



Bastian Heinel / Theodor Härtsch\*

## Die Schuldanerkennung nach Art. 17 OR im Rahmen des Factoringvertrages

Ein eigenständiger, rechtsgültiger und durchsetzbarer Anspruch?



### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Ausgangskonstellation
- II. Grundsätzliches zum Factoringvertrag
- III. Schuldanerkennung nach Art. 17 OR
  1. Form
  2. Rechtsnatur der Schuldanerkennung
    - 2.1 Zustimmungspflichtiger einseitiger Vertrag
    - 2.2 Einseitige Erklärung
    - 2.3 Schuldanerkennung als rechtsgeschäftliche Erklärung
    - 2.4 Zwischenergebnis zur Rechtsnatur
  3. Rechtsfolgen der Schuldanerkennung
    - 3.1 Rechtsfolgen aus materieller Sicht
    - 3.2 Rechtsfolgen aus prozessualer Sicht
    - 3.3 Zwischenergebnis zu den Rechtsfolgen
  4. Einreden aus dem Grundverhältnis im Kontext des internationalen Privatrechts
  5. Rechtsvergleichender Exkurs – totalabstrakte Schuldanerkennung
    - 5.1 Deutschland
    - 5.2 Österreich
    - 5.3 Liechtenstein
    - 5.4 Frankreich
- IV. Fazit

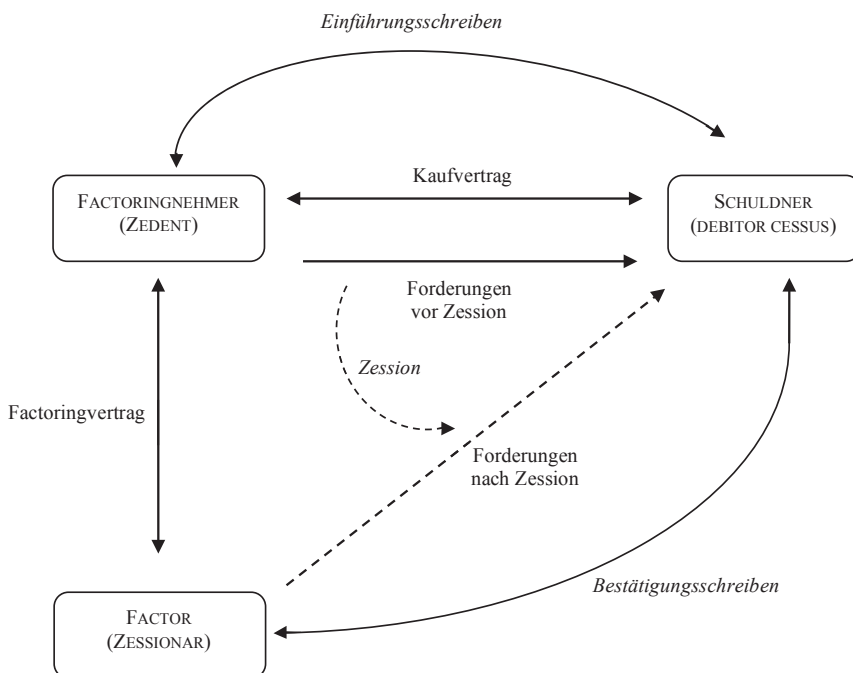
### I. Einleitung und Ausgangskonstellation

Geschäftsmodelle, bei denen ein Forderungsverkauf aus rechtlicher Sicht im Zentrum steht, gibt es viele. Dieser Artikel beschäftigt sich mit der folgenden Konstellation: Im Rahmen eines Factoringvertrages zwischen einem Factor (*Zessionar*) und einem Factoringnehmer (*Zedent*) werden Forderungen des Factoringnehmers gegenüber dessen Schuldnern an den Factor verkauft und abgetreten, welche der Factoringnehmer ursprünglich aus zugrundeliegenden Kaufverträgen zwischen ihm und den Schuldnern (*debitores cessi*) erworben hatte. Die Abtretung erfolgt schriftlich. Nach Abschluss des Factoringvertrages sendet der Factoringnehmer den betroffenen

