch nicht zur Kenntnis genommen hat.¹⁸⁵⁰ Dadurch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Schuldner, der ein pactum vereinbart hat, nicht mit einer von seinem Vertragspartner abredewidrig vorgenommenen Zession rechnen muss.¹⁸⁵¹

Dieses sogenannte Schuldnerprivileg stiess in der Literatur auf Kritik,⁶⁴⁷ weil es – entgegen dem Zweck von § 1396a ABGB – dem Verkehrsschutz und der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zuwiderlaufe. Der Verkehrsschutz werde dadurch beeinträchtigt, dass der Zessionar die erworbene Forderung ohne sein Zutun wieder verlieren könne, wenn der Schuldner leicht fahrlässig an den Zedenten zahle. Da der Zessionar somit befürchten müsse, leer auszugehen, sei das Schuldnerprivileg für ihn mit Rechtsunsicherheit verbunden. Ein vorsichtiger potentieller Zessionar werde sich auf den Erwerb solcher Forderungen daher von vornherein nicht einlassen, weil er nicht sicher sein könne, trotz Anzeige der Abtretung Gläubiger zu bleiben. Daher könne es geschehen, dass sich trotz Abtretbarkeit niemand finde, der bereit sei, die Forderung als Sicherheit zu übernehmen oder im Rahmen des Factoring anzukaufen. Dies schränke die Verkehrsfähigkeit von Forderungen faktisch ein. Insgesamt nehme das Schuldnerprivileg daher die angestrebte Begrenzung der Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote wieder zurück.¹⁸⁵²

8. Fazit

§ 1396a ABGB enthält eine sehr detaillierte – und entsprechend komplexe¹⁸⁵³ –⁶⁴⁸ Regelung über die Gültigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen vertraglicher

1850 Leichte Fahrlässigkeit wird in der Literatur angenommen, wenn die Abtretungsanzeige im Unternehmen des Schuldners verloren geht bzw. übersehen wird (BEIG, *ecolex* 2005, S. 676, 676; LUKAS, ÖBA 2004, S. 755, 761), wenn der Schuldner eine Zessionsmitteilung nicht zur Kenntnis nimmt, die in einem längeren Schreiben nebenbei erwähnt wird (HEIDINGER, § 1396a ABGB N 10), oder wenn es in grösseren Unternehmen zu einer irrigen Zahlung an den Zedenten kommt, weil die Benachrichtigung von der Zession nicht rechtzeitig an die für die Zahlung zuständige Stelle weitergeleitet wird (BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 230). Vgl. zum diesbezüglichen Defizit beim Schuldnerschutz in der Schweiz oben Rz. 65 und unten Rz. 841f.

1851 ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 7. Zur ganzen Rz. THÖNI, § 1396a ABGB N 29.

1852 Zur Kritik am Schuldnerprivileg vgl. THÖNI, § 1396a ABGB N 30; NEUMAYR, § 1396a ABGB N 3; HEIDINGER, § 1396a ABGB N 10; BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 230f.; LUKAS, ÖBA 2004, S. 755, 761; DERS., ÖBA 2005, S. 703, 708; BEIG, *ecolex* 2005, S. 676, 676f.

1853 Vgl. NEUMAYR, § 1396a ABGB N 2.

Abtretungsverbote: Eine «Geldforderung zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften» kann trotz eines vereinbarten Abtretungsverbots wirksam abgetreten werden. Dieses wirkt rein obligatorisch. Die Rechtsfolgen von Zessionsverboten werden dadurch weiter eingeschränkt, dass (1) der Schuldner Ansprüche, die ihm aus der Verletzung des Verbots gegen den Zedenten entstehen, gegen die abgetretene Forderung nicht einwenden kann, dass (2) der Zessionar gegenüber dem Schuldner nicht allein deshalb haftet, weil er das Verbot gekannt hat, und dass (3) übermäßig hohe Konventionalstrafen gerichtlich herabgesetzt werden können. Die Verkehrsfähigkeit von Forderungen wird überdies dadurch verbessert, dass Abtretungsverbote in AGB und solche, die den Gläubiger gröblich benachteiligen, unwirksam sind. Demgegenüber wird die Wirkung des pactum de non cedendo dadurch verstärkt, dass ein Schuldner, der nach Anzeige der Abtretung leicht fahrlässig an den Zedenten leistet, von seiner Schuldpflicht befreit wird. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von § 1396a ABGB, d.h. bei bürgerlichen Geschäften, wirkt das pactum absolut.¹⁸⁵⁴

VI. Ungarn

1. Bürgerliches Gesetzbuch von 2013

649 Das Inkrafttreten des neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs Ungarns (Polgári Törvénykönyv, Ptk.)¹⁸⁵⁵ am 15. März 2014 gilt als Meilenstein in der Geschichte des ungarischen Privatrechts. Das neue Gesetz löste das bis dahin geltende Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik ab. Dieses datierte aus dem Jahr 1959 und stammte damit aus einer Zeit, in der das Privateigentum nur in einem sehr beschränkten Umfang anerkannt worden war. Die grundlegenden Änderungen nach der Wiedereinführung der Marktwirtschaft und die damit einhergehende gänzlich veränderte Bedeutung des Privateigentums in den 1990er-Jahren machten eine vollständige Neufassung des Zivilgesetzbuchs nötig.¹⁸⁵⁶

650 Das neue Bürgerliche Gesetzbuch wurde auf der Grundlage des bestehenden Privatrechts ausgearbeitet. Dieses wurde dort geändert oder verbessert, wo die veränderten Verhältnisse eine Modifikation erforderten. Das neue

1854 Siehe oben Rz. 477-482.

1855 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről (Gesetz Nr. V aus dem Jahr 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch, in: Magyar Közlöny [Ungarisches Amtsblatt] Nr. 31 vom 26.2.2013, S. 2382-2663).

1856 Zur ganzen Rz. VÉKÁS, Annales 2013, S. 5, 5 und 29; SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 53 f.

Bürgerliche Gesetzbuch stellt somit kein völlig neues Recht dar. Entsprechend nahm die mit der Kodifikation betraute Fachkommission auch kein einzelnes ausländisches Privatrecht als Modell.¹⁸⁵⁷ Vielmehr wurden ausländische Rechtsordnungen wie auch internationale Modellgesetze (UNIDROIT Principles, PECL und DCFR) und Übereinkommen (namentlich die CISG) mitberücksichtigt und deren Ergebnisse «behutsam» in das ungarische ZGB «organisch eingearbeitet».¹⁸⁵⁸ Aufgrund dieser umfassenden rechtsvergleichenden Vorarbeiten, die der europäischen Privatrechtsentwicklung bis Ende 2011 Beachtung schenken konnten,¹⁸⁵⁹ ist die Regelung des Abtretungsrechts im Allgemeinen und des pactum de non cedendo im Speziellen im neuen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch von besonderem Interesse für die Beantwortung der Frage, wie vertragliche Abtretungsverbote zeitgemäss geregelt werden sollen.

2. Abtretungsrecht

Das Recht der Abtretung (engedményezés, §§ 6:193-6:201 Ptk.) findet sich 651 unter den allgemeinen Regeln für Verträge im 6. Buch des Ptk. (Recht der Schuldverhältnisse). Es wurde grundlegend neu verfasst, weil zum einen das alte Zivilgesetzbuch die Abtretung nur unvollständig geregelt hatte.¹⁸⁶⁰ Zum anderen sollte auch der rechtliche Rahmen für moderne Finanzierungsformen wie das Factoring oder die Securitisation geschaffen werden, die auf der Abtretung beruhen.¹⁸⁶¹

Auch nach ungarischem Recht geschieht die Zession durch Vereinbarung 652 zwischen Zedent und Zessionar.¹⁸⁶² Einer Zustimmung des Schuldners bedarf es dabei nicht.¹⁸⁶³ Auch dessen Benachrichtigung über die Abtretung¹⁸⁶⁴

1857 Eine gewisse Vorbildrolle, insbesondere was seine Gliederung und die Integrierung der EU-Richtlinien betrifft, nahm das NBW ein. Die Erfahrungen mit älteren ausländischen Gesetzbüchern, wie mit dem Code civil, dem ABGB, dem BGB sowie mit dem ZGB/OR, waren bereits in frühere Gesetzesentwürfe aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bzw. in das bis 2014 geltende Gesetzbuch eingeflossen (VÉKÁS, Annales 2013, S. 5, 9).

1858 Zur ganzen Rz. VÉKÁS, Annales 2013, S. 5, 8f. und 30.

1859 Der Entwurf der Fachkommission wurde 2011 der Regierung übergeben. Diese legte ihn unverändert dem Parlament vor, das ihn nur unwesentlich modifizierte (VÉKÁS, Annales 2013, S. 5, 6). Dieser fehlende politische Einfluss macht das Ptk. für die vorliegende rechtsvergleichende Untersuchung umso beachtenswerter.

1860 Das alte Ptk. enthielt nur vier Paragraphen zur Zession (§§ 328-331 Ptk. 1959).

1861 GÁRDOS, Ptk., S. 1828f.; SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 55f.

1862 § 6:193 Abs. 2 Satz 2 Ptk.

1863 SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 61.

1864 Das ungarische Recht unterscheidet bei der Mitteilung der Abtretung an den Schuldner zwischen der Benachrichtigung über die Abtretung (§ 6:197 Ptk.) und der Erfüllungsanweisung (§ 6:198 Ptk.). Erstere entscheidet zum einen, bis wann Schuldner

ist keine Voraussetzung für den Forderungsübergang.¹⁸⁶⁵ Die Gültigkeit der Abtretung setzt einen gültigen Rechtsgrund voraus (z.B. ein gültiges Verpflichtungsgeschäft).¹⁸⁶⁶ Die Zession ist mithin ein kausales Verfügungsgeschäft.¹⁸⁶⁷ Sie unterliegt grundsätzlich keinem Formerfordernis. Die Abtretung kann daher auch mündlich oder sogar durch konkludentes Verhalten erfolgen.¹⁸⁶⁸ Damit entsprechen die Voraussetzungen der Forderungsabtretung *mutatis mutandis* denjenigen für die Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen.¹⁸⁶⁹

653 Besondere Vorschriften gelten für den Factoringvertrag (§§ 6:405-6:408 Ptk.). Eine im Rahmen des Factoring vorgenommene Abtretung erfordert zu ihrer Gültigkeit die Eintragung der Tatsache des Factoring und des Namens des Schuldners in ein Kreditsicherheitenregister.¹⁸⁷⁰ Bis 2016 waren Sicherungszessionen nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich nichtig. Seither sind sie nur noch für Konsumenten (als Sicherungszedenten) unzulässig.¹⁸⁷¹ Als Ersatzform kommt die Forderungsverpfändung infrage.¹⁸⁷² Auch im Konkurs des (unternehmerischen) Sicherungszedenten werden Sicherungszessionen wie die Einräumung von Pfandrechten an Forderungen behandelt.¹⁸⁷³

und Zedent den zwischen ihnen bestehenden Vertrag mit Wirkung gegenüber dem Zessionar ändern oder beenden können (§ 6:197 Abs. 2 Satz 1 Ptk.). Zum anderen ist sie bedeutsam für die dem Schuldner gegenüber dem Zessionar zustehenden Einreden und Einwendungen (§ 6:197 Abs. 2 Satz 2 Ptk.). Für die Frage, bis wann der Schuldner befreiend an den Zedenten leisten kann, ist demgegenüber die Erfüllungsanweisung relevant, eine Leistungsanweisung mit Angabe der Erfüllungsmodalitäten (§ 6:198 Abs. 1 Ptk.). Benachrichtigung und Erfüllungsanweisung können zusammenfallen (SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 63).

1865 SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 61; vgl. aber KISFALUDI, ELTE LJ 2014/2, S. 109, 114, gemäss dem die vollständige Wirksamkeit der Abtretung erst mit der Erfüllungsanweisung eintritt.

1866 § 6:193 Abs. 2 Satz 1 Ptk.

1867 SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 59 f.; KISFALUDI, ELTE LJ 2014/2, S. 109, 114; GÁRDOS, Ptk., S. 1829 f.

1868 SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 60; GÁRDOS, Ptk., S. 1833.

1869 § 5:38 Abs. 1 Ptk.: «Zum Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen durch Übertragung ist ein Übertragungsvertrag oder ein anderer Rechtstitel und die Übertragung des Besitzes der Sachen erforderlich.» (deutsche Übersetzung nach GÓCZA, S. 450). Vgl. GÁRDOS, változások, S. 197; KISFALUDI, ELTE LJ 2014/2, S. 109, 119-121.

1870 § 6:406 Ptk.

1871 § 6:99 Ptk. betr. die «Nichtigkeit von fiduziarischen Kreditsicherungsrechten» (Marginalie).

1872 Vgl. § 5:101 Ptk. betr. die «Pfandobjekte» (Marginalie); SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 75, mit den dort genannten Einschränkungen.

1873 Vgl. GÁRDOS, Ptk., S. 1832.

3. Pactum de non cedendo

Das ungarische Zivilgesetzbuch von 1959 enthielt keine Vorschrift zum pactum de non cedendo (engedményezést kizáró kikötés). In der Rechtsprechung und in der Literatur wurden abredewidrige Abtretungen lange einstimmig als (absolut) unwirksam angesehen.¹⁸⁷⁴ Die Zulässigkeit des pactum wurde aus der Vertragsfreiheit von Gläubiger und Schuldner abgeleitet.¹⁸⁷⁵ Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo hatte zur Folge, dass in gewissen Wirtschaftssektoren, wie z.B. im Warenhandel, marktmächtige Schuldner einen erheblichen Teil der Forderungen dem Verkehr entzogen.¹⁸⁷⁶ Angesichts der dadurch verursachten wirtschaftlichen Probleme wandte sich die Rechtsprechung in den Jahren vor dem Inkrafttreten des neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs von der Ansicht der absoluten Wirkung des pactum ab und derjenigen der rein obligatorischen Wirkung zu.¹⁸⁷⁷ Die Gerichtspraxis war jedoch nicht einheitlich.¹⁸⁷⁸ Mit dem Ziel, eine eindeutige Antwort auf die nicht restlos geklärte Frage der Wirkung des pactum de non cedendo zu geben, wurde mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch von 2013 § 6:195 Ptk. geschaffen.¹⁸⁷⁹ Dieser regelt das pactum wie folgt:¹⁸⁸⁰

1874 GÁRDOS, Ptk., S. 1846; PETRIK, S. 651.

1875 Vgl. Magyar Kereskedelmi és Iparkamara mellett szervezett Választottbíróság (Schiedsgericht der Ungarischen Handels- und Industriekammer), Urteil 2002 Nr. 3, VB/00 188, in: 2002/1. választottbírósági határozat.

1876 GÁRDOS, Ptk., S. 1845.

1877 Fővárosi Bíróság (Hauptstädtisches [Budapester] Gericht [1. Instanz]), Urteilsdatum unbekannt, 1. Gf. 76 029/2009/6, in: BDT 2011.36, S. 62-64: Wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Honorarforderung des Beauftragten nicht abgetreten werden kann, ist der Abtretungsvertrag nicht ungültig. In einem solchen Fall begeht der Zedent durch die Abtretung der Forderung einen Vertragsbruch, dessen Folgen zu einem Schadenersatzanspruch des Auftraggebers führen können. Legfelsőbb Bíróság (Oberster Gerichtshof [3. Instanz]), Urteil vom 13.1.2011, Pfv.VII.21.917/2010/6 (LB-H-PJ-2011-15): Das Abtretungsverbot entfaltet mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung keine Drittwirkung, weshalb es den Zedenten nicht daran hindert, die Forderung abzutreten. Zum Ganzen GÁRDOS, Ptk., S. 1846 f.; SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 57 f.; PETRIK, S. 651.

1878 So hielt das Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches [Budapester] Tafelgericht [2. Instanz]) mit Urteil vom 20.5.2009 (6.Pf.20.097/2009/6, FIT-H-PJ-2009-306) eine abredewidrige Abtretung deshalb für gültig, weil das in AGB enthaltene pactum an der Ungewöhnlichkeitsregel scheiterte. Wenn das pactum jedoch nur obligatorische Wirkung hätte, wäre die Abtretung sowieso wirksam und die AGB-Kontrolle daher diesbezüglich entbehrlich gewesen.

1879 SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 55 f.; GÁRDOS, Ptk., S. 1828 f.

1880 «§ 6:195 – Engedményezést kizáró kikötés

(1) Harmadik személlyel szemben hatálytalan a követelés engedményezését kizáró kikötés.

§ 6:195 – Klausel zum Ausschluss einer Abtretung

- (1) Dritten gegenüber ist eine die Abtretung von Forderungen ausschliessende Klausel unwirksam.
- (2) Die in Absatz 1 festgehaltene Bestimmung berührt nicht die Haftung des Zedenten für eine Verletzung der die Abtretung ausschliessenden Klausel. Wichtig ist eine Vertragsklausel, die für den Fall dieser Vertragsverletzung ein Kündigungsrecht zusichert oder eine Pflicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe vorschreibt.

655 Die Fachkommission zog beim Entwurf der Vorschrift verschiedene Lösungen in Betracht¹⁸⁸¹ und entschied sich für die rein obligatorische Wirkung: Das pactum de non cedendo ist Dritten gegenüber unwirksam (Abs. 1). Dies wird mit dem Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses begründet.¹⁸⁸² Aus der Unwirksamkeit des pactum gegenüber Dritten wird einhellig gefolgert, dass die trotz vereinbartem Abtretungsverbot vorgenommene Zession wirksam ist.¹⁸⁸³ Aus dem pactum ergibt sich nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, die Forderung nicht abzutreten. Bei Verletzung dieser Unterlassungspflicht wird der Gläubiger ersatzpflichtig, wenn dem Schuldner aus der abredewidrigen Abtretung ein Schaden erwächst (Abs. 2 Satz 1). Umfangmässig ist der Schadenersatz allerdings nach der allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regel von § 6:143 Abs. 2 Ptk.¹⁸⁸⁴ auf den vorhersehbaren Schaden limitiert.¹⁸⁸⁵

(2) Az (1) bekezdésben foglalt rendelkezés nem érinti az engedményező felelősségét az engedményezést kizáró kikötés megszegéséért. Semmis a szerződés azon kikötése, amely e szerződésszegés esetére felmondási jogot biztosít vagy kötbérfizetési kötelezettséget ír elő.» Deutsche Übersetzung nach GÓCZA, S. 620.

1881 GÁRDOS, Ptk., S. 1847; PETRIK, S. 651.

1882 Vgl. GÁRDOS, Ptk., S. 1847.

1883 GÁRDOS, Ptk., S. 1847; MENYHÁRD, S. 474; PETRIK, S. 651 f.

1884 § 6:143 Abs. 2 Ptk.: «[Die infolge der Vertragsverletzung angefallenen Schäden] sind in einer Höhe zu erstatten, für die der Gläubiger nachweist, dass der Schaden als mögliche Folge der Vertragsverletzung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar war.» (deutsche Übersetzung bei GÓCZA, S. 597).

1885 Zu klären ist das Verhältnis dieser eingeschränkten Ersatzfähigkeit des abtretungsbedingten Schadens des Schuldners nach § 6:195 Abs. 2 Ptk. zur Regelung von § 6:200 Ptk., wonach Zedent und Zessionar dem Schuldner für die Erstattung der durch die Abtretung verursachten Kosten solidarisch haften. Aus der Ratio von § 6:195 Ptk. folgt m.E. zwingend, dass § 6:195 Abs. 2 Ptk. als speziellere Regel vorgeht und der nach dieser Vorschrift nicht ersatzfähige Schaden nicht über § 6:200 Ptk. geltend gemacht werden kann. Offenbleibt sodann die Frage, ob der Schuldner seine Schadenersatzforderung gegen den Zedenten mit der abgetretenen Forderung entsprechend § 6:197 Abs. 2 Ptk. verrechnen kann (vgl. hierzu zum Schweizer Recht *de lege ferenda* unten Rz. 822-824).

Zusätzlich begrenzt werden die Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung 656 dadurch, dass Vertragsklauseln für nichtig erklärt werden, die für den Fall der abredewidrigen Abtretung dem Schuldner ein Kündigungsrecht zusichern oder eine Pflicht des Zedenten zur Zahlung einer Vertragsstrafe vorschreiben (Abs. 2 Satz 2). Der Ausschluss des Kündigungsrechts bezweckt zum einen, dass der Schuldner die Übertragung der Forderung nicht durch Kündigung des der Forderung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses verhindern kann.¹⁸⁸⁶ Zum anderen stände ein Abtretungsverbot ohne Ausschluss des Kündigungsrechts der Zession faktisch entgegen. Müsste der Zedent nämlich befürchten, dass der Schuldner den Vertrag auflöst, könnte ihn dies von der Abtretung abhalten.¹⁸⁸⁷ Letzteres gilt auch für drohende Vertragsstrafen. Diese Begrenzung der Rechtsfolgen der Verletzung des pactum auf Schadenersatz hat zur Folge, dass das pactum den Gläubiger nur dann an der Abtretung hindert, wenn der durch die Abtretung drohende vorhersehbare Schaden des Schuldners den durch die Abtretung erzielbaren Gewinn des Gläubigers übersteigt.¹⁸⁸⁸

4. Fazit

Mit der Regelung von § 6:195 Ptk. entschied sich der ungarische Gesetzgeber 657 für eine konsequente Umsetzung der rein obligatorischen Wirkung des pactum de non cedendo. Nicht nur verhindert er durch die Begrenzung der Rechtsfolgen der Verletzung des pactum, dass die Einschränkung der Wirkungen des pactum unterlaufen werden kann. Er limitiert die rein obligatorische Wirkung des pactum auch nicht auf die Abtretung von Forderungen eines bestimmten Inhalts oder Ursprungs. Sie gilt sowohl hinsichtlich der Zession von Geldforderungen wie auch von allen anderen Forderungen, und dies unabhängig davon, ob die Forderungen aus einem bürgerlichen Geschäft oder einem Handelsgeschäft stammen.¹⁸⁸⁹ § 6:195 Ptk. ist mithin ein Paradebeispiel für das Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung.

§ 6:195 Ptk. verwirklicht die rechtspolitischen Ziele einer weitgehenden 658 Handlungsfreiheit des Zedenten und eines umfassenden Schutzes des Rechts-

1886 PETRIK, S. 651.

1887 GÁRDOS, Ptk., S. 1847.

1888 Zur ganzen Rz. GÁRDOS, Ptk., S. 1847f.; MENYHÁRD, S. 474f.; SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 57f.

1889 Von der allgemeinen Regel von § 6:195 Ptk. abweichende handelsrechtliche Bestimmungen kennt das Ptk. nicht. Solche existieren auch nicht ausserhalb des Ptk. Denn der ungarische Gesetzgeber entschied sich für die Konzeption einer monistischen Kodifikation, d.h. für eine einheitliche Privatrechtskonvention, die sowohl das bürgerliche Recht als auch das Handelsrecht umfasst, und damit gegen ein separates Handelsgesetzbuch (vgl. VÉKÁS, Annales 2013, S. 5, 9-11).

verkehrs.¹⁸⁹⁰ Allein die höchstpersönliche Natur der Forderung¹⁸⁹¹ und gesetzliche Abtretungsverbote¹⁸⁹² vermögen einer Zession entgegenzustehen. Die damit einhergehende Stärkung der Abtretungsfreiheit bzw. der Verkehrsfähigkeit von Forderungen ist – so weit sei ein Ergebnis der vorliegenden rechtsvergleichenden Analyse vorweggenommen¹⁸⁹³ – Ausdruck eines modernen Abtretungsrechts. Insofern machte Ungarn aus der Not einer verspäteten Kodifikation eine Tugend, indem es moderne Entwicklungen und die Erfahrungen anderer Rechtsordnungen mitberücksichtigen konnte und dies auch tatsächlich tat.¹⁸⁹⁴

VII. Schweiz (OR 2020)

- 659 2013 präsentierte eine Forschungsgruppe unter dem Titel «Schweizer Obligationenrecht 2020» (OR 2020) einen Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Das Forschungsprojekt hatte zum Ziel, den allgemeinen Teil des Obligationenrechts auf der Grundlage der aktuellen Entwicklungen im europäischen Privatrecht zu überarbeiten sowie Verbesserungsvorschläge zu formulieren und so zu einer sachgerechten Weiterentwicklung des schweizerischen Privatrechts beizutragen. Zentrale Frage war dabei, ob das hundertjährige Obligationenrecht den aktuellen Ansprüchen noch zu genügen vermöge. Wo dies nicht mehr zutraf, sollten unter Berücksichtigung der Entwicklungen im internationalen Recht und im Einklang mit der schweizerischen Rechtstradition Verbesserungsvorschläge formuliert werden.^{1895, 1896}

1890 Vgl. SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 57.

1891 § 6:194 Abs. 3 Ptk.: «Nichtig ist die Abtretung von an die Person des Gläubigers geknüpften Forderungen.» (deutsche Übersetzung bei GÓCZA, S. 620). Vgl. hierzu SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 77f.

1892 Das Ptk. enthält – anders als Art. 164 Abs. 1 OR – keine allgemeine Regelung gesetzlicher Abtretungsverbote. Eine solche ist für deren Wirksamkeit auch nicht erforderlich (siehe unten FN 2241). Betr. gesetzliche Abtretungsverbote im ungarischen Recht vgl. SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 85.

1893 Siehe unten Rz. 686–690.

1894 Die vom Spiritus Rector des Ptk., Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Vékás Lajos, aufgeworfene Frage, ob es dem Ptk. gelungen ist, den modernen Entwicklungen Rechnung zu tragen und die Erfahrungen anderer Rechtsordnungen mitzubersichtigen (VÉKÁS, Annales 2013, S. 5, 29), kann daher hinsichtlich der Regelung des pactum de non cedendo getrost mit Ja beantwortet werden.

1895 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 321. Näher zu den Zielen und zur Entstehung von OR 2020 HUGUENIN/HILTY, OR 2020, Einleitung vor Art. 1ff.

1896 Entgegen der Hoffnung, dass der Entwurf in ein offizielles Gesetzgebungsverfahren münde (vgl. HUGUENIN/HILTY, OR 2020, Einleitung vor Art. 1ff. N 8), führte er nicht zu

Auf dem Gebiet des Abtretungsrechts kam die Forschungsgruppe zum Schluss, dass sich dieses im Grossen und Ganzen bewährt habe, weshalb es in seinen Grundzügen unverändert gelassen wurde.¹⁸⁹⁷ Eine bedeutsame inhaltliche Neuerung erfuhr jedoch die Regelung des pactum de non cedendo. Während die Abtretungshindernisse Gesetz und Natur des Rechtsverhältnisses in Art. 163 Abs. 1 OR 2020 gleich wie im geltenden Recht normiert werden, sieht Art. 164 OR 2020 für vertragliche Abtretungsverbote folgende Neuregelung vor:

Art. 164 – Beschränkung der Abtretbarkeit durch Vertrag

- (1) Die Abtretung ist unabhängig davon gültig, ob der Gläubiger und der Schuldner die Abtretung ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht haben.
- (2) Vorbehalten bleiben Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den Gläubiger.

Art. 164 OR 2020 beschränkt die Wirkungen des pactum de non cedendo auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Schuldner und Zedent: Die abredewidrige Abtretung ist wirksam (Abs. 1) und kann bloss Ersatzansprüche des Schuldners gegen den Zedenten auslösen (Abs. 2). Damit vollzieht OR 2020 einen Wechsel vom Regelungsmodell der absoluten Wirkung des pactum nach Art. 164 OR zum Modell der rein obligatorischen Wirkung. Zwischen Geld- und anderen Forderungen sowie nach der kaufmännischen bzw. nicht kaufmännischen Qualifikation von Gläubiger und Schuldner differenziert der Entwurf nicht. Als schuldrechtliche Rechtsfolge einer abredewidrigen Abtretung behält Abs. 2 Schadenersatzansprüche vor. Ob damit anderweitige Rechtsfolgen ausgeschlossen werden, ist unklar. Insbesondere äussert der Entwurf sich nicht dazu, ob die Verletzung des pactum den Schuldner berechtigen kann, den Vertrag, aus dem die abgetretene Forderung stammt, aufzulösen, ob die Einhaltung des pactum mittels Vereinbarung von Konventionalstrafen gesichert werden kann¹⁸⁹⁸ und ob der Schuldner eine allfällige Schadenersatzforderung mit der abgetretenen Forderung verrechnen kann.¹⁸⁹⁹

einer Gesetzesreform, weil kein Bedürfnis der Praxis an einer Gesamtrevision des allgemeinen Teils des Obligationenrechts nachgewiesen werden konnte (vgl. Bericht des Bundesrates vom 31.1.2018).

1897 GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, vor Art. 163-177 N 11-13 (mit einer Übersicht über die punktuellen Neuerungen im Abtretungsrecht).

1898 Bejahend GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N 13 i.f.; krit. KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

1899 Vgl. die Kritik an der fehlenden Begrenzung der schuldrechtlichen Rechtsfolgen einer abredewidrigen Abtretung bei KUHN, SZW 2015, S. 351, 363f.

662 Rechtspolitisch wird die Lösung von Art. 164 OR 2020 damit begründet, dass die rein obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo die vielfältigen betroffenen Interessen besser auszugleichen vermöge als die absolute Wirkung, die einseitig die Interessen des Schuldners bevorzuge. Den Interessen des Zedenten und des Zessionars entspreche, dass die Forderung trotz Abschluss eines pactum abgetreten werden könne. Die Interessen des Schuldners würden dadurch gewahrt, dass er vom Zedenten Ersatz des aus der abredewidrigen Abtretung resultierenden Schadens verlangen könne. Die Neuregelung stehe im Einklang mit der eindeutigen Tendenz im ausländischen und internationalen Abtretungsrecht, die Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu verbessern. Ausserdem entsprächen die Einfachheit und die Praktikabilität der rein obligatorischen Wirkung der Tradition des OR.^{1900, 1901}

§20 Nichtigkeit

663 Die Extremposition zugunsten der Verkehrsfähigkeit von Forderungen nehmen Rechtsordnungen ein, die das pactum de non cedendo für nichtig erklären. Nach diesem Regelungsmodell hat das pactum keinerlei Rechtswirkung. Die abredewidrige Abtretung ist mithin absolut wirksam. Den Zedenten trifft mangels Bestand des vereinbarten Abtretungsverbots nicht einmal eine obligatorisch wirkende Pflicht, die Abtretung zu unterlassen. Entsprechend kann der Schuldner bei abredewidriger Abtretung auch keine vertraglichen Forderungen aus dem pactum gegen den Zedenten geltend machen. Die uneingeschränkte Wirksamkeit der Abtretung hat zur Folge, dass der Schuldner – nach erfolgter Information über die Zession – nur noch an den Zessionar mit befreiender Wirkung leisten kann. Und die Gläubiger des Zedenten verlieren die Forderung als Haftungsobjekt.¹⁹⁰²

664 Das Regelungsmodell der Nichtigkeit des pactum wird nachfolgend an den Beispielen der Abtretung nach Art. 9 des US-amerikanischen UCC (Ziff. I) und der Zession nach französischem Handelsrecht (Ziff. II) dargestellt. Wie

1900 Zur ganzen Rz. GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N 6–13; DIES., FS Schwander, S. 335–337.

1901 Der Autor der vorliegenden Arbeit war in einer späten Phase (ab August 2010) an der Erarbeitung des Abtretungsrechts in Art. 163–177 OR 2020 beteiligt. Soweit seine hier vertretene Ansicht zur Ausgestaltung des pactum de non cedendo *de lege ferenda* im Schweizer Recht von Art. 164 OR 2020 abweicht, beruht dies auf seiner persönlichen Ansicht und auf seither gewonnenen neuen Erkenntnissen.

1902 Zur ganzen Rz. GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 334.

bereits aufgezeigt, werden sodann auch die Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018 von England und Wales in der Literatur so verstanden, dass *pacta de non cedendo* in ihrem Anwendungsbereich nichtig sind.^{1903, 1904}

I. Vereinigte Staaten von Amerika (Art. 9 UCC)

1. § 9-406 UCC

Seit seiner ersten Fassung («*edition*») im Jahr 1952 enthält der Uniform Commercial Code in Art. 9 («*Secured Transactions*») eine Regelung der Wirkung des *pactum de non cedendo* bei der Bestellung von Sicherungsrechten an Geldforderungen.¹⁹⁰⁵ Die Vorschriften zum *pactum* sind mittlerweile sehr detailliert und werden selbst von englischsprachigen Rechtswissenschaftlern als «*horribly complicated*» bezeichnet.¹⁹⁰⁶ Massgebend für die Sicherungszession von Geldforderungen ist insbesondere § 9-406 (d) UCC.^{1907, 1908}

§ 9-406. [...] Restrictions on Assignment of Accounts [...] Ineffective¹⁹⁰⁹
(d) [Term restricting assignment generally ineffective.]

[...] a term in an agreement between an account debtor and an assignor or in a promissory note is ineffective to the extent that it:

- (l) prohibits, restricts, or requires the consent of the account debtor or person obligated on the promissory note to the assignment or transfer of, or the creation, attachment, perfection, or enforcement of a security interest in, the account, chattel paper, payment intangible, or promissory note; or

1903 Siehe oben Rz. 524-526.

1904 Auch Art. 8 UNIDROIT Model Law on Factoring sieht die Nichtigkeit des *pactum* vor (siehe oben FN 1678).

1905 Zur Wirkung des *pactum* in den USA ausserhalb von Art. 9 UCC siehe oben Rz. 624-635; allgemein zum UCC siehe oben FN 1748.

1906 Vgl. WHITE/SUMMERS, vol. 4, § 34:15; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 513.

1907 Regelungen zum *pactum* enthalten ausserdem §§ 9-407 bis 9-409 UCC.

1908 Art. 9 UCC wurde im Jahr 1999 umfassend reformiert. Zuvor fand sich die Vorschrift von § 9-406 (d) UCC – mit gleicher Rechtsfolgenanordnung für das *pactum*, aber mit abweichendem Anwendungsbereich – in § 9-318 (4). Die ursprüngliche Fassung von § 9-318 (4) aus dem Jahr 1952 lautete: «A term prohibiting assignment of an account or contract right is ineffective. [...]». Letztmals revidiert wurde § 9-406 (d) UCC – beschränkt auf eine untergeordnete Anpassung des Anwendungsbereichs – im Jahr 2019 (vgl. allgemein zur Geschichte von Art. 9 UCC WINSHIP, An Historical Overview of UCC Article 9, Southern Methodist University, 2016).

1909 Deutsche Übersetzung bei KLEIN, S. 174.

- (2) provides that the assignment or transfer or the creation, attachment, perfection, or enforcement of the security interest may give rise to a default, breach, right of recoupment, claim, defense, termination, right of termination, or remedy under the account, chattel paper, payment intangible, or promissory note.

2. Normzweck und Anwendungsbereich

666 § 9-406 (d) UCC bezweckt, die Verwendung von Geldforderungen als Kredit-sicherheiten zu erleichtern. Die Norm ist gemäss ihren «draftsmen» eine Antwort auf wirtschaftliche Erfordernisse: Da Geldforderungen («accounts») und andere vertragliche Forderungen zu Sicherheiten für eine immer grössere Zahl von Finanztransaktionen geworden seien, sei es notwendig gewesen, das Recht so umzugestalten, dass diese Forderungen («intangibles») ebenso wie Wertpapiere frei übertragen werden können.¹⁹¹⁰ Auch das «case law» verweist hinsichtlich des Zwecks von § 9-406 (d) UCC auf die Bedeutung von Geldforderungen als Sicherheiten im modernen Handelsverkehr. Der Wert von Geldforderungen als Sicherheiten werde maximiert, indem sie von Belastungen befreit würden, wie z.B. von Abtretungsverbotsklauseln, die in der Eile des Geschäftsverkehrs leicht übersehen würden.¹⁹¹¹ § 9-406 (d) UCC dient demnach der freien Abtretbarkeit von Geldforderungen im Rahmen von Finanzierungsgeschäften.

667 Die Anwendung von Art. 9 UCC setzt folglich voraus, dass die Abtretung zu Finanzierungszwecken und – entsprechend der Verortung im UCC – im handelsrechtlichen Umfeld erfolgt. Als Gegenstand der Abtretung werden ausschliesslich Geldforderungen erfasst. In den Anwendungsbereich der Norm fallen nicht nur eigentliche Sicherungszessionen, sondern auch Forderungsverkäufe, namentlich im Rahmen des Factoring.¹⁹¹² Neben der Veräusserung von Forderungen regelt Art. 9 UCC auch die Begründung von Sicherungsrechten an Forderungen, ohne dass diese abgetreten werden.¹⁹¹³ Dabei unterscheidet Art. 9 UCC zwischen verschiedenen Arten von Geldforderungen: «accounts»,¹⁹¹⁴

1910 UCC, Text and Comments Edition 1952, s. 9-318, S. 786.

1911 *Bank of America, N. A. v. Moglia*, 330 F.3d 942, 948f. [2003].

1912 Vgl. *Riley v. Hewlett-Packard Co.*, 36 Fed. Appx. 194, 197 [2002].

1913 Siehe zur einheitlichen Behandlung aller Arten von Mobiliarsicherungsrechten in Art. 9 UCC oben Rz. 619.

1914 Ein «account» ist – vereinfacht dargestellt – eine Geldforderung («a right to payment of a monetary obligation») mit Ausnahme von Forderungen aus Darlehen (vgl. § 9-102 (a) (2) UCC und die dortigen Präzisierungen; FARNSWORTH, S. 86; PERILLO, § 18.4; HEER, S. 103; MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 514).

«chattel paper»,¹⁹¹⁵ «payment intangibles»¹⁹¹⁶ und «promissory notes».¹⁹¹⁷ § 9-406 (d) UCC regelt sowohl die Begründung von Sicherungsrechten an «accounts» und «chattel paper» als auch deren Veräußerung. «Payment intangibles» und «promissory notes» fallen hingegen nur im Rahmen der Begründung von Sicherungsrechten an ihnen unter § 9-406 (d) UCC.¹⁹¹⁸ Auf die Veräußerung von «payment intangibles» und «promissory notes» gelangt § 9-408 UCC zur Anwendung.¹⁹¹⁹

§ 9-109 (d) UCC sieht zahlreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich von Art. 9 UCC vor. Diese betreffen Abtretungen, die nicht dem Zweck einer kontinuierlichen unternehmerischen Finanzierung dienen.¹⁹²⁰ Keine Anwendung findet Art. 9 UCC daher etwa auf Abtretungen von Lohn- und sonstigen Entschädigungsforderungen eines Arbeitnehmers, auf Abtretungen im Rahmen von Unternehmenskäufen, auf reine Inkassoabtretungen und auf Abtretungen zur Erfüllung einer vorbestehenden Schuld.¹⁹²¹

3. Nichtigkeit des pactum de non cedendo

Der offizielle Kommentar zu § 9-406 (d) erläutert, dass ein pactum de non cedendo unwirksam («ineffective») sei. Dies bedeute, dass das pactum keinerlei Wirkung habe («of no effect whatsoever»). Die Klausel stehe einer wirksamen Abtretung nicht entgegen und die abredewidrige Abtretung stelle keine Verletzung des Vertrags zwischen dem Schuldner und dem Zedenten dar. Subsection (d) hebe Klauseln auf, die Abtretungen verböten, einschränkten oder von der Zustimmung des Schuldners abhängig machten. Klauseln, die eine Abtretung zwar nicht direkt verböten, einschränkten oder von der Zustimmung

1915 «Chattel paper» sind Urkunden, die sowohl eine Zahlungspflicht des Schuldners als auch ein Sicherungsrecht des Gläubigers an einem bestimmten Gegenstand verkörpern (vgl. § 9-102 (a) (11) UCC; PERILLO, § 18.4; HEER, S. 104).

1916 «Payment intangibles» sind – im Sinn eines Auffangtatbestands – Geldforderungen, die nicht unter die «accounts» fallen und auch nicht in einem «chattel paper» oder einem anderen Wertpapier verkörpert sind (vgl. § 9-102 (a) (61) UCC; HEER, S. 104 f.).

1917 «Promissory notes» sind Dokumente, die ein selbstständiges Versprechen zur Zahlung beurkunden (vgl. § 9-102 (a) (65) UCC; HEER, S. 106).

1918 § 9-406 (e) UCC.

1919 § 9-408 UCC statuiert nicht die Nichtigkeit des pactum, sondern ermöglicht dem Schuldner, trotz grundsätzlicher Unwirksamkeit des pactum («ineffectiveness», lit. (a)) auch nach einer Abtretung befreiend an den Zedenten zu leisten (lit. (d); MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 514 f.). Ähnlich § 354a HGB und Art. III.-5:108 DCFR normiert § 9-408 UCC eine Form der relativen Wirkung des pactum (a.A. KLEIN, S. 175 [Nichtigkeit], die lit. (d) zu übersehen scheint).

1920 Corbin/MURRAY, S. 220.

1921 § 9-109 (d) (3), (4), (5) und (7) UCC.

des Schuldners abhängig machen, die aber dennoch eine praktische Beeinträchtigung der Abtretung darstellen könnten, würden durch § 9-406 (d) hingegen nicht aufgehoben.¹⁹²² Verfolge eine solche Klausel jedoch keinen anderen Geschäftszweck als die Behinderung einer Abtretung, stelle sie eine unwirksame direkte Einschränkung der Abtretung dar.¹⁹²³

670 Die Abtretung von Geldforderungen kann demnach durch die Vereinbarung eines pactum de non cedendo nicht wirksam ausgeschlossen werden. § 9-406 (d) statuiert dabei nicht nur die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (subsection (1)), sondern vereitelt auch, dass der Schuldner aus der Verletzung des pactum Ansprüche gegen den Zedenten wegen Nichterfüllung («default») oder Vertragsverletzung («breach») – wie namentlich einen Schadenersatzanspruch oder ein Kündigungsrecht – ableiten kann (subsection (2)). Das Abtretungsverbot ist mithin auch im Verhältnis zwischen Schuldner und Zedent unwirksam, d.h. nichtig.¹⁹²⁴

4. Fazit

671 Die Regelung des Anwendungsbereichs von Art. 9 UCC ist aufgrund der sehr detaillierten Differenzierung nach der Art des Sicherungsgegenstands sehr komplex und wirft in der Praxis zahlreiche Abgrenzungsfragen auf.¹⁹²⁵ Der Anwendungsbereich wurde vorliegend der besseren Verständlichkeit halber vereinfacht dargestellt (Abtretung von Geldforderungen zu unternehmerischen Finanzierungszwecken). Umso eindeutiger ist jedoch die Wirkung, die Art. 9-406 (d) UCC für pacta de non cedendo vorsieht: Sie sind nichtig. Die Mobilisierung von Geldforderungen wird mithin nicht einmal durch die Gefahr der Haftung des Zedenten gegenüber dem Schuldner beeinträchtigt.^{1926, 1927}

1922 Als Beispiel einer solchen nicht erfassten Klausel nennt der Kommentar die Vereinbarung, dass ein Werkunternehmer (Gläubiger) sich verpflichtet, Geld aus Akontozahlungen auf einem speziellen Konto zu verwahren und ausschliesslich für die Erfüllung der Leistungspflichten aus dem Vertrag (Herstellung eines Werks) zu verwenden. Solche Klauseln stehen der Abtretung der (Werklohn-)Forderung nicht entgegen und haben nur obligatorische Wirkung (UCC, Official Comment, § 9-406, Ziff. 5, Example).

1923 UCC, Official Comment, § 9-406, Ziff. 5.

1924 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 335; vgl. auch FARNSWORTH, S. 86 («[T]he Code simply makes anti-assignment clauses ineffective.»); CORBIN/MURRAY, S. 218 («Article 9 removes any barrier from the ordinary commercial assignment of accounts by rendering any term prohibiting such assignment as ineffective.»); WILLISTON/LORD, § 74:22 nach FN 21 («ineffective»); WHITE/SUMMERS ET AL., S. 164, FN 426 und S. 169 («ineffective»).

1925 Vgl. CORBIN/MURRAY, S. 219 und die dort zitierte Rechtsprechung (S. 219-221).

1926 GRAU, S. 118.

1927 § 9-406 UCC geht sogar über die Anordnung der Nichtigkeit von pacta de non cedendo hinaus, indem in subsection (f) auch gesetzliche Abtretungsverbote für unwirksam

Damit räumt Art. 9-406 (d) UCC dem Bedürfnis nach freier Abtretbarkeit von Geldforderungen den uneingeschränkten Vorrang ein.¹⁹²⁸

II. Frankreich (Handelsgeschäfte)

1. Code de commerce

A. Art. L442-3 Code de commerce

Im Jahre 2001 führte der französische Gesetzgeber mit Art. L442-6 Ziff. 2 lit. c ⁶⁷² eine Bestimmung in den Code de commerce ein,¹⁹²⁹ die für gewisse Forderungen die Nichtigkeit von *pacta de non cedendo* vorsah. Diese Vorschrift wurde 2019 aufgehoben¹⁹³⁰ und 2020 in Art. L442-3 lit. c wieder in den Code de commerce eingeführt.¹⁹³¹ Sie lautet seit dieser Revision folgendermassen:

Art. L442-3

Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité:

[...]

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur elle.

B. Normzweck und Anwendungsbereich

Art. L442-3 C. com. steht im Abschnitt «Des pratiques restrictives de concurrence». Die Norm war Bestandteil einer grösseren Gesetzesreform und wurde im Gesetzgebungsverfahren kaum diskutiert.¹⁹³² Aus ihrem wettbewerbsrechtlichen Umfeld wird jedoch deutlich, dass *pacta de non cedendo* als für den Wettbewerb schädlich erachtet werden. Sie werden als vertragliche Festigung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen den Parteien gesehen: Indem der Schuldner dem Gläubiger die Verwendung seiner Forderung zu Finanzierungszwecken verwehrt, konsolidiert er dessen wirtschaftliche Abhängigkeit.

erklärt werden, soweit sie der Zession von Geldforderungen (accounts und chattel paper) entgegenstehen (UCC, Official Comment, §9-406, Ziff. 6).

1928 GOERGEN, S. 109. Die Bedeutung dieser Extremposition für den Finanzsektor beschreibt KÖTZ folgendermassen: «The Uniform Commercial Code [...] seems to have sounded the death knell for the no-assignment clause in the commercial context where such clauses are most important – the use of rights to payment under sale or service contracts as collateral for financing transactions.» (KÖTZ, Rights of Third Parties, Ziff. 78, S. 69).

1929 Art. 56 loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

1930 Art. 2 ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

1931 Art. 18 loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020.

1932 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 81; KÄMPER, R.I.D.C. 2018, S. 945, 953.

Die Nichtigkeit des pactum bezweckt demzufolge, die Abhängigkeit des Gläubigers vom Schuldner zu begrenzen und damit letztlich Vertragsgerechtigkeit herzustellen.¹⁹³³

674 Die Anwendbarkeit der Norm setzt in persönlicher Hinsicht voraus, dass der Schuldner eine Produktions-, Vertriebs- oder Dienstleistungstätigkeit ausübt. Schuldner der abzutretenden Forderung muss mithin ein Unternehmer sein.¹⁹³⁴ Abtretungsverbote zugunsten von Privaten fallen demgegenüber nicht unter die Norm.¹⁹³⁵ Solche sind in der Praxis aber selten, weil es Privaten gewöhnlich an der Verhandlungsmacht fehlt, die Aufnahme eines pactum de non cedendo in den Vertrag durchzusetzen. Auf der Gläubigerseite ist der Anwendungsbereich nicht eingeschränkt. Gläubiger können somit auch Konsumenten sein.¹⁹³⁶ In sachlicher Hinsicht ist die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus nicht nur auf Ausschlussklauseln anwendbar, sondern auf jede Abrede zwischen Schuldner und Gläubiger, die eine Forderungsabtretung erschwert.¹⁹³⁷ Zwar ist der Anwendungsbereich von Art. L442-3 C. com. nicht auf die Abtretung von Geldforderungen beschränkt. Dennoch erfasst die Norm typischerweise solche Forderungen. Insgesamt erweist sich der Anwendungsbereich als weit.¹⁹³⁸ Insbesondere nimmt der Code de commerce Forderungen aus Verträgen über Finanzdienstleistungen nicht vom Anwendungsbereich der freien Abtretbarkeit aus,¹⁹³⁹ wie dies andere Rechtsordnungen, welche die freie Abtretbarkeit von Forderungen begünstigen, zum Teil vorsehen.¹⁹⁴⁰

1933 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 81; KRAMME, S. 63.

1934 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 81 («les entrepreneurs»); KIENINGER, Forderungsabtretung, S. 227.

1935 In der älteren Fassung von Art. L442-6 Ziff. 2 lit. c C. com. musste der Schuldner ein Produzent, ein Händler, ein Industrieller oder ein Handwerker sein («un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan»). Angehörige der freien Berufe wie z.B. Anwälte, Ärzte oder Architekten wurden von der Norm nicht erfasst (LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 81). Der neue Wortlaut von Art. L442-3 C. com. («toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services») legt nahe, dass nun auch Abtretungsverbote zugunsten von Freiberuflern unter die Norm fallen (KLEIN, S. 177 f., FN 683). Die Rechtsprechung und die Lehre haben sich dazu – soweit ersichtlich – noch nicht geäußert.

1936 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 82 («consommateur, non-professionnel, professionnel, ou entrepreneur.»). Dieser unbegrenzte Anwendungsbereich auf Gläubigerseite steht in einem gewissen Widerspruch zum Zweck der Norm, die freie Abtretbarkeit von Forderungen insbesondere zu Finanzierungszwecken zu gewährleisten. Gewöhnlich sind es nämlich Unternehmer und nicht Private, die Forderungen im Kreditgeschäft nutzen (KÄMPER, R.I.D.C. 2018, S. 945, 953).

1937 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 82, mit einer Ausnahme.

1938 Vgl. RENFERT/BRUN, RTDF 2009, n° 3, S. 37, 38.

1939 Vgl. RENFERT/BRUN, RTDF 2009, n° 3, S. 37, 38.

1940 Vgl. z.B. § 354a Abs. 2 HGB (dazu oben Rz. 566).

C. Nichtigkeit des pactum de non cedendo

Art. L442-3 C. com. ordnet ausdrücklich die Nichtigkeit des pactum de non cedendo an («sont nuls»).¹⁹⁴¹ Dabei handelt es sich um eine «nullité absolue» gemäss Art. 1179 Abs. 1 CC.¹⁹⁴² Als solche kann sie von jedermann geltend gemacht werden, der an ihr ein berechtigtes Interesse hat,¹⁹⁴³ so vorliegend insbesondere vom Zessionar. Wenn die Parteien die Nichtigkeit nicht einvernehmlich feststellen, muss sie vom Gericht ausgesprochen werden.¹⁹⁴⁴ Auf die Geltendmachung der Nichtigkeit kann nicht verzichtet werden, so dass diese auch nicht geheilt werden kann.¹⁹⁴⁵ Die Nichtigkeit bezieht sich dabei ausschliesslich auf das pactum. Ist dieses Teil eines Vertrags, lässt seine Nichtigkeit die Gültigkeit des Vertrags oder der abzutretenden Forderung unberührt.¹⁹⁴⁶

Bei Nichtigkeit einer Vereinbarung wird davon ausgegangen, dass diese nie existiert hat.¹⁹⁴⁷ Das nichtige pactum entfaltet mithin keine wie auch immer geartete Wirkung. Die abredewidrige Abtretung einer Forderung gegen einen Unternehmer ist daher (absolut) wirksam. Der Schuldner kann, sobald die Abtretung ihm gegenüber nach Art. 1324 Abs. 1 CC wirksam ist, nur noch an den Zessionar befreiend leisten. Da das pactum auch keine obligatorische Wirkung zwischen Schuldner und Gläubiger (*inter partes*) zeitigt, kann die abredewidrige Abtretung keine Schadenersatzansprüche des Schuldners begründen.¹⁹⁴⁸ Immerhin haften Zedent und Zessionar dem Schuldner jedoch gemäss der allgemeinen Bestimmung von Art. 1324 Abs. 2 CC für die durch die Abtretung verursachten zusätzlichen Kosten.

2. Cession Dailly

Die «cession Dailly» betrifft die Abtretung von Geldforderungen von Zedenten aus ihrer gewerblichen Tätigkeit zu Finanzierungszwecken an ein Kreditinstitut und damit ebenfalls Zessionen im handelsgeschäftlichen Umfeld.¹⁹⁴⁹

1941 Zur Rechtslage ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. L442-3 C. com. siehe oben Rz. 541-551.

1942 Zur Unterscheidung zwischen «nullité absolue» und «nullité relative» nach französischem Recht vgl. Art. 1179-1181 CC.

1943 Art. 1180 Abs. 1 CC.

1944 Art. 1178 Abs. 1 Satz 2 CC.

1945 Art. 1180 Abs. 2 i.V.m. Art. 1182 CC.

1946 LICARI, Rev. jur. com. 2002, S. 66, 82f.; vgl. Art. 1184 CC.

1947 Art. 1178 Abs. 2 CC.

1948 RENFERT/BRUN, RTDF 2009, n° 3, S. 37, 40; KIENINGER, Forderungsabtretung, S. 227.

1949 Siehe zur «cession Dailly» oben Rz. 536.

Zum pactum de non cedendo enthalten die Vorschriften über die «cession Dailly» in Art. L313-23 bis L313-29-2 CMF keine Regelung. Nachdem die Cour de cassation vor der französischen Schuldrechtsreform die Wirkung des pactum auf eine abredewidrige «cession Dailly» im Lauf der Zeit unterschiedlich beurteilt hatte,¹⁹⁵⁰ erhielt sie 2017 erneut Gelegenheit, diese Frage zu klären. Zu beurteilen war eine Vertragsklausel, gemäss der jede Abtretung einer Forderung an eine Bank oder ein Factoring-Unternehmen, die dem Schuldner nicht mindestens einen Monat vor ihrem Vollzug angezeigt wird, null und nichtig ist. Die Cour de cassation erwog, dass eine «cession Dailly» ihre Wirkung entfalte und gegenüber Dritten sowie dem Schuldner unter den in den Art. L313-23 bis L313-29-2 CMF vorgesehenen Bedingungen wirksam sei. Der Vertrag, der die Forderung begründe, könne keine weiteren Bedingungen hinzufügen.¹⁹⁵¹ Diese Erwägung lässt sich ohne Weiteres auf pacta übertragen, welche die Abtretung ganz ausschliessen.¹⁹⁵² Zur Frage, ob das pactum de non cedendo dabei nichtig ist oder zumindest rein obligatorisch wirkt, äusserte sich die Cour de cassation nicht. In der Literatur wird die Erwägung so verstanden, dass die Cour de cassation dem pactum jegliche Wirkung abspreche («refuse [...] tout effet»), wenn die Forderung per «cession Dailly» abgetreten werde.¹⁹⁵³ Nach diesem – soweit ersichtlich unwidersprochenen – Verständnis sind pacta de non cedendo mithin nichtig, soweit sie einer «cession Dailly» entgegenstehen.

3. Fazit

- 678 Der französische Gesetzgeber entschied sich mit der Schaffung von Art. L442-3 C. com. für die uneingeschränkte Abtretbarkeit von Forderungen gegen Unternehmer. Er wirkte damit der Tendenz in der Rechtsprechung entgegen, pacta de non cedendo immer weitergehende Wirkung zuzusprechen.¹⁹⁵⁴ Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der Norm kommt der Nichtigkeit des pactum nach Art. L442-3 C. com. im französischen Recht eine erhebliche Bedeutung zu.¹⁹⁵⁵ Darüber hinaus sind nach der Rechtsprechung der Cour de

1950 Siehe oben Rz. 543f.

1951 Cour de cassation, Urteil vom 11.10.2017, n° 15-18.372, in: Bull. civ. 2017 IV, n° 134, S. 183f. Vgl. auch FAGES, Ziff. 561: «[transfert de la propriété des créances], sans égard pour la manière dont les parties au contrat générateur ont ensemble envisagé et organisé la transmission de la créance».

1952 JULIENNE, régime général, Ziff. 158.

1953 JULIENNE, régime général, Ziff. 158.

1954 Zur Entwicklung der französischen Rechtsprechung hinsichtlich der Wirkungen des pactum siehe oben Rz. 541-544.

1955 KRAMME, S. 63; KLEIN, S. 177f.

cassation Geldforderungen im Rahmen einer «cession Dailly» ebenfalls uneingeschränkt abtretbar. Entsprechend hat das pactum de non cedendo im allgemeinen Obligationenrecht an Relevanz eingebüsst. Dies ist wohl mitursächlich dafür, dass dort zentrale Fragen zur Wirkung des pactum noch unbeantwortet sind.¹⁹⁵⁶ In den für die Praxis wichtigeren Bereichen der Abtretung von Forderungen gegen Unternehmen und der «cession Dailly» steht demgegenüber fest, dass der Gesetzgeber und die Cour de cassation mit der Wiedereinführung der uneingeschränkten Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu den egalitären Wurzeln des Code civil in der Französischen Revolution zurückgekehrt sind.

§21 Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung

I. Einleitung

Habe nun, ach! acht nationale Rechtsordnungen,
 Sechs internationale Regelwerke und auch einen Professorenentwurf!
 Durchaus studirt, mit heißem Bemühn.
 Da steh' ich nun, ich armer Thor!
 Und bin so klug, als wie zuvor?¹⁹⁵⁷

679

Zu Faustens Schlussfolgerung könnte man angesichts der Vielfalt der unterschiedlichen Regelungen vertraglicher Abtretungsverbote in den untersuchten Rechtsordnungen und Regelwerken gelangen. Keine der präsentierten Lösungen deckt sich gänzlich mit einer anderen (vgl. die Übersicht unten unter Ziff. II). Dennoch lassen sich gewisse Tendenzen feststellen und weitere Erkenntnisse gewinnen, die nachfolgend als Ergebnisse der rechtsvergleichenden Untersuchung festgehalten werden (Ziff. III) und zu deren Fazit führen (Ziff. IV).

680

1956 Zur Wirkung des pactum im allgemeinen französischen Obligationenrecht siehe oben Rz. 540-550.

1957 VON GOETHE, Faust, Eine Tragödie, Der Tragödie Erster Theil, Tübingen 1808, S. 3. Diese – keinesfalls anmassend gemeinte – Abwandlung des Beginns des Monologs von Johann Wolfgang von Goethes Faust sei dem Autor nach rund 15-jähriger Beschäftigung mit den Wirkungen von Abtretungsverböten erlaubt.

II. Übersicht über die unterschiedlichen Lösungen

681 Die Rechtsvergleichung zeigt ein weites Spektrum an Regelungsmodellen.¹⁹⁵⁸ Diese reichen von der absoluten Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote über verschiedene vermittelnde Lösungen bis zur Nichtigkeit des pactum de non cedendo.¹⁹⁵⁹ Auch innerhalb der einzelnen idealtypischen Regelungsmodelle deckt sich keine der präsentierten Lösungen gänzlich mit einer anderen. Um eine bessere Übersicht über die vorgestellten Lösungen zu gewinnen, werden diese auf der Folgeseite tabellarisch dargestellt.

682 Die vorliegende rechtsvergleichende Untersuchung berücksichtigt verschiedene Rechtsquellen: (1) nationale Rechtsordnungen, (2) Staatsverträge und (3) Modellgesetze. Diesen Rechtsquellen kommt unterschiedliches Gewicht zu. Nationale Rechtsordnungen mit ihren demokratisch legitimierten Gesetzen bzw. ihrer Rechtsprechung mit jeweils zum Teil jahrhundertalter Tradition wiegen am schwersten. Die berücksichtigten Staatsverträge wurden entweder nur von wenigen Staaten ratifiziert (FactÜ) oder traten bisher gar nicht in Kraft (ZessÜ). Dies relativiert ihre Bedeutung. Auch Modellgesetze ohne unmittelbare Geltung (UNIDROIT Principles, Code Européen des Contrats, PECL, DCFR, OR 2020) wiegen leichter als nationale Rechtsordnungen. Dass diese verschiedenen Rechtsquellen auf einer unterschiedlichen Wertungsstufe stehen, hat auf die nachfolgenden Erkenntnisse jedoch keinen massgebenden Einfluss. Denn die Erkenntnisse zu den nationalen Rechtsordnungen stimmen im Wesentlichen mit denjenigen zu den Staatsverträgen und zu den Modellgesetzen überein. So finden sich – wie die nachstehende Übersicht zeigt – die einzelnen Regelungsmodelle nämlich grundsätzlich sowohl in nationalen Rechtsordnungen als auch in Staatsverträgen oder Modellgesetzen. Und auch in den festgestellten Tendenzen unterscheiden sich die verschiedenen Arten von Rechtsquellen nicht (unten Ziff. 3 und 4). Eine Gewichtung der verschiedenen Rechtsquellen ist daher vorliegend entbehrlich. Erkenntnisse, die nur die nationalen Rechtsordnungen (Ziff. 1) oder nur die Staatsverträge und Modellgesetze (Ziff. 2) betreffen, werden freilich separat erörtert.

1958 Gl.A. STOYANOV, S. 123; WÄLTERMANN/SURMA, § 12 Rz. 10; KLEIN, S. 181f.; RUDOLF, S. 263; GRAU, S. 96; ISCRU, S. 43 und 96f.

1959 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 325; DIES., OR 2020, Art. 164 N 10.

	absolute Wirkung	relative Wirkung	rein obligatorische Wirkung	Nichtigkeit
pactum de non cedendo				
Schweiz (<i>de lege lata</i>)	Art. 164 OR			
Schweiz (OR 2020)			Art. 164 OR 2020	
Deutschland	bürgerliche Geschäfte (§ 399 BGB)	Handelsgeschäfte (§ 354a HGB)	Vereinbarung möglich (Lehre)	
Österreich	bürgerliche Geschäfte		Handelsgeschäfte (§ 1396a ABGB)	
Niederlande	Art. 3:83 Abs. 2 NBW		Vereinbarung möglich (Rechtsprechung)	
Frankreich	bürgerliche Geschäfte (Art. 1321 Abs. 4 CC) (str.)	bürgerliche Geschäfte (Art. 1321 Abs. 4 CC) (str.)		bestimmte Handelsgeschäfte (Art. L442-3 lit. c C. com.)
Italien		wenn Zessionar bösgläubig (Art. 1260 Abs. 2 CCit)	wenn Zessionar gutgläubig	
England und Wales	case law, s. 663 ECC, s. 50 (2) (b) Restatement of the English Law of Contract	case law, s. 663 ECC, s. 50 (2) (b) Restatement of the English Law of Contract		bestimmte Handelsgeschäfte (Regulations 2018 reg. 2 (1), s. 50 (3) Restatement of the English Law of Contract)
USA	case law (classical approach)		case law (modern approach) (§§ 317 (2) (c), 322 (2) Restatement 2d), handelsrechtliche Kaufverträge (§ 2-210 (2) UCC)	kommerzielle Finanzierungsgeschäfte (§ 9-406 (d) UCC)
Ungarn			§ 6:195 Ptk.	
Factoring-Übereinkommen		bei nationalem Vorbehalt (Art. 6 Abs. 2)	Geldforderungen aus handelsrechtlichen Kauf- oder Dienstleistungsverträgen (Art. 6 Abs. 1)	
Zessions-Übereinkommen		bei nationalem Vorbehalt (Art. 40)	Geldforderungen aus Handelsgeschäften (trade receivables) (Art. 9)	
UNIDROIT Principles	Nichtgeldforderungen, wenn Zessionar bösgläubig (Art. 9.1.9 Abs. 2)		Geldforderungen; Nichtgeldforderung, wenn Zessionar gutgläubig (Art. 9.1.9 Abs. 1 und 2)	
Code Européen des Contrats		wenn Zessionar bösgläubig (Art. 121 Abs. 4)	wenn Zessionar gutgläubig	
PECL		Grundsatz (Art. 11:301, 11:203)	Ausnahme (Art. 11:301)	
DCFR		Grundsatz (Art. III.-5:108)	Ausnahme (Art. III.-5:108)	
Übersicht über die unterschiedlichen Lösungen.				

III. Erkenntnisse

1. Nationale Rechtsordnungen in Bewegung

683 Die rechtlichen Regelungen zum Abtretungsverbot unterlagen in allen acht untersuchten ausländischen Rechtsordnungen in den letzten Jahrzehnten Entwicklungen in Gesetzgebung bzw. Rechtsprechung: Im *deutschen* und im *österreichischen* Recht schränkte der Gesetzgeber 1994 bzw. 2005 durch Einführung von Spezialvorschriften für handelsrechtliche Forderungen den Anwendungsbereich der zuvor für alle Forderungen geltenden absoluten Wirkung des pactum de non cedendo ein.¹⁹⁶⁰ In Deutschland wurde 2021 ausserdem eine verschärfte Kontrolle von in AGB enthaltenen pacta de non cedendo eingeführt.¹⁹⁶¹ In den *Niederlanden* sprach sich der Hoge Raad 2003 dafür aus, dass das pactum gemäss dem 1992 in Kraft getretenen § 3:83 NBW absolut wirke.¹⁹⁶² Er relativierte diese Rechtsprechung 2014 allerdings, indem er entschied, dass das pactum ohne ausdrückliche Vereinbarung der absoluten Wirkung nur obligatorisch wirke.¹⁹⁶³ Der *französische* Gesetzgeber führte auf der einen Seite 2001 mit einer Revision des Code de commerce die Nichtigkeit vertraglicher Abtretungsverbote für bestimmte geschäftliche Forderungen ein.¹⁹⁶⁴ Auf der anderen Seite normierte er mit der Schuldrechtsreform im Jahr 2016 das pactum in einer Art, die in der Lehre teils im Sinn der absoluten und teils im Sinn der relativen Wirkung ausgelegt wird. Die Cour de cassation wiederum begrenzte 2017 die Wirkung von Abtretungsverboten im Rahmen der «cession Dailly» erheblich.¹⁹⁶⁵ Der *italienische* Kassationshof urteilte 2015, dass das pactum nur bei tatsächlicher Kenntnis des Zessionars vom pactum relativ wirke. Er weitete damit den Anwendungsbereich der rein obligatorischen Wirkung des pactum bei Gutgläubigkeit des Zessionars auf Fälle aus, in denen das pactum bloss erkennbar ist.¹⁹⁶⁶ In *England* und *Wales* eliminierten die Regulations 2018 die dem «case law» entstammende relative Wirkung von vertraglichen Abtretungsverboten für Geldforderungen von KMU aus bestimmten unternehmerischen Verträgen.¹⁹⁶⁷ Im Fallrecht der *USA* löste ab ca. Mitte des 20. Jahrhunderts der «modern approach» mit seiner Favorisie-

1960 § 354a HGB, § 1396a ABGB.

1961 § 308 Ziff. 9 BGB.

1962 HR, Urteil vom 17.1.2003, C01/162HR, Ziff. 3.4.2.

1963 HR, Urteil vom 21.3.2014, 12/05258, Ziff. 3.4.2.

1964 Art. L442-6 Ziff. 2 lit. c C. com. (heute Art. L442-3 lit. c C. com.).

1965 Cour de cassation, Urteil vom 11.10.2017, n° 15-18.372, in: Bull. civ. 2017 IV, n° 134, S. 183 f.

1966 Cass. 825/2015, Urteil vom 20.1.2015, E. 2.2.

1967 Regulations 2018 reg. 2 (1).

rung der obligatorischen Wirkung den «classical approach» ab, welcher der absoluten Wirkung den Vorzug gegeben hatte.¹⁹⁶⁸ Gleichzeitig normiert der UCC seit 1952 die Nichtigkeit des pactum bei Forderungsabtretungen im Rahmen von kommerziellen Finanzierungsgeschäften.¹⁹⁶⁹ Und in *Ungarn* erteilte der Gesetzgeber der zuvor überwiegend geltenden absoluten Wirkung eine Absage, indem er mit dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch von 2013 die rein obligatorische Wirkung einführte.^{1970, 1971}

Es fällt auf, dass alle Rechtsordnungen, die früher von der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo ausgegangen waren, diese Position durch Gesetzesrevisionen (so in Deutschland, Österreich und Ungarn)¹⁹⁷² oder Rechtsprechungsänderungen (so in den Niederlanden und den USA) relativiert oder ganz aufgegeben haben.¹⁹⁷³ Im Gegensatz zu diesen Entwicklungen blieb die Regelung des pactum de non cedendo im Schweizer Recht seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts von 1911 unverändert. Auch in der Rechtsprechung zur (absoluten) Wirkung des pactum ist – von vereinzelt (z.T. unbewussten) kantonalen «Ausreissern» abgesehen – kein Wandel festzustellen.¹⁹⁷⁴ Und die Literatur scheint sich *de lege lata* seit VON TUHR mit der absoluten Wirkung abgefunden zu haben.¹⁹⁷⁵

1968 Vgl. z.B. *Allhusen v. Caristo Const. Corp.*, 103 N.E.2d 891, 893 [1952].

1969 § 9-318 (4) UCC (heute § 9-406 (d) UCC).

1970 § 6:195 Ptk.

1971 In *Japan* wurde mit der Schuldrechtsmodernisierung per 1. April 2020 die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote beschränkt: Vor der Reform wirkten pacta de non cedendo grundsätzlich absolut. Gutgläubigen Dritten konnten sie jedoch nicht entgegengesetzt werden (Art. 466 Abs. 2 japanisches Zivilgesetzbuch in der Fassung vor der Reform; vgl. WADA, S. 112 f.; MARUYAMA, S. 232 f.). Seit der Reform wirken pacta bei Bösgläubigkeit des Zessionars relativ (in der Form der absoluten Wirksamkeit der Abtretung mit weitreichendem Schuldnerschutz) und bei Gutgläubigkeit des Zessionars rein obligatorisch (Art. 466 Abs. 2 bis 4 japanisches Zivilgesetzbuch; vgl. WADA, S. 115 [relative Wirkung] und S. 121 f. [rein obligatorische Wirkung]). Eine Ausnahme besteht für Forderungen aus Depotverträgen mit Banken. Hier zeitigen pacta bei Bösgläubigkeit des Zessionars nach wie vor absolute Wirkung (vgl. Art. 466-5 japanisches Zivilgesetzbuch; WADA, S. 118 f.).

1972 Siehe zur Entwicklung in Japan oben FN 1971.

1973 Vgl. STOYANOV, S. 114 f. und 116; KLEIN, S. 181.

1974 Siehe oben Rz. 219 f. und 228 sowie Rz. 213 zu zwei abweichenden kantonalen Urteilen.

1975 Siehe oben Rz. 226 f. Die z.T. vertretene abweichende Ansicht, dass das pactum eine Einrede begründe, wird von ihren Vertretern nicht als bewusste Abkehr von der absoluten Wirkung deklariert (siehe hierzu oben Rz. 223-225).

2. Tendenz zu vermittelnden Lösungen in internationalen Regelwerken

685 Während in nationalen Rechtsordnungen regelmässig die Extrempositionen der absoluten Wirkung bzw. der Nichtigkeit des pactum de non cedendo anzutreffen sind, tendieren die untersuchten internationalen Regelwerke zu vermittelnden Lösungen. Im Factoring-Übereinkommen (1988), im Zessions-Übereinkommen (2001), im Code Européen des Contrats (2001), in den PECL (2003) und im DCFR (2009) finden sich die relative Wirkung und die rein obligatorische Wirkung des pactum. Die Extrempositionen sucht man hier vergebens. Als einziges internationales Instrument sehen die UNIDROIT Principles (2004) die absolute Wirkung vor. Diese ist allerdings beschränkt auf das Verbot der Abtretung von Nichtgeldforderungen und setzt zudem den bösen Glauben des Zessionars voraus. In allen übrigen Fällen wirkt das pactum auch gemäss den UNIDROIT Principles bloss rein obligatorisch. Die internationalen Regelwerke lehnen damit Lösungen ab, die einseitig die Interessen des Schuldners (Modell der absoluten Wirkung) oder des Zedenten und des Zessionars (Modell der Nichtigkeit) berücksichtigen.¹⁹⁷⁶

3. Tendenz, die Abtretbarkeit von Forderungen zu fördern

686 Auch wenn die verschiedenen nationalen und internationalen Lösungen sich im Einzelnen erheblich unterscheiden, ist seit der Mitte des 20. Jahrhunderts eine grundsätzliche Tendenz erkennbar, die Abtretbarkeit von Forderungen zu fördern. Jedenfalls bezüglich Geldforderungen wird dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit ein hoher Stellenwert eingeräumt, während das Interesse des Schuldners, seinen Gläubiger beizubehalten, als nachrangig bewertet wird.¹⁹⁷⁷ Der Grund für diese Entwicklung liegt in der Ausbildung von Praktiken der forderungsgestützten Finanzierung, die auf eine möglichst uneingeschränkte Abtretbarkeit von Forderungen angewiesen ist.¹⁹⁷⁸ Dabei beeinflusst die fortgeschrittene Mobilisierung von Forderungen die internationale Rechtsentwicklung gleichermaßen wie sie durch diese verstärkt wird.¹⁹⁷⁹

1976 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 335.

1977 RUDOLF, S. 298; GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 336.

1978 KUHN, SZW 2015, S. 351, 356; STOYANOV, S. 114 f.; BEALE, S. 113 f.; JON, Kor. U. L. Rev. 2010, S. 93, 95.

1979 EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 498.

Im ausländischen und internationalen Abtretungsrecht setzt sich zunehmend das Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung durch.¹⁹⁸⁰ Im nationalen Recht wurde dieses Modell insbesondere in *Ungarn* und in den *USA* verwirklicht.¹⁹⁸¹ In *Österreich* gilt es bei der Abtretung von Geldforderungen aus Handelsgeschäften. Auch in den *Niederlanden* und in *Italien* begünstigt die neuere höchstgerichtliche Rechtsprechung dieses Modell. Und in *Deutschland* wird in der Literatur die Möglichkeit befürwortet, rein obligatorisch wirkende *pacta de non cedendo* abschliessen zu können. Auf internationaler Ebene lassen sich das *Factoring*- und das *Zessions-Übereinkommen* sowie die *UNIDROIT Principles* zumindest dem Grundsatz nach diesem Modell zuordnen. Auch die *PECL* und der *DCFR* sehen jedenfalls für bestimmte Geldforderungen die rein obligatorische Wirkung vor. Schliesslich kommt bei Gutgläubigkeit des Zessionars die rein obligatorische Wirkung auch im *Code Européen des Contrats* zum Zug.