Schuldnern ein Schreiben (*«Einführungsschreiben»*), in welchem er letztere darüber informiert, dass er die (be-tragsmässig benannten) Forderungen gegen sie an einen (genau bezeichneten) Factor verkauft und abgetreten habe. Mit der Gegenzeichnung dieses Schreibens erkläre der betreffende Schuldner, Kenntnis von der Abtretung genommen zu haben und letzterer zuzustimmen. Die Schuldner werden instruiert, das Einführungsschreiben zu unterzeichnen und an den Factor zurückzusenden, was diese in der Folge auch machen. Im Nachgang dazu sendet der Factor den Schuldnern immer dann ein weiteres Schreiben (*«Bestätigungsschreiben»*), wenn er vom Factoringnehmer eine neue Forderung gegen einen Schuldner erworben hat. Mit der Gegenzeichnung dieses *Bestätigungsschreibens* bestätigt der jeweilige Schuldner, dass eine genau bezeichnete Forderung zu Gunsten des Factoringnehmers besteht, dass diese an den Factor abgetreten wurde, und dass er den Forderungsbetrag auf ein Konto des Factors überweisen werde. Zudem bestätigt der Schuldner, dass er die Waren aus dem Kaufvertrag zwischen ihm und dem Factoringnehmer rechtzeitig erhalten hat, und dass sie seiner Bestellung vollends entsprechen. Da in der geschäftlichen Praxis typischerweise nicht durchsetzbar, beinhalten weder das *Einführungsschreiben* noch das *Bestätigungsschreiben* Rechtswahlklauseln. Allerdings ist in diesem Zusammenhang häufig eine Gerichtsstandsklausel zu Gunsten der schweizerischen Gerichte anzutreffen. Schematisch kann diese Ausgangslage wie folgt dargestellt werden (siehe nächste Seite):

Ein solches Vorgehen des Factors bezweckt, im Wege des Einführungs- bzw. Bestätigungsschreibens weitere rechtsgültige und durchsetzbare Ansprüche nebst der jeweils abgetretenen Forderung zu erlangen. Welche Fragen sich im Zusammenhang mit einem solchen Vorgehen aus der Perspektive des schweizerischen Rechts stellen und ob ein solches Vorgehen zielführend ist, soll im Folgenden dargelegt werden. Am Anfang steht ein kurzer Überblick über den Factoringvertrag, was für die Bedeutung allfälliger Einwendungen und Einreden relevant ist (Ziff. II.). Danach folgt eine Abhandlung zu den Voraussetzungen der Schuldanerkennung (Ziff. III. 1.), deren Rechtsnatur (Ziff. III. 2.) und deren Rechtsfolgen (Ziff. III. 3.). Im Anschluss werden die Einreden aus dem Grundverhältnis im Kontext des internationalen Privat-

\* BASTIAN HEINEL, MLaw, Rechtsanwalt, Associate Walder Wyss AG, Zürich, zusammen mit THEODOR HÄRTSCH, lic. iur., Rechtsanwalt, MBA (IE), Partner Walder Wyss AG, Zürich.



rechts thematisiert (Ziff. III. 4.). Den Schluss bildet ein rechtsvergleichender Blick in ausgewählte, angrenzende Jurisdiktionen bezüglich der Zulässigkeit der totalabs-trakten Schuldanererkennung (Ziff. III. 5.), bevor die Ergebnisse zusammenfasst werden (Ziff. IV.).

## II. Grundsätzliches zum Factoringvertrag

Der Anglizismus «*Factoring*» hat bis heute im Deutschen kein offizielles Pendant gefunden.<sup>1</sup> Wortwörtlich übertragen entspräche ihm wohl am ehesten die Übersetzung des «*Rechnungs- bzw. Forderungskaufs*» (von ital. *fattura* bzw. franz. *facture*)<sup>2</sup>. Das Factoringgeschäft ist eine Methode der Betriebsfinanzierung, bei der ein Factor wiederkehrend Debitorenforderungen eines Factoringnehmers aufkauft.<sup>3</sup> Damit dient es der Finanzierung der Betriebsmittel (*working capital*). Das Factoring beinhaltet jedoch weit mehr. Im Rahmen des Factoringvertrages verpflichtet sich der Factoringnehmer (*Zedent*) gegenwärtige und künftige Forderungen gegen seine Schuldner (*debitores cessi*) dem Factor (*Zessionar*) global zu zedieren.<sup>4</sup> Als Gegenleistung erbringt der Factor ein Dienstleistungspaket, das, je nach Ausgestaltung, die Bevorschussung der For-

derungssumme (zumeist 80–100 %), die Führung der Debitorenbuchhaltung sowie des Mahn- und Inkassowesens betreffend die zedierten Forderungen und allenfalls die Übernahme des Delkredererisikos umfasst.<sup>5</sup> Der Factor erhält für seine Dienstleistung ein Entgelt (*Factoringkommission*) und als Entschädigung für eine etwaige Bevorschussung zudem einen kon-tokorrentmässig berechneten Zins (*Factorzins*).<sup>6</sup>