Noch umfassender als durch die rein obligatorische Wirkung gewährleisten schliesslich Rechtsordnungen die Abtretbarkeit von Forderungen, die wie die *USA*, *Frankreich* sowie *England* und *Wales* das vertragliche Abtretungsverbot in Bezug auf bestimmte Forderungen gar für nichtig erklären.

Der Trend zugunsten der Stärkung der Abtretbarkeit von Forderung ist jedoch nicht einheitlich. In den *Niederlanden* legt der Hoge Raad die Regelung des *pactum de non cedendo* im neuen bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Jahr 1992 im Sinn der absoluten Wirkung aus. In *Frankreich* wich die *Cour de cassation* 2002 zugunsten der Drittwirkung von der rein obligatorischen Wirkung ab. Und seit der Schuldrechtsreform sieht auch der *Code civil* die absolute/relative Wirkung des *pactum* vor. Jedenfalls in *Frankreich* lassen sich diese gegenläufigen Tendenzen allerdings mit der geringen praktischen Bedeutung der (klassischen) Forderungsabtretung erklären.

Gesamthaft betrachtet wird das Modell der rein obligatorischen Wirkung damit inzwischen deutlich präferiert. Es kann im internationalen Vergleich als moderne Lösung bezeichnet werden. Die absolute Wirkung des *pactum de non cedendo* nach Art. 164 OR liegt mithin offensichtlich nicht im internationalen Trend.¹⁹⁸²

1980 EIDENMÜLLER, ACP 2004, S. 457, 498f.; KUHN, SZW 2015, S. 351, 361; KLEIN, S. 180 und 277; vgl. auch OSTENDORF, *RabelsZ* 2023, S. 188.

1981 Ebenso spricht sich der Reformvorschlag des OR 2020 für die rein obligatorische Wirkung des *pactum de non cedendo* im Schweizer Recht aus.

1982 Vgl. ARMGARDT, *RabelsZ* 2009, S. 314, 333 und 335.

4. Tendenz zu differenzierenden Lösungen

691 Als weitere Tendenz lässt sich in der Rechtsvergleichung eine Entwicklung hin zu differenzierenden Lösungen beobachten. Von den untersuchten Rechtsordnungen und Regelwerken folgen – neben dem Schweizer Recht – nur noch der Reformentwurf OR 2020, das niederländische und das ungarische Recht einem einheitlichen Regelungsmodell. Alle übrigen kombinieren verschiedene Modelle. Kriterien für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der unterschiedlichen Modelle sind dabei (1) der Forderungsinhalt (Geldforderungen und andere Forderungen), (2) die Parteien der abzutretenden Forderung (Kaufleute, Unternehmer oder Konsumenten) und (3) der gute bzw. böse Glaube des Zessionars. Diese Ausdifferenzierung der Wirkungen des pactum de non cedendo ist Abbild der komplexen Interessenlage, die sich einer einfachen, schematischen Lösung entzieht.¹⁹⁸³

692 Sonderregeln für die Wirkung des pactum bei der Abtretung von Geldforderungen kennen das deutsche Recht (§ 354a HGB, § 308 Ziff. 9 BGB), das österreichische Recht (§ 1396a ABGB), das französische Recht («cession Dailly»), das englische Recht (Regulations 2018 reg. 2 (1)), das US-amerikanische Recht (§ 9-406 (d) UCC), die UNIDROIT Principles (Art. 9.1.9 Abs. 1), die PECL (Art. 11:301 Abs. 1 lit. c) und der DCFR (Art. III.-5:108 Abs. 3 lit. c).¹⁹⁸⁴ Welche Geldforderungen von der Spezialregelung erfasst werden, wird unterschiedlich geregelt.¹⁹⁸⁵ Gemeinsam ist allen diesen Regelungen jedoch, dass sie die Wirkungen des pactum de non cedendo bei der Abtretung von (bestimmten) Geldforderungen im Vergleich zur Zession anderer Forderungen beschränken (relative Wirkung, rein obligatorische Wirkung oder Nichtigkeit des pactum). Dies zeugt zum einen vom Trend, bei Geldforderungen das Interesse an deren Abtretbarkeit höher zu gewichten als das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung seines Gläubigers. Zugleich spiegelt die Differenzierung die grössere wirtschaftliche Relevanz der Abtretung von Geldforderungen (zu Finanzierungszwecken) wider.¹⁹⁸⁶

693 Nach der Stellung der Parteien der abzutretenden Forderung als Kaufleute, Unternehmer oder Konsumenten differenzieren das deutsche Recht (§ 354a HGB), das österreichische Recht (§ 1396a ABGB), das französische Recht

1983 KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

1984 Das Factoring-Übereinkommen und das Zessions-Übereinkommen sind von vornherein nur auf die Abtretung von Geldforderungen anwendbar.

1985 Vgl. die eingeschränkten Anwendungsbereiche von § 9-406 (d) UCC, Regulations 2018 reg. 2 (1) und Art. III.-5:108 Abs. 3 lit. c DCFR sowie die Gegenausnahmen in § 354a Abs. 2 HGB und § 1396a Abs. 3 ABGB.

1986 KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

(«cession Daily» und Art. L442-3 C. com.), das englische Recht (Regulations 2018 reg. 2 (1)) und das US-amerikanische Recht (§ 9-406 (d) UCC).¹⁹⁸⁷ Der Anwendungsbereich der Sonderregeln für «Forderungen aus Handelsgeschäften» ist unterschiedlich ausgestaltet: Zum Teil setzen sie ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus (z.B. § 354a HGB); zum Teil definieren sie den Kreis der betroffenen Unternehmer näher (z.B. Art. L442-3 C. com., Regulations 2018). Den Regelungen ist gemein, dass sie ein Modell wählen, das die Abtretbarkeit begünstigt (relative Wirkung, rein obligatorische Wirkung oder Nichtigkeit des pactum). Es lässt sich mithin der Trend feststellen, dass die Wirkung des pactum im handelsgeschäftlichen Umfeld stärker eingeschränkt wird.

Auf den guten bzw. bösen Glauben des Zessionars stellen folgende Rechtsordnungen und Regelwerke ab: das italienische Recht (Art. 1260 Abs. 2 CCit), die UNIDROIT Principles (Art. 9.1.9 Abs. 2), der Code Européen des Contrats (Art. 121 Abs. 4), die PECL (Art. 11:301 Abs. 1 lit. b) und der DCFR (Art. III.-5:108 Abs. 3 lit. b).¹⁹⁸⁸ Die Anforderungen an die Gutgläubigkeit variieren je nach Vorschrift. Teils wird verlangt, dass der Schuldner die Gutgläubigkeit des Zessionars verursacht hat (Art. III.-5:108 Abs. 3 lit. b DCFR); teils wird vorausgesetzt, dass der Zessionar das pactum weder kannte noch hätte kennen müssen (z.B. Art. 11:301 Abs. 1 lit. b PECL), und teils vermag die blosser Erkennbarkeit des pactum den guten Glauben nicht zu zerstören (Art. 1260 CCit). Der gute Glaube des Zessionars hat aber immer zur Folge, dass die Wirkung des pactum stärker eingeschränkt wird als bei seiner Bösgläubigkeit (rein obligatorische Wirkung statt absoluter oder relativer Wirkung). Der Trend geht hier also in Richtung Stärkung des gutgläubigen Forderungserwerbers und damit einhergehend des Verkehrsschutzes.

Die umfassende absolute Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 164 OR widerspricht damit nicht nur dem internationalen Trend,¹⁹⁸⁹ sie ist mittlerweile sogar ein Sonderfall. Alle anderen Rechtsordnungen und Regelwerke, welche die absolute Wirkung kennen, kombinieren diese – in Anwendung der vorgenannten Differenzierungskriterien – mit einem anderen Regelungsmodell.¹⁹⁹⁰

1987 Das Factoring-Übereinkommen regelt *per se* ausschliesslich die Zession von Forderungen aus Handelsgeschäften.

1988 Ebenso das portugiesische (siehe oben FN 1337) und das japanische Recht (oben FN 1971).

1989 Siehe oben Rz. 690.

1990 Eine Ausnahme bildet das niederländische Recht, das aber die Vereinbarung rein obligatorisch wirkender Abtretungsverbote mittlerweile präferiert (siehe oben Rz. 487 f.). Auch das südafrikanische Recht kombiniert die absolute Wirkung nicht mit einem anderen Modell. Die absolute Wirkung des pactum wird aber dadurch eingeschränkt, dass ein nachträglich vereinbartes pactum nur gültig ist, wenn der Schuldner ein berechtigtes Interesse daran hat (siehe oben FN 1201).

5. Erkenntnisse zu einzelnen Regelungsmodellen

696 Auch innerhalb der Regelungsmodelle der absoluten und der rein obligatorischen Wirkung treten Tendenzen zugunsten der Abtretbarkeit von Forderungen zutage (unten lit. A und B). Beim Regelungsmodell der Nichtigkeit des pactum de non cedendo erheischt sodann dessen Anwendungsbereich eine Rechtsordnung-übergreifende Betrachtung (lit. C).

A. Absolute Wirkung: abweichende Vereinbarung und Auslegung

697 Zur Bestimmung der Wirkung eines Abtretungsverbots wird zunehmend die Bedeutung der Auslegung der konkreten Vertragsklausel betont. Gerade in Rechtsordnungen, welche die absolute Wirkung des pactum de non cedendo kennen, wird propagiert, dass es zum einen den Parteien des pactum freistehen soll, ein bloss obligatorisch wirkendes Abtretungsverbot zu vereinbaren. Zum anderen sollen pacta wenn möglich im Sinn der rein obligatorischen Wirkung ausgelegt werden. Den Beginn dieser Entwicklung markiert die Ablösung des «classical approach» durch den «modern approach» in der US-amerikanischen Rechtsprechung. Gemäss diesem werden pacta de non cedendo – wo immer möglich – dahingehend interpretiert, dass sie nicht die Abtretungsbefugnis aufheben, sondern bloss eine Verpflichtung zur Nichtabtretung begründen.¹⁹⁹¹ Auch der Hoge Raad der Niederlande entschied, dass ohne ausdrückliche Vereinbarung der absoluten Wirkung anzunehmen sei, dass das pactum nur schuldrechtlich wirke.¹⁹⁹² In Deutschland und Österreich wird sodann zumindest in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Parteien auch ein obligatorisch wirkendes Zessionsverbot vereinbaren und pacta in diesem Sinn ausgelegt werden können.¹⁹⁹³

698 Diese Praxis ermöglicht eine von der absoluten Wirkung abweichende Vereinbarung und begünstigt eine dahingehende Auslegung der Klausel. Die Abhängigkeit der Wirkung des pactum de non cedendo von der Auslegung der konkreten Vereinbarung birgt allerdings den Nachteil, dass es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, welche Wirkung dem pactum zukommt. Dies beeinträchtigt die Rechtssicherheit.¹⁹⁹⁴

1991 Siehe oben Rz. 626.

1992 Siehe oben Rz. 487f.

1993 Siehe zum deutschen Recht oben Rz. 471 und zum österreichischen Recht Rz. 482.

1994 KLEIN, S. 182.

B. Rein obligatorische Wirkung: Beschränkung der schuldrechtlichen Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung

Das Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung begrenzt die Rechtsfolgen der Verletzung des pactum de non cedendo auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Zedent und Schuldner. Insbesondere kann Letzterer von Ersterem den Ersatz des Schadens verlangen, den er aufgrund der Abtretung erleidet. Damit diese Begrenzung der Wirkung des pactum und die damit einhergehende Verbesserung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen nicht unterlaufen werden können, schliessen Rechtsordnungen, welche die rein obligatorische Wirkung anordnen, häufig Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung aus, die über die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz hinausgehen.¹⁹⁹⁵ Solche Einschränkungen der schuldrechtlichen Rechtsfolgen sind (1) die Nichtigkeit von Konventionalstrafen, die für den Fall der Verletzung des pactum vereinbart werden,¹⁹⁹⁶ (2) das Verbot, den Vertrag aufzulösen, aus dem die abgetretene Forderung stammt,¹⁹⁹⁷ (3) das Verbot, einen allfälligen Schadenersatzanspruch mit der abgetretenen Forderung des Zessionars zu verrechnen,¹⁹⁹⁸ und (4) der Ausschluss der Haftung des Zessionars gegenüber dem Schuldner wegen blosser Kenntnis vom pactum de non cedendo.¹⁹⁹⁹ In der Literatur wird ausserdem (5) die Unzulässigkeit von Schadenspauschalen gefordert.²⁰⁰⁰ Das Ausmass dieser zusätzlichen Einschränkungen der Rechtsfolgen des pactum ist je nach Rechtsordnung und Regelwerk unterschiedlich. Insgesamt lässt sich aber für das Modell der rein obligatorischen Wirkung des pactum die Tendenz konstatieren, dass die schuldrechtlichen Rechtsfolgen der Verletzung des pactum de non cedendo vielfach²⁰⁰¹ zusätzlich beschränkt werden.

1995 KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

1996 Vgl. § 6:195 Abs. 2 Ptk.

1997 Vgl. § 6:195 Abs. 2 Ptk., Art. 9 Abs. 2 ZessÜ, Art. III.-5:116 Abs. 2 lit. b DCFR und zu den UNIDROIT Principles MAZZA, Art. 9.1.9 N 11. Vgl. auch § 1396a Abs. 2 ABGB (Der Schuldner kann gegenüber dem Zessionar nicht geltend machen, dass er den Vertrag aufgelöst hat.).

1998 Vgl. § 1396a Abs. 2 ABGB und Art. 18 Abs. 3 ZessÜ.

1999 Vgl. § 1396a Abs. 2 ABGB und Art. 9 Abs. 2 ZessÜ.

2000 KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

2001 Keine Beschränkung der schuldrechtlichen Rechtsfolgen sehen Art. 6 Abs. 3 FactÜ und Art. 164 OR 2020 vor (vgl. die diesbezügliche Kritik an Art. 164 OR 2020 bei KUHN, SZW 2015, S. 351, 363f.).

C. Nichtigkeit: detaillierte Regelung des Anwendungsbereichs

700 Wo der Gesetzgeber sich für das Modell der Nichtigkeit des pactum de non cedendo entschieden hat, fällt auf, dass dessen Anwendungsbereich in der Regel sehr detailliert geregelt wird. Der Geltungsbereich der Nichtigkeit des pactum nach § 9-406 (d) UCC wird selbst von englischsprachigen Rechtswissenschaftlern als «horribly complicated» bezeichnet.²⁰⁰² Auch die englischen Regulations 2018 erweisen sich mit ihren zahlreichen Voraussetzungen und Ausnahmen als komplex und nur schwer verständlich.²⁰⁰³ Und auch in Frankreich bereitete der Anwendungsbereich der Nichtigkeit des pactum gemäss dem Code de commerce Schwierigkeiten. Die ursprüngliche Fassung beschränkte die Nichtigkeit auf Zessionen durch «un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan»,²⁰⁰⁴ während die neue Regelung als Zedenten «toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services» erfasst.²⁰⁰⁵

701 Art. 9 ZessÜ ordnet zwar nicht die Nichtigkeit des pactum an. Mit der rein obligatorischen Wirkung sieht er aber ebenfalls eine einschneidende Begrenzung der Wirkung des pactum vor. Auch bei dieser Vorschrift kam der Gesetzgeber nicht ohne eine detaillierte Umschreibung des Anwendungsbereichs aus, wie ein Blick auf Art. 9 Abs. 3 ZessÜ zeigt.²⁰⁰⁶ Dies führt zu folgendem Fazit: Je stärker die Wirkung des pactum de non cedendo begrenzt wird, desto erforderlicher ist eine detaillierte Regelung des Anwendungsbereichs der begrenzten Wirkung des pactum.

6. Kein Einfluss der allgemeinen Ausgestaltung des Abtretungsrechts auf die Regelung des pactum de non cedendo

702 Eine Analyse des Verhältnisses zwischen der allgemeinen Ausgestaltung des Abtretungsrechts und der Regelung des pactum de non cedendo zeigt, dass die allgemeine Ausgestaltung des Abtretungsrechts die Wahl des Regelungsmodells kaum beeinflusst. Dies sei anhand von sieben in der vorliegenden vergleichenden Untersuchung erörterten Gesichtspunkten der Ausgestaltung des Abtretungsrechts übersichtsartig dargestellt.²⁰⁰⁷

2002 Siehe oben Rz. 665.

2003 Siehe oben Rz. 525f.

2004 Art. L442-6 Ziff. 2 lit. c C. com. in der Fassung von 2001.

2005 Art. L442-3 lit. c C. com. in der Fassung von 2020. Näher hierzu oben Rz. 674, insb. FN 1935.

2006 Siehe hierzu oben Rz. 604.

2007 Ausführlich hierzu KLEIN, S. 182-195.

A. Systematische Einordnung des Abtretungsrechts

Das Abtretungsrecht wird in den untersuchten Rechtsordnungen an unterschiedlichen Orten kodifiziert: Regelungen der Zession finden sich im allgemeinen Schuldrecht (so in der Schweiz, Deutschland, Österreich, Italien und Frankreich nach der Schuldrechtsreform), im allgemeinen Vertragsrecht (Ungarn), im Kaufvertragsrecht (Frankreich vor der Schuldrechtsreform) oder im allgemeinen Vermögensrecht (Niederlande). In welchem Teil einer Kodifikation das Abtretungsrecht verortet wird, hat freilich keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der Wirkung des pactum. So haben beispielsweise Deutschland (absolute Wirkung bei bürgerlichen Forderungen) und Italien (relative bzw. rein obligatorische Wirkung) unterschiedliche Regelungsmodelle gewählt, obwohl beide Rechtsordnungen – wie die Schweiz – die Zession im allgemeinen Schuldrecht normieren. Umgekehrt findet sich z.B. die absolute Wirkung des pactum sowohl bei Regelung der Zession im allgemeinen Schuldrecht (z.B. Deutschland) als auch im allgemeinen Vermögensrecht (Niederlande). 703

B. Trennungs- oder Einheitsprinzip

Keine Bedeutung für die Ausgestaltung der Wirkung des pactum hat sodann der Umstand, ob die Rechtsordnung zwischen der Abtretung als Verfügungsgeschäft und dem ihr zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft unterscheidet (Trennungsprinzip) oder nicht (Einheitsprinzip). Sowohl in den Rechtsordnungen, die – wie die Schweiz – dem Trennungsprinzip folgen, wie Deutschland (absolute bzw. relative Wirkung), Österreich (absolute bzw. rein obligatorische Wirkung), die Niederlande (absolute bzw. rein obligatorische Wirkung) und Ungarn (rein obligatorische Wirkung), als auch in den Rechtsordnungen, in denen das Einheitsprinzip gilt, wie in Frankreich (absolute/relative Wirkung bzw. Nichtigkeit), Italien (relative bzw. rein obligatorische Wirkung), England (relative Wirkung bzw. Nichtigkeit) und den USA (absolute Wirkung, rein obligatorische Wirkung bzw. Nichtigkeit) finden sich verschiedene Regelungsmodelle bzw. Kombinationen davon. 704

C. Abstraktheit oder Kausalität der Abtretung

Wird die Abtretung als Verfügungsgeschäft von dem ihr zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft unterschieden, fragt sich, ob die Abtretung abstrakter oder kausaler Natur ist. Auch die Ausgestaltung der Abtretung als abstraktes oder kausales Geschäft hat in den untersuchten Rechtsordnungen jedoch keinen Einfluss auf die Regelung des pactum. Im deutschen Recht ist die Abtretung abstrakt, im österreichischen kausal. Beide Rechtsordnungen sehen jedoch für bürgerliche Forderungen die absolute Wirkung des pactum vor. 705

Umgekehrt variiert die Wirkung des pactum innerhalb der Rechtsordnungen, welche die Zession als kausales Geschäft behandeln: In Österreich (bei bürgerlichen Forderungen) und in den Niederlanden wirkt das pactum absolut, in Ungarn rein obligatorisch.

D. Formbedürftigkeit der Abtretung

- 706 Auch der Gesichtspunkt, ob die Abtretung zu ihrer Gültigkeit einer bestimmten Form bedarf, lässt keine Rückschlüsse auf die Wahl des Regelungsmodells zu. In Rechtsordnungen, in denen die Zession – wie in der Schweiz – formbedürftig ist, wirkt das pactum entweder absolut (Art. 3:83 Abs. 2 NBW), relativ («legal assignment» in England), rein obligatorisch (Niederlande, bei entsprechender vertraglicher Regelung des pactum) oder ist es nichtig (Art. L442-3 lit. c C. com.). Auch bei Formfreiheit der Abtretung finden sich die absolute Wirkung (§ 399 BGB), die relative Wirkung (§ 354a HGB), die rein obligatorische Wirkung (§ 6:195 Ptk.) und die Nichtigkeit («equitable assignment» unter Geltung der Regulations 2018 in England).

E. Schuldnerbenachrichtigung als Wirksamkeitserfordernis

- 707 Ebenso wenig hat die Bedeutung der Schuldnerbenachrichtigung Auswirkung auf die Wahl des Regelungsmodells. Exemplarisch zeigt dies die Rechtslage in Frankreich vor der Schuldrechtsreform. Während die Drittwirksamkeit der Abtretung damals die «signification» bzw. die «acceptation» voraussetzte, folgte die Rechtsprechung zum pactum zunächst dem Modell der Nichtigkeit, später demjenigen der rein obligatorischen Wirkung und zuletzt dem Modell der absoluten/relativen Wirkung. Auch die Rechtsordnungen und Regelwerke, bei denen die Schuldnerbenachrichtigung – wie im Schweizer Zessionsrecht – für die Wirksamkeit der Abtretung irrelevant ist, decken die ganze Palette an Regelungsmodellen ab: absolute Wirkung (z.B. § 399 BGB), relative Wirkung (Art. 11:301 PECL), rein obligatorische Wirkung (§ 6:195 Ptk.) und Nichtigkeit (Art. L442-3 lit. c C. com. nach der Schuldrechtsreform).

F. Zulässigkeit der Sicherungsabtretung

- 708 Ob die Sicherungsabtretung zulässig ist oder nicht, spielt für die Ausgestaltung der Wirkung des pactum de non cedendo ebenfalls keine Rolle. Dies lässt sich beispielhaft am ungarischen Zessionsrecht unter dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch aufzeigen: Bis 2016 war die Sicherungszession nichtig; seither ist sie im geschäftlichen Umfeld gültig. Davon unbeeinflusst wirkt das pactum de non cedendo seit dem Inkrafttreten des Ptk. rein obligatorisch. Im niederländischen Recht, gemäss dem die Sicherungszession generell unzulässig ist, wirkt das pactum absolut bzw. bei entsprechender Vereinbarung rein obligatorisch.

Im französischen Recht, das die Sicherungsabtretung ausserhalb der «cession Dailly» und der «fiducie» bis 2021 nicht zulies, galten – im Lauf der Zeit – die verschiedensten Regelungsmodelle. Dies trifft auch auf die untersuchten Rechtsordnungen zu, welche die Sicherungszession zulassen.

G. Priorität bei Mehrfachabtretung

Ohne Einfluss auf die Regelung des pactum ist schliesslich auch die Wahl des Kriteriums, anhand dessen Prioritätskonflikte bei Mehrfachabtretung gelöst werden. In Rechtsordnungen, in denen – wie in der Schweiz – die zuerst vereinbarte Abtretung vorgeht,²⁰⁰⁸ wirkt das pactum absolut (z.B. § 399 BGB), relativ (§ 354a HGB), rein obligatorisch (§ 6:195 Ptk.) oder ist es nichtig (Art. L442-3 lit. c C. com.). Wo die frühere Schuldnerbenachrichtigung der Abtretung Priorität einräumt,²⁰⁰⁹ gilt die relative Wirkung (z.B. Art. 11:301 PECL, Art. III.-5:108 DCFR, Art. 1260 Abs. 2 CCit bei Bösgläubigkeit des Zessionars), die rein obligatorische Wirkung (Art. 1260 Abs. 2 CCit bei Gutgläubigkeit des Zessionars) oder ist das pactum nichtig (Regulations 2018 reg. 2 (1)). Die Nichtigkeit sieht auch Art. 9 UCC vor (§ 9-406), welcher der zuerst im Register für Sicherungsrechte eingetragenen Abtretung den Vorrang gewährt.²⁰¹⁰

IV. Wahl des Regelungsmodells als rechtspolitische Entscheidung

Zwischen der allgemeinen Ausgestaltung des Abtretungsrechts und der Regelung des pactum besteht – wie soeben aufgezeigt – kein unmittelbarer Zusammenhang. In den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises lässt sich zwar der Ausgangspunkt beobachten, dass die Leichtigkeit, mit der Forderungen abgetreten werden können, dadurch kompensiert wird, dass sich der Schuldner durch die Vereinbarung eines pactum de non cedendo effektiv schützen kann.²⁰¹¹ Dieser Mechanismus des Ausgleichs zwischen den Interessen an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und den Schuldnerschutzinteressen ist jedoch nicht zwingend.²⁰¹² So lassen etwa auch das ungarische und das US-amerikanische Recht für die Forderungsübertragung die blosse

2008 Vgl. zum deutschen Recht MüKo-KIENINGER, § 398 BGB N 28, zum ungarischen Recht SZILÁGYI, ZEuP 2015, S. 52, 80 f. und zum französischen Recht Art. 1325 CC.

2009 Vgl. Art. 11:401 Abs. 1 PECL; Art. III.-5:121 Abs. 1 DCFR; Art. 1265 Abs. 1 CCit und zum englischen Recht MCFARLANE, Rz. 23-070 m.Nw.

2010 § 9-322 UCC (a) (1): «priority in time of filing or perfection» (siehe oben Rz. 620).

2011 Vgl. EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 462; vgl. auch GOERGEN, S. 185 und 226.

2012 GLA. KLEIN, S. 188.

Einigung zwischen Zedent und Zessionar genügen. Dennoch hat das pactum de non cedendo in diesen Rechtsordnungen eine wesentlich schwächere (Schuldnerschutz-)Wirkung als in Deutschland, Österreich und insbesondere in der Schweiz.²⁰¹³ Die Wahl des Regelungsmodells kann somit nicht nur dazu dienen, die Leichtigkeit der Forderungsabtretung zu kompensieren, sondern auch dazu, die Leichtigkeit der Forderungsabtretung nicht zu beeinträchtigen.

711 Rechtlich lässt sich sowohl zugunsten der Interessen an der freien Abtretbarkeit als auch zugunsten derjenigen an der Beschränkung der Abtretbarkeit mit der Vertragsfreiheit argumentieren: Der Schuldner beruft sich auf die Freiheit, die Abtretung seiner Forderung vertraglich auszuschliessen,²⁰¹⁴ der Gläubiger auf die Freiheit, über seine Forderung durch (Abtretungs-)Vertrag zu verfügen.²⁰¹⁵ Angesichts des fehlenden zwingenden Zusammenhangs zwischen der Ausgestaltung des Abtretungsrechts und der Regelung des pactum de non cedendo ist die Entscheidung über dessen Wirkung damit letztlich eine politische.²⁰¹⁶

712 In jeder Rechtsordnung bzw. jedem internationalen Regelwerk sprechen die gleichen rechtspolitischen Argumente für oder gegen die vertragliche Beschränkbarkeit der freien Abtretbarkeit von Forderungen (Schuldnerschutz- vs. Finanzierungsinteressen). Diese Argumente können unterschiedlich gewichtet werden, wovon die grosse Vielfalt an verschiedenen Lösungen in nationalen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken zeugt. Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend die verschiedenen Alternativen zum Regelungsmodell der absoluten Wirkung²⁰¹⁷ bewertet (§ 23), um anschliessend *de lege ferenda* eine zeitgemässe Regelung des pactum de non cedendo im Schweizer Recht vorschlagen zu können (§ 24).

2013 Auch die PECL (Rz. 558) und der DCFR (Rz. 580) lassen für die Forderungsübertragung die blosse Einigung zwischen Zedent und Zessionar genügen und sprechen dem pactum keine absolute Wirkung zu.

2014 Siehe oben Rz. 179.

2015 Siehe oben Rz. 101.

2016 Gl. A. RASCHE, EuLF 2002, S. 133, 140; ISCRU, S. 41 und 43; JON, Kor. U. L. Rev. 2010, S. 93, 96; KLEIN, S. 179; vgl. auch MACMAHON, Bias, S. 485 (outline).

2017 Zur Bewertung des Modells der absoluten Wirkung siehe oben Rz. 285-306, insbesondere 292-306.

5. Teil:

**Das pactum de non
cedendo *de lege ferenda***

§22 Einleitung

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass die in Art. 164 OR normierte absolute Wirkung des *pactum de non cedendo* – jedenfalls dann, wenn es um Geldforderungen geht – heutzutage keinen angemessenen Ausgleich der Interessen am Schuldnerschutz und an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu erzielen vermag.²⁰¹⁸ Entsprechend der Fragestellung der vorliegenden Arbeit wird daher nachfolgend erörtert, welche Ausgestaltung der Wirkungen des *pactum de non cedendo de lege ferenda* die unterschiedlichen Interessen der von einer Abtretung betroffenen Parteien am besten in Einklang bringt.

Die Analyse der in der Schweiz zur Wirkung des *pactum de non cedendo* nach Art. 164 OR vertretenen Ansichten sowie der Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken hat folgende Alternativen zum Regelungsmodell der absoluten Wirkung aufgezeigt:

- I. Nichtigkeit der Abtretung
- II. relative Wirkung des *pactum*
- III. Begründung einer Einrede
- IV. rein obligatorische Wirkung des *pactum*
- V. Nichtigkeit des *pactum*

Um eine zeitgemässe Regelung der Wirkungen des *pactum de non cedendo* vorschlagen zu können (unten § 24), werden zunächst diese alternativen Regelungsmodelle einer Bewertung unterzogen (§ 23). Kriterien dafür bilden die Verträglichkeit der Modelle mit der Verkehrsfähigkeit von Forderungen einerseits und dem Schuldnerschutz andererseits. Des Weiteren wird die rechtliche und praktische Einfachheit bzw. Kompliziertheit der Modelle verglichen. Von Relevanz ist dabei auch deren Vereinbarkeit mit dem System der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht.²⁰¹⁹ Diesbezüglich wird im Kapitel zur relativen Wirkung zuerst die relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften im Schweizer Recht dargestellt, da diese bisher kaum in einem den Einzelfall übergreifenden Zusammenhang behandelt worden ist.²⁰²⁰

2018 Siehe oben Rz. 303-305 und 453f.

2019 Siehe zur Unwirksamkeit im Schweizer Recht im Allgemeinen oben Rz. 104-118.

2020 Siehe zur fehlenden Gebräuchlichkeit des Begriffs der relativen Unwirksamkeit im Schweizer Recht oben Rz. 112.

§23 Bewertung der alternativen Regelungsmodelle

I. Nichtigkeit der abredewidrigen Abtretung

716 Die Nichtigkeit der abredewidrigen Abtretung ist die Extremposition zugunsten des Schutzes des Schuldners und zulasten der Verkehrsfähigkeit von Forderungen. Die in Verletzung eines pactum de non cedendo vorgenommene Abtretung ist absolut unwirksam und bleibt wirkungslos. Selbst durch Genehmigung des Schuldners kann die Unwirksamkeit nicht beseitigt werden. Damit die Forderung abgetreten werden kann, muss das Abtretungsverbot zuerst aufgehoben werden.²⁰²¹ Dadurch wird das Hindernis der Unabtretbarkeit eliminiert. Die vor dem Aufhebungsvertrag vollzogene Abtretung bleibt aber unwirksam. Damit die Forderung auf den Zessionar übergeht, muss die Abtretung nochmals vorgenommen werden.²⁰²²

717 Der Vorteil der Nichtigkeit liegt darin, dass sie eine noch einfachere und klarere Lösung schafft als die absolute Wirkung. Indem sie die Möglichkeit der Genehmigung einer abredewidrigen Abtretung ausschliesst, vermeidet sie nämlich die diesbezüglichen Nachteile der absoluten Wirkung.²⁰²³ Andererseits ist offensichtlich, dass die Nichtigkeit der Abtretung noch stärker als die absolute Unwirksamkeit über den Zweck des Abtretungsverbots, den Schuldner zu schützen, hinausschiesst. Dem Schutz des Schuldners ist es nämlich nicht abträglich, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die abredewidrige Abtretung zu genehmigen, zumal es ihm ohnehin freisteht, einem Aufhebungsvertrag zuzustimmen. Da die bereits vollzogene Abtretung in diesem Fall zu ihrer Wirksamkeit wiederholt werden muss, erweist sich die Nichtigkeit der abredewidrigen Abtretung überdies als wenig praktikable Lösung.²⁰²⁴

2021 Siehe zur Aufhebung des pactum de non cedendo oben Rz. 176-178.

2022 Siehe auch oben Rz. 256.

2023 Siehe hierzu oben Rz. 299 f.

2024 Siehe auch oben Rz. 258.

II. Relative Wirkung

1. Relative Wirkung und relative Unwirksamkeit

Die relative Wirkung einer Verfügungsbeschränkung hat zur Folge, dass eine gegen die Beschränkung verstossende Verfügung *relativ unwirksam* ist. Dem entspricht die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung im Regelungsmodell der relativen Wirkung.²⁰²⁵ Sie dient primär dem Schutz des Schuldners. Diesem gegenüber ist die abredewidrige Abtretung unwirksam, während sie für alle anderen Personen, insbesondere auch für den Zedenten und den Zessionar, wirksam ist. 718

2. Relative Unwirksamkeit im Schweizer Recht

A. Übersicht

Im Folgenden wird untersucht, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts im Schweizer Recht anerkannt ist oder zumindest diskutiert wird (bzw. worden ist). Die aus dieser Analyse gewonnenen Erkenntnisse sollen helfen, beurteilen zu können, ob die relative Unwirksamkeit eine angemessene Rechtsfolge für eine abredewidrige Abtretung ist. 719

Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft absolut oder bloss relativ unwirksam ist, stellt sich hauptsächlich im Zusammenhang mit Verfügungen, die gegen (gesetzliche, behördliche oder rechtsgeschäftliche) Verfügungsverbote oder -beschränkungen verstossen. Das schweizerische Privatrecht kennt – anders als das BGB²⁰²⁶ – keine gesetzlichen Vorschriften, die in allgemeiner Weise die Wirksamkeit von Verfügungen regeln, die in Verletzung eines Verfügungsverbots bzw. einer Verfügungsbeschränkung vorgenommen worden sind. Die Rechtsfolgen der Verletzung eines Verfügungsverbots bzw. einer Verfügungsbeschränkung sind daher im Einzelnen zu beurteilen. Gesetzliche 720

2025 In der vorliegenden Arbeit umfasst der Begriff der relativen Wirkung darüber hinaus das Regelungskonzept von § 354a HGB und Art. III.-5:108 DCFR, das die absolute Wirksamkeit der Abtretung mit einem weitreichenden Schuldnerschutz verknüpft (siehe oben FN 599 und 604 m.w.Nw. sowie Rz. 493). Zur Bewertung dieses Teilgehalts der relativen Wirkung siehe unten Rz. 751 und 761.

2026 Vgl. § 135 BGB (gesetzliches Veräußerungsverbot), § 136 BGB (behördliches Veräußerungsverbot) und § 137 BGB (rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot). §§ 135 und 136 BGB sehen die relative Unwirksamkeit von Verfügungen vor, die gegen ein gesetzliches oder behördliches Veräußerungsverbot verstossen, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Nur diesen Personen gegenüber ist die Verfügung unwirksam. Demgegenüber haben rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote nach § 137 BGB bloss rein obligatorische Wirkung.

Verfügungsbeschränkungen, welche die relative Unwirksamkeit einer Verfügung zur Folge haben, finden sich hinsichtlich des Erwerbs des Eigentums ohne Besitz (Art. 717 Abs. 1 ZGB, unten lit. B. a)) und hinsichtlich Verfügungen des Grundpfandeneigentümers (Art. 806 Abs. 3 und Art. 822 Abs. 1 ZGB, lit. B. b)). Des Weiteren schränkt auch das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht die Verfügungsmacht des Betreibungsschuldners ein (Art. 96 Abs. 2, Art. 204 Abs. 1 und Art. 298 SchKG, lit. B. c)). Im Unterschied zu diesen gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen zeitigt das rechtsgeschäftliche Verbot, eine Sache zu veräußern (*pactum de non alienando*), rein obligatorische Wirkung und ist die abredewidrige Veräußerung über eine Sache demnach absolut wirksam.²⁰²⁷

721 Nicht auf einem Verfügungsverbot bzw. einer Verfügungsbeschränkung beruhte die relative Unwirksamkeit der formfreien Abtretung unter dem Obligationenrecht von 1881 (lit. B. d)) und der Übertragung von Namenaktien ohne Eintrag im Aktienbuch im Aktienrecht von 1936 (lit. B. e)). Hier war der Rechts-erwerb bis zur Erfüllung einer zusätzlichen Voraussetzung (Schriftlichkeit der Abtretung bzw. Eintragung im Aktienbuch) relativ unwirksam und wurde erst bei Eintritt dieser Voraussetzung allseitig wirksam.

B. Fälle, in denen die relative Unwirksamkeit diskutiert wird bzw. wurde

a) Eigentumserwerb ohne Besitz

722 Einen Fall der relativen Unwirksamkeit des Eigentumsübergangs sieht Art. 717 Abs. 1 ZGB vor: «Bleibt die Sache infolge eines besondern Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang *Dritten gegenüber* unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.»²⁰²⁸ Unter den «Dritten» werden die Gläubiger des Veräußerers verstanden.²⁰²⁹ Diesen gegenüber wird die durch Besitzeskonstitut vollzogene Eigentumsübertragung unter bestimmten Voraussetzungen als unwirksam betrachtet, während sie gegenüber allen übrigen Personen (insbesondere zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber) gültig ist.²⁰³⁰ Diese gesetzlich vorgesehene relative Unwirksam-

2027 Siehe die Literatur-Nachweise zum *pactum de non alienando* in FN 666. Ebenso wirkt das vertragliche Verbot, eine Sache zu verpfänden, bloss obligatorisch (BK-ZOBL/THURNHERR, Art. 884 ZGB N 162, 741; FOËX, *contrat de gage mobilier*, Ziff. 809). Das vertragliche Verbot, eine Forderung zu verpfänden, wirkt demgegenüber – gleich wie das *pactum de non cedendo* – absolut (BK-ZOBL/THURNHERR, Art. 884 ZGB N 739; krit. FOËX, *contrat de gage mobilier*, Ziff. 810).

2028 Hervorhebung durch den Autor.

2029 Vgl. BSK-SCHWANDER, Art. 717 ZGB N 3; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 69.

2030 Vgl. BGE 78 II 412 E. 1 S. 415; vgl. auch BSK-WOLF/WIEGAND, Art. 641 ZGB N 22.

keit²⁰³¹ des Eigentumsübergangs wurde in der Literatur als «nicht restlos befriedigend» kritisiert, da gerade dingliche Rechte «in der Person ihres Erwerbers ein für allemal Bestand haben» sollten, «ohne dass sie von Drittpersonen nach irgendeiner Richtung hin angefochten werden können.»²⁰³²

b) Verfügungen des Grundpfand Eigentümers

Art. 806 Abs. 3 und Art. 822 Abs. 1 ZGB sehen vor, dass Ansprüche von Grundpfandgläubigern aus dem Pfandrechts Rechtsgeschäften des Grundpfand Eigentümers vorgehen, welche die Grundpfandgläubiger hinsichtlich ihres Pfandrechts benachteiligen. Im Fall von Art. 806 Abs. 3 gehen die Ansprüche ausserdem der Pfändung durch andere Gläubiger vor. Dieser Schutz der Grundpfandgläubiger wird dadurch erreicht, dass das Gesetz die für die Grundpfandgläubiger nachteiligen Verfügungen ihnen gegenüber für (relativ) unwirksam erklärt. Im Einzelnen:

Art. 806 Abs. 3 ZGB betrifft Rechtsgeschäfte des Grundeigentümers über noch nicht fällige Miet- oder Pachtzinsforderungen, die der Pfandhaft unterliegen, sowie die Pfändung solcher Forderungen. Er besagt: «Rechtsgeschäfte des Grundeigentümers über noch nicht verfallene Miet- oder Pachtzinsforderungen sowie die Pfändung durch andere Gläubiger sind *gegenüber einem Grundpfandgläubiger*, der vor der Fälligkeit der Zinsforderung Betreibung auf Verwertung des Unterpfandes angehoben hat, nicht wirksam.»²⁰³³ Die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte bzw. der Pfändung ist keine absolute, sondern nur eine relative.²⁰³⁴ Die Rechtsgeschäfte über die Zinsforderungen bzw. deren Pfändung sind nur gegenüber dem Pfandgläubiger unwirksam. Gegenüber allen anderen Personen und insbesondere im Verhältnis der Parteien der Rechtsgeschäfte zueinander sind die Geschäfte bzw. die Pfändung demgegenüber gültig.²⁰³⁵

Aus Art. 822 Abs. 1 ZGB wird auch in Bezug auf den Anspruch auf eine fällige Versicherungssumme, die einer Pfandhaft unterliegt, die relative Unwirksamkeit der Verfügung über den Anspruch abgeleitet, die ohne Zustimmung aller Grundpfandgläubiger erfolgt. Während die Verfügung gegenüber

2031 Gemäss ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (Art. 717 ZGB N 51) ist der Erwerb des Eigentums beim Besitzeskonstitut «nicht absolut unanfechtbar, sondern bloss *relativ* in Ordnung» (Hervorhebung durch den Autor). LIVER (S. 323, FN 5) bezeichnet das Eigentum des Erwerbers, das keine Wirkung gegenüber benachteiligten Dritten hat, als «relatives Eigentum»; ihm folgend STEINAUER (Bd. II, Rz. 2977) als «propriété relative».

2032 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL., Art. 717 ZGB N 51.

2033 Hervorhebung durch den Autor.

2034 Vgl. BK-LEEMANN, Art. 806 ZGB N 61; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, Art. 806 ZGB N 191, 198; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 806 ZGB N 24.

2035 BK-LEEMANN, Art. 806 ZGB N 61; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, Art. 806 ZGB N 195.

den nicht zustimmenden Pfandgläubigern somit unwirksam ist,²⁰³⁶ ist sie gegenüber allen anderen Personen und insbesondere zwischen den Parteien der Verfügung wirksam.²⁰³⁷

c) Verfügungen des Betreibungsschuldners

726 Fälle der relativen Unwirksamkeit einer Verfügung kennt auch das Schuld-
betreibungs- und Konkursrecht. Die Pfändung, die Konkursöffnung und
die Nachlassstundung schränken die Verfügungsfähigkeit des Schuldners
ein. Verfügt der Schuldner trotzdem über gepfändete Vermögenswerte oder
über solche, die zur Konkurs- oder zur Nachlassmasse gehören, so sind diese
Verfügungen gegenüber den Pfändungs-, Konkurs- oder Nachlassgläubigern
unwirksam. Im Einzelnen:

727 Die Pfändung bewirkt gemäss Art. 96 SchKG, dass der Schuldner ohne Be-
willigung des Betreibungsamts nicht über die gepfändeten Vermögensstücke
verfügen darf (Abs. 1). Verfügt der Schuldner trotzdem über die gepfändeten
Vermögensstücke, so sind die «Verfügungen [...] ungültig, soweit dadurch
die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden,
unter Vorbehalt der Wirkungen des Besitzerwerbes durch gutgläubige Dritte»
(Abs. 2). Das Bundesgericht leitete aus dieser Bestimmung die relative Unwirk-
samkeit der vom Betreibungsamt nicht bewilligten Verfügungen ab: «Mit die-
ser [...] Bestimmung ist klargestellt worden, dass der Pfändungsschuldner [...]
nicht allgemein in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt ist, sondern nur im
Hinblick auf die Pfändungs- bzw. Arrestgläubiger. Nur diesen gegenüber sind
die nicht bewilligten Verfügungen ungültig [...]. Es liegt somit keine Nichtigkeit
vor, auf die sich alle Gläubiger berufen könnten.»²⁰³⁸ Diese Rechtsprechung
ist in der Lehre zum Teil auf Kritik gestossen: Der französische und der italie-
nische Wortlaut von Art. 96 Abs. 2 SchKG spreche von Nichtigkeit der Verfü-
gungen («actes de disposition nuls», «atti di disposizione nulli»). Demzufolge
müsse davon ausgegangen werden, dass die Verfügungen nichtig seien, wenn

2036 Zahlt etwa der Versicherer ohne Rücksicht auf die Pfandgläubiger, so ist die Zahlung diesen gegenüber unwirksam und bleibt der Versicherer zur nochmaligen Zahlung verpflichtet (vgl. BK-LEEMANN, Art. 822 ZGB N 16; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, Art. 822 ZGB N 49; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, Art. 822 ZGB N 7).

2037 Vgl. zur Abtretung des Versicherungsanspruchs ZK-DÜRR/ZOLLINGER, Art. 822 ZGB N 59.

2038 BGE 113 III 34 E. 1a. S. 36. JAEGER/WALDER/KULL (Art. 96 SchKG N 13) sprechen von relativer Nichtigkeit; GILLIÉRON (Art. 96 SchKG N 24) davon, dass eine nicht bewilligte Verfügung den Pfändungsgläubigern nicht entgegeng gehalten werden könne; DES GOUTTES (S. 7, FN 38) davon, dass die nach Art. 96 SchKG verbotene Zession gültig sei, aber keinen Einfluss auf das Recht des Pfandgläubigers an der gepfändeten Forderung habe.

sie die Rechte der Gläubiger aus der Pfändung verletzt, und dass sie gültig seien, wenn dies nicht der Fall sei.²⁰³⁹ In einem neueren Urteil spricht auch das Bundesgericht davon, dass eine Verfügung nichtig sei, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden.²⁰⁴⁰ Ob das Gericht damit aber sein Bekenntnis zur relativen Unwirksamkeit der nicht bewilligten Verfügung aufgegeben hat, bleibt unklar, da es keinen Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung genommen hat.

Auch im Rahmen der Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners nach Eröffnung des Konkurses sieht das Schweizer Insolvenzrecht die relative Unwirksamkeit von Verfügungen vor: «Rechtshandlungen, welche der Schuldner nach der Konkursöffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, sind *den Konkursgläubigern gegenüber ungültig*» (Art. 204 Abs. 1 SchKG).²⁰⁴¹ Auf diese Ungültigkeit der Verfügungen können sich nur die Konkursgläubiger und die Konkursverwaltung berufen, nicht aber der Konkursit oder Dritte, mit denen die Rechtsgeschäfte abgeschlossen worden sind. Diesen gegenüber bleiben die gegen den Konkursbeschluss verstossenden Rechtshandlungen gültig.²⁰⁴²

Die Verfügungsfähigkeit des Schuldners nach bewilligter Nachlassstundung ist in Art. 298 SchKG geregelt. Das Nachlassgericht kann anordnen, dass gewisse Handlungen rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können (Abs. 1). Ausserdem kann der Schuldner ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussern oder belasten, Pfänder bestellen, Bürgschaften eingehen oder unentgeltliche Verfügungen treffen (Abs. 2). Handelt der Schuldner entgegen der gerichtlichen Anordnung gemäss Abs. 1 oder tätigt er nach Abs. 2 verbotene Geschäfte, so sind diese Rechtsgeschäfte den Nachlassgläubigern gegenüber *vollstreckungsrechtlich* unwirksam.²⁰⁴³ Demzufolge werden verbotenerweise veräusserte

2039 BSK-FOËX/MARTIN-RIVARA, Art. 96 SchKG N30; CR-DE GOTTRAU, Art. 96 SchKG N13; vgl. auch die abweichende Ansicht von VON TUHR / PETER, S. 222 bei FN 50.

2040 BGer, 5C.36/2006, Urteil vom 1.6.2006, E. 3.4.1.

2041 Hervorhebung durch den Autor.

2042 BGE 130 III 248 E. 4.1 S. 254 = Pra 2004, Nr. 83 («relative Nichtigkeit»); ebenso BSK-WOHLFART / MEYER HONEGGER, Art. 204 SchKG N 21 («relative, rein vollstreckungsrechtliche Ungültigkeit»); JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 204 SchKG N 9 («relative Nichtigkeit»); SCHÖBER, Art. 204 SchKG N 11 («relative Nichtigkeit»); vgl. auch GILLIÉRON, Art. 204 SchKG N 10 («inefficacité relative»); CR-ROMY, Art. 204 SchKG N 14-17 sowie VON TUHR / PETER, S. 220 f. bei FN 45 («relativ unwirksam») und deren abweichende Auslegung bei FN 47a; ablehnend auch SCHWANDER, Pra 2004, Nr. 83, Bemerkung, S. 489 f.

2043 BGE 147 III 226 E. 4.3.1 S. 233; KUKO-HUNKELER, Art. 298 SchKG N 17q, 17u; BSK-BAUER/LUGINBÜHL, Art. 298 SchKG N 23; AMONN/WALTHER, § 54 N 42 f.

Vermögenswerte bei der Beurteilung der Angemessenheit des Nachlassvertrags als zum schuldnerischen Vermögen gehörend betrachtet und können sie in einem nachfolgenden Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder Konkurs zur Masse gezogen werden.²⁰⁴⁴ Auf diese vollstreckungsrechtliche Ungültigkeit können sich nur die Nachlassgläubiger, nicht jedoch Dritte berufen.²⁰⁴⁵ Gemäss der heute überwiegenden Ansicht tangiert die vollstreckungsrechtliche (relative) Unwirksamkeit die *zivilrechtliche* Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte nicht. Diese sind zivilrechtlich gültig. So sind insbesondere die Parteien daran gebunden, sofern der Abschluss des Geschäfts nicht unter der Bedingung der Zustimmung durch das Nachlassgericht bzw. den Gläubigerausschuss erfolgt ist.²⁰⁴⁶

d) Formfreie Abtretung nach Art. 184 aOR

- 730 Die Regelung der Form der Abtretung in Art. 184 des Obligationenrechts von 1881 führte in der schweizerischen Rechtslehre zu einer lebhaften Kontroverse über die Konzeption der Abtretung im Schweizer Recht.²⁰⁴⁷ Dabei ging die mit der Zeit vorherrschende Theorie davon aus, dass eine formfrei erfolgte Abtretung bis zu ihrem schriftlichen Vollzug relativ unwirksam sei. Art. 184 aOR lautete folgendermassen:

«Die Abtretung ist ohne besondere Form verbindlich.

Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Übergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung.»²⁰⁴⁸

2044 KUKO-HUNKELER, Art. 298 SchKG N 17r; vgl. BSK-BAUER/LUGINBÜHL, Art. 298 SchKG N 23; CR-GANI, Art. 298 SchKG N 8; AMONN/WALTHER, § 54 N 42.

2045 BSK-BAUER/LUGINBÜHL, Art. 298 SchKG N 23.

2046 BGE 147 III 226 E. 4.3.1 S. 233; BSK-BAUER/LUGINBÜHL, Art. 298 SchKG N 23; KUKO-HUNKELER, Art. 298 SchKG N 17q, 17u; a.A. zur Rechtslage vor der Revision von 2013 JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 298 SchKG N 19-21 (Nichtigkeit) und CR-GANI, Art. 298 SchKG N 8, 12 («nullité relative» der ohne Mitwirkung des Sachwalters nach Art. 298 Abs. 1 SchKG vorgenommenen Rechtsgeschäfte bzw. «nullité absolue» der nach Art. 298 Abs. 2 SchKG verbotenen Rechtsgeschäfte).

2047 Vgl. ROSSEL, in: StenBull NR 1909, S. 529, 558: «[I]l est peu d'articles sur le sens desquels on ait plus discuté que sur l'art. 184 du code de 1881.»

2048 Als Vorbild dieser Bestimmung diente u.a. art. 1690 aCC, der bei der Zession die Wirkung unter den Parteien von jener gegenüber Dritten unterschied und für letztere Wirkung entweder die Mitteilung an den Schuldner («notification») oder die schriftliche Anerkennung durch diesen («acceptation») verlangte. Insofern schafft die Zession im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar bloss eine «relative Rechtslage» (HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 231). Eine ähnliche Unterscheidung sah auch das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich vor: Dem Schuldner

Der formfreien Abtretung nach Abs. 1 wurden in der Literatur zwei gegensätzliche Bedeutungen beigegeben.²⁰⁴⁹ Die eine Lehrmeinung verstand die formfreie Abtretung als *pactum de cedendo* (Verpflichtungsgeschäft).²⁰⁵⁰ Die andere knüpfte bereits an die mündliche Zession gewisse rechtsübertragende Wirkungen.²⁰⁵¹ Diese zweite Zessionstheorie gewann mit der Zeit zunehmend an Einfluss.²⁰⁵² Nach ihr war die Wirksamkeit der formfrei zustande gekommenen Abtretung im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar von derjenigen im Verhältnis gegenüber Dritten zu unterscheiden. Während die Forderung *inter partes* bereits durch eine formfreie Übereinkunft überging (Abs. 1), setzte die Drittwirkung des Übergangs die schriftliche Beurkundung der Abtretung voraus (Abs. 2).²⁰⁵³ Diese «Kategorisierung der Rechtswirkungen in ein Innen- und ein Aussenverhältnis»²⁰⁵⁴ entspricht der relativen Unwirksamkeit der formfreien Abtretung: Im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar war die Abtretung wirksam und wurde der Zessionar mithin Forderungsinhaber; gegenüber Dritten hingegen war die Abtretung unwirksam und blieb demnach der Zedent Forderungsinhaber.

Das Konzept der relativen Unwirksamkeit der bloss mündlichen Abtretung führte zu komplizierten Rechtslagen²⁰⁵⁵ und erwies sich für die Praxis als «ausgesprochen nachteilig».²⁰⁵⁶ Die Schwierigkeiten ergaben sich daraus, dass eine nicht schriftlich beurkundete Abtretung zu einem bloss teilweisen Übergang der Forderung bzw. zu einer Spaltung der Gläubigerstellung²⁰⁵⁷ führte:

gegenüber war die Abtretung nur nach erfolgter Notifikation wirksam; für alle anderen Personen dagegen bereits mit dem (formfreien) Abtretungsvertrag (vgl. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 232-236). Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Art. 184 aOR ausführlich HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 214-265, zu den Gemeinsamkeiten von Art. 184 aOR und Art. 1690 aCC insbesondere S. 255-257.

2049 Vgl. die Darstellung der verschiedenen Zessionstheorien zum aOR bei HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 265-273.

2050 Vgl. VOGT, Anleitung, S. 128, Nr. 70; HAFNER, 1. Aufl. 1883, Art. 184 aOR Anm. 3; SCHNEIDER/FICK, 2. Aufl. 1896, Art. 184 aOR N 2, 5; ATTENHOFER, ZSR 1889, S. 335, 335-337.

2051 Vgl. DEGENKOLB, ZSR 1891, S. 257 («Die formlose Abtretung ist im Sinne von Artikel 184 mehr als ein einfaches *pactum de cedendo*: sie ist relativ wirkende Forderungsübertragung.» [S. 259]); ROSSEL, Manuel 1905, Ziff. 231, S. 271 f. und Ziff. 233, S. 273.

2052 Vgl. HAFNER, 2. Aufl. 1905, Art. 184 aOR Anm. 2, insbesondere im Vergleich zur 1. Aufl., 1883, Art. 184 aOR Anm. 3; vgl. auch HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 213, 272.

2053 So insbesondere das Zessionskonzept zum aOR von Virgile Rossel (vgl. ROSSEL, Manuel 1905, Ziff. 231, S. 270-272).

2054 Vgl. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 214.

2055 VON TUHR/ESCHER, S. 334 bei FN 46.

2056 HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 214, vgl. auch S. 272 («höchst unerwünschte Spaltung der Rechtsstellung des Zessionars»).

2057 Vgl. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 271. VON TUHR spricht von einer «Duplizität des Rechtssubjekts» (vgl. FN 333).

733 Einerseits gingen Gläubigerrechte auf den Zessionar über. Wurde der Zessionar nämlich durch die formfreie Abtretung im Verhältnis zum Zedenten Gläubiger der abgetretenen Forderung, folgte daraus seine Berechtigung, die Leistung des Schuldners empfangen zu können, und – andersherum – die Berechtigung des Schuldners, dem Zessionar mit befreiender Wirkung leisten zu können.²⁰⁵⁸ Der Zessionar konnte somit durch befreienden Empfang der Leistung über die Forderung zu verfügen.

734 Andererseits verblieben Gläubigerrechte beim Zedenten, der Dritten gegenüber bis zum schriftlichen Vollzug der Abtretung Forderungsinhaber blieb. Dies zeitigte insbesondere im Konkurs des Zedenten praktische Folgen. Eine formfrei abgetretene Forderung war nämlich den Gläubigern des (insolventen) Zedenten gegenüber noch Bestandteil des Vermögens des Zedenten und fiel entsprechend in die Konkursmasse. Die Forderung stand demzufolge der Verwertung durch die Gläubiger des Zedenten zur Verfügung. Der Zessionar, der die Forderung entgeltlich erworben und den Kaufpreis bereits an den Zedenten entrichtet hatte, besass in diesem Fall bloss einen obligatorischen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises.²⁰⁵⁹

735 Dass der Zedent Dritten gegenüber bis zum schriftlichen Vollzug der Abtretung Forderungsinhaber blieb, hatte ausserdem Konsequenzen für den Fall der Mehrfachzession. Trat der Zedent dieselbe Forderung mehrmals an verschiedene Personen ab, so wurde nicht der zeitlich erste Zessionar neuer Gläubiger,²⁰⁶⁰ sondern derjenige Zessionar, dem die Forderung zuerst schriftlich abgetreten wurde.²⁰⁶¹ Spätere Zessionare wurden somit als «dritte Personen» im Sinn von Art. 184 Abs. 2 aOR betrachtet, denen gegenüber formfreie frühere Abtretungen unwirksam waren.

736 Anlässlich der Revision und Anpassung des Obligationenrechts an das neue Zivilgesetzbuch ergriff der Gesetzgeber die Gelegenheit, die Vorschrift von Art. 184 aOR neu zu fassen, die gemäss EUGEN HUBER «im Rechtsverkehr leicht Verwirrung angestiftet hat, ohne den Parteien etwas zu nützen».²⁰⁶² Seither bedarf die Abtretung zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Dadurch sollte die Abtretung in «ein praktisch und theoretisch

2058 Vgl. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 213 f.; vgl. auch DEGENKOLB, ZSR 1891, S. 282, 288, 301; HAFNER, 2. Aufl. 1905, Art. 184 aOR Anm. 2. Der Schuldner ist vor dem schriftlichen Vollzug der Abtretung zur Leistung an den Zessionar zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet (vgl. ROSSEL, Manuel 1905, Ziff. 231, S. 271 und Ziff. 238, S. 280).

2059 Vgl. ROSSEL, Manuel 1905, Ziff. 231, S. 271 f.

2060 So das geltende Schweizer Recht (siehe FN 41 m.Nw).

2061 Vgl. Art. 186 aOR: «Haben mehrfache Abtretungen derselben Forderung stattgefunden, so geht diejenige vor, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt.» Vgl. auch ROSSEL, Manuel 1905, Ziff. 231, S. 272 und Ziff. 237, S. 279.

2062 Bericht 1904 (verfasst von EUGEN HUBER), S. 26.

weniger anfechtbares Kleid»²⁰⁶³ gesteckt werden. Die Schriftform ist Gültigkeitsvoraussetzung der Abtretung²⁰⁶⁴ und diese Gültigkeit wirkt *erga omnes*: Art. 165 OR macht bezüglich der Wirksamkeit der Abtretung keine Unterscheidung mehr zwischen den Parteien und Dritten. Damit wurde hinsichtlich der Form die relative Unwirksamkeit der Abtretung beseitigt.²⁰⁶⁵

Allgemein begreift das Zessionskonzept des Obligationenrechts von 1911 die Abtretung als «formgebundene, *allseitig wirksame* Verfügung»²⁰⁶⁶ und macht demzufolge hinsichtlich der Wirksamkeit der Zession keine Unterscheidung zwischen den Parteien und Dritten.²⁰⁶⁷ Zwar spricht Art. 166 OR noch davon, dass der Übergang kraft Gesetzes oder Richterspruchs «*Dritten gegenüber*» wirksam ist, ohne dass es einer besonderen Form oder auch nur einer Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedarf. Der Passus «*Dritten gegenüber*» ist ein Relikt aus dem Obligationenrecht von 1881, gemäss dem – wie gesehen – die (vertragliche) Abtretung «gegenüber dritten Personen» nur bei schriftlicher Beurkundung wirksam war. Er blieb bei der Revision von Art. 185 aOR²⁰⁶⁸ aus Versehen stehen und hat im neuen Gesetzestext keinen Sinn.²⁰⁶⁹ Der Übergang kraft Gesetzes oder Richterspruchs wirkt demnach nicht nur «*Dritten gegenüber*», sondern auch zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, ohne dass es einer besonderen Form oder einer Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedarf.

Ebenso wenig kann aus Art. 167 OR eine relative Unwirksamkeit der Abtretung vor deren Anzeige abgeleitet werden. Zwar darf der Schuldner den Zedenten solange als Gläubiger betrachten, bis er von der Abtretung Kenntnis erhält. In Wirklichkeit aber ist der Zedent nach Abschluss des Abtretungsvertrags nicht mehr Gläubiger. Denn die Anzeige ist nach schweizerischem Recht nicht Voraussetzung für die Gültigkeit der Zession,²⁰⁷⁰ auch nicht dem Schuldner gegenüber. Damit dem Schuldner seine Unkenntnis von der Abtretung jedoch nicht zum Nachteil gereicht, bestimmt Art. 167 OR, dass seine

2063 HUBER, in: StenBull NR 1909, S. 529, 555. Vgl. auch ROSSEL, Manuel 1920, Bd. 1, Ziff. 338, S. 229: «Ce texte met fin à toutes les controverses provoquées par l'ancien texte.»

2064 Art. 165 Abs. 1 OR («zu ihrer Gültigkeit»); ZK-SPIRIG, Art. 165 OR N 15; CR-PROBST, Art. 165 OR N 10; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 165 OR N 2; GAUCH/SCHLUEP/EMME-NEGGER, Rz. 3418; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.16.

2065 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 334 bei FN 46f.

2066 HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 275 (Hervorhebung durch den Autor).

2067 Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 370, FN 1a.

2068 Art. 185 aOR lautete gleich wie neu Art. 166 OR.

2069 Vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 166 OR N 4; ZK-SPIRIG, Art. 166 OR N 64. Art. 166 OR 2020 schlägt denn auch vor, den Passus «*Dritten gegenüber*» ersatzlos zu streichen (vgl. GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 166 N 2).

2070 Siehe oben Rz. 12 m.Nw.

Leistung an einen Nichtgläubiger schuldbefreiend wirkt.²⁰⁷¹ Grund für die befreiende Wirkung der Leistung ist daher nicht eine Spaltung der Rechtszuständigkeit, sondern der Schutz des gutgläubigen Schuldners («*liberatio ex bona fide*»).²⁰⁷²

e) Übertragung von Namenaktien ohne Eintrag im Aktienbuch

- 739 Ein Beispiel der relativen Unwirksamkeit eines Rechtserwerbs fand sich auch im Aktienrecht von 1936. Namenaktien können durch Übergabe des indosierten Aktientitels an den Erwerber übertragen werden (aArt. 684 Abs. 2 OR, Art. 684 Abs. 2 OR). Der Erwerb wird im Aktienbuch eingetragen (aArt. 685 OR, Art. 686 OR). Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist (aArt. 685 Abs. 4 OR, Art. 686 Abs. 4 OR). Die Eintragung wirkte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum alten Aktienrecht für die Rechtsstellung des Erwerbers gegenüber der Gesellschaft konstitutiv. Solange somit der Erwerber noch nicht im Aktienbuch eingetragen war, galt im Verhältnis zur Gesellschaft der nach wie vor eingetragene Veräusserer als Aktionär.²⁰⁷³ Mit anderen Worten war der Erwerb der Aktionärsstellung vor deren Eintragung gegenüber der Gesellschaft unwirksam. In jeder anderen Hinsicht, insbesondere im Verhältnis des Erwerbers zum Veräusserer, gehörte die Aktie allerdings dem Erwerber.²⁰⁷⁴ Das bundesgerichtliche Verständnis der Tragweite der Eintragung im Aktienbuch stiess in der Lehre jedoch auf Ablehnung.²⁰⁷⁵ Dies bewog das Bundesgericht, seine Rechtsprechung zu ändern: Dem Eintrag im Aktienbuch kommt nicht mehr konstitutive, sondern bloss deklaratorische Bedeutung zu.²⁰⁷⁶ Somit setzt die Wirksamkeit des Erwerbs der Aktionärsstellung gegenüber der Gesellschaft keinen Eintrag im Aktienbuch mehr voraus. Sie fällt mit der Wirksamkeit des Erwerbs gegenüber allen anderen Personen zusammen. Damit wurde die relative Unwirksamkeit des nicht eingetragenen Erwerbs von Namenaktien beseitigt.

2071 Vgl. BGE 131 III 586 E. 4.2.1 S. 591; CR-PROBST, Art. 167 OR N1; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 167 OR N1; ZK-SPIRIG, Art. 167 OR N3; VON TUHR/ESCHER, S. 358 bei FN 3; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 62; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3487; KOLLER, Rz. 84.112.

2072 Vgl. HUWILER, Begriff und Rechtswirkung, S. 221, 234 f.; ATTENHOFER, ZBJV 1882, S. 157, 158.

2073 Vgl. BGE 69 II 313 E. 2 S. 316, 75 II 348 E. 3 S. 352.

2074 VON TUHR/PETER, S. 197 bei FN 26.

2075 Vgl. die Nachweise in BGE 90 II 164 E. 3 S. 172.

2076 BGE 90 II 164 E. 3 S. 171-175 m.Nw.

C. Ergebnisse

a) Aktuell anerkannte Fälle relativer Unwirksamkeit

Anerkannt ist die relative Unwirksamkeit von Verfügungen im heutigen Schweizer Zivilrecht in folgenden fünf Fällen: 740

- Mittels Besitzeskonstitut vollzogene Eigentumsübertragung, wenn damit die Benachteiligung Dritter oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist: Auf die Unwirksamkeit können sich nur die Gläubiger des Veräusserers berufen (Art. 717 Abs. 1 ZGB).²⁰⁷⁷
- Verfügungen des Grundeigentümers über noch nicht fällige Miet- oder Pachtzinsforderungen, die der Pfandhaft unterliegen: Auf die Unwirksamkeit können sich nur die Pfandgläubiger berufen (Art. 806 Abs. 3 ZGB).²⁰⁷⁸
- Verfügungen des Grundeigentümers über eine fällige Versicherungssumme, die der Pfandhaft unterliegt: Auf die Unwirksamkeit können sich nur die Pfandgläubiger berufen (Art. 822 Abs. 1 ZGB).²⁰⁷⁹
- Verfügungen des Betreibungsschuldners über gepfändete Vermögensstücke: Auf die Unwirksamkeit können sich nur die Pfändungsgläubiger berufen (Art. 96 Abs. 2 SchKG).²⁰⁸⁰
- Verfügungen des Schuldners über Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören: Auf die Unwirksamkeit können sich nur die Konkursgläubiger berufen (Art. 204 Abs. 1 SchKG).²⁰⁸¹

Gemeinsam ist diesen fünf Fällen, dass die Verfügungsbeschränkung dem Schutz der Gläubiger des Verfügenden dient, seien dies «gewöhnliche» Gläubiger (Art. 717 Abs. 1 ZGB), grundpfandgesicherte Gläubiger (Art. 806 Abs. 3, Art. 822 Abs. 1 ZGB), Pfändungsgläubiger (Art. 96 Abs. 2 SchKG) oder Konkursgläubiger (Art. 204 Abs. 1 SchKG). Diesen Gläubigern gegenüber ist die Veräusserung von Vermögenswerten durch den Schuldner unwirksam, so dass sie bei der Vollstreckung ihrer Forderungen weiterhin auf die veräusserten Vermögenswerte zugreifen können. 741

Damit gleichen diese Fälle zum einen Verfügungsbeschränkungen, denen ein Nachlassschuldner unterliegt (Art. 298 SchKG).²⁰⁸² Zum anderen sind sie mit den Anfechtungstatbeständen der *actio Pauliana* (Art. 286-288 SchKG) 742

²⁰⁷⁷ Siehe oben Rz. 722.

²⁰⁷⁸ Siehe oben Rz. 724.

²⁰⁷⁹ Siehe oben Rz. 725.

²⁰⁸⁰ Siehe oben Rz. 727.

²⁰⁸¹ Siehe oben Rz. 728.

²⁰⁸² Zu Art. 298 SchKG siehe oben Rz. 729.

verwandt. Diese dienen ebenfalls dazu, Vermögenswerte der Vollstreckung wieder zuzuführen, die ihr durch Verfügungen des Schuldners entzogen worden sind. Im Unterschied zu Art. 96, 204 und 298 SchKG betreffen sie aber Rechtshandlungen, die der Schuldner vor der Pfändung, der Konkursöffnung oder der Nachlassstundung vorgenommen hat, d.h. zu einem Zeitpunkt, in dem er über sein Vermögen noch frei verfügen konnte. Verfügungen, die ein Nachlassschuldner in Überschreitung seiner eingeschränkten Verfügungsmacht vornimmt und nach Art. 286-288 SchKG erfolgreich angefochtene Rechtsgeschäfte des Schuldners sind vollstreckungsrechtlich unwirksam. Zivilrechtlich bleiben sie dagegen wirksam. Allerdings hat die vollstreckungsrechtliche Unwirksamkeit insofern Reflexwirkung auf das materielle Recht des Dritten, als dieser die Beschlagnahme und Verwertung dulden muss und dadurch faktisch und wertmässig sein Recht verliert.²⁰⁸³

743 Gleich wie die Verfügungsbeschränkungen bei der Nachlassstundung und wie die *actio Pauliana* bezwecken die fünf anerkannten Fälle der relativen Unwirksamkeit, die Gläubiger im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung ihrer Ansprüche zu schützen. Es fragt sich daher, ob statt der relativen (zivilrechtlichen) Unwirksamkeit nicht ebenso gut eine vollstreckungsrechtliche Unwirksamkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht angenommen werden könnte.

b) Früher anerkannte Fälle relativer Unwirksamkeit

744 In zwei früher anerkannten Fällen gründete die relative Unwirksamkeit nicht auf einem Verfügungsverbot bzw. einer Verfügungsbeschränkung. Vielmehr war ein Rechtserwerb bis zur Erfüllung einer zusätzlichen Voraussetzung relativ unwirksam und wurde er erst bei Eintritt dieser Voraussetzung allseitig wirksam. In beiden Fällen wurde die relative Unwirksamkeit durch Gesetzesrevision bzw. Praxisänderung des Bundesgerichts beseitigt:

- Die Abtretung einer Forderung war vor ihrer schriftlichen Beurkundung Dritten gegenüber unwirksam: Auf die Unwirksamkeit konnten sich nur diese Dritten berufen (Art. 184 aOR).²⁰⁸⁴

Hier schützte die relative Unwirksamkeit neben dem Schuldner und den Gläubigern des Zedenten auch die späteren Zessionare im Fall der Mehrfachzession.

2083 Zur paulianischen Anfechtung siehe BGE 141 III 527 E. 2.2 S. 529 f., 135 III 265 E. 3 S. 268; BSK-BAUER, Art. 291 SchKG N 9 f. und 11.

2084 Siehe oben Rz. 730-736.

- Die Übertragung von Namenaktien war vor der Eintragung des Erwerbers ins Aktienbuch der Aktiengesellschaft gegenüber unwirksam: Auf die Unwirksamkeit konnte sich nur die Gesellschaft berufen (aArt. 685 Abs. 4 OR, Art. 686 Abs. 4 OR).²⁰⁸⁵

Hier diente die relative Unwirksamkeit des nicht eingetragenen Erwerbs den Interessen der Aktiengesellschaft an Klarheit über die Zusammensetzung ihres Aktionariats.

c) Ansichten in der Literatur

Insbesondere im Fall der relativen Unwirksamkeit der formfreien Abtretung ging der Rechtsänderung eine kritische Diskussion in der Literatur voraus. Dabei wurde beanstandet, dass die relative Unwirksamkeit komplizierte Rechtslagen schaffe bzw. sich ausgesprochen nachteilig auf die Praxis der Forderungsabtretung auswirke.²⁰⁸⁶

In der schweizerischen Gerichtspraxis und Rechtsliteratur finden sich bisher kaum Ausführungen zur relativen Unwirksamkeit, die über die einzelne Regelung hinausgehen. Soweit ersichtlich thematisierten einzig VON TUHR²⁰⁸⁷ und HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL²⁰⁸⁸ die Figur der relativen Unwirksamkeit etwas allgemeiner. Beide Lehrmeinungen stehen ihr kritisch gegenüber:

- Am umfassendsten erörterte VON TUHR die relative Unwirksamkeit. Er kam zu folgendem Schluss: «[Die relative Unwirksamkeit] zwingt zur unnatürlichen Annahme einer sogenannten Duplizität des Rechtssubjekts. Ich glaube, dass man ohne diese Konstruktion auskommen kann und sie zur Vereinfachung des Rechts ablehnen sollte. Bei genauerer Betrachtung erweist sich, dass die Verfügungsbeschränkungen verschiedenen Einfluß auf die Gültigkeit der Verfügung haben. Immer aber ist die Verfügung entweder absolut (d.h. für alle) gültig oder absolut ungültig.»²⁰⁸⁹
- HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL äusserten sich zu Fällen relativer Unwirksamkeit des Eigentumsübergangs folgendermassen: «Vom Standpunkt einer juristisch einwandfreien Lösung aus gesehen vermag die

2085 Siehe oben Rz. 739.

2086 Siehe die Nachweise in Rz. 732 hiavor. Zu den Schwierigkeiten, welche die relative Unwirksamkeit in der Schuldbetreibung gegen den Zedenten oder den Zessionar verursacht, siehe unten Rz. 757-759.