Relevant für die vorliegende Fragestellung ist vor allem, dass der Factoringvertrag eine (Global-) Abtretung von Forderungen vorsieht. Dies ist deshalb bedeutsam, weil der Schuldner gegebenenfalls Einreden und Einwendungen gegen den Zessionar (*Factor*) gelten machen kann.

- So kann gemäss Art. 169 Abs. 1 OR der Schuldner Einreden, die er gegen die Forderung des Zedenten (*Factoringnehmer*) hatte (bspw. aus Kaufvertrag) auch gegenüber dem Zessionar (*Factor*) geltend machen, sofern diese Einreden schon zum Zeitpunkt geltend gemacht werden konnten, in dem der Schuldner Kenntnis von der Abtretung (i.S.v. Art. 167 OR) erhielt. Zu denken wäre etwa an kaufrechtliche Gewährleistungseinreden (Art. 197 ff. OR), an Tilgung (Art. 167 OR) oder an die Verrechnung (Art. 120 i.V.m. 169).<sup>7</sup>
- Zudem muss die Globalzession auch den Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 2 ZGB (keine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession) standhalten, ansonsten gilt sie grundsätzlich<sup>8</sup> als vollständig nichtig.<sup>9</sup> Die Globalzession ist somit nur dann wirksam, wenn sie auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb oder Kundenkreis beschränkt wird.<sup>10</sup>

Wie unter Ziff. III. 3.2 noch zu zeigen sein wird, können derartige Einreden auch Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Factor haben.

<sup>1</sup> Vgl. <https://www.dwds.de/wb/Factoring> (zuletzt besucht am 30. Mai 2018).

<sup>2</sup> Vgl. ALFRED SCHIRMER, Wörterbuch der deutschen Kaufmannssprache, Strassburg 1911, 59.

<sup>3</sup> URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Schweizerisches Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 1107.

<sup>4</sup> ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2018, Kap. 23 N 49.

<sup>5</sup> EMCH/RENTZ/ARPAGAU (FN 3), N 1107; FURRER/MÜLLER-CHEN (FN 4), Kap. 23 N 49.

<sup>6</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN (FN 4), Kap. 23 N 49.

<sup>7</sup> Wobei insb. auf die besondere Möglichkeit der Verrechnung vor Fälligkeit im Sinne von Art. 169 Abs. 2 OR hinzuweisen ist.

<sup>8</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3448 ff. (Fn 88).

<sup>9</sup> BGE 112 II 433 ff., E. 3; FURRER/MÜLLER-CHEN (FN 4), Kap. 23 N 50 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 8), N 3448 ff.

<sup>10</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN (FN 4), Kap. 23 N 52; BGE 112 II 433 ff., E. 3; BGer 4A\_616/2012, E. 5.1.

Schliesslich sei in diesem Zusammenhang auch noch die (in der neueren Lehre umstrittene)<sup>11</sup> Abstraktheit der Abtretung als Verfügung vom ihr zu Grunde liegenden Abtretungsvertrag (*pactum de cedendo*) in Erinnerung gerufen. Ist das *pactum de cedendo* unwirksam, bleibt die Abtretung als Verfügung wirksam und der *debitor cessus* muss an den Zessionar leisten.<sup>12</sup> Ein ungültiges *pactum de cedendo* kann dem Factor (*Zessionar*) vom Schuldner (*debitor cessus*) also nicht entgegengehalten werden, sofern die Abtretung als solche gültig war.