2087 VON TUHR/PETER, S. 197-198 und 220-223.

2088 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 51-55.

2089 VON TUHR/PETER, S. 221 nach FN 46. G.L.A. BSK-FOËX/MARTIN-RIVARA, Art. 96 SchKG N 30 hinsichtlich der Verfügungsbeschränkung nach Art. 96 Abs. 2 SchKG und SCHWANDER, Pra 2004, Nr. 83, Bemerkung, S. 489 f. hinsichtlich der Verfügungsbeschränkung nach Art. 204 Abs. 1 SchKG.

getroffene Regelung, obwohl sie rechts- und wirtschaftspolitisch durchaus verständlich ist, nicht restlos zu befriedigen. Vorab dingliche Rechte, die ihrer Natur und Funktion nach dazu bestimmt sind, gegenüber jedermann durchsetzbar zu sein (vgl. Art. 641), sollten in der Person ihres Erwerbers ein für allemal Bestand haben, ohne dass sie von Drittpersonen nach irgendeiner Richtung hin angefochten werden können.»²⁰⁹⁰

d) Fazit

- 749 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Figur der relativen Unwirksamkeit dem Schweizer Zivilrecht nicht unbekannt, jedoch auch nicht besonders vertraut ist. In zwei Tatbeständen, in denen die relative Unwirksamkeit von Verfügungen vorgesehen war, wurde sie nach zum Teil gewichtiger Kritik beseitigt. Die fünf Fälle, in denen sie im geltenden Recht von einer Mehrheit der Lehrmeinungen bzw. vom Bundesgericht anerkannt wird, betreffen Konstellationen, in denen Verfügungen des Schuldners dessen Gläubiger schädigen. Hier ist statt der relativen Unwirksamkeit jedoch auch eine betreibungsrechtliche Unwirksamkeit denkbar.

3. Bewertung der relativen Wirkung

A. Vorteile

- 750 Die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung wahrt die Interessen des Schuldners in gleicher Weise wie die absolute Unwirksamkeit: Für den Schuldner bleibt der Zedent Forderungsinhaber und die Leistung an den Zedenten befreit den Schuldner von seiner Schuldpflicht. Die relative Unwirksamkeit hat gegenüber der absoluten aber den Vorteil, dass sie die Unwirksamkeit der Abtretung auf den Schuldner beschränkt, d.h. auf die Person, zu deren Schutz ein pactum typischerweise vereinbart wird. Gegenüber allen anderen Personen, insbesondere auch zwischen dem Zedenten und dem Zessionar, ist die Abtretung wirksam. Deren Interessen werden dadurch nicht mehr als nötig beeinträchtigt.²⁰⁹¹ Die Forderung behält ein gewisses Mass an Verkehrsfähigkeit und damit auch an Verwertbarkeit. Sie hat daher auch für den Zessionar einen wirtschaftlichen Wert, auch wenn ihm im Verhältnis zum Schuldner die Einziehungsbefugnis fehlt. Insbesondere wird der Zessionar – anders als bei der absoluten Unwirksamkeit²⁰⁹² – gegen den Zugriff der Gläubiger des

2090 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 717 ZGB N 51.

2091 Zum Ganzen HADDING / VAN LOOK, S. 14.

2092 Zur unbegründeten Bevorzugung der Gläubiger des Zedenten gegenüber dem Zessionar bei absoluter Unwirksamkeit der Abtretung vgl. oben Rz. 295.

Zedenten auf die abgetretene Forderung geschützt. Ausserdem ist es dem Schuldner verwehrt, eine spätere Abtretung – unter Durchbrechung des Prinzips der zeitlichen Priorität²⁰⁹³ – wirksam zu genehmigen.²⁰⁹⁴ Denn die spätere Abtretung bleibt auch bei ihrer Genehmigung durch den Schuldner unwirksam, da der Zedent «im Aussenverhältnis»²⁰⁹⁵ mangels Rechtsinhaberschaft nicht mehr verfügungsbefugt gewesen ist.²⁰⁹⁶ Die relative Unwirksamkeit entspricht damit den Interessen der von der Abtretung betroffenen Personen besser als die absolute Unwirksamkeit.²⁰⁹⁷

Letzteres trifft auch auf die relative Wirkung des pactum de non cedendo nach § 354a HGB und Art. III.-5:108 DCFR zu. Zum einen wird der Schuldner durch die Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten geschützt.²⁰⁹⁸ Zum anderen genießt der Zessionar gegenüber den Gläubigern des Zedenten Vorrang,²⁰⁹⁹ was der Verkehrsfähigkeit der Forderung zugutekommt. Durch die Beschränkung der Befugnisse des Zedenten auf eine reine Empfangszuständigkeit erlangt der Zessionar eine noch stärkere Rechtsstellung als bei der relativen Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung.²¹⁰⁰

B. Nachteile

a) Im Allgemeinen

Die Durchführung der Figur der relativen Unwirksamkeit erwies sich im gemeinen Recht und unter dem deutschen BGB als ausserordentlich kompliziert:²¹⁰¹ Die verbotswidrige Verfügung ist insoweit wirksam, als es nicht um die Verwirklichung des Anspruchs des durch das Verbot Geschützten geht. Dem Geschützten gegenüber ist sie jedoch unwirksam. Deshalb geht der durch das Verbot Geschützte dem durch die verbotswidrige Verfügung Begünstigten vor, wenn der Geschützte seinen Anspruch geltend macht.²¹⁰²

Die relative Unwirksamkeit lässt sich zudem nur mit grosser Mühe dogmatisch begründen. In Deutschland wurden dafür unterschiedliche Denkmodelle entwickelt: Nach der weit verbreiteten Theorie der Aufspaltung des

2093 Vgl. zum Prioritätsprinzip FN 41.

2094 Zur Genehmigungproblematik bei Mehrfachzession siehe oben Rz. 267 und 300.

2095 D.h. im Verhältnis zu allen Personen ausser dem Schuldner.

2096 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 293. Vgl. auch DENCK, JuS 1981, S. 9, 12.

2097 HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 554 f.; CANARIS, FS Serick, S. 16, 32.

2098 Siehe oben Rz. 569 (§ 354a HGB) und Rz. 582 (Art. III.-5:108 DCFR).

2099 Siehe oben Rz. 568 (§ 354a HGB) und Rz. 581 (Art. III.-5:108 DCFR).

2100 Siehe oben Rz. 570 (§ 354a HGB).

2101 VON TUHR/PETER, S. 221 vor FN 46.

2102 LARENZ, AT BGB, 2. Aufl., S. 395.

Eigentums (hier des Forderungsrechts) bleibt für den Geschützten der Veräusserer Eigentümer (Forderungsinhaber), während für die Allgemeinheit der verbotswidrig Erwerbende Eigentümer (Forderungsinhaber) wird.²¹⁰³ Gemäss der Lehre der Gegenwirkung wird die relative Unwirksamkeit als absolute Wirksamkeit mit relativer Gegenwirkung verstanden. Das abredewidrig übertragene Recht gehe zwar für alle auf den Erwerber über, zum Ausgleich dafür erhalte jedoch der Veräusserer die Befugnis, zugunsten des Geschützten über das veräusserte Recht neuerlich zu verfügen. Ein weiteres Denkmodell leitet die relative Unwirksamkeit aus einer besonderen Rechtsposition des Geschützten ab. Dieser habe eine «Rechtsmacht eigener Art» zur Verfügung über das Recht des Erwerbers. Die Wirkung des Abtretungsverbots liege somit in einer Art Verfügungsbeschränkung, infolge derer der Verbotsadressat dem Erwerber lediglich das volle Recht unter dem Vorbehalt seiner fortbestehenden (relativen) Verfügungsmacht verschaffen könne. Als weitere Begründungen werden schliesslich der Erwerb von einem Nichtberechtigten mit anschliessender Genehmigungsmöglichkeit, eine auflösend bedingte Wirkung der verbotswidrigen Verfügung oder die Nichtigkeit unter der Rechtsbedingung der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrunds vorgeschlagen.²¹⁰⁴

754 Gemein ist all diesen Denkmodellen, dass sie einen relativ grossen konstruktiven Aufwand benötigen und entsprechend weit von einem natürlichen Rechtsverständnis entfernt sind. Sie sind mit dem auf Einfachheit und Verständlichkeit bedachten Charakter des schweizerischen Obligationenrechts schlecht vereinbar. Dies zeigt sich auch darin, dass die relative Unwirksamkeit in der schweizerischen Rechtsprechung und Literatur inhaltlich zwar schon auf verschiedenen Gebieten des Privatrechts thematisiert worden ist, dass sie aber in zwei anerkannten Fällen wieder beseitigt worden ist und sich auch sonst nicht tatbestandsübergreifend durchsetzen konnte.²¹⁰⁵

755 Aufgrund der komplizierten Rechtsfolgen und der dogmatischen Schwierigkeiten überrascht es nicht, dass die Figur der relativen Unwirksamkeit auch in der deutschen Lehre auf Ablehnung gestossen ist. VON TUHR sprach sich für eine restriktive Anwendung der relativen Unwirksamkeit aus: «Die abnorme Rechtsfigur der Duplizität kann meines Erachtens nur da angenommen werden, wo das Gesetz sie statuiert; sie kann durch Privatwillkür nicht hergestellt werden.»²¹⁰⁶ LARENZ bezweifelte, dass es unmittelbar auf einem Gesetz

2103 Ähnlich VON TUHR, der von einer (abzulehnenden) «Duplizität des Rechtssubjekts» spricht (vgl. FN 333).

2104 Vgl. die Übersicht über die verschiedenen dogmatischen Deutungsversuche bei MÜKOK-ARMBRÜSTER, § 135 BGB N 33-37.

2105 Siehe zur relativen Unwirksamkeit im Schweizer Recht oben Rz. 719-749.

2106 VON TUHR, BGB I, S. 72; vgl. auch DERS., BGB II/1, S. 330 f., mit Hinweis.

beruhende Verfügungsverbote nach §135 BGB gebe, die nur den Schutz bestimmter Personen bezweckten. Überzeugende Beispiele für derartige gesetzliche Verbote liessen sich kaum finden.²¹⁰⁷ Die relative Unwirksamkeit von verbotswidrigen Verfügungen sei daher vor allem bei behördlichen Verfügungsverboten nach §136 BGB bedeutsam.²¹⁰⁸ NEUNER schliesslich bezeichnet die Spaltung der Rechtszuständigkeit als misslich. Ausserdem belasse sie dem Verfügenden mehr, als er nach dem Zweck des Instituts benötige.²¹⁰⁹

b) Bei der abredewidrigen Abtretung im Besonderen

Die relative Unwirksamkeit führt gerade auch bei der abredewidrigen Abtretung zu komplizierten Rechtsverhältnissen und unbefriedigenden Ergebnissen. So spricht gegen die relative Unwirksamkeit, dass die Spaltung des Forderungsrechts die durch die Forderung gewährten Befugnisse schwächt: Der Zessionar ist zur Durchsetzung der Forderung darauf angewiesen, dass der Schuldner freiwillig an ihn leistet bzw. die Abtretung genehmigt. Leistet der Schuldner jedoch an den Zedenten, muss der Zessionar dies gegen sich gelten lassen, selbst wenn der Schuldner die Abtretung kennt. Dies gilt auch für weitere Rechtshandlungen zwischen dem Zedenten und dem Schuldner wie Verrechnung, Erlass oder Stundung der Forderung. Diese Verteilung der Befugnisse zwischen Zedent und Zessionar blockiert faktisch den Vermögenswert der Forderung: Der Zessionar kann ihn nicht realisieren und der Zedent scheut den Aufwand der Durchsetzung der Forderung, weil er die Leistung ohnehin nicht behalten darf, sondern dem Zessionar schuldet. Die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung neutralisiert mithin die Rechtsdurchsetzungsmacht gegenüber dem Schuldner. Überdies widerspricht die Spaltung des Forderungsrechts dem zessionsrechtlichen Grundsatz, dass die Forderung durch den Gläubigerwechsel inhaltlich nicht verändert wird.^{2110, 2111}

Auch in der Zwangsvollstreckung gegen den Zedenten oder den Zessionar ist es nicht möglich, den Vermögenswert der Forderung noch eindeutig zuzuordnen, wenn die Abtretung gegenüber dem debitor cessus ungültig,

2107 LARENZ, ATBGB, 7. Aufl., S. 472.

2108 Verfügungsverbote, die von einem Gericht erlassen werden und nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, ergeben sich besonders aus einstweiligen Anordnungen der Gerichte sowie aus Massnahmen der Zwangsvollstreckung (LARENZ, ATBGB, 7. Aufl., S. 472, mit Hinweisen).

2109 NEUNER, §55 N37, mit Hinweisen.

2110 Vgl. zum Grundsatz der Identität der Forderung BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 OR N 46a; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3474; KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1201; vgl. auch BGE 125 III 257 E. 2b S. 260 («keine qualitative Änderung»); LIEDER, S. 567-591 (insb. S. 571f.); DÖRNER, S. 225-253 sowie § 1394 ABGB.

2111 Zur ganzen Rz. BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 293-297.

gegenüber allen anderen Personen aber gültig ist.²¹¹² Dem Zugriff der Gläubiger des Zedenten ist die Forderung entzogen, weil ihnen gegenüber die Abtretung wirksam ist. Sie können die relative Unwirksamkeit nicht geltend machen, weil das Abtretungsverbot sie nicht schützt.²¹¹³ Mit der Abtretung verlieren sie ihr Haftungsobjekt. Der Zessionar kann sich folglich erfolgreich gegen eine Pfändung der Forderung²¹¹⁴ bzw. gegen den Konkursbeschlagnahme²¹¹⁵ wehren.

758 Dem Zugriff der Gläubiger des Zessionars auf die Forderung wiederum kann der debitor cessus die Unwirksamkeit der Abtretung entgegenhalten. Denn die Vollstreckungsgläubiger können keine weitergehenden Befugnisse haben als der Zessionar selbst.²¹¹⁶ Für den debitor cessus kann es – angesichts seines Schutzes durch die relative Unwirksamkeit – nämlich keine Rolle spielen, ob der Zessionar selbst oder dessen Gläubiger die Leistung verlangen. Für ihn liegt die Forderungsinhaberschaft beim Zedenten.²¹¹⁷ So fällt die Forderung im Konkurs des Zessionars nach Art. 197 Abs. 1 SchKG zwar in die Konkursmasse. Sie kann aber für das Konkursamt keinen durchsetzbaren Anspruch hergeben, weil der debitor cessus nicht zur Zahlung an den Zessionar bzw. das Konkursamt gezwungen werden kann. Das Gleiche gilt bei der Pfändung der Forderung für die Gläubiger des Zessionars. Sie ist gegenüber dem debitor cessus, der sich auf das pactum de non cedendo beruft, unwirksam.

759 Folglich kann sich nach abredewidriger Abtretung niemand mehr aus der Forderung befriedigen, sofern der debitor cessus sich gegen die Vollstreckung wehrt. Insoweit scheidet die Forderung als Haftungsobjekt aus.²¹¹⁸ Nur bei Genehmigung der Abtretung durch den debitor cessus entfielen deren Unwirksamkeit und erlangten die Gläubiger des Zessionars Zugriff auf die Forderung. Im Ergebnis hinge es bei Geltung der relativen Unwirksamkeit somit vom Verhalten des debitor cessus ab, ob die Forderung überhaupt noch als Haftungsobjekt Verwendung finden kann. Dieses Ergebnis vermag nicht zu befriedigen. Die Einführung der relativen Unwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote bedingte demzufolge eine gesetzliche Klärung der Frage,

2112 BLAUM, S. 94.

2113 RAIBLE, S. 39.

2114 Im Widerspruchsverfahren (Art. 106-109 SchKG; vgl. BGE 120 III 18 E. 3a S. 19 m.w.Nw.).

2115 Mittels materiell-rechtlicher Klage vor den ordentlichen Gerichten (sog. gerichtlicher Prätendentenstreit; vgl. BGER, 5A_1035/2015, Urteil vom 26.5.2016, E. 3.2.; BGE 128 III 388 S. 389 und Regeste = Pra 2002, Nr. 196, 105 III 11 E. 2 S. 14, 76 III 9 E. 1 S. 10f.).

2116 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 295; a.A. zum deutschen Recht WAGNER, S. 317f.

2117 Siehe auch oben FN 1620.

2118 Vgl. zum deutschen Recht RAIBLE, S. 39, einschliesslich FN 108; BLAUM, S. 91-94; HADDING / VAN LOOK, S. 14; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 295f.; vgl. auch CANARIS, FS Serick, S. 23-27.

wessen Gläubiger sich aus der abredewidrig abgetretenen Forderung befriedigen können.²¹¹⁹ Die relative Unwirksamkeit müsste mithin aufgrund ihrer Unzulänglichkeiten in der Zwangsvollstreckung relativiert werden.

Schliesslich verhilft die relative Unwirksamkeit der rechtspolitisch gewünschten Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen nur ungenügend zum Durchbruch.²¹²⁰ Die Vorteile der relativen Wirkung gegenüber der absoluten liegen für den Zessionar darin, dass der Zedent nach der Abtretung – abgesehen von Rechtshandlungen mit dem Schuldner – nicht mehr wirksam über die Forderung verfügen kann und dass diese dem Zugriff der Gläubiger des Zedenten entzogen ist. Solange aber der Schuldner gegenüber dem Zessionar sich auf das pactum berufen und seine Leistung verweigern kann, kann der Zessionar die Forderung nicht durchsetzen. Er könnte sie zwar abtreten, verpfänden oder eine Nutzniessung daran bestellen. Aber auch diese Verfügungen wären dem Schuldner gegenüber unwirksam. Ein gegenüber dem Schuldner durchsetzbares Forderungsrecht erhält der Zessionar nur, wenn der Schuldner die Abtretung genehmigt. Über einen solchen Verzicht auf den durch die relative Unwirksamkeit erlangten Schutz kann der Schuldner jedoch frei entscheiden. Dem Zessionar nützt es daher nur bedingt, allen ausser dem Schuldner gegenüber Forderungsinhaber zu sein.²¹²¹ Leistet der Schuldner befreiend an den Zedenten, steht dem Zessionar gegen Letzteren zwar ein Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten zu. Der Zessionar trägt dabei aber das Risiko der Insolvenz des Zedenten. Ein vernünftiger Zessionar wird sich daher – insbesondere als Sicherungsnehmer – nicht auf einen dermassen mit Unsicherheiten verbundenen Forderungserwerb verlassen.²¹²² Diese Unsicherheiten wirken sich nachteilig auf die Möglichkeiten des Zedenten aus, seine Forderungen zu Finanzierungszwecken abzutreten. Sie mindern den Wert von Forderungen spürbar.²¹²³

Die relative Wirkung nach § 354a HGB bzw. Art. III.-5:108 DCFR vermeidet zwar die vollstreckungsrechtlichen Zuordnungsschwierigkeiten der relativen Unwirksamkeit, indem die abgetretene Forderung eindeutig ins Vermögen des Zessionars gehört. Dadurch ist sichergestellt, dass nur die Gläubiger des Zessionars auf die Forderung zugreifen können. Leistet der Schuldner jedoch in Ausübung seiner Wahlmöglichkeit an den Zedenten und fällt dieser

2119 Für den Vorrang der Gläubiger des Zessionars WAGNER, S. 317 f.

2120 EIDENMÜLLER, ACP 2004, S. 457, 472; BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 297; BRUNS, WM 2000, S. 505, 513 f.

2121 BLAUM, S. 89 f.; HADDING / VAN LOOK, S. 14.

2122 BERGER, Verfügungsbeschränkungen, S. 297.

2123 Vgl. GRAU, S. 121.

in Konkurs, ist das Recht des Zessionars auf Herausgabe des Geleisteten nicht in jedem Fall gewährleistet und kann der Zessionar gegebenenfalls nur eine Konkursforderung geltend machen.²¹²⁴ Dieser nur lückenhafte Schutz des Zessionars wirkt sich – gleich wie bei der relativen Unwirksamkeit – faktisch negativ auf die Verkehrsfähigkeit von Forderungen aus.²¹²⁵ Die Lösung von § 354a HGB stieß daher in der deutschen Rechtswissenschaft mehrheitlich auf wenig Begeisterung;²¹²⁶ Die Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten schaffe «genau die Probleme, denen [...] durch eine absolute Wirksamkeit der verbotswidrigen Zession begegnet werden soll».²¹²⁷ Sie gebe gerade Anreiz zur Verwendung von Abtretungsverboten.²¹²⁸ Zur Erhöhung der Attraktivität von Forderungen für Finanzierungsgeschäfte wird daher die Abschaffung der Wahlmöglichkeit von § 354a HGB befürwortet.²¹²⁹

III. Begründung einer Einrede für den Schuldner

762 Die Ansicht, dass das pactum de non cedendo eine Einrede für den Schuldner begründet, setzt konsequenterweise voraus, dass die abredewidrige Abtretung wirksam ist. Der Zessionar vermag die Forderung gegenüber dem Schuldner jedoch nicht durchzusetzen, wenn dieser die Einrede erhebt, dass die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Zedenten ausgeschlossen ist.²¹³⁰

763 Für diese Lösung spricht, dass sie die komplizierten Rechtsverhältnisse vermeidet, die mit der relativen Unwirksamkeit einhergehen: Die Abtretung ist gegenüber allen wirksam. Erhebt der Schuldner die Einrede, ist die abgetretene Forderung nicht durchsetzbar. Verzichtet der Schuldner hingegen darauf, die Einrede zu erheben, kann der Zessionar die abgetretene Forderung durchsetzen. Zu keinem Zeitpunkt besteht eine Duplizität der Gläubigerstellung. Die Zuordnung der Forderung nach einer abredewidrigen Abtretung bereitet folglich – im Unterschied zur relativen Unwirksamkeit – keine Probleme. Gegenüber der absoluten Wirkung hat die Begründung einer Einrede sodann den Vorteil, dass die Folgen der Abtretung nur dann eingeschränkt sind, wenn der Schuldner die Einrede erhebt. Das Einredemodell geht damit nicht über den Schutzzweck des vertraglichen Abtretungsverbots hinaus.

2124 Siehe zum Ganzen oben Rz. 572 (§ 354a HGB) und Rz. 582, FN 1639 (Art. III.-5:108 DCFR).

2125 Siehe oben Rz. 572 i.f. (§ 354a HGB).

2126 Siehe oben Rz. 573.

2127 EIDENMÜLLER, ACP 2004, S. 457, 472.

2128 Siehe oben Rz. 573 i.f. m.Nw.

2129 SCHÜTZE, S. 199.

2130 Siehe zum Einredemodell oben Rz. 224.

Darüber hinaus bietet es den Vorteil, dass es die Genehmigungsproblematik bei Mehrfachzession²¹³¹ vermeidet: Da das pactum die Abtretung nicht hindert, verliert der Zedent mit der ersten Abtretung die Verfügungsmacht. Spätere Zessionen sind daher unwirksam und können vom Schuldner nicht genehmigt werden.²¹³²

Gleich wie das Modell der relativen Wirkung vermag jedoch auch das Einredemodell die rechtspolitisch angestrebte Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen nur in einem ungenügenden Mass zu fördern. Die Möglichkeit, dass der Schuldner durch Erhebung der Einrede vereitelt, dass der Zessionar die Forderung durchsetzen kann, erschüttert das Vertrauen des Zessionars in den Erwerb der Forderung gleich wie bei der absoluten Wirkung. Während der Zessionar bei der absoluten Wirkung darauf hoffen muss, dass der Schuldner die Abtretung genehmigt, muss er bei der Begründung einer Einrede darauf hoffen, dass der Schuldner auf die Erhebung der Einrede verzichtet. Das Modell der Begründung einer Einrede ist demnach keine valable Alternative zum Modell der absoluten Wirkung, um die Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu erhöhen. 764

Hinzu kommt, dass die Annahme einer Einrede erhebliche Schwierigkeiten für die Durchsetzung der Forderung schafft. Dem Zessionar kann der Schuldner die dauerhafte Einrede der Unabtretbarkeit entgegenhalten, dem Zedenten die Einwendung der fehlenden Rechtsinhaberschaft.²¹³³ Dass der Schuldner gegenüber beiden die Leistung verweigern kann, ist offensichtlich nicht sachgerecht. Trotzdem erscheint es ungewiss, ob diesem unbefriedigenden Ergebnis mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs («*venire contra factum proprium*») begegnet werden kann. Zum einen fehlt es nämlich in der Regel an einem früheren vertrauensbegründenden Verhalten gegenüber einem der möglichen Berechtigten.²¹³⁴ Zum anderen beruft sich der Schuldner jeweils nur darauf, wozu er nach dem Einredemodell berechtigt ist: Würde die Erhebung der Einrede gegenüber dem Zessionar als rechtsmissbräuchlich erachtet, würde das Wesen des Einredemodells infrage gestellt. Und würde dem Schuldner gegenüber dem Zedenten die Einwendung der fehlenden Aktivlegitimation verwehrt, würde er zur Leistung an einen Nichtberechtigten und damit zu einer Leistung ohne Befreiungswirkung gezwungen.²¹³⁵ 765

2131 Siehe hierzu oben Rz. 267 und 300.

2132 BLAUM, S. 10.

2133 Siehe hierzu bereits oben Rz. 244.

2134 Zu dieser Voraussetzung der Berufung auf widersprüchliches Verhalten vgl. BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 ZGB N 269, 271-276.

2135 Zur ganzen Rz. BLAUM, S. 13 f.

766 Aufgrund dieser Nachteile überrascht er nicht, dass das Einredemodell weder in einer ausländischen Rechtsordnung noch in einem internationalen Regelwerk verwirklicht worden ist. Es findet sich allein – und auch nur sehr vereinzelt – im deutschen Schrifttum, wobei diejenigen Autoren, die sich damit vertiefter befassen, das Modell ablehnen.²¹³⁶ Soweit in der Schweizer Literatur von der Einrede der Unabtretbarkeit die Rede ist,²¹³⁷ ist damit nicht ein eigentliches Regelungsmodell gemeint. Vielmehr wird damit die Art thematisiert, wie die Unabtretbarkeit geltend zu machen ist.²¹³⁸

IV. Rein obligatorische Wirkung

767 Das Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung versteht unter dem vertraglichen Abtretungsverbot, die schuldrechtliche – d.h. bloss *inter partes* geltende – Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, die Abtretung seiner Forderung zu unterlassen. Dem Gläubiger ist es weiterhin möglich, seine Forderung wirksam abzutreten. Denn die Verletzung des (schuldrechtlichen) Forderungsrechts des Schuldners aus dem pactum de non cedendo verstösst nicht gegen objektives Recht und ist grundsätzlich auch nicht sittenwidrig.²¹³⁹ Die Abtretung ist daher nicht nach Art. 20 OR nichtig. Ein Anspruch auf Erfüllung des pactum, namentlich auf dem Weg des vorsorglichen Rechtsschutzes, besteht nicht. Erleidet der Schuldner allerdings durch die abrewidrige Abtretung einen Schaden, ist der Gläubiger ihm gegenüber wegen Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR schadenersatzpflichtig.²¹⁴⁰

768 Der Vorteil des Modells der rein obligatorischen Wirkung liegt zum einen in seiner Einfachheit.²¹⁴¹ Das pactum de non cedendo hat bloss Wirkungen zwischen seinen Parteien. Dadurch vermeidet dieses Modell die komplizierten Rechtslagen, die bei den hiervor bewerteten Modellen dadurch entstehen, dass das pactum de non cedendo Dritten gegenüber Wirkung zeitigt. Ausserdem stimmt die rein obligatorische Wirkung des pactum mit zwei allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts überein: Zum einen sind Rechtsgeschäfte (hier die Abtretung), deren Vornahme eine Vertragspflicht verletzt,

2136 Vgl. WÜNSCHMANN, Gruchot 1910, S. 209, 220 f. und BLAUM, S. 14 f.

2137 Siehe die Nachweise oben in Rz. 241.

2138 Zur Widersprüchlichkeit der einredeweisen Geltendmachung der Unabtretbarkeit bei Annahme der Ungültigkeit der abrewidrigen Zession siehe oben Rz. 225.

2139 Vgl. BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 143 und N 197–201.

2140 Vgl. SCHULIN/VOGT, S. 614; WATTER/KÄGI, SZW 2004, S. 231, 242.

2141 Gl.A. GRAU, S. 124.

nach dem Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses (des *pactum de non cedendo*) nicht ungültig, sondern lösen Nichterfüllungsfolgen aus.²¹⁴² Und zum anderen kann die Verfügungsmacht des Rechtssubjekts durch Vertrag grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden.²¹⁴³ So zeitigen auch das vertragliche Verbot, eine Sache zu veräussern (*pactum de non alienando*), und das zwischen dem Gläubiger und einer anderen Person als dem Schuldner vereinbarte Abtretungsverbot nur obligatorische Wirkung.²¹⁴⁴ Vertragliche Verbote, über eine Forderung oder eine Sache zu verfügen, werden damit einheitlich geregelt.

Zum anderen besteht der grosse praktische Vorteil dieses Regelungsmodells darin, dass die Forderung trotz vertraglichem Abtretungsverbot abtretbar bleibt. Die Abtretungsfreiheit²¹⁴⁵ des Zedenten wird nur durch allfällige schuldrechtliche Folgen eingeschränkt, wobei diese regelmässig auf Schadenersatzfolgen begrenzt werden.²¹⁴⁶ Dies kommt der rechtspolitisch erwünschten Verkehrsfähigkeit von Forderungen zugute.²¹⁴⁷ Der Zessionar wird in seinem Forderungserwerb geschützt. Er kann auf diesen vertrauen und muss nicht befürchten, dass der Schuldner unter Berufung auf ein vertragliches Abtretungsverbot die Leistung verweigern kann. Insbesondere bei Globalzessionen erspart dies dem Zessionar auch den Aufwand für Nachforschungen über den Bestand von Abtretungsverboten.²¹⁴⁸ Die rein obligatorische Wirkung dient damit auch den Interessen des Verkehrsschutzes.

Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist zu berücksichtigen, dass ein vernünftiger Zedent aufgrund der drohenden Haftungsfolgen nur dann gegen ein *pactum de non cedendo* verstösst, wenn der Nutzen der Abtretung grösser ist als der vorhersehbare Schaden, der dem Schuldner durch die Abtretung entsteht.²¹⁴⁹ Theoretisch bewirkt die Anordnung von Schadenersatzfolgen mithin – ökonomisch betrachtet – einen fairen Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Zedent und Schuldner: Einerseits wird der Nachteil, den der Schuldner durch die Zession erleidet, durch Schadenersatz kompensiert.

2142 Vgl. BUCHER, S. 542, FN 23; STOYANOV, S. 117. Zum Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses siehe auch oben Rz. 231.

2143 Siehe oben Rz. 19. Vgl. auch VON TUHR / PETER, S. 48, FN 21; BK-ZOBL / THURNHERR, Art. 884 ZGB N 738; vgl. auch KGer VS, Urteil vom 16.12.2010, in: ZBJV 2013, S. 548, 551 betr. die Verfügungsmacht eines fiduziarisch Berechtigten.

2144 Siehe oben Rz. 720 i.f. (*pactum de non alienando*) und Rz. 157-159 (*pactum de non cedendo*).

2145 Vgl. zur Abtretungsfreiheit als Ausfluss der Vertragsfreiheit oben Rz. 101, FN 291.

2146 Siehe oben Rz. 699.

2147 Gl.A. GRAU, S. 124.

2148 Gl.A. JON, Kor. U. L. Rev. 2010, S. 93, 119. Vgl. hierzu auch oben FN 1550.

2149 JON, Kor. U. L. Rev. 2010, S. 93, 120.

Andererseits zieht der Zedent trotz Haftung für den Schaden einen Nutzen aus der Abtretung. Praktisch ist es für den Zedenten allerdings schwierig, den Schaden des Schuldners im Voraus zu bestimmen.

- 771 Diese Vorteile gereichen dem Schuldner zum Nachteil. Er kann die Abtretung nicht verhindern. Durch die rein obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo wird er mithin dem Risiko eines Gläubigerwechsels ausgesetzt und verliert den umfassenden Schutz gegen die für ihn negativen Folgen der Abtretung.²¹⁵⁰ Erleidet er durch die Abtretung einen Schaden, für den der Zedent haftbar gemacht werden kann, treffen ihn die Umtriebe, welche die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs mit sich bringen. Der Beweis und insbesondere die Berechnung des erlittenen Schadens dürften vielfach Schwierigkeiten bereiten. Ausserdem trägt der Schuldner das Risiko der Insolvenz des Zedenten.²¹⁵¹

V. Nichtigkeit des pactum de non cedendo

- 772 Die Nichtigkeit des pactum de non cedendo ist die Extremposition zugunsten der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und zulasten des Schutzes des Schuldners. Das vertragliche Abtretungsverbot ist absolut unwirksam. Es vermag daher auch keine Haftungsfolgen auszulösen, wenn der Schuldner durch die Abtretung einen Schaden erleidet. Dadurch sind Forderungen unbeschränkt übertragbar, was den ökonomischen Interessen an der Mobilisierung von Forderungen umfassend entspricht. Umgekehrt ist der Schuldner den nachteiligen Folgen eines Gläubigerwechsels schutzlos ausgeliefert: Weder kann er die Abtretung verhindern noch kann er die durch die Abtretung erlittenen Nachteile kompensieren.

- 773 Die Nichtigkeit bietet den Vorteil der Einfachheit. Andererseits greift sie am stärksten in die Vertragsfreiheit der Parteien ein, indem sie deren Vereinbarung, dass die Forderung unabtretbar sei, jegliche Wirkung versagt. Als Extremposition vermag sie im Allgemeinen keinen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen am Schuldnerschutz und den Interessen an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu schaffen. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich denn auch in den Rechtsordnungen, in denen sie normiert wird, auf Forderungen gegen Unternehmer (L442-3 C. com.) bzw. auf bestimmte

2150 Siehe zu den Nachteilen einer Forderungsabtretung für den Schuldner oben Rz. 62-84.

2151 Vgl. MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 509f., der aus den beiden letztgenannten Nachteilen folgert, dass das Mittel des Schadenersatzes eindeutig unzureichend sei, um die Interessen des Schuldners zu schützen.

Geldforderungen (§ 9-406 lit. d UCC, Regulations 2018 reg. 2 (1)). Keine Rechtsordnung (und kein internationales Regelwerk) sieht die Nichtigkeit des pactum de non cedendo generell für alle Arten von Forderungen vor. Die Nichtigkeit erfordert daher eine genaue Regelung ihres Anwendungsbereichs. Diese erweist sich häufig als sehr komplex.²¹⁵²

§24 Vorschlag für eine zeitgemässe Regelung

I. Wahl des Regelungsmodells

1. Rein obligatorische Wirkung (Geldforderungen) und absolute Wirkung (Nichtgeldforderungen)

Angesichts der vielschichtigen Interessenlage entzieht sich die Frage nach Zulässigkeit und Wirkung vertraglicher Beschränkungen der Abtretbarkeit einer einfachen, schematischen Regelung. Lösungen, die generell einseitig die Interessen des Schuldners (Modell der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo) oder des Zedenten und des Zessionars (Modell der Nichtigkeit des pactum) berücksichtigen, sind abzulehnen. So sehen denn auch alle internationalen Regelwerke vermittelnde Lösungen vor.²¹⁵³ Ausserdem differenzieren sie – gleich wie die meisten nationalen Rechtsordnungen – hinsichtlich der Wirkung des pactum de non cedendo nach zusätzlichen Gesichtspunkten wie dem Forderungsinhalt, der (nicht-)unternehmerischen Stellung von Gläubiger und Schuldner und dem guten bzw. bösen Glauben des Zessionars.^{2154, 2155}

Vorliegend wird vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob das pactum de non cedendo Geldforderungen oder nicht monetäre Forderungen betrifft. Während bei Letzteren dem pactum weiterhin absolute Wirkung zukommen soll, soll es bei Ersteren nur noch obligatorisch wirken.

²¹⁵² Siehe oben Rz. 700 f.

²¹⁵³ Siehe oben Rz. 685.

²¹⁵⁴ Siehe oben Rz. 691-695.

²¹⁵⁵ Zur ganzen Rz. GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 335 f.

2. Begründung

A. Einleitung

776 Kriterien für eine zeitgemässe Regelung des pactum de non cedendo sollten einerseits die Fairness des Ausgleichs der divergierenden Interessen und andererseits im Sinn der Tradition des OR die Einfachheit und die Praktikabilität der Lösung sein.²¹⁵⁶ Unter diesen Gesichtspunkten wird nachfolgend begründet, weshalb die vorgeschlagene Neuregelung zwischen Geldforderungen und nicht monetären Forderungen differenziert (lit. B), bei Ersteren die rein obligatorische Wirkung (lit. C) und bei Letzteren die absolute Wirkung vorsieht (lit. D), nicht zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und solchen aus bürgerlichen Geschäften unterscheidet (lit. E), keine Sonderregeln für Forderungen aus Finanzdienstleistungsverträgen vorsieht (lit. F), nicht auf den guten Glauben des Zessionars abstellt (lit. G), auf eine besondere Geltungs- und Inhaltskontrolle von pacta de non cedendo verzichtet (lit. H) und – bei Geltung der rein obligatorischen Wirkung – von der Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten absieht (lit. I).

B. Differenzierung zwischen Geldforderungen und nicht monetären Forderungen

777 Entsprechend der allgemeinen Entwicklung im Ausland²¹⁵⁷ und auf internationaler Ebene²¹⁵⁸ differenziert die vorgeschlagene Neuregelung zwischen Geldforderungen sowie anderen Forderungen und schränkt die Wirkung des pactum de non cedendo bei Ersteren stärker ein als bei Letzteren. Diese Unterscheidung trägt einerseits der ungleichen wirtschaftlichen Bedeutung der Abtretung von monetären und von nicht monetären Forderungen Rechnung. Andererseits berücksichtigt sie die unterschiedliche Interessenlage bezüglich der Abtretbarkeit von Geldforderungen und von Nichtgeldforderungen.

2156 GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 336; GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N13.

2157 Vgl. § 9-406 (d) UCC (USA, 1952), § 354a HGB (Deutschland, 1994), § 1396a ABGB (Österreich, 2005), die Rechtsprechung zur «cession Dailly» (Frankreich, 2017, oben Rz. 677) und Regulations 2018 reg. 2 (1) (England und Wales, 2018). Eine Ausnahme bilden Art. 1260 Abs. 2 CCit (Italien, 1942), Art. 3:83 Abs. 2 NBW (Niederlande, 1992) und § 6:195 Ptk. (Ungarn, 2013), die Geld- und Nichtgeldforderungen gleich behandeln. Siehe auch oben Rz. 692.

2158 Vgl. Art. 9.1.9 UNIDROIT Principles: «assignment of a right to the payment of a monetary sum» (Abs. 1) und «assignment of a right to other performance» (Abs. 2); Art. 11:301 Abs. 1 lit. c PECL; Art. III.-5:108 Abs. 3 lit. c DCFR. Das FactŰ und das ZessŰ regeln von vornherein nur die Abtretung von Geldforderungen. Für die Abtretung nicht monetärer Forderungen gilt das anwendbare nationale Recht. Siehe auch oben Rz. 692.

Geldforderungen sind in der Praxis der mit Abstand am häufigsten zederte Forderungstyp. Sie können zur Refinanzierung von Unternehmen nutzbar gemacht werden. Aufgrund ihrer grossen praktischen Relevanz besteht ein erhebliches Interesse an der freien Abtretbarkeit von Geldforderungen. Gleichzeitig ist bei diesen das Interesse des Schuldners, an einen bestimmten Gläubiger zu leisten, typischerweise geringer als bei anderen Forderungen.²¹⁵⁹ Ein Reformbedarf ist folglich primär bei Geldforderungen nachgewiesen. Hier rechtfertigt es sich, von der absoluten Wirkung des *pactum de non cedendo* zugunsten einer Lösung abzurücken, welche die Verkehrsfähigkeit von Forderungen stärkt.^{2160, 2161}

Im Unterschied dazu werden nicht monetäre Forderungen kaum zu Finanzierungszwecken verwendet.²¹⁶² Sie sind auch seltener Gegenstand eines *pactum de non cedendo*.²¹⁶³ Darüber hinaus sind die Interessen des Schuldners an einer ausschliesslichen Bindung an den Gläubiger bei diesen Forderungen

2159 Siehe hierzu oben Rz. 440 m.Nw.

2160 Auch der Vorschlag von EIDENMÜLLER zum deutschen Recht differenziert zwischen Geldforderungen (rein obligatorische Wirkung des *pactum*) und Nichtgeldforderungen (relative Wirkung des *pactum*; vgl. EIDENMÜLLER, ACP 2004, S. 457, 470-473, 500; zustimmend HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 561; ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 334 f. und JANSEN, Art. 11:301 PECL N 13). Vgl. auch LANDROVE, S. 146 und 210 und KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1269.

Keine Differenzierung nimmt KLEIN vor, welche die rein obligatorische Wirkung des *pactum* «für sämtliche Forderungen und Abtretungskonstellationen» für «vorzugswürdig» hält (KLEIN, S. 283 und 220-226, zur Gleichbehandlung von Geld- und Nichtgeldforderungen S. 223-226). Zur Berücksichtigung der Interessen des Schuldners einer nicht monetären Forderung schlägt sie vor, dass gesetzliche Abtretungsverbote «noch etwas ausgeweitet oder weitere gesetzliche Abtretungsverbote hinzugenommen werden» (S. 225, vgl. auch S. 251 f.). Dieser Ansatz greift m.E. zu stark in die Vertragsfreiheit der Parteien ein. Er hat zur Folge, dass das Gesetz in jedem Fall vorschreibt, ob eine Forderung abtretbar ist (ohne gesetzliches Abtretungsverbot) oder nicht (bei einem gesetzlichen Verbot). Bei nicht monetären Forderungen rechtfertigt es sich aber durchaus, den Parteien ihre privatautonome Befugnis zu belassen, ihre Interessen selber zu vertreten sowie über die Abtretbarkeit oder deren Ausschluss zu verhandeln und zu entscheiden. Eine Notwendigkeit, diesen Bereich der Abtretbarkeit von Forderungen (siehe zu den verschiedenen Bereichen oben Rz. 425-430) – paternalistisch – gänzlich zu eliminieren, ist nicht nachgewiesen (siehe auch Rz. 785).

2161 Eine Ausnahme von der rein obligatorischen Wirkung verlangen in ein Kontokorrent eingesetzte (Geld-)Forderungen. Die Kontokorrentabrede bewirkt, dass die von ihr erfassten einzelnen Forderungen nicht mehr selbstständig geltend gemacht und auch nicht mehr abgetreten werden können. Ihre Unabtretbarkeit lässt sich nach der vorgeschlagenen Neuregelung nicht mehr durch die absolute Wirkung des in der Kontokorrentabrede enthaltenen *pactum de non cedendo* begründen, sondern müsste auf die Natur des Rechtsverhältnisses gestützt werden (siehe hierzu oben Rz. 404, 409 und 448).

2162 KUHN, Kreditsicherungsrecht, Rz. 1199; JANSEN, Art. 11:301 PECL N 13.

2163 So auch der österreichische Gesetzgeber bei der Schaffung von § 1396a ABGB (vgl. Erläuterung 861, BgNR 22. GP, S. 4).

grundsätzlich schutzwürdiger.²¹⁶⁴ Bei nicht monetären Forderungen besteht somit weder aus praktischer noch aus rechtlicher Sicht ein Bedürfnis, den Schuldner dazu zu zwingen, seine Leistung gegenüber einem neuen Gläubiger zu erbringen, obwohl er dies vertraglich ausgeschlossen hat.

C. Rein obligatorische Wirkung (Geldforderungen)

780 Der Überblick über die Regelungen des pactum de non cedendo im ausländischen und internationalen Schuldrecht lässt insgesamt eine eindeutige Tendenz erkennen: Dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit von (Geld-)Forderungen wird ein hoher Stellenwert eingeräumt. Demgegenüber wird das Interesse des Schuldners, seinen Gläubiger beizubehalten, als nachrangig bewertet.²¹⁶⁵ So haben Deutschland, Österreich und Ungarn, die ursprünglich wie die Schweiz dem vertraglichen Abtretungsverbot eine absolute Wirkung zugesprochen hatten, diese Position 1994, 2005 bzw. 2014 durch Gesetzesrevisionen relativiert. HGB und ABGB normieren nunmehr die Wirksamkeit abredewidriger Zessionen von Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften.²¹⁶⁶ Das ungarische ZGB ordnet gar die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung aller Forderungen an.²¹⁶⁷ Und in den Niederlanden schwächte der Hoge Raad im Jahr 2014 die absolute Wirkung des pactum gemäss Art. 3:83 Abs. 2 NBW dadurch ab, dass er dessen Auslegung als rein obligatorisch wirkendes Abtretungsverbot ermöglichte.²¹⁶⁸ Diese Entwicklungen können letztlich auf die Erkenntnis zurückgeführt werden, dass angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Abtretung von Geldforderungen der Schutz des Schuldners nicht durch die Verhinderung von Abtretungen, sondern durch eine Stärkung des Schuldnerschutzes bei erfolgter Abtretung erreicht werden soll.^{2169, 2170}

781 Auch für das Schweizer Recht wurde vorliegend festgestellt, dass die absolute Wirkung des pactum de non cedendo betreffend Geldforderungen nicht mehr zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen der an der Abtretung beteiligten Personen beiträgt und daher eine Revision der Position des OR ins Auge zu fassen ist.²¹⁷¹ Die Bewertung der Regelungsmodelle hat gezeigt, dass

2164 Siehe hierzu oben Rz. 440.

2165 Ebenso RUDOLF, S. 298. Siehe zur Tendenz, die Abtretbarkeit von Forderungen zu fördern, oben Rz. 686-690.

2166 Vgl. § 354a HGB (siehe oben Rz. 564-577) sowie § 1396a ABGB (siehe oben Rz. 636-648).

2167 Vgl. § 6:195 Ptk. (siehe oben Rz. 654-658).

2168 Siehe oben Rz. 487 f.

2169 ISCRU, S. 15, 44.

2170 Zu den Vorschlägen für eine punktuelle Stärkung des Schuldnerschutzes im Schweizer Recht siehe unten Rz. 840-848.

2171 Siehe oben Rz. 303-305 und 453 f.

von den Lösungen, die sich auf die Verkehrsfähigkeit von Forderungen förderlich auswirken, die rein obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo zu favorisieren ist. Sie vereint die Vorteile der Einfachheit und der Einheitlichkeit,²¹⁷² ohne den Schutz des Schuldners ganz preiszugeben. Ausserdem entspricht sie dem Grundsatz, dass vertragliche Vereinbarungen nur zwischen den Parteien wirken.²¹⁷³ Im Unterschied dazu führt die relative Wirkung des pactum de non cedendo zu komplizierten Rechtslagen, ohne die Verkehrsfähigkeit der Forderung hinreichend zu fördern.²¹⁷⁴ Auch die Lösung, dass das pactum de non cedendo eine Einrede des Schuldners begründet, verhilft der Mobilität von Forderungen nicht genügend zum Durchbruch.²¹⁷⁵ Hinzu kommt, dass die Annahme einer Einrede erhebliche Schwierigkeiten für die Durchsetzung der Forderung schafft.²¹⁷⁶ Das Einredemodell wurde denn auch weder im ausländischen noch im internationalen Abtretungsrecht verwirklicht.²¹⁷⁷ Das Modell der Nichtigkeit des pactum de non cedendo schliesslich vermag keinen fairen Interessenausgleich zu erzielen, da es den Schuldnerschutz gänzlich opfert.²¹⁷⁸ Folglich wird vorliegend für das vertragliche Verbot, Geldforderungen abzutreten, die rein obligatorische Wirkung vorge schlagen.²¹⁷⁹ Demnach ist die abredewidrige Abtretung (absolut) wirksam. Dass ein vereinbartes Abtretungsverbot mithin die Verkehrsfähigkeit von Forderungen nicht mehr hemmen kann, entspricht den Interessen des Zedenten und des Zessionars. Die Interessen des Schuldners werden dadurch gewahrt, dass dieser vom Zedenten Ersatz des aus der abredewidrigen Abtretung resultierenden Schadens verlangen kann.²¹⁸⁰

2172 Gl.A. GRAU, S. 124 («Lösung, die aufgrund ihrer Konsequenz, Einfachheit und Klarheit überzeugt»).

2173 Gl.A. STOYANOV, S. 117. Siehe zu den Vorteilen der rein obligatorischen Wirkung oben Rz. 768-770 und zum Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses auch Rz. 231.

2174 Siehe oben Rz. 752-761. Vgl. auch BERGER (Verfügungsbeschränkungen, S. 291-297), der zum Ergebnis gelangt, dass die relative Unwirksamkeit keine erheblichen Vorteile gegenüber der Annahme absoluter Unwirksamkeit geniesse.

2175 Siehe oben Rz. 764.

2176 Siehe oben Rz. 765.

2177 Siehe oben Rz. 766.

2178 Siehe oben Rz. 772f.

2179 Gl.A. MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 919 f. (mit Blick auf den internationalen Rechts- und Handelsverkehr, aber ohne Beschränkung auf Geldforderungen); FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 695, Rz. 35 (ohne Beschränkung auf Geldforderungen); ebenso die Reformvorschläge von BAUER und KLEIN für das deutsche Recht (BAUER, S. 341-343; KLEIN, S. 282-286) bzw. für das europäische Recht (KLEIN, S. 282) (beide jeweils ebenfalls ohne Beschränkung auf Geldforderungen). Vgl. auch BRUNS, WM 2000, S. 505, 513 f. und STAMM, JZ 2022, S. 1093, 1099 f.

2180 Vgl. zur Wahl der rein obligatorischen Wirkung auch GIRSBERGER/HERMANN, FS Schwander, S. 335-337; DIES., OR 2020, Art. 164 N 12 f. und KUHN, SZW 2015, S. 351, 363 f.

- 782 Das obligatorisch wirkende pactum de non cedendo verpflichtet den Gläubiger, die Forderung nicht abzutreten. Dogmatisch stellt es ein rechtsgeschäftliches Veräusserungs- bzw. Verfügungsverbot dar. Als solches schränkt es das rechtliche Dürfen des Forderungsinhabers ein, nicht jedoch dessen rechtliches Können. Demzufolge bleibt die Forderung abtretbar und der Gläubiger verfügungsbefugt.²¹⁸¹

D. Absolute Wirkung (Nichtgeldforderungen)

- 783 Bei anderen Forderungen als Geldforderungen besteht kein Reformbedarf.²¹⁸² Die absolute Wirkung des pactum de non cedendo sorgt hier für einen angemessenen Interessenausgleich. Denn einerseits ist das Interesse an der Verkehrsfähigkeit nicht monetärer Forderungen im Vergleich zu Geldforderungen von untergeordneter Bedeutung. Und andererseits ist das Interesse des Schuldners an der Unabtretbarkeit nicht monetärer Forderungen aufgrund des persönlicheren Charakters dieser Forderungen tendenziell grösser als bei Geldforderungen. Schliesslich kann die Unabtretbarkeit auch im schützenswerten Interesse der Allgemeinheit liegen, wie die Unübertragbarkeit von Forderungen auf Eintritt zu Sport- und Kulturveranstaltungen bei Personalisierung von Eintrittskarten zeigt.²¹⁸³

- 784 Zum angemessenen Interessenausgleich trägt auch bei, dass der Schuldner der abredewidrigen Abtretung durch Zustimmung oder Genehmigung zur Wirksamkeit verhelfen kann. Folglich ist die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Zession deren Nichtigkeit vorzuziehen.²¹⁸⁴ Gegenüber der relativen Wirkung des pactum de non cedendo wiederum hat die absolute Wirkung den Vorteil der Einfachheit und Praktikabilität. Auch wenn die relative Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung die divergierenden Interessen ausgewogener ausgleicht,²¹⁸⁵ sollte ihr Anwendungsbereich wegen der komplizierten Rechtslage, die sie begründet,²¹⁸⁶ im Schweizer Recht m.E. nicht ohne Not ausgeweitet werden. Auch die in § 354a HGB und Art. III.-5:108 DCFR normierte absolute Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung mit weitreichendem Schuldnerschutz ermöglicht zwar einen ausgewogeneren

2181 Siehe allgemein zur obligatorischen Wirkung rechtsgeschäftlicher Verfügungsverbote oben Rz. 18f.

2182 Siehe Rz. 440 und 779.

2183 Zum Interesse an einer Personalisierung des Schuldverhältnisses siehe oben Rz. 99. Vgl. auch Rz. 81.

2184 Siehe zur Unterscheidung zwischen absoluter Unwirksamkeit und Nichtigkeit oben Rz. 106-111 und 716.

2185 Siehe oben Rz. 750.

2186 Siehe zu den komplizierten Rechtslagen im Allgemeinen oben Rz. 752-755 und bei abredewidrigen Abtretungen im Besonderen Rz. 756-760.

Interessenausgleich.²¹⁸⁷ Die Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten verkompliziert aber die Rechtslage und erweist sich insbesondere im Konkurs des Zedenten als unbefriedigend.²¹⁸⁸

Die Möglichkeit, die Unabtretbarkeit durch ein *pactum de non cedendo* zu vereinbaren, ist Ausdruck der Vertragsfreiheit. Als tragendes Grundprinzip einer freiheitlichen Privatrechtsordnung sollte die Vertragsfreiheit nur dort beschnitten werden, wo keine Gewähr dafür besteht, dass die Parteien ihre Interessen angemessen wahrnehmen können. Diese Gewähr fehlt, wenn marktmächtige Schuldner den Abschluss eines *pactum* durchsetzen können und so den Gläubigern verunmöglichen, ihre Geldforderungen zu Finanzierungszwecken nutzen zu können. Im Unterschied dazu ist bei anderen Forderungen nicht festzustellen, dass die Interessen des Gläubigers, der potentiellen Zessionare und der Allgemeinheit durch die Freiheit zur Vereinbarung der Unabtretbarkeit der Forderung derart beeinträchtigt werden, dass die Vertragsfreiheit durch den Gesetzgeber aufgehoben werden muss. Deshalb gebührt bei nicht monetären Forderungen der absoluten Wirkung des *pactum de non cedendo* als freiheitlichster Wirkungsart der Vorzug. Aus der Vertragsfreiheit als Grundlage der absoluten Wirkung folgt, dass es den Parteien freisteht, auch ein bloss obligatorisch wirkendes *pactum* zu vereinbaren. Die Wirkung des *pactum* ist somit durch dessen Auslegung zu bestimmen. Dabei ist – wie nach geltendem Recht – ohne klaren Hinweis auf einen abweichenden Parteiwillen grundsätzlich von der absoluten Wirkung auszugehen. Diese entspricht dem gesetzlich vorgesehenen Grundmodell.

Zur Natur des absolut wirkenden *pactum de non cedendo* kann auf die Erörterungen zum geltenden Recht verwiesen werden: Das *pactum* verändert die Forderung inhaltlich, indem es die ihrer Natur nach veräusserliche Forderung zu einer unabtretbaren macht. In dieser Gestaltung der Beschaffenheit der Forderung liegt gleichzeitig eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Gläubigers. Das *pactum* begrenzt mithin das rechtliche «Können» und nicht bloss das rechtliche «Dürfen» des Gläubigers.²¹⁸⁹

Dass die Vereinbarung eines Abtretungsverbots bei nicht monetären Forderungen absolut wirkt, während sie bei Geldforderungen rein obligatorisch wirkt, verursacht dogmatisch keine Schwierigkeiten. Diese beiden unterschiedlichen Wirkungen können mühelos nebeneinander bestehen. Dabei entspricht die rein obligatorische Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote dem allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsatz der Relativität vertraglicher

2187 Siehe oben Rz. 751.

2188 Siehe oben Rz. 761.

2189 Siehe oben Rz. 188-198, insb. 195.

Vereinbarungen. Denn Rechtsgeschäfte, deren Vornahme eine Vereinbarung verletzt, sind gemeinhin nicht ungültig, sondern lösen Nichterfüllungsfolgen aus.²¹⁹⁰ Die rein obligatorische Wirkung bedarf daher eigentlich gar keiner spezifischen gesetzlichen Normierung.²¹⁹¹ Dass eine Vereinbarung neben ihren obligatorischen Folgen auch dingliche Wirkung zeitigt, ist dagegen eine Ausnahme, die eine gesetzliche Regelung erfordert.²¹⁹²

E. Keine Differenzierung zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften

788 Neuere ausländische Regelungen differenzieren zum Teil anhand des Grundgeschäfts, aus dem die abzutretende Forderung stammt, zwischen Forderungen aus gewerblicher oder beruflicher Tätigkeit («Forderungen aus Handelsgeschäften») und anderen Forderungen («Forderungen aus bürgerlichen Geschäften»)²¹⁹³ Dabei wird die Abtretbarkeit von Forderungen aus Handelsgeschäften weitergehend gewährleistet als die Übertragbarkeit von Forderungen aus bürgerlichen Geschäften. Die vorliegend vorgeschlagene Neuregelung verzichtet auf diese Unterscheidung.

789 Zwar besteht bei Forderungen aus Handelsgeschäften im Allgemeinen ein grösseres Interesse an ihrer freien Abtretbarkeit und damit ein stärkerer Reformbedarf.²¹⁹⁴ Allerdings können Nichtkaufleute, wie z.B. Arbeitnehmer, Versicherungsnehmer und Konsumenten (z.B. als Kunden von Banken), durchaus auch ein schutzwürdiges Interesse an der abtretungsweisen Verwertung ihrer Forderungen haben. Gleich wie auf Fremdfinanzierung angewiesene Unternehmen ein Interesse an der Verwendung von Debitorenforderungen haben, können Arbeitnehmer und Versicherungsnehmer daran interessiert sein, ihre künftigen Lohn- bzw. Versicherungsforderungen beispielsweise als Kreditsicherheiten einzusetzen,²¹⁹⁵ soweit nicht ein gesetzliches Abtretungsverbot greift. Dieses Gläubigerinteresse ist, wenn auch nicht in quantitativer Hinsicht, so doch in qualitativer Hinsicht für Kaufleute und Nichtkaufleute gleich.²¹⁹⁶ Besteht das Interesse an der Abtretbarkeit von (Geld-)Forderungen somit unabhängig von der Kaufmannseigenschaft des Zedenten, ist die An-

2190 BUCHER, S. 542, FN 23; siehe auch oben Rz. 768.

2191 Vgl. SCHULER, S. 39.

2192 Siehe oben Rz. 195.

2193 Siehe oben Rz. 693.

2194 Siehe oben Rz. 442.

2195 WAGNER, WM-Sonderbeilage, S. 8; DERS., § 354 HGB, S. 44 f.; CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 37; ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 321; BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 219; AYDINONAT, S. 41.

2196 LIEDER, S. 203; KLEIN, S. 222.

ordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen für Abtretungsverbote nach Handelsrecht und nach bürgerlichem Recht nicht zwingend angezeigt.²¹⁹⁷

Gegen eine Differenzierung spricht auch, dass die Abgrenzung von Forderungen aus Handelsgeschäften und aus bürgerlichen Geschäften sich in ausländischen Rechtsordnungen rechtspolitisch als schwierig erwiesen hat. Es stellen sich namentlich die Fragen, ob das Grundgeschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft (§ 354a HGB²¹⁹⁸) bzw. ein Geschäft zwischen Unternehmern (§ 1396a ABGB²¹⁹⁹) sein muss oder nicht (Art. L442-3 C. com.), ob auch Geschäfte von Kleingewerbetreibenden und von Angehörigen freier Berufe erfasst werden (§ 1396a ABGB) oder nicht (§ 354a HGB²²⁰⁰), ob auch Geschäfte mit dem Staat als Schuldner unter die Regelung fallen (§ 354a HGB, § 1396a ABGB) und ob für Forderungen aus Darlehensverträgen eine Ausnahme gemacht wird (§ 354a Abs. 2 HGB).²²⁰¹

Die rechtspolitische Entscheidung dieser Fragen erforderte zwangsläufig eine detailliertere und entsprechend komplexere Regelung.²²⁰² Zwar vermöchte eine differenziertere Lösung im Einzelfall die Interessen angemessener auszugleichen. Würde über die Differenzierung zwischen Geld- und Nichtgeldforderungen hinaus auch zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften unterschieden, litten aber die Übersichtlichkeit und damit die Rechtsklarheit.²²⁰³ Dies alles liefere der Rechtssicherheit zuwider.

Mit der Beschränkung der rein obligatorischen Wirkung des pactum auf Forderungen aus Handelsgeschäften würde auch die angestrebte Erhöhung des Verkehrsschutzes abgeschwächt. Ein Zessionar könnte sich nämlich nicht sicher sein, ob er die Forderung wirksam erworben hat, ohne zu prüfen, ob die

2197 Vgl. auch WAGNER, WM-Sonderbeilage, S. 26; DERS., §354a HGB, S. 92; ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 333.

2198 Vgl. die Kritik bei CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 33-39 und WAGNER, WM-Sonderbeilage, S. 7f.; DERS., §354a HGB, S. 43-46.

2199 Vgl. die Kritik bei BYDLINSKI/VOLLMAYER, JBl 2006, S. 205, 219-221; THÖNI, §1396a ABGB N 20; AYDINONAT, S. 41f.

2200 Vgl. die Kritik bei CANARIS, Handelsrecht, § 26 Rz. 34f.

2201 Siehe hierzu sogleich Rz. 794-797.

2202 Vgl. v.a. die detaillierte Regelung des Anwendungsbereichs von Regulations 2018 reg. 2 (1) (siehe Rz. 525f.) und den «horribly complicated» Anwendungsbereich von §9-406 UCC (siehe Rz. 665 bei FN 1906 und Rz. 667f.).

2203 Vgl. BRUNS, WM 2000, S. 505, 512f. in Bezug auf die Vielfalt der Regelungsmodelle und die Rechtsfolgendifferenzierung: «Das Recht kann seine Ordnungsfunktion nur erfüllen, wenn es eine gewisse Ordnung tatsächlich schafft, die auf nachvollziehbaren sachlich angemessenen Differenzierungen beruht. Überdifferenzierung ist eher schädlich und bedeutet in letzter Konsequenz immer Funktionsverlust und damit einhergehende Erosion des Rechts.»

Forderung aus einem von der Regelung erfassten Handelsgeschäft stammt. Dies wirkte sich auch negativ auf die faktische Verkehrsfähigkeit von (Geld-) Forderungen aus: Je grösser die rechtliche Unsicherheit beim Forderungserwerb ist, desto grösser ist das Risiko, dass sich kein Erwerber findet.²²⁰⁴

793 Der vorliegende Revisionsvorschlag beschränkt sich aus diesen Gründen auf die Unterscheidung zwischen Geldforderungen und Nichtgeldforderungen.²²⁰⁵ Hier unterscheiden sich die Interessenlagen am stärksten. Auch ausländische Rechtsordnungen, die vom Grundsatz der obligatorischen Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote ausgehen, differenzieren zum Teil nicht zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften und sehen sogar von der Unterscheidung zwischen Geldforderungen und nicht monetären Forderungen ab.²²⁰⁶

F. Keine Sonderregelungen für Forderungen aus Finanzdienstleistungsverträgen

794 Das ZessÜ und einzelne nationale Rechtsordnungen, welche die Wirkungen des pactum de non cedendo einschränken, sehen Sonderregelungen für Forderungen aus Finanzdienstleistungsverträgen vor. Dabei wird es den Parteien ermöglicht, bei Finanzdienstleistungsgeschäften Abtretungen vertraglich auszuschliessen. Die Intentionen hinter diesen Sonderregeln sind konträr je nachdem, ob als Schuldner der Kreditnehmer (hierzu sogleich Rz. 795) oder das Finanzinstitut geschützt wird (Rz. 796).

795 Dem Schutz des Kreditnehmers dient § 354a Abs. 2 HGB, der Abtretungsverbote für Forderungen von Kreditinstituten aus Darlehensverträgen mit Unternehmern vom Regime von § 354a Abs. 1 HGB ausnimmt. Solche Abtretungsverbote wirken gemäss der allgemeinen Regel von § 399 BGB absolut. Die Sonderregelung von § 354a Abs. 2 HGB wurde während der Finanzkrise 2007/2008 im Rahmen des sogenannten Risikobegrenzungsgesetzes eingeführt. Dieses bezweckt, die Rahmenbedingungen für Finanzdienstleistungen so zu gestalten, dass gesamtwirtschaftlich unerwünschte Aktivitäten von Finanzinvestoren erschwert werden.²²⁰⁷ Namentlich missbilligte der Gesetz-

2204 Vgl. BYDLINSKI/VOLLMAYER, JBl 2006, S. 205, 219; AYDINONAT, S. 41 f. (beide zu § 1396a ABGB).

2205 Ebenso die Reformvorschläge zum deutschen Recht von EIDENMÜLLER (ACp 2004, S. 457, 471, 500) und ARMGARDT (RabelsZ 2009, S. 314, 333 f.); gegen eine Differenzierung zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften auch KLEIN, S. 220-223; LIEDER, S. 203; GOERGEN, S. 227; ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 333; für eine Differenzierung STOYANOV, S. 123 f., 125.

2206 Vgl. Art. 1260 Abs. 2 CCit und Art. 577 Ziff. 2 Código Civil português (nach beiden Normen obligatorische Wirkung bei gutem Glauben des Zessionars) sowie § 6:195 Ptk.

2207 Entwurf Risikobegrenzungsgesetz, S. 1.

geber Tätigkeiten von Hedgefonds oder vergleichbaren Finanzinvestoren beim Aufkauf notleidender Kredite. Um unternehmerische Kreditnehmer gegen solche Kreditverkäufe besser zu schützen, erhielten sie die Möglichkeit, die Abtretbarkeit ihrer Darlehensschuld gemäss § 399 BGB vertraglich auszuschliessen. Da dadurch der Einsatz von Kreditforderungen für Refinanzierungszwecke der Kreditinstitute erschwert wurde, erntete die Sonderregel von § 354a Abs. 2 HGB allerdings auch Kritik.^{2208, 2209}

Im Unterschied dazu kennen das englische und das US-amerikanische Recht sowie das ZessÜ Sonderregeln im Interesse der Kreditinstitute: Gemäss Regulations 2018 reg. 2 (1) gilt die Unwirksamkeit des pactum de non cedendo nicht bei Forderungen, die aus einem Vertrag stammen, «which is a contract for, or entered into in connection with prescribed financial services» (reg. 4 (a)).²²¹⁰ Ebenso gilt die Nichtigkeit von pacta de non cedendo gemäss § 9-406 UCC nicht für Zahlungsansprüche aus einem Darlehensvertrag.²²¹¹ Und auch Art. 9 Abs. 3 lit. a ZessÜ nimmt Forderungen aus Verträgen über Finanzdienstleistungen («financial receivables») vom Anwendungsbereich der eingeschränkten Wirkung des pactum nach Art. 9 Abs. 1 und 2 ZessÜ aus.²²¹² Diese drei Sonderregeln nehmen Rücksicht auf die persönliche Natur von Finanzdienstleistungsgeschäften, die einem beliebigen Austausch des Kreditnehmers entgegensteht.²²¹³ Aufgrund der Relevanz der Kreditwürdigkeit des Gläubigers ist dessen Person für das Kreditinstitut von zentraler Bedeutung. Pacta de non cedendo sind diesen Geschäften daher regelmässig immanent.²²¹⁴ Ständen sie der Abtretung nicht entgegen, hätte dies zur Folge, dass Kreditinstitute auf bestimmte Finanzdienstleistungen verzichteten.²²¹⁵

Der vorliegende Reformvorschlag verzichtet auf eine Sonderregelung für Forderungen aus Finanzdienstleistungsverträgen. Der besondere Schutz der Darlehensnehmer, wie ihn § 354a Abs. 2 HGB bietet, ist in den untersuchten

2208 Vgl. Bericht Finanzausschuss, S. 11.

2209 Siehe zur ganzen Rz. oben Rz. 566 und die dortigen Hinweise.

2210 Welche Finanzdienstleistungen betroffen sind, schreibt der Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 in s. 2 vor.

2211 Vgl. die Ausnahmen von Begriff «account» in § 9-102 (a) (2) Satz 3 UCC. Vgl. auch MACMAHON, Ind.L.J. 2020, S. 485, 514 («any right to payment other than under a loan»).

2212 Unter solche «financial receivables» fallen Forderungen aus Darlehens- und aus Versicherungsverträgen (Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 13). Ausserdem sind Forderungen aus gewissen Finanzgeschäften ganz vom Anwendungsbereich des ZessÜ ausgenommen (vgl. Art. 4 Abs. 2 ZessÜ).

2213 SCHMIDT, IPRax 2005, S. 93, 97.

2214 GRAU, S. 122.

2215 Vgl. die Stellungnahme der European Banking Federation, in: Compilation of comments ZessÜ, S. 10 f., 13 f.

Rechtsordnungen und Regelwerken singular. Auch der Schutz zugunsten der Finanzinstitute hat sich nicht flächendeckend durchgesetzt. Den Regelungen in England und den USA stehen diejenigen in Österreich (§ 1396a ABGB), Frankreich (Art. L442-3 C. com.) und Ungarn (§ 6:195 Ptk.) gegenüber, die ebenfalls die Wirkung des pactum einschränken, aber auf eine Rückausnahme für Darlehensforderungen verzichten.²²¹⁶ Ein Trend zugunsten von Sonderregelungen für Forderungen aus Finanzdienstleistungsverträgen ist nicht zu erkennen. Die Einführung eines solchen speziellen Schutzes für Schuldner aus Finanzdienstleistungsverträgen ist auch keine rechtsdogmatische, sondern eine rechtspolitische Frage. Solange kein zwingender Bedarf nachgewiesen ist, sollte m.E. im Sinn der Einfachheit und der Praktikabilität darauf verzichtet werden. Man halte sich nur etwa die Vorschrift in s. 2 Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 vor Augen, die für die Umschreibung der betroffenen «financial services» insgesamt zwei Absätze, acht Unterabsätze (lit.) und 17 Unterunterabsätze (Ziff.) benötigt. Eine solche Norm verträge sich schlecht mit dem auf Einfachheit und Verständlichkeit bedachten Gesetzgebungsstil des Schweizer Obligationenrechts. Ausserdem hätte sie die gleichen nachteiligen Folgen für die Rechtssicherheit, wie die Differenzierung zwischen Forderungen aus Handelsgeschäften und Forderungen aus bürgerlichen Geschäften.²²¹⁷

G. Gutgläubensschutz

798 Des Weiteren ist die Frage zu beantworten, ob die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung generell vom guten Glauben des Zessionars abhängen soll, d.h. davon, ob dieser das pactum de non cedendo nicht kennt und auch nicht kennen muss. Die Privilegierung des gutgläubigen Zessionars trägt dem Umstand Rechnung, dass ein gutgläubiger Zessionar schutzwürdiger ist als ein bösgläubiger. Für Ersteren sollte das pactum de non cedendo daher keine negativen Folgen zeitigen und die Abtretung wirksam sein. So sehen das italienische und das portugiesische Recht sowie der Code Européen des Contrats, die PECL und die UNIDROIT Principles für den Fall, dass der Zessionar gutgläubig ist, die rein obligatorische Wirkung des pactum de non cedendo vor. Bei bösem Glauben des Zessionars wirkt das pactum dagegen relativ²²¹⁸ bzw. absolut²²¹⁹.

2216 Vgl. zum französischen Recht KIENINGER, Forderungsabtretung, S. 227.

2217 Siehe oben Rz. 788-793, insb. 791f.

2218 § 1260 Abs. 2 CCit, Art. 577 Ziff. 2 Código Civil português, Art. 121 Abs. 4 Code Européen des Contrats, Art. 11:301 PECL.

2219 Art. 9.1.9 Abs. 2 UNIDROIT Principles (bei Nichtgeldforderungen).

Dem Schweizer Abtretungsrecht ist der gutgläubige Erwerb von Forderungen allerdings in der Regel fremd. Der Zessionar geht daher gewöhnlich trotz seines guten Glaubens leer aus, wenn die abzutretende Forderung nicht existiert, nicht abtretbar ist oder wenn der Zedent nicht Verfügungsbefugter ist.²²²⁰ Gerade bei der Beschränkung der Abtretbarkeit durch ein *pactum de non cedendo* zeigt sich, dass es grundsätzlich an einer verlässlichen Grundlage fehlt, an die der gute bzw. böse Glaube des Zessionars anknüpfen könnte. Einzig im in Art. 164 Abs. 2 OR geregelten Spezialfall der Forderung, für die ein schriftliches Schuldbekenntnis ausgestellt worden ist, besteht in Letzterem ein Anknüpfungspunkt für den guten bzw. bösen Glaube des Zessionars, der das Schuldbekenntnis kennt.²²²¹ Davon abgesehen mangelt es an einer entsprechenden Grundlage. Denn vielfach hat der Zessionar keinen umfassenden Einblick in das (Vertrags-)Verhältnis zwischen Zedent und Schuldner.²²²² Ausserdem kann das *pactum de non cedendo* zum einen formlos und zum anderen auch ausserhalb des Vertrags, der die abzutretende Forderung begründet, vereinbart werden. Der Zessionar weiss somit grundsätzlich nicht, ob ein *pactum de non cedendo* besteht oder nicht.

Abhilfe könnte die Annahme einer Obliegenheit des Zessionars schaffen, sich beim Schuldner nach dem Bestand eines vertraglichen Abtretungsverbots zu erkundigen. Diese Lösung vermag im Ergebnis jedoch nicht zu befriedigen. Denn wenn der Zessionar gehalten ist, sich beim Schuldner über den allfälligen Bestand eines *pactum de non cedendo* zu informieren, scheidet ein gutgläubiger Erwerb bei Bestehen eines *pactum* praktisch immer aus. Dies liefe der gewünschten Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von (Geld-)Forderungen zuwider. Ohne eine solche Obliegenheit des Zessionars hat der Schuldner aber praktisch keine Möglichkeit, den guten Glaube des Zessionars zu zerstören. Es ist mithin kein Anknüpfungspunkt für den guten Glaube ersichtlich, der einerseits dem Zessionar den gutgläubigen Forderungserwerb ermöglicht und andererseits dem Schuldner eine realistische Chance gibt, den guten Glaube des Zessionars auszuschliessen.²²²³

De lege ferenda wird als Publizitätsmittel für Abtretungen die Einführung eines öffentlichen Registers diskutiert, in das Forderungen, deren Abtretung

2220 Siehe zum fehlenden Schutz des guten Glaubens des Zessionars und seinen Ausnahmen oben Rz. 271-277.

2221 Enthält das Schuldbekenntnis das *pactum* nicht, ist der Zessionar gutgläubig; enthält es das *pactum*, ist der Zessionar bösgläubig.