### III. Schuldanererkennung nach Art. 17 OR

Was das Institut der Schuldanererkennung betrifft, so ist die Regelungsdichte des OR sehr gering. Als einzige Bestimmung äussert sich Art. 17 OR zur Schuldanererkennung, wonach ein Schuldbekenntnis (ebenso Schuldanererkennung oder Schuldanerkenntnis)<sup>13</sup> auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig ist. Regelungen betreffend die Rechtsfolgen einer Schuldanererkennung finden sich jedoch weder in der genannten Bestimmung noch an einer anderen Stelle des OR.<sup>14</sup>

#### 1. Form

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Schuldanererkennung im Sinne des OR keine besondere Formvoraussetzung zu erfüllen hat.<sup>15</sup> Sie kann mündlich, konkludent oder schriftlich erfolgen.<sup>16</sup> Im Falle einer schriftlichen Schuldanererkennung ist denn auch keine Unterschrift erforderlich.<sup>17</sup> Trotzdem empfiehlt sich in Zusammenhang mit der Schuldanererkennung *in praxi* die Wahl der Schriftform inklusive eigenhändiger Unterschrift. Dies aus nachfolgenden Gründen:

Zum einen hat eine schriftliche Schuldanererkennung als Urkunde im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b i.V.m. 177 ZPO eine grundsätzlich stabile Stellung im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung. Der Beweiswert eines Beweismittels wird gemäss Art. 157 ZPO seitens des Gerichts über die freie Beweiswürdigung ermittelt. Dabei ist das Gericht (mit Ausnahme von Art. 179 ZPO)

zwar an keine Wertungshierarchie gebunden,<sup>18</sup> jedoch werden Urkunden in der Gerichtspraxis als die mitunter zuverlässigsten Beweismittel eingestuft, wohingegen Zeugenaussagen als eher unzuverlässig gelten.<sup>19</sup> Eine schriftliche Schuldurkunde schafft also in diesem Sinne ein faktisches Mehr an Beweissicherheit zu Gunsten des Schuldanererkennungsgläubigers (d.h. des Factors), sollte es zu einem wie auch immer gearteten Prozess kommen.

Zum anderen kann eine unterschriebene Schuldanererkennung einen gewichtigen Vorteil im Rahmen allfälliger Schuldbetreibungs- und Konkursbehandlungen bieten. So setzt die provisorische Rechtsöffnung gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG einen provisorischen Rechtsöffnungstitel voraus. Dieser kann in einer *öffentlichen Urkunde* (bspw. einem Pfändungsverlust- oder einem Pfandausfallschein) bestehen.<sup>20</sup> Häufig gehen Schuldanererkennungen aber auch aus *Privaturkunden* hervor.<sup>21</sup> In diesem Sinne versteht man unter einer Schuldanererkennung ein unbedingtes, vom Schuldner unterschriebenes, schriftliches Zahlungsverprechen über einen bestimmten bzw. leicht zu bestimmenden Betrag.<sup>22</sup> Darunter fallen bspw. von den Parteien unterschriebene Schriftstücke wie Briefe, Formularverträge oder Verträge in einfacher Schriftform und dergleichen.<sup>23</sup> Ohne diese Schriftform und die Unterschrift des Schuldners wäre eine Schuldanererkennung kein tauglicher, provisorischer Rechtsöffnungstitel, was (mangels anderweitiger Rechtsöffnungstitel) dazu führt, dass der Gläubiger den umständlicheren und vor allem längeren Weg einer Anerkennungsklage i.S.v. Art. 79 SchKG zu beschreiten hätte, wenn er einen vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlag im Rahmen einer Betreibung beseitigen lassen wollte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldanererkennung zwar nicht schriftlich und unterschrieben ausgestaltet sein muss, es sich jedoch aus beweisrechtlichen und schuldbetreibungsrechtlichen Überlegungen für die Geschäftspraxis empfiehlt, die Schriftform, inklusive der Unterschrift des Schuldners, zu wählen.

In der Ausgangskonstellation sind sowohl das *Einführungs-* wie auch das *Bestätigungsschreiben* schriftlich abgefasst und vom Schuldner unterschrieben. Somit stellen sie Urkunden i.S.v. Art. 177 ZPO dar und können als Beweis in einem allfälligen Prozess eingereicht werden. Darüber hinaus dienen beide Schreiben als Schuldanererkennung und provisorischer Rechtsöffnungstitel i.S.v.

<sup>11</sup> *Basler Kommentar: BSK OR I-GIRSBERGER/HERRMANN*, Art. 164 N 22–24; *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: CHK-REETZ/BURRI*, Art. 164 OR N 3.