2222 Dies trifft insbesondere bei der Abtretung zukünftiger Forderungen zu.

2223 Vgl. EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 470 f.; diesem folgend HATTENHAUER, FS Holzhauser, S. 560.

und allfällige Abtretungsverbote eingetragen werden können.²²²⁴ An den Eintrag der Forderung in ein solches Register ohne Angabe eines Abtretungsverbots könnte der gute Glaube des Zessionars anknüpfen.²²²⁵ Solange aber ein solches Forderungsregister in der Schweiz nicht existiert,²²²⁶ besteht – abgesehen vom Fall von Art. 164 Abs. 2 OR – keine zweckmässige Grundlage, den guten Glauben des Zessionars festzustellen. Das Abstellen auf den guten Glauben führte daher in der Praxis zu Beweisschwierigkeiten und mithin zu Unsicherheiten darüber, ob der Zessionar zufolge guten Glaubens eine Forderung trotz pactum de non cedendo erworben hat. Diese Ungewissheit beschränkte wiederum die Verkehrsfähigkeit von Forderungen.

802 Für die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung generell den guten Glauben des Zessionars vorauszusetzen, widerspricht demnach nicht nur dem Grundsatz, dass Forderungen nicht kraft guten Glaubens erworben werden können. Es fehlt darüber hinaus im geltenden Recht auch ein praxistauglicher allgemeiner Anknüpfungspunkt für die Feststellung des guten Glaubens. Folglich erscheint der gute Glaube im Schweizer Zessionsrecht nicht als geeignetes Kriterium für die Unterscheidung zwischen wirksamen und unwirksamen abredewidrigen Abtretungen.²²²⁷ Die vorgeschlagene Neuregelung verzichtet daher darauf, für die Wirksamkeit der Abtretung allgemein den guten Glauben des Zessionars vorauszusetzen bzw. bei Bösgläubigkeit des Zessionars die Unwirksamkeit der Abtretung anzuordnen. Bei der Zession von Geldforderungen schliesst der böse Glaube des Zessionars die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung mithin nicht aus.

803 Am beschränkten Schutz des guten Glaubens des Zessionars nach Art. 164 Abs. 2 OR hält der Regelungsvorschlag allerdings fest. Diese Vorschrift gelangt nur noch bei der Abtretung nicht monetärer Forderungen zur Anwendung.²²²⁸ Hier begründet der gute Glaube des Zessionars eine Ausnahme von der Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung. Mit dem schriftlichen Schuld-

2224 Vgl. EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 477-479; KÖTZ, Abtretung, S. 12 Ziff. 4 i.f. und Ziff. 5 i.f. sowie KUHN, SZW 2015, S. 351, 372 f.

2225 ARMGARDT, RabelsZ 2009, S. 314, 333 f.

2226 Zur Schaffung eines Forderungsregisters im Rahmen einer Integration des Abtretungsrechts in das Mobiliarsicherungsrecht vgl. KUHN, SZW 2015, S. 351, 372-374. Vgl. auch die Empfehlung in der RFA Mobiliarsicherungsrecht (S. 32 [Empfehlung 5] und S. 103 [Ziff. 4-7]), ein Register für Mobiliarsicherungsrechte zu schaffen. Vgl. ferner das in Art. IX.-3:301 bis IX.-3:333 DCFR vorgesehene «European register of proprietary security» und zum Register für Sicherungsrechte nach Art. 9 UCC oben Rz. 620.

2227 Vgl. auch die Kritik von WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, S. 36 an der Voraussetzung des guten Glaubens für die Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung in Art. 9.1.9 Abs. 2 UNIDROIT Principles (oben Rz. 612).

2228 Die abredewidrige Abtretung von Geldforderungen ist ohne Weiteres wirksam, weshalb es keines Schutzes des gutgläubigen Zessionars bedarf (siehe unten Rz. 815).

bekanntnis besteht ein Anknüpfungspunkt für den guten Glauben. Dessen Schutz berücksichtigt, dass der Schuldner den Irrtum des Zessionars über die Abtretbarkeit der Forderung zu vertreten hat.²²²⁹ Der Gutglaubensschutz trägt hier zu einem angemessenen Interessenausgleich bei.

H. Keine besondere Geltungs- und Inhaltskontrolle

Das österreichische Zessionsrecht sieht für vertragliche Verbote der Abtretung unternehmerischer Geldforderungen eine besondere Geltungs- und Inhaltskontrolle vor: Das pactum de non cedendo ist nur gültig, wenn es im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Gläubiger nicht gröblich benachteiligt.²²³⁰ Auch in Deutschland wurde 2021 eine verschärfte Kontrolle von in AGB enthaltenen pacta de non cedendo eingeführt.²²³¹

Dass das pactum de non cedendo einzeln ausgehandelt werden muss, schliesst seine Vereinbarung mittels AGB aus. Eine solche Geltungskontrolle ist m.E. entbehrlich. Wenn das Abtretungsverbot bei Geldforderungen ohnehin nur rein obligatorisch wirkt und die schuldrechtlichen Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung angemessen eingeschränkt werden,²²³² ist das Verbot für den Gläubiger nicht mehr derart nachteilig, dass er nur verpflichtet werden soll, wenn er auf die Vereinbarung des pactum Einfluss nehmen kann. Und auch bei der Abtretung nicht monetärer Forderungen besteht angesichts der berechtigteren Interessen des Schuldners an der Unabtretbarkeit kein Anlass, die Vereinbarung von pacta mittels AGB auszuschliessen.

Auch eine spezifische Inhaltskontrolle, wonach übermässig benachteiligende pacta unwirksam sind, ist m.E. nicht notwendig. Ob ein – bei Geldforderungen – bloss obligatorisch wirkendes pactum den Gläubiger überhaupt unangemessen benachteiligen kann, erscheint fraglich. Denn die Abtretung der Forderung und damit die Nutzbarmachung des Vermögenswerts der Forderung sind möglich. Dies trifft umso mehr zu, als die schuldrechtlichen Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung angemessen begrenzt werden. Darüber hinaus ist bereits nach geltendem Recht ein pactum bei übermässiger Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zufolge Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Gläubigers nach Art. 27 ZGB unwirksam.²²³³ Es besteht mithin bereits ein inhaltlicher Prüfungsmaassstab. Dieser genügt m.E.

2229 Siehe oben Rz. 276.

2230 § 1396a Abs. 1 Satz 1 ABGB. Siehe hierzu oben Rz. 640.

2231 § 308 Ziff. 9 BGB. Siehe hierzu oben Rz. 474.

2232 Siehe hierzu unten Rz. 817-836.

2233 Siehe hierzu oben Rz. 182-184. Ist der Gläubiger der abzutretenden Forderung ein Konsument, unterliegt das mittels AGB vereinbarte pactum ausserdem der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG.

auch für absolut wirkende pacta bei nicht monetären Forderungen. Eine spezifische Inhaltskontrolle für vertragliche Abtretungsverbote würde die Rechtslage daher nur unnötig verkomplizieren.

I. Keine Möglichkeit zur befreienden Leistung an den Zedenten

807 § 354a HGB und Art. III.-5:108 Abs. 2 lit. a DCFR sehen vor, dass der Schuldner auch nach der abredewidrigen Abtretung mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten kann. Diese Wahlmöglichkeit des Schuldners wurde in der Literatur zu Recht kritisiert.²²³⁴ Denn sie unterläuft die mit der rein obligatorischen Wirkung des pactum bezweckte Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen.²²³⁵ Deshalb wird vorliegend eine Regelung abgelehnt, die bei abredewidriger Abtretung die befreiende Leistung an den Zedenten ermöglicht.

808 In abgeschwächter Form sieht auch § 1396a Abs. 1 i. f. ABGB die Möglichkeit der befreienden Leistung an den Zedenten vor: Leistet der Schuldner in Unkenntnis der Abtretung an den Zedenten, wird er trotz Anzeige befreit, wenn ihm nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt.²²³⁶ Auch diese Regelung stiess auf Kritik, da sie dem Verkehrsschutz und der Verkehrsfähigkeit von Forderungen zuwiderläuft.²²³⁷ Für die Leistungsbefreiung bei leichter Fahrlässigkeit wird ins Feld geführt, dass ein Schuldner, der ein pactum vereinbart habe, nicht mit einer von seinem Vertragspartner abredewidrig vorgenommenen Zession rechnen müsse.²²³⁸ Diesem Argument wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass ein gewissenhafter Schuldner nach der vorgeschlagenen neuen Rechtslage die Möglichkeit einer zwar abredewidrigen, aber wirklichen Abtretung einkalkulieren sollte. Er erscheint daher keiner erhöhten Gefahr ausgesetzt, die Anzeige zu übersehen, und ist folglich nicht schutzbedürftiger als andere Schuldner.²²³⁹ Eine Spezialvorschrift zum Schutz des Schuldners, der ein pactum vereinbaren konnte, erscheint daher entbehrlich. Vielmehr ist das Defizit des Schuldnerschutzes bei Leistung nach Eintreffen der Anzeige und vor Kenntnisnahme derselben losgelöst von der Regelung des pactum de non cedendo zu beheben.²²⁴⁰

2234 Siehe oben Rz. 573.

2235 Siehe oben Rz. 572. Allgemein zu den Nachteilen der relativen Wirkung nach § 354a HGB bzw. Art. III.-5:108 Abs. 2 lit. a DCFR siehe oben Rz. 761.

2236 Siehe oben Rz. 646.

2237 Siehe oben Rz. 647.

2238 ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 7.

2239 LUKAS, ÖBA 2004, S. 755, 761; BYDLINSKI/VOLLMAIER, JBl 2006, S. 205, 230.

2240 Siehe hierzu unten Rz. 841 f.

II. Die vorgeschlagene Neuregelung im Detail

1. Normentwurf

Die vorstehend skizzierte Wahl der Regelungsmodelle lässt sich folgendermassen in die geltende Regelung des OR einfügen: 809

Art. 164 OR Abtretbarkeit im Allgemeinen

Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht die Natur des Rechtsverhältnisses oder das Gesetz entgegenstehen.

Art. 164^{bis} OR Vertragliches Verbot der Abtretung von Geldforderungen

¹ Die Abtretung einer Geldforderung ist wirksam, auch wenn der Gläubiger und der Schuldner die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht haben.

² Vorbehalten bleiben Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den Gläubiger wegen Verletzung der Vereinbarung. Die Verrechnung solcher Schadenersatzansprüche mit der abgetretenen Forderung ist ausgeschlossen.

³ Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall, dass der Gläubiger eine Geldforderung entgegen der Vereinbarung mit dem Schuldner abtritt, ist nichtig.

⁴ Tritt der Gläubiger eine Geldforderung entgegen der Vereinbarung mit dem Schuldner ab, berechtigt dies den Schuldner nicht, den Vertrag aufzulösen, aus dem die Geldforderung stammt. Abweichende Vereinbarungen sind nichtig.

Art. 164^{ter} OR Vertragliches Verbot der Abtretung von Nichtgeldforderungen

¹ Die Abtretung einer anderen Forderung als einer Geldforderung ist unwirksam, wenn der Gläubiger und der Schuldner die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen haben.

² Hat der Erwerber die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann sich niemand darauf berufen, dass die Abtretung aufgrund einer Vereinbarung unwirksam sei.

2. Abtretbarkeit im Allgemeinen (Art. 164)

Art. 164 ist weiterhin die Grundnorm des Abtretungsrechts. Die Vorschrift regelt die Abtretbarkeit von Forderungen im Allgemeinen, unter Ausschluss 810

des pactum de non cedendo. Die Normierung der Abtretungshindernisse «Natur des Rechtsverhältnisses» und «Gesetz»^{2241, 2242} und der übrigen Tatbestandsmerkmale der Abtretung stimmt mit dem geltenden Recht überein. Art. 164 bezieht sich sowohl auf Geld- als auch auf Nichtgeldforderungen. Die «Vereinbarung» als Abtretungshindernis wird hier ausgeklammert und in den beiden folgenden Artikeln separat normiert: Art. 164^{bis} betreffend Geldforderungen und Art. 164^{ter} betreffend Nichtgeldforderungen. Diese Systematik dient der Übersichtlichkeit und damit der einfacheren Verständlichkeit der Neuregelung. Im Vergleich zu Art. 164 OR wird im neuen Art. 164 mithin in Abs. 1 der Begriff «Vereinbarung» weggelassen und entfällt Abs. 2. Als Marginalie wird «Abtretbarkeit im Allgemeinen» vorgeschlagen.²²⁴³

3. Vertragliches Verbot der Abtretung von Geldforderungen (Art. 164^{bis})

A. Anwendungsbereich: Geldforderungen

- 811 Der Anwendungsbereich der rein obligatorischen Wirkung des pactum de non cedendo ist auf die Abtretung von Geldforderungen beschränkt. Weder der Begriff des Geldes noch derjenige der Geldforderung sind gesetzlich definiert. Eine einheitliche juristische Begriffsbestimmung von Geld hat sich bis heute nicht durchgesetzt.²²⁴⁴ Ökonomisch wird Geld definiert als «das allgemein anerkannte Tausch- und Zahlungsmittel, auf das sich eine Gesellschaft verständigt hat.»²²⁴⁵ Unter Geldforderungen wiederum werden Forderungen

2241 Die Nennung des Gesetzes in Art. 164 Abs. 1 ist gesetzestechisch entbehrlich. Normen, welche die Abtretbarkeit von Forderungen ausschliessen oder einschränken, entfalten ihre Wirkung auch ohne die Erwähnung des Gesetzes in Art. 164 Abs. 1. Die Nennung ist somit als deklaratorischer Verweis auf weitere Normen, welche die Abtretbarkeit von Forderungen ausschliessen oder einschränken, zu verstehen (vgl. zu Art. 164 Abs. 1 OR STEINER, S. 66 f.).

2242 Die Abtretungshindernisse werden in absteigender Reihenfolge nach dem Mass der Unabtretbarkeit aufgeführt. Am ausgeprägtesten ist die Unabtretbarkeit aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses. Hier ist eine gesetzliche oder vertragliche Regelung der Unabtretbarkeit entbehrlich. An zweiter Stelle stehen die gesetzlichen Abtretungsverbote. Diese machen eine Vereinbarung ebenfalls überflüssig. In Art. 164^{bis} und 164^{ter} folgt das pactum de non cedendo. Dieses kommt erst zum Zug, wenn die Forderung nicht bereits aufgrund der Natur des Rechtsverhältnisses oder von Gesetzes wegen unabtretbar ist (siehe hierzu oben Rz. 425-430).

2243 Die Ersetzung der bisherigen Marginalie «Zulässigkeit» durch «Abtretbarkeit» berücksichtigt, dass Art. 164 OR nicht die Zulässigkeit, sondern den Gegenstand der Zession bzw. die Abtretbarkeit von Forderungen regelt (siehe hierzu oben Rz. 191).

2244 BK-WEBER, Art. 84 OR N9.

2245 Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort «Geld».

verstanden, welche die Bewirkung einer Geldleistung durch Barzahlung oder durch Verschaffung von Buchgeld zum Gegenstand haben.²²⁴⁶

Aufgrund der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Geldforderungen scheidet etwa Sachleistungs-, Dienstleistungs- und Werkleistungsforderungen aus, und zwar auch dann, wenn sie im Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung in Geldforderungen übergehen können.²²⁴⁷ Ob solche Sekundäransprüche vom Abtretungsverbot überhaupt erfasst werden, ist im Einzelfall zu prüfen.²²⁴⁸

B. Wirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (Abs. 1 und 2)

Dem pactum de non cedendo kommt nach Art. 164^{bis} Abs. 1 und 2 hinsichtlich Geldforderungen rein obligatorische Wirkung zu. Damit beschränkt die vorgeschlagene Neuregelung die Wirkungen des vertraglichen Verbots, Geldforderungen abzutreten, auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Schuldner und Zedent. Trotz Vereinbarung eines pactum de non cedendo bleibt die Geldforderung verkehrsfähig. Eine abredewidrige Abtretung ist absolut wirksam. Die Forderung geht aus dem Vermögen des Zedenten in dasjenige des Zessionars über und steht fortan dessen Gläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung. Die Gläubiger des Zedenten hingegen verlieren den vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf die Geldforderung.^{2249, 2250}

Für den Schuldner hat die Abtretung zur Folge, dass er sich nach erfolgter Anzeige der Zession nur noch durch Leistung an den Zessionar von seiner Verpflichtung befreien kann. Er kann sich gegenüber dem Zessionar nicht darauf berufen, dass die Abtretung gegen ein pactum de non cedendo verstösst.²²⁵¹ Die Wirksamkeit der Abtretung bedingt ausserdem, dass der Schuldner keinen Anspruch auf Erfüllung des pactum hat.²²⁵² Er kann daher die Abtretung nicht durch vorsorglichen Rechtsschutz verhindern.

2246 BSK-SCHROETER, vor Art. 84-90 OR N3. Zur Bedeutung von Geldforderungen und ihrer Abtretung siehe oben Rz. 439-441.

2247 Vgl. zum deutschen Recht MüKo-LANGENBUCHER, § 354a HGB N7.

2248 Siehe oben Rz. 155.

2249 Vgl. GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N4 zur gleichen Regelung in Art. 164 Abs. 1 OR 2020, die allerdings nicht auf Geldforderungen beschränkt ist.

2250 Eine Ausnahme von der rein obligatorischen Wirkung vertraglicher Verbote, Geldforderungen abzutreten, sieht Art. 519 OR für die Zession der einzelnen Rentenforderungen des Leibrentengläubigers vor. Hier liegt das pactum de non cedendo im Interesse des Gläubigers und wirkt absolut (siehe oben Rz. 89 und 354).

2251 So ausdrücklich Art. III.-5:116 Abs. 2 lit. b DCFR; VON BAR/CLIVE, Art. III.-5:116 DCFR, S. 1058, lit. C.

2252 Die Verpflichtung, eine Forderung nicht abzutreten, ist somit eine Nebenpflicht, d.h. eine Verbindlichkeit, deren Verletzung nicht mit Erfüllungsansprüchen, sondern nur

815 Eine Art. 164 Abs. 2 OR entsprechende Regelung ist für die Abtretung von Geldforderungen im vorgeschlagenen Reformentwurf obsolet. Da der Zessionar eine Geldforderung nämlich trotz Vereinbarung eines pactum de non cedendo erwirbt, benötigt er keinen Schutz seines guten Glaubens in ein Schuldbekennnis, welches das pactum nicht enthält.

816 Der Vereinbarung eines pactum de non cedendo kommt als Vertrag auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung obligatorische Wirkung zu.²²⁵³ Nur die über die obligatorische Wirkung hinausgehende absolute Wirkung erfordert eine gesetzliche Verankerung.²²⁵⁴ Insofern bedarf es der Normierung der obligatorischen Wirkung des vertraglichen Verbots, Geldforderungen abzutreten, in Art. 164^{bis} Abs. 1 und 2 nicht. Es genügt, wenn in Art. 164^{ter} Abs. 1 klargestellt wird, dass die absolute Wirkung nur für nicht monetäre Forderungen gilt. Der Übersichtlichkeit und einfacheren Verständlichkeit halber wird dennoch eine eigene Gesetzesbestimmung (Art. 164^{bis} Abs. 1 und 2 Satz 1) zur Regelung der Wirkungen des vertraglichen Verbots, Geldforderungen abzutreten, vorgeschlagen. Insbesondere lassen sich so die Beschränkungen der Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung (Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und 4) einfacher gesetzlich verorten.

C. Begrenzung der Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung

a) Einleitung

817 Entsprechend dem Regelungsmodell der rein obligatorischen Wirkung sind die Rechtsfolgen der Verletzung des pactum de non cedendo auf die schuldrechtliche Ebene beschränkt. Insbesondere kann der Schuldner, wenn er aufgrund der Abtretung einen Schaden erleidet, dessen Ersatz vom Zedenten verlangen (unten lit. b). Damit die mit der rein obligatorischen Wirkung des pactum angestrebte Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen nicht unterlaufen werden kann, sind weitere schuldrechtliche Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung zu begrenzen.²²⁵⁵ Dem debitor cessus wird daher verwehrt, einen allfälligen Schadenersatzanspruch mit der Forderung des Zessionars zu verrechnen (lit. c). Konventionalstrafen, die für den Fall der Verletzung des pactum vereinbart werden, sind nichtig (lit. d); zulässig ist jedoch die Vereinbarung von Schadenspauschalen (lit. e). Die Verletzung des pactum berechtigt den Schuldner nicht, den Vertrag aufzulösen, aus dem die

mit Schadenersatzansprüchen sanktioniert wird (vgl. BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N96).

2253 Siehe oben Rz. 787.

2254 Siehe oben Rz. 195.

2255 Anders die Reformvorschläge von Art. 164 OR 2020 und von KLEIN (S. 284-286) zum deutschen Recht, die auf eine Begrenzung der Rechtsfolgen verzichten.

abgetretene Forderung stammt (lit. f). Und die blossе Kenntnis des Zessionars vom pactum de non cedendo begründet keine Haftung gegenüber dem Schuldner (lit. g).

b) Schadenersatzanspruch des Schuldners (Abs. 2, Satz 1)

Eine abredewidrige Abtretung, d.h. die Verletzung des pactum de non cedendo, kann Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den Zedenten auslösen. Denn dieser verletzt durch die Zession seine vertragliche Nebenpflicht²²⁵⁶, die Forderung nicht abzutreten. Die Haftung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des vertraglichen Haftpflichtrechts (Art. 97 ff. OR). Als ersatzfähige Schadensposten fallen in erster Linie Kosten in Betracht, die dem Schuldner aufgrund des Gläubigerwechsels entstanden sind. Zu denken ist etwa an die Kosten für die buchhalterische Erfassung der Abtretung oder für eine aufwendigere Zahlungsabwicklung, insbesondere bei einer Abtretung ins Ausland.²²⁵⁷ Diese Schäden fallen gewöhnlich gering aus. Ihr Nachweis kann dem Schuldner Schwierigkeiten bereiten.

Ein Ausfall, den der Schuldner im Fall einer Doppelzahlung bei mehrfacher Inanspruchnahme erleidet, ist in der Regel nicht ersatzfähig. Denn im Fall einer Doppelzahlung hat der Schuldner die Zahlung an den falschen Gläubiger gewöhnlich selber zu vertreten, da er die Anzeige der Abtretung nach Art. 167 OR ausser Acht gelassen hat. Sein Selbstverschulden steht dann der Haftpflicht des Zedenten entgegen.²²⁵⁸ Nur in zwei Konstellationen ist es möglich, dass der Schuldner unverschuldet ein zweites Mal in Anspruch genommen wird: (1) bei Leistung an einen früheren Gläubiger nach Eintreffen der Anzeige und in unverschuldeter Unkenntnis derselben²²⁵⁹ sowie (2) bei Leistung aufgrund einer unrichtigen Anzeige durch den Zessionar.²²⁶⁰

Im ersten Fall steht dem Schuldner ein Bereicherungsanspruch gegen den früheren Gläubiger zu. Fällt dieser Anspruch wegen der Insolvenz des früheren Gläubigers (Zedenten) aus, nützt dem Schuldner allerdings auch ein Schadenersatzanspruch gegen den insolventen Gläubiger (Zedenten) nichts. Nur wenn der Schuldner im Fall der Kettenzession an einen früheren Zessionar leistet und in dessen Insolvenz zu Schaden kommt, ist der Schadenersatzanspruch gegen den ursprünglichen Gläubiger (Zedenten) von Belang. Im zweiten Fall, d.h. bei Leistung aufgrund einer unrichtigen Anzeige durch den

2256 Siehe oben FN 2252.

2257 GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 164 N 5; HÄUSLER, S. 187.

2258 Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR.

2259 Siehe oben Rz. 65.

2260 Siehe oben Rz. 66.

Zessionar, kann der Schuldner den Schaden, den er aufgrund des Ausfalls des Bereicherungsanspruchs gegen den insolventen Zessionar erlittenen hat, gegenüber dem vertragsbrüchigen Zedenten geltend machen. Vorausgesetzt wird auch hier, dass der Schuldner unverschuldet an den falschen Gläubiger leistet. Es darf ihm mithin nicht zum Vorwurf gereichen, dass er die Unrichtigkeit der Anzeige nicht erkannt hat.

821 Als Ausgleich zum Abbau des Schuldnerschutzes durch die Aufgabe der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo bei Geldforderungen wird vorliegend *de lege ferenda* vorgeschlagen, das Defizit des Schuldnerschutzes, das sich in den beiden besprochenen Konstellationen zeigt, zu beheben.²²⁶¹ Befreit die an die falsche Person erfolgte Leistung den Schuldner in diesen Fällen, ist er vor unverschuldeten Doppelzahlungen geschützt und nicht mehr auf Bereicherungs- bzw. Schadenersatzansprüche angewiesen. Der ersatzfähige Schaden beschränkte sich folglich auf die eingangs erwähnten administrativen Kosten, die dem Schuldner aufgrund des Gläubigerwechsels entstehen.

c) Kein Verrechnungsrecht des Schuldners (Abs. 2, Satz 2)

822 Die vorgeschlagene Neuregelung verwehrt es dem debitor cessus, einen allfälligen Schadenersatzanspruch gegen den Zedenten wegen Verletzung des pactum de non cedendo mit der abgetretenen Forderung zu verrechnen. Der debitor cessus kann seinen Schadenersatzanspruch daher nur gegenüber dem Zedenten erheben. Dem Zessionar und späteren Forderungserwerbern kann der Schadenersatzanspruch nicht entgegengehalten werden. Dies bezweckt zu gewährleisten, dass die durch die rein obligatorische Wirkung von Abtretungsverboten bewirkte Verbesserung des Verkehrsschutzes nicht unterlaufen wird:²²⁶² Der Zessionar soll nicht befürchten müssen, dass die erworbene Forderung durch einen Schadenersatzanspruch des debitor cessus herabgesetzt wird. Vergleichbare Ausschlüsse des Verrechnungsrechts des debitor cessus kennen das österreichische Abtretungsrecht und das ZessÜ, soweit sie die rein obligatorische Wirkung des pactum vorsehen.²²⁶³

823 Der Ausschluss der Verrechnung gegenüber dem Zessionar begrenzt die Auseinandersetzung über den Schaden aus der Verletzung des pactum de non cedendo auf das Verhältnis zwischen debitor cessus und Zedent. Dies erscheint sachgerecht, weil das pactum und damit die Grundlage des Schaden-

2261 Siehe unten Rz. 841-844.

2262 Vgl. KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

2263 Vgl. §1396a Abs. 2 ABGB und dazu ErläutRV 861, BlgNR 22. GP, S. 7 sowie Art. 18 Ziff. 3 ZessÜ und dazu Explanatory Note ZessÜ, Ziff. 27. Im Unterschied dazu schliessen die UNIDROIT Principles die Verrechnung nicht aus (siehe oben Rz. 613).

ersatzanspruchs zwischen diesen Parteien vereinbart worden ist. Aus Gründen des Schuldnerschutzes kann zwar gegen den Verrechnungsausschluss eingewendet werden, dass die Höhe des ersatzfähigen Schadens in aller Regel gering ist.²²⁶⁴ Der Aufwand, um diesen gegenüber dem Zedenten klageweise durchzusetzen, steht daher gewöhnlich in keinem Verhältnis zum daraus resultierenden Ertrag. Vorteilhafter wäre für den debitor cessus die verrechnungsweise Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs, insbesondere gegenüber dem Zessionar. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass nur verhandlungsmächtige Schuldner die Vereinbarung von Abtretungsverboten durchsetzen können. Wird die Verrechnung der Schadenersatzforderung mit der abgetretenen Forderung erlaubt, führte dies dazu, dass solche Schuldner bei der Zahlung der abgetretenen Forderung standardmässig einen behaupteten Schadensbetrag abzögen. Eine solche Praxis würde zusätzlich dadurch begünstigt, dass Schuldner in ihren AGB das pactum de non cedendo mit Klauseln verknüpfen können, die für dessen Verletzung einen pauschalierten Schadenersatz vorsehen.²²⁶⁵ Das Risiko, sich dagegen zu wehren, trüge der Zessionar, der auf Zahlung der aus seiner Sicht unberechtigterweise abgezogenen Schadenersatzforderung klagen müsste. Da Zessionare diesen Nachteil beim Entscheid über den Erwerb der abzutretenden Forderung einkalkulierten, hätte die Verrechnungsmöglichkeit zur Folge, dass die Verkehrsfähigkeit von Forderungen gemindert würde. Die Verrechnungsmöglichkeit liefe daher dem Zweck der Einführung der rein obligatorischen Wirkung des pactum zuwider.

Die Normierung des Ausschlusses der Verrechnungsmöglichkeit in Art. 164^{bis} Abs. 2 Satz 2 OR ist gesetzestechnisch erforderlich, weil der debitor cessus seinen Schadenersatzanspruch aus Verletzung des pactum de non cedendo gegen den Zedenten nach Art. 169 OR mit der abgetretenen Forderung verrechnen kann. Art. 169 Abs. 1 OR setzt für die Verrechnungsmöglichkeit nämlich voraus, dass die Verrechnungsforderung des debitor cessus zu der Zeit vorhanden war, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt. Mit «Vorhandensein» ist gemeint, dass der Grund für die Entstehung der Verrechnungsforderung schon vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme bestanden hat. Dass die Forderung in diesem Zeitpunkt schon entstanden ist, wird nicht vorausgesetzt.²²⁶⁶ Schadenersatzansprüche aus Verletzung des pactum entsprechen diesen Anforderungen: Der Grund für ihre Entstehung besteht seit der

824

2264 Siehe oben Rz. 818.

2265 Siehe zur Schadenspauschalierung unten Rz. 830f.

2266 Vgl. BGer, 4C.85/2005, Urteil vom 2.6.2005, E. 2.2; CR-PROBST, Art. 169 OR N 8; ZK-SPIRIG, Art. 169 OR N 80; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 169 OR N 7b; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 90.49; KOLLER, Rz. 84.136; ENGEL, S. 889.

Verletzung des pactum im Zeitpunkt der Abtretung. Die Schadenersatzforderung ist daher verrechenbar, auch wenn der Schaden und damit auch die Forderung erst nach der Kenntnissnahme von der Abtretung entstehen.²²⁶⁷

d) Nichtigkeit einer Konventionalstrafe (Abs. 3)

825 Bei der Verletzung des pactum de non cedendo ist der Schaden des Schuldners regelmässig gering oder überhaupt nicht nachweisbar. Einen zusätzlichen Schutz böte dem Schuldner daher die Vereinbarung einer Konventionalstrafe (Art. 160 OR) für den Fall der Verletzung des pactum de non cedendo. Die Konventionalstrafe könnte der Schuldner nämlich verlangen, ohne einen Schaden nachweisen zu müssen.²²⁶⁸ Sie erzeugte somit zusätzlichen Druck auf den Gläubiger, das pactum de non cedendo einzuhalten.²²⁶⁹

826 Rechtlich können Konventionalstrafen die Zession zwar nicht ausschliessen. In der Praxis erweisen sie sich für die Forderungsabtretung jedoch als faktisches Hindernis. Denn soweit verhandlungsmächtige Schuldner auf das (obligatorisch wirkende) pactum de non cedendo Wert legen, sichern sie seine Einhaltung durch Konventionalstrafen.²²⁷⁰ Daher vermochte § 354a HGB trotz Abkehr von der absoluten Wirkung des pactum der Verkehrsfähigkeit von Forderungen nicht wie erhofft zum Durchbruch zu verhelfen, weil Konventionalstrafen für abredewidrige Abtretungen nach deutschem Recht weiterhin gültig sind.²²⁷¹ Ebenso relativiert die Möglichkeit, Konventionalstrafen zu vereinbaren, die praktische Bedeutung der bloss obligatorischen Wirkung des pactum de non cedendo nach Art. 6 FactÜ.²²⁷² Es besteht mithin die Gefahr, dass die drohende Durchsetzung von Konventionalstrafen den Gläubiger davor abschreckt, seine Forderung abzutreten.²²⁷³ Prohibitive Konventionalstrafen unterlaufen demzufolge die Entscheidung für eine grössere Abtretungsfreiheit.²²⁷⁴

827 Zwar hat das Gericht – im schweizerischen Recht – übermässig hohe Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR).

2267 Die Voraussetzung, dass die Schadenersatzforderung nicht später als die abgetretene Forderung fällig wird (Art. 169 Abs. 2 OR), ist bei der Abtretung künftiger Forderungen, die erst nach dem Schadenseintritt beim debitor cessus fällig werden, erfüllt. Siehe zur vorgeschlagenen Abschaffung dieser Voraussetzung unten Rz. 847f.

2268 Art. 161 Abs. 1 OR; BGE 109 II 462 E. 4a S. 468; COUCHEPIN, Rz. 694.

2269 MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 914; zur Funktion der Konventionalstrafe als Druckmittel vgl. COUCHEPIN, Rz. 123-128.

2270 MÜLLER-CHEN, BJM 1999, S. 177, 194.

2271 BASEDOW, ZEuP 1997, S. 615, 634.

2272 REY, Factoringvertrag, S. 312.

2273 MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 914; GÁRDOS, Ptk., S. 1847.

2274 KUHN, SZW 2015, S. 351, 363.

Bei dieser Ermessensausübung sind namentlich die Interessen der Beteiligten an der Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der Verpflichtung, die wirtschaftliche Lage der Beteiligten und die Höhe des mutmasslichen Schadens des Berechtigten zu berücksichtigen.²²⁷⁵ Beachtlich sind ferner allfällige Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis und die Geschäftserfahrungen der Beteiligten. Gegenüber einer wirtschaftlich schwachen Partei rechtfertigt sich eine Herabsetzung eher als unter wirtschaftlich gleichgestellten und geschäftskundigen Vertragspartnern.²²⁷⁶ Demzufolge sind Konventionalstrafen eher übermässig, je grösser das Bedürfnis des Zedenten ist, die Forderung zu Finanzierungszwecken einsetzen zu können, je kleiner das Interesse des Schuldners an der Einhaltung des pactum ist, je geringer der Schaden ist, den der Schuldner aufgrund der abredewidrigen Abtretung erlitten hat, und je schwächer die Position des Zedenten bei der Vertragsverhandlung gewesen ist. Übermässig hohe Konventionalstrafen sind somit gerade in Konstellationen herabzusetzen, in denen das pactum de non cedendo dem Zedenten am meisten schadet.

Allerdings ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der gerichtlichen Herabsetzung einer Konventionalstrafe Zurückhaltung geboten,⁸²⁸ «weil die Strafe von den Parteien gemäss Art. 163 Abs. 1 OR an sich in beliebiger Höhe festgesetzt werden kann und Verträge zu halten sind; dieses ergibt sich aus dem fundamentalen Grundsatz der Vertragstreue, während jenes dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entspricht. Ein richterlicher Eingriff in den Vertrag rechtfertigt sich nach diesen Grundsätzen nur, wenn der verabredete Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit noch vereinbare Mass übersteigt».²²⁷⁷

Angesichts dieser höchstgerichtlich angeordneten Zurückhaltung bei der Korrektur zu hoher Konventionalstrafen unterliefen diese auch im Schweizer Recht den Zweck der Aufgabe der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo. Eine effektive Förderung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen erfordert daher, dass die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall einer abredewidrigen Abtretung nichtig ist.²²⁷⁸ Dies schränkt den Schutz des

2275 BGE 103 II 129 E. 4 S. 135; BGer, 4A_107/2011, Urteil vom 25.8.2011, E. 3.1. Entsteht dem debitor cessus durch eine doppelte Inanspruchnahme ein Schaden, weil er die rechtsgrundlose Leistung aufgrund der Insolvenz des Empfängers nicht zurückfordern kann, schiebe eine Herabsetzung der Konventionalstrafe i.d.R. aus. Hat der debitor cessus hingegen nur tatsächliche Unannehmlichkeiten hinzunehmen, wäre die Strafe eher zu mässigen (vgl. AYDINONAT, S. 94).

2276 BGE 114 II 264 E. 1a S. 265; BGer, 4A_107/2011, Urteil vom 25.8.2011, E. 3.1. Ausführlich zu den Kriterien übermässig hoher Konventionalstrafen COUCHEPIN, Rz. 867-872, 884-938.

2277 BGE 114 II 264 E. 1a S. 264; vgl. auch BGE 103 II 129 E. 4 S. 135.

2278 Ebenso § 6:195 Abs. 2 Satz 2 Ptk. (siehe oben Rz. 656); vgl. MENYHÁRD, S. 474 f.

Schuldners auch nicht ungebührlich ein. Wenn nämlich die abredewidrige Abtretung den Schuldner tatsächlich schädigt, kann er den erlittenen Schaden vom Zedenten ersetzen lassen. Wenn der Schuldner hingegen gar nicht geschädigt ist, besteht objektiv betrachtet auch kein Grund, eine vereinbarte Vertragsstrafe durchzusetzen.²²⁷⁹

e) Zulässigkeit von Schadenspauschalen

- 830 Von der Konventionalstrafe ist die Schadenspauschalierung zu unterscheiden. Bei deren Vereinbarung antizipieren die Parteien allfällige Schadenersatzansprüche und legen deren Höhe im Voraus pauschal fest. Anders als bei der Konventionalstrafe setzt der Anspruch auf pauschalisierten Schadenersatz voraus, dass ein Schaden eingetreten ist.²²⁸⁰ Die Schadenspauschalierung dient demnach nicht dazu, Druck auf den Verpflichteten auszuüben, damit er seine vertragliche Pflicht ordnungsgemäss erfüllt. Ihr Zweck liegt darin, dem Berechtigten die Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs durch Verzicht auf den Nachweis der tatsächlichen Höhe des eingetretenen Schadens zu erleichtern. Die Schadenspauschalierung hat damit eine rechtliche und wirtschaftliche Ausgleichsfunktion.²²⁸¹ Entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung der Schadenspauschalierung von der Konventionalstrafe ist die in der Vereinbarung vorgesehene Höhe der Zahlung. Je mehr die Pauschale den bei Vereinbarung vernünftigerweise vorhersehbaren Schaden übersteigt, desto eher liegt eine Konventionalstrafe vor.²²⁸²

- 831 Aufgrund der Ausgleichsfunktion der Schadenspauschalierung ist es nicht angezeigt, deren Vereinbarung für den Fall der abredewidrigen Abtretung gleich wie die Vereinbarung von Konventionalstrafen generell für nichtig zu erklären.^{2283, 2284} Vielmehr vermag die Schadenspauschalierung zu einem angemessenen Interessenausgleich beizutragen, indem sie dem Schuldner den schwierigen Nachweis der Höhe des erlittenen Schadens abnimmt. Zu beachten gilt es aber zweierlei: Zum einen hat der Schuldner nur dann

2279 MENYHÁRD, S. 474 f.

2280 BUCHER, S. 525; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3851; BERGER, Schuldrecht, Rz. 1802; COUCHEPIN, Rz. 1410, 1421, 1433; STOPPELHAAR, AJP 2023, S. 1339, 1344; a.A. KOLLER, Rz. 82.11. Die Konventionalstrafe wird hingegen geschuldet, auch wenn dem Ansprecher kein Schaden erwachsen ist (Art. 161 Abs. 1 OR).

2281 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rz. 3851.

2282 Vgl. COUCHEPIN, Rz. 1445 und 1458. Zur ganzen Rz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 71.16.

2283 Dies gilt umso mehr, als Schadenspauschalen nicht mit der abgetretenen Forderung verrechnet werden können (siehe hierzu oben Rz. 823).

2284 A.A. KUHN, SZW 2015, S. 351, 363 f., der empfiehlt, «prohibitive Pönalen» und «pauschalisierten Schadenersatz» als Rechtsfolgen der abredewidrigen Abtretung gleichermaßen auszuschliessen.

Anspruch auf den pauschalierten Schadenersatz, wenn er tatsächlich einen Schaden erlitten hat. Von diesem Nachweis wird er nicht befreit.²²⁸⁵ Und zum anderen ist der vorhersehbare Schaden im Fall der abredewidrigen Abtretung in der Regel klein.²²⁸⁶ Mittlere und hohe Schadenspauschalen erweisen sich daher gewöhnlich als Konventionalstrafen und sind nach Abs. 3 nichtig.

f) Kein Recht zur Vertragsauflösung (Abs. 4)

Stammt die abzutretende Geldforderung aus einem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, könnte die Auflösung des Vertragsverhältnisses bewirken, dass die abzutretende Forderung erlischt oder – bei der Abtretung zukünftiger Forderungen – gar nicht erst entsteht. Löst der Schuldner den Vertrag wegen der Verletzung des *pactum de non cedendo* auf und verhindert er dadurch mangels Bestand der Forderung die Abtretung, unterläuft dies die Beschränkung der Wirkung des *pactum de non cedendo* in Abs. 1.²²⁸⁷ Überdies könnte das Recht des Schuldners, den Vertrag aufzulösen, den Gläubiger davon abhalten, die Forderung überhaupt abzutreten, und zwar selbst dann, wenn die Abtretung die Interessen des Schuldners nicht verletzte. Auch insofern stände das *pactum* der Abtretung (faktisch) entgegen.²²⁸⁸ Deshalb wird es dem Schuldner im vorgeschlagenen Normentwurf verwehrt, das Vertragsverhältnis, aus dem die abzutretende Forderung stammt, aufgrund der Verletzung des *pactum de non cedendo* aufzulösen.²²⁸⁹ Diese Regelung schliesst sowohl den Rücktritt vom Vertrag als auch dessen Kündigung aus.²²⁹⁰

Die Vertragsauflösung ist der einschneidendste Rechtsbehelf in einem Vertragsverhältnis. Daher werden der Rücktritt und die (ausserordentliche) Kündigung – losgelöst von der vorgeschlagenen Regelung – nur bei einer wesentlichen Vertragsverletzung bzw. aus wichtigem Grund gewährt, d.h., wenn die Fortführung des Vertragsverhältnisses unzumutbar erscheint.²²⁹¹ Dies

2285 Zur Beweislast für den Eintritt eines Schadens vgl. COUCHEPIN, Rz. 1410, 1421 und STOPPELHAAR, AJP 2023, S. 1339, 1346 f., mit einer Übersicht über den Meinungsstand.

2286 Siehe oben Rz. 818.

2287 So zu den UNIDROIT Principles MAZZA, Art. 9.1.9 N 11, zum DCFR VON BAR/CLIVE, Art. III.-5:116 DCFR, S. 1058, lit. C i.f. und zum ungarischen Recht PETRIK, S. 651.

2288 So zum ungarischen Recht GÁRDOS, Ptk., S. 1847.

2289 Ebenso Art. 9 Abs. 2 ZessÜ. Anders § 1396a Abs. 2 ABGB, der zwar dem Schuldner gegenüber dem Zessionar die Einwendung der Vertragsauflösung verwehrt, die Vertragsauflösung aber zulässt. Insoweit geht der vorliegende Vorschlag weiter als die österreichische Regelung.

2290 Der Rücktritt löst den Vertrag *extunc* auf, die Kündigung *ex nunc* (SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rz. 82.04).

2291 Zum Rücktritt zufolge positiver Vertragsverletzung vgl. BK-WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 OR N 472; BSK-WIEGAND, Art. 97 OR N 58. Zur Kündigung aus wichtigem Grund vgl. BGE 128 III 428 E. 3c S. 432 und BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, vor Art. 1-40f OR N 30.

trifft dann zu, wenn der zurücktretenden bzw. kündigenden Partei im Wesentlichen das entgeht, was sie vom Vertrag erwarten durfte,²²⁹² spricht die Erfüllung der Hauptleistungspflicht²²⁹³ des Vertragspartners. Dies ist bei der Verletzung eines pactum de non cedendo als einer vertraglichen Nebenpflicht nicht der Fall.²²⁹⁴ Die Aufhebung des Vertrags kommt somit in der Regel mangels Wesentlichkeit der Pflichtverletzung nicht infrage.²²⁹⁵ Die Regelung in Abs. 4 hat daher vor allem Bedeutung für vertraglich eingeräumte Rücktritts- und Kündigungsrechte des Schuldners. Sie stellt klar, dass Vertragsklauseln, die dem Schuldner ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht für den Fall der Verletzung des pactum de non cedendo einräumen, nichtig sind.²²⁹⁶

834 Die vorgeschlagene Regelung gewährleistet demnach, dass die Verletzung eines Abtretungsverbots durch den Zedenten für sich kein ausreichender Grund zur Auflösung des ursprünglichen Vertrags durch den Schuldner ist. Zum einen schützt dies den Zessionar im Vertrauen auf den Erwerb der abgetretenen Forderung. Zum anderen braucht der Zedent nicht zu befürchten, dass der Schuldner wegen der Verletzung des pactum de non cedendo den Vertrag auflöst, aus dem die nicht abzutretende Forderung stammt. Beides fördert die Verkehrsfähigkeit von Forderungen.

g) Keine Haftung des Zessionars für blosses Kenntnis des pactum

835 Kennt der Zessionar ein zwischen Zedent und Schuldner vereinbartes pactum de non cedendo und lässt er sich die Forderung dennoch abtreten, könnte darin allenfalls ein haftungsbegründender Eingriff in ein fremdes Recht erblickt werden. Eine solche Haftung des Zessionars wäre der mit der rein obligatorischen Wirkung des pactum bezweckten Erhöhung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen ebenfalls abträglich. Daher schliessen § 1396a Abs. 2 Satz 2 ABGB und Art. 9 Abs. 2 Satz 2 ZessÜ die (ausservertragliche) Haftung des Zessionars für blosses Kenntnis des pactum ausdrücklich aus.

836 Nach Schweizer Recht ist eine Haftpflicht aus widerrechtlicher Schädigung (Art. 41 Abs. 1 OR) ausgeschlossen, weil in der Verletzung von Forderungs-

2292 Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 68.09, unter Verweis auf Art. 25 CISG.

2293 Hauptleistungspflichten beziehen sich «auf die vertragstypischen, also den Vertragstyp charakterisierenden, auf die «essentiellen» Leistungspflichten des Schuldners» (BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 93).

2294 Das pactum de non cedendo begründet eine Nebenpflicht, verstanden – in Abgrenzung zur Hauptleistungspflicht – als «akzidentelle», nicht vertragstypusbestimmende» Pflicht (vgl. zur begrifflichen Unterscheidung BK-KRAMER, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N 93).

2295 Vgl. MÜLLER-CHEN, FS Schlechtriem, S. 914; UNCITRAL Yearbook 1996, S. 189 f., Ziff. 68.

2296 So auch § 6:195 Abs. 2 Satz 2 Ptk. (siehe oben Rz. 656).

rechten Dritter (hier die Forderung des debitor cessus auf Einhaltung des pactum) kein Verstoß gegen objektives Recht liegt.²²⁹⁷ Damit fehlt es – selbst bei Kenntnis des Zessionars vom pactum – an der Widerrechtlichkeit der Schädigung.²²⁹⁸ Die abredewidrige Abtretung ist grundsätzlich auch nicht sittenwidrig im Sinn von Art. 41 Abs. 2 OR. Nur wenn qualifizierte Umstände hinzukommen, kann ein mit obligatorischen Rechten Dritter kollidierender Vertrag Sittenwidrigkeit begründen.²²⁹⁹ Als Beispiel hierfür wird die Verleitung zum Vertragsbruch unter gravierenden Bedingungen, insbesondere bei Schädigungsabsicht aus Rachsucht oder bei arglistiger Täuschung, genannt.²³⁰⁰ Dies trifft auf die abredewidrige Abtretung in der Regel nicht zu, selbst wenn der Zessionar sich der Verletzung des pactum bewusst ist. Denn der Zessionar strebt mit der Abtretung den Erwerb der Forderung und nicht die Schädigung des debitor cessus an, zumal der Eintritt eines Schadens ungewiss und ein allfälliger Schaden gewöhnlich gering ist. Damit fehlt es in der Regel bereits an der Tatbestandsvoraussetzung der Schädigungsabsicht. Die blosse Kenntnis vom pactum de non cedendo begründet daher im Schweizer Recht – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung – keine Haftpflicht des Zessionars gegenüber dem debitor cessus.

4. Vertragliches Verbot der Abtretung von Nichtgeldforderungen (Art. 164^{ter})

A. Anwendungsbereich: nicht monetäre Forderungen

In Abweichung vom geltenden Recht wird der Anwendungsbereich der absoluten Wirkung des pactum de non cedendo in der vorgeschlagenen Neuregelung auf die Abtretung nicht monetärer Forderungen begrenzt. Nicht monetäre Forderungen werden – negativ durch die Abgrenzung zu Geldforderungen – als Forderungen definiert, welche nicht die Erbringung einer Geldleistung zum Gegenstand haben.²³⁰¹ Darunter fallen z.B. Sachleistungs-, Dienstleistungs- und Werkleistungsforderungen, so etwa die Forderung des Käufers auf Übergabe des Kaufgegenstands, die Forderungen des Arbeitgebers bzw. des Auftraggebers auf Arbeitsleistung und die Forderung des Werkbestellers auf Herstellung eines Werks.

2297 BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N143.

2298 BK-BREHM, Art. 41 OR N 38 und 255.

2299 BK-BREHM, Art. 41 OR N 256; vgl. auch BK-KRAMER, Art. 19-20 OR N198, 200.

2300 BGE 108 II 305 E. 2c S. 312, 52 II 370 E. 2 S. 376 f.; BK-BREHM, Art. 41 OR N 256.

2301 Zum Begriff der Geldforderung vgl. oben Rz. 811.

B. Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung (Abs. 1)

- 838 Art. 164^{ter} Abs. 1 der vorgeschlagenen Neuregelung stimmt hinsichtlich nicht monetärer Forderungen mit der geltenden Regelung in Art. 164 Abs. 1 OR überein. Das pactum de non cedendo hat absolute Wirkung. Demzufolge ist die abredewidrige Abtretung absolut unwirksam. Die Forderung verbleibt im Vermögen des Zedenten und steht weiterhin dessen Gläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung. Die Gläubiger des Zessionars hingegen haben keinen vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf die Forderung. Für den Schuldner hat die absolute Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge, dass er sich nach wie vor durch Leistung an den Zedenten von seiner Verpflichtung befreien kann.^{2302, 2303}

C. Schutz des guten Glaubens des Zessionars (Abs. 2)

- 839 Art. 164^{ter} Abs. 2 der vorgeschlagenen Neuregelung schützt gleich wie das geltende Recht den Forderungserwerb des Zessionars, der sich im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis eine Forderung hat abtreten lassen, ohne zu wissen, dass zwischen Zedent und Schuldner ein pactum de non cedendo vereinbart worden ist. Unter diesen Voraussetzungen heilt der gute Glaube des Zessionars den Mangel der Abtretbarkeit der Forderung. Das pactum entfaltet gegenüber dem Zessionar keine Wirkung und dieser erlangt die volle Verfügungsmacht über die Forderung. Die Verletzung des Abtretungsverbots zeitigt – im Fall einer Schädigung des Schuldners – bloss Haftungsfolgen nach Art. 97 Abs. 1 OR.²³⁰⁴ Die sprachlichen Anpassungen gegenüber dem geltenden Art. 164 Abs. 2 OR dienen dazu, Klarheit zu schaffen, dass das pactum de non cedendo nach Art. 164^{ter} Abs. 1 absolut und nicht bloss relativ wirkt oder bloss eine Einrede des Schuldners begründet.²³⁰⁵

2302 Eingehend zur absoluten Wirkung des pactum de non cedendo oben Rz. 214-220, 249-253, 285-291.

2303 Auch wenn in Art. 164^{ter} Abs. 1 nicht ausdrücklich erwähnt, ist die Vereinbarung bestimmter Voraussetzungen, von deren Erfüllung die Wirksamkeit der Abtretung abhängen soll, in Bezug auf die (Un-)Wirksamkeit der Abtretung dem umfassenden Ausschluss der Abtretung gleichgestellt (vgl. hierzu oben Rz. 152-154).

2304 Eingehend zum geltenden Recht oben Rz. 271-277.

2305 Die bisherige Formulierung von Art. 164 Abs. 2 OR, die von einer Einrede des Schuldners spricht, führte zu Missverständnissen (siehe oben Rz. 223-225 und 240-248). Zur Korrektur der sprachlichen Mängel siehe bereits oben Rz. 250.

5. Ausbau des abtretungsrechtlichen Schuldnerschutzes

A. Einleitung

Je leichter Forderungen abgetreten werden können, desto effektiver muss das Zessionsrecht den Schuldner vor abtretungsbedingten Nachteilen schützen.²³⁰⁶ Um einen angemessenen Interessenausgleich zu erzielen, bedingt die 840
hiervor dargestellte Förderung der Verkehrsfähigkeit von Geldforderungen folglich spezifische Anpassungen des Schuldnerschutzes. Diesem dienen – abgesehen vom Schadenersatzanspruch als Folge der Verletzung des pactum de non cedendo²³⁰⁷ – die Regelung der Leistungsbefreiung (Art. 167 OR), das Recht zur Hinterlegung im Fall eines Prätendentenstreits (Art. 168 OR) und der Erhalt der Einreden und Einwendungen (Art. 169 OR). Der Schuldnerschutz durch Leistungsbefreiung und durch Erhalt der Einreden und Einwendungen weist punktuell Defizite auf.²³⁰⁸ Diese sollten als Ausgleich zur Erleichterung der Abtretung von Geldforderungen behoben werden. Die Möglichkeiten dazu werden nachfolgend skizziert.

B. Leistung nach Eintreffen der Anzeige und in Unkenntnis derselben

Wenn der Schuldner, bevor ihm die Abtretung angezeigt wird, in gutem Glauben an den Zedenten leistet, so ist er gültig befreit (Art. 167 OR). Die Anzeige 841
der Abtretung wirkt als empfangsbedürftige Erklärung mit ihrem Eintreffen beim Schuldner, ohne dass es auf eine Kenntnisnahme durch diesen ankommt. Daher wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht nicht befreit, wenn er nach Eintreffen der Anzeige in Unkenntnis derselben gutgläubig an den Zedenten leistet. Dies kann für den Schuldner eine Härte sein, wenn er unverschuldet in Unkenntnis der bei ihm eingetroffenen Anzeige geblieben ist.²³⁰⁹

Diese Härte würde vermieden, wenn für die Wirkung der Anzeige nicht 842
auf deren Eintreffen, sondern auf deren tatsächliche Kenntnisnahme abgestellt würde.²³¹⁰ Auch nach Eintreffen der Anzeige befreite in diesem Fall die Leistung an den Zedenten den Schuldner, solange dieser die Anzeige nicht kennt.²³¹¹ Etwas weniger weit ginge der Schuldnerschutz, wenn der Schuld-

2306 EIDENMÜLLER, AcP 2004, S. 457, 462.

2307 Siehe hierzu oben Rz. 818-821.

2308 Siehe oben Rz. 65f. und 69f.

2309 Siehe oben Rz. 65 m.Nw.

2310 So § 407 BGB und § 1395f. ABGB (str., vgl. NEUMAYR, §§ 1395-1396 ABGB N2; THÖNI, § 1395 ABGB N16).

2311 Der Beweis der tatsächlichen Kenntnisnahme der Anzeige durch den Schuldner lässt sich für den Zessionar nur schwer führen. Es wäre daher die Auferlegung der Beweislast auf den Schuldner zu erwägen. Dieser hätte die Unkenntnis von der Anzeige trotz

ner durch Leistung an den Zedenten nur dann nicht befreit würde, wenn er die Anzeige zur Kenntnis genommen hat oder bei der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte zur Kenntnis nehmen müssen.²³¹² Letztere Lösung trüge dem Schutz des gutgläubigen Schuldners angemessene Rechnung, ohne dadurch die Verkehrsfähigkeit von Forderungen zu stark einzuschränken.²³¹³ In beiden Fällen – Leistungsbefreiung bei Unkenntnis der Anzeige bzw. nur bei höchstens leichtfahrlässiger Unkenntnis – machte die allgemeine Ausweitung der befreienden Wirkung der Leistung im Rahmen von Art. 167 OR eine Sonderregelung zum Schutz des Schuldners, der ein pactum vereinbart hat,²³¹⁴ entbehrlich.²³¹⁵

C. Unrichtige Anzeige durch eine andere Person als den Zedenten

843 Eine weitere Lücke des Schuldnerschutzes öffnet sich bei unrichtiger Anzeige der Abtretung. Hat der Schuldner im Vertrauen auf eine Anzeige, die von einer anderen Person als dem bisherigen Gläubiger ausgeht (i.d.R. vom vermeintlichen Zessionar) und sich nachträglich als unrichtig erweist, an den angeblichen Zessionar geleistet, so ist er durch diese Leistung seinem Gläubiger gegenüber nicht befreit. Es obliegt somit dem Schuldner, sorgfältig zu prüfen, ob der anzeigende Dritte tatsächlich Gläubiger geworden ist. Unterlässt er dies, riskiert er, an einen Nichtgläubiger zu leisten, ohne gegenüber seinem wahren Gläubiger befreit zu werden.²³¹⁶

844 Die Annahme einer Leistungsbefreiung ist hier nicht generell möglich, weil der wahre Gläubiger sonst aufgrund der seiner Einflussnahme entzogenen Anzeige seine Forderung gegen den Schuldner verlöre. Eine denkbare Lösung ist aber, dass der Schuldner dann befreit ist, wenn er die Legitimation des Ansprechers mit der erforderlichen Sorgfalt geprüft hat.²³¹⁷ Ob der Schuld-

deren Eintreffen zu beweisen (so zum österreichischen Recht THÖNI, § 1395 ABGB N 16 und AYDINONAT, S. 80-82).

2312 So bereits *de lege lata* BSK-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 167 OR N 8; KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, S. 64; vgl. auch AppHof BE, Urteil vom 12.9.1953, in: SJZ 1954, S. 163; a.A. BGE 127 V 439 E. 3 S. 446 i.i. und die überwiegende Lehre (vgl. CR-PROBST, Art. 167 OR N 5; ZK-SPIRIG, Art. 167 OR N 30; KOLLER, Rz. 84.127; BUCHER, S. 562; VON TUHR/ESCHER, S. 359 bei FN 11-14).

2313 Siehe zur diesbezüglichen Einschränkung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen oben Rz. 647.

2314 Eine solche Sonderregelung findet sich in § 1396a Abs. 1 i.F. ABGB.

2315 Siehe oben Rz. 808.

2316 Siehe oben Rz. 66 m.Nw.

2317 So Art. 171 Abs. 4 OR 2020.

ner dieser Prüfungsobliegenheit genügend nachgekommen ist, ist unter den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.²³¹⁸ Bei dieser Ermessensausübung kann zugunsten des Schuldners berücksichtigt werden, dass die (z.B. wegen eines Formmangels unwirksame) Abtretung entgegen einem *pactum de non cedendo* vorgenommen worden ist. Denn in diesem Fall hat es der Gläubiger aufgrund der von ihm begangenen Vertragsverletzung zu vertreten, dass der Schuldner sich mit einer (unrichtigen) Anzeige auseinandersetzen muss.

D. Einreden und Einwendungen, die nach Kenntnis der Abtretung begründet werden

Die Abtretung benachteiligt den Schuldner, indem ihm nach Art. 169 Abs. 1 845 OR nur die Einreden und Einwendungen belassen werden, die schon vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt. Damit werden dem Schuldner die (gegen den bisherigen Gläubiger gerichteten) Einreden und Einwendungen verwehrt, die zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erhält, und dem Zeitpunkt, in dem der Zessionar die Forderung geltend macht, begründet worden sind.²³¹⁹

Zur Behebung dieses Defizits an Schuldnerschutz schlägt Art. 169 Abs. 2 846 OR 2020 *de lege ferenda* vor, dass der Schuldner Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis²³²⁰ mit dem Abtretenden auch dann geltend machen kann, wenn sie erst nach Kenntnis der Abtretung begründet worden sind.²³²¹ Damit muss sich der Zessionar auch spätere Entwicklungen im Schuldverhältnis zwischen Zedent und Schuldner entgegenhalten lassen.²³²² Wird er dadurch geschädigt, hat er sich an den Zedenten zu wenden.

2318 GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 171 N 11. Der Schuldner kommt seiner Prüfungsobliegenheit i.d.R. genügend nach, wenn er verlangt, dass ihm die vom Zedenten unterzeichnete Abtretungsurkunde vorgelegt wird (vgl. KUHN, SZW 2015, S. 351, 369; Art. 17 Abs. 7 Satz 2 ZessÜ; Art. 9.1.12 Abs. 4 UNIDROIT Principles).

2319 Siehe oben Rz. 69 m.Nw.

2320 Unter «Grundverhältnis» wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Schuldner verstanden, das zur Entstehung der abgetretenen Forderung geführt hat (GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 169 N 5).

2321 Vergleichbare Regelungen finden sich auch in den internationalen Regelwerken (vgl. Art. 9 Abs. 1 FactÜ, Art. 18 Ziff. 1 ZessÜ, Art. 9.1.13 Abs. 1 UNIDROIT Principles, Art. III.-5:116 DCFR, Art. 11: 307 PECL).

2322 Dies dient nicht nur dem Schuldnerschutz, sondern wird – insbesondere bei komplexen Vertragsverhältnissen – auch der Interessenlage der Beteiligten besser gerecht (vgl. GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020, Art. 169 N 7).

E. Verrechnung

- 847 Schliesslich findet sich ein Defizit an Schuldnerschutz in Art. 169 Abs. 2 OR hinsichtlich der Verrechnungsmöglichkeit des Schuldners. Gemäss dieser Bestimmung kann der Schuldner eine Gegenforderung, die im Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Abtretung noch nicht fällig war, nur zur Verrechnung bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene Hauptforderung fällig geworden ist. Dies benachteiligt den Schuldner der abgetretenen Hauptforderung insofern, als er seine später fällig werdende Gegenforderung nicht verrechnen kann, auch wenn der Zessionar mit der Geltendmachung der abgetretenen Hauptforderung bis nach Eintritt der Fälligkeit der Gegenforderung zuwartet.²³²³
- 848 Diese Lücke des Schuldnerschutzes würde geschlossen, wenn Art. 169 Abs. 2 OR gestrichen und die soeben vorgestellte Regelung von Art. 169 Abs. 2 OR 2020²³²⁴ analog auf die Verrechnung angewandt würde. Der Schuldner könnte demnach – wie nach geltendem Recht – auch dann verrechnen, wenn die Verrechnungslage erst nach Empfang der Anzeige entstanden ist. Dass in diesem Fall die Gegenforderung des Schuldners vor der abgetretenen Hauptforderung fällig wird, würde jedoch nicht mehr vorausgesetzt. Massgebend wäre allein, dass die Gegenforderung im Zeitpunkt fällig ist, in dem der Zessionar die abgetretene Forderung geltend macht.²³²⁵

2323 Siehe oben Rz. 70 m.Nw.

2324 Siehe oben Rz. 846.

2325 Nicht mit der abgetretenen Forderung verrechnen kann der Schuldner jedoch Schadenersatzansprüche, die auf der Verletzung des pactum de non cedendo beruhen (siehe oben Rz. 822-824).

6. Teil:

Schlussbetrachtung

§25 Fairness des Interessenausgleichs

Das Recht ist immer nur «Mittel zum Zweck einer vernünftigen Ordnung des Gemeinschaftslebens». Es muss daher «in seiner Abhängigkeit von den [...] sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen der Gesellschaft gesehen werden». ²³²⁶ Wandeln sich diese, bedarf es einer Prüfung, ob das Recht das Zusammenleben noch vernünftig regelt. Einem grundlegenden Wandel unterlag während der letzten Jahrzehnte die Funktion der Zession. Im Kontext der forderungsgestützten Unternehmensfinanzierung gewann die Forderungsabtretung wirtschaftlich erheblich an Bedeutung. Dies legt es nahe zu untersuchen, ob das – seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts vor über hundert Jahren unveränderte – Schweizer Zessionsrecht noch zeitgemäss ist.

Das gesamte Zessionsrecht ist vom Ausgleich der konträren Interessen an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und am Schutz des Schuldners geprägt. Ein fairer Ausgleich dieser Interessen bedarf eines sorgfältig austarieren Systems von Normen, die einerseits die Abtretung von Forderungen ermöglichen und andererseits die Schuldnerinteressen dann priorisieren, wenn sie tatsächlich schutzwürdig sind. Die vorliegende Arbeit untersuchte mit dem *pactum de non cedendo* ein zentrales Element dieses Interessenausgleichs.

Die Untersuchung gelangte zum Ergebnis, dass die absolute Unwirksamkeit der abredewidrigen Abtretung gemäss Art. 164 OR in Bezug auf Geldforderungen die involvierten Interessen nicht (mehr) fair auszugleichen vermag. Sie schlägt daher vor, dass die abredewidrige Abtretung von Geldforderungen wirksam ist und nur noch Schadenersatzfolgen zeitigen kann. Die Zession anderer Forderungen soll hingegen weiterhin durch ein *pactum de non cedendo* ausgeschlossen werden können. Damit der Schuldner die Beschränkung der Wirkung des vertraglichen Verbots, Geldforderungen abzutreten, nicht unterlaufen kann, wird ihm zum einen untersagt, die Einhaltung des *pactum* mittels Vereinbarung einer Konventionalstrafe zu sichern. Zum anderen wird dem Schuldner verwehrt, das der abgetretenen Forderung zugrunde liegende Vertragsverhältnis allein wegen der Verletzung des *pactum* aufzulösen. Um die Haftungsfolgen der abredewidrigen Abtretung auf das Verhältnis zwischen Zedent und Schuldner zu beschränken, wird Letzterem ausserdem versagt,

²³²⁶ ZWEIGERT/KÖTZ, S. 138f. (zum römischen Privatrecht).

einen allfälligen Schadenersatzanspruch aus Verletzung des pactum gegenüber dem Zessionar mit der abgetretenen Forderung zu verrechnen. Ebenso begründet die blosser Kenntnis des Zessionars vom pactum de non cedendo keine Haftung gegenüber dem Schuldner. Den Schuldnerinteressen wiederum dient die Möglichkeit, für den Fall der Schädigung durch die abredewidrige Abtretung eine Schadenspauschale in der Höhe des vorhersehbaren Schadens zu vereinbaren. Ausserdem wird empfohlen, den Schutz des Schuldners im Rahmen der Regelung der befreienden Wirkung der Leistung an den falschen Gläubiger und der Regelung der Einrede- und Einwendungsordnung punktuell zu stärken.

852 Ziel der vorliegenden Arbeit war es, einen Beitrag zur weiteren Diskussion des fairen Ausgleichs der einer Zession inhärenten gegensätzlichen Interessen zu leisten. In Anlehnung an das abschliessende Schreiben von Prof. Johann Caspar Bluntschli an den Bundesrat vom 19. Februar 1878 hofft der Autor, dass dieser Beitrag «im Ganzen gut und fruchtbar geworden [ist]. Da die Juristen von Natur und Bildung etwas rechthaberisch sind, so wird es freilich immer schwer, einen Abschluß zu Stande zu bringen, der allgemein gebilligt wird.»²³²⁷

2327 Brief von Prof. Johann Caspar Bluntschli an Bundesrat Fridolin Anderwert vom 19. Februar 1878 (Bundesarchiv, Signatur: E22#1000/134#2071*, Az. 6.2.3.2.1, Dokument 26).

Heidelberg den 19 Febr. 1878.

Hochgeachteter Herr Bundesrath.

Ich habe hier den letzten Entwurf des Allgemeinen Theils nochmals genau durchgesehen, & erlaube mir Ihnen zu gefälliger Kenntnisnahme und geeigneter Mittheilung noch einige Bemerkungen & Vorschläge zu unterbreiten.

Die Titel über die Gesellschaften habe ich bisher auf zum Theil, ungefähr zur Hälfte, geprüft, würde dieselben aber jedenfalls vor der Zusammenkunft im Frühjahr noch vollständig studiren.

Ich hoffe, daß unsere Arbeiten in Bern im Ganzen gut & fruchtbar geworden sind da die Leisten von Natur & Bildung etwas reicher sind, so wird es freilich immer schwer, einen Abfluß zu Stande

zu bringen, da allgemein gebilligt wird.

Rivier hat mir einige Bedenken gegen einzelne Artikel mitgeteilt. So weit dieselben mir zu berücksichtigen scheinen, habe ich es erwähnt.

In der Hoffnung, Sie bald wieder als Professor unserer eignen Commission begrüßen zu können, verharre ich mit ausgezeichnetster Hochachtung

Ihr ergebener
Bluntsch

Über den Autor:

Johannes Lukas Hermann ist Leitender Gerichtsschreiber am Appellationsgericht Basel-Stadt und Richter am Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West. Seit 2015 kommentiert er zusammen mit Prof. Dr. Daniel Girsberger das Abtretungsrecht (Art. 164-174 OR) im Basler Kommentar.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern hat die vorliegende Arbeit nach erfolgreich bestrittenem Kolloquium im Mai 2024 auf Antrag von Prof. Dr. Daniel Girsberger (Erstgutachter) und Prof. Dr. Markus Müller-Chen (Zweitgutachter) als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat *summa cum laude* versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzmaterialeien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 063 – Simon R. Lang: **Einordnung und Gestaltung der Rechtsverhältnisse in der Stromversorgung**
- 062 – Marc Thommen: **Der Staatsanwalt als Richter. Dürfen Freiheitsstrafen in Strafbefehlen ausgefällt werden?**
- 061 – Pauline Meyer: **La cybersécurité des infrastructures critiques et la gestion de cyberincidents en droit suisse**
- 060 – Luca Ranzoni: **Gerechte Strafen ohne Gleichheit?**
- 059 – Delphine Brun: **Dangerosité : du juge influencé par l’expert au juge indépendant**
- 058 – Olga Uehlinger: **Auswirkungen des BEPS-Projekts der OECD auf die Steuerordnung der Schweiz: Umsetzung des Aktionspunkts 5**
- 057 – Dana Mareckova: **Blockchain and Collective Rights Management of Copyright and Related Rights at the Global Level**
- 056 – Saskia Thomi: **Die Verantwortungsgemeinschaft**
- 055 – Sena Hangartner: **Strafrechtliche Dopingbekämpfung in der Schweiz**
- 054 – Sonja Mango-Meier: **Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters bei geringfügigen Widerhandlungen gegen das schweizerische Strassenverkehrsrecht durch eine unbekannte Täterschaft**
- 053 – Yannick Weber: **Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht**
- 052 – Arezoo Sang Bastian: **Between Islamic and Secular Law**
- 051 – APARIUZ XXIV: **Der Prozess**
- 050 – Ricarda Stoppelhaar: **Die Indirekte Stellvertretung**
- 049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
- 048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung der allgemeinen Lebensrettungspflicht**

- 047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle des concentrations horizontales européennes**
- 046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und Siedlungsverdichtung**
- 045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer Raumplanungsrecht**
- 044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und Dogmatik**
- 043 – Myriam Christ: **Le profilage dans le cadre d’une procédure d’embauche entre particuliers**
- 042 – Andreas Wehowsky: **Expedited Procedures in International Commercial Arbitration**
- 041 – Lukas Valis: **Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer ex-ante Regulierung?**
- 040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses**
- 039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**
- 038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände**
- 037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference: Normative Implications in Light of International Law, Human Rights, and Democratic Theory**
- 036 – Jeremias Fellmann: **Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht**
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: **Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen**
- 034 – Nora Camenisch: **Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen**
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: **20 ans de la transparence à Genève**
- 032 – Nicolas Leu: **Kritik der objektiven Zurechnung**
- 031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
- 030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
- 028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
- 027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**

- 026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)**
- 025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
- 024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
- 023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der
«Verwendungsmisbräuchlicher Geschäftsbedingungen»
(Artikel 8 UWG)**
- 022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache
Gesellschaft**
- 021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
- 020 – Raphaël Marlétaz: **L’harmonisation des lois cantonales
d’aide sociale**
- 019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
- 018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen
und Verfahren**
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten
von Organtransplantationen**
- 016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d’entreprises**
- 015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
- 014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
- 013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen
Obligationenrecht**
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren
vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
- 011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in
International Arbitration**
- 010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Daten-
bearbeitung durch Private**
- 009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 30. Juni 2025

© 2025 Johannes Lukas Hermann

*Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Luzern genehmigten Dissertation.*

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-64-3

DOI: 10.38107/064

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

Zentrales Auslieferungslager in der EU ist die GVA Göttingen,
Anna-Vandenhoeck-Ring 36, 37081 Göttingen, info@gva-verlage.de

sui generis Verlag, Viaduktstrasse 21, 8005 Zürich

www.suigeneris-verlag.ch, info@suigeneris-verlag.ch

DAS PACTUM CEDENDO IM UNABTRETEN VON FORDERUNGEN

Vereinbaren Schuldner und Gläubiger einer Forderung, dass diese nicht abgetreten werden soll (sogenanntes *pactum de non cedendo*), ist eine dennoch vorgenommene Abtretung nach geltendem Schweizer Recht grundsätzlich unwirksam. In der Vertragspraxis sind *pacta de non cedendo* weit verbreitet. Sie schützen den Schuldner vor einer abtretungsbedingten Verschlechterung seiner Stellung. Andererseits beeinträchtigen sie aber insbesondere die forderungsgestützte Unternehmensfinanzierung, die auf die freie Abtretbarkeit von Forderungen angewiesen ist. Die vorliegende Abhandlung untersucht, ob die Regelung des *pactum de non cedendo* im Schweizer Recht noch zeitgemäss ist. Sie analysiert dazu die Interessen der von einer Abtretung betroffenen Personen, stellt das *pactum de non cedendo* in den Zusammenhang mit den weiteren Gründen für die Unabtretbarkeit von Forderungen und vergleicht die Schweizer Regelung mit den Lösungen in ausländischen Rechtsordnungen und internationalen Regelwerken. Als Ergebnis wird ein Reformvorschlag präsentiert.

sui generis

ISBN 978-3-907297-64-3

DOI 10.38107/064