<sup>12</sup> *CHK-REETZ/BURRI*, Art. 164 OR N 3; *FURRER/MÜLLER-CHEN* (FN 4), Kap. 23 N 10.

<sup>13</sup> *CHK-KUT*, Art. 17 OR N 3; *BSK OR I-SCHWENZER*, Art. 17 N 2.

<sup>14</sup> *BSK OR I-SCHWENZER*, Art. 17 N 7; *Zürcher Kommentar: ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI*, Art. 17 OR N 12.

<sup>15</sup> *BGer 4C.326/2004*, E. 3.2.1; *BSK OR I-SCHWENZER*, Art. 17 N 3; *Commentaire Romand – Code des obligation I: CR CO I-TEVINI*, Art. 17 N 5; *SJ 1963*, 134.

<sup>16</sup> *BSK OR I-SCHWENZER*, Art. 17 N 3 (m.w.H.); *CR CO I-TEVINI*, Art. 17 N 5.

<sup>17</sup> *SJ 1963*, 133 f.; *BSK OR I-SCHWENZER*, Art. 17 N 3; *CR CO I-TEVINI*, Art. 17 N 5.

<sup>18</sup> *Orell-Füssli Handkommentar: ZPO-Handkommentar-SCHMID*, Art. 157 N 4.

<sup>19</sup> *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung: CH-ZPOK-HASENBÖHLER*, Art. 157 N 14; *ZPO-Handkommentar-SCHMID*, Art. 157 N 4; *MAX KUMMER*, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, 136.

<sup>20</sup> *KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 19 N 72.

<sup>21</sup> *AMONN/WALTHER* (FN 20), § 19 N 74.

<sup>22</sup> *AMONN/WALTHER* (FN 20), § 19 N 68 ff.

<sup>23</sup> *AMONN/WALTHER* (FN 20), § 19 N 74.

Art. 82 SchKG zur Beseitigung von etwaigen Rechtsvorschlügen des Schuldners.

## 2. Rechtsnatur der Schuldanererkennung

Um zu bestimmen, welche Folgen die Schuldanererkennung i.S.v. Art. 17 OR hat, muss zunächst definiert werden, was diese aus rechtlichen Gesichtspunkten eigentlich darstellt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Rechtsnatur der Schuldanererkennung in Rechtsprechung und Lehre stark umstritten ist.<sup>24</sup> Während ein Teil der Lehre für einen zustimmungsbedürftigen, einseitigen Vertrag plädiert,<sup>25</sup> geht ein anderer Teil sowie die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts von einer einseitigen Erklärung aus.<sup>26</sup> Hinzu tritt die Frage, ob eine Schuldanererkennung eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt oder nicht,<sup>27</sup> was für die spätere Beantwortung der Frage entscheidend ist, ob und wenn ja welche Rechtsfolgen sich aus der Schuldanererkennung ergeben.

### 2.1 Zustimmungsbefähigter einseitiger Vertrag

Die Ansicht, die Schuldanererkennung sei ein einseitiger zustimmungsbedürftiger Vertrag, ist u.E. aus mehreren Punkten nicht überzeugend:

Die heutigen Hauptvertreter dieser Ansicht begründen diese häufig nicht substantiell, sondern begnügen sich mit Verweisen auf ältere Literatur und einen Bundesgerichtsentscheid aus den dreissiger Jahren des letzten Jahrhunderts.<sup>28</sup> Betrachtet man die Verweisquellen näher, so können zumindest Zweifel angebracht sein, ob diese die Verortung der Schuldanererkennung als einseitigen Vertrag unterstützen. Dies aus folgenden Gründen:

Zuallererst scheint der Verweis einiger Quellen<sup>29</sup> auf BGE 65 II 66 ff. (84), E. 10 nicht stichhaltig. Diese versuchen aus einer Spezialsituation eine generelle Regel abzuleiten. Im Entscheid ging es um eine Kantonalbank, die

einer anderen Bank mehrere Schuldanererkennungen ausstellte, dies aber nur gegen die Ausfertigung schriftlicher Deckungsversprechen durch ebendiese andere Bank.<sup>30</sup> Es gab dort also eine Gegenverpflichtung als Austausch für die Schuldanererkennungen. Das Bundesgericht führte demgemäss auch für diese Situation nachvollziehbar aus: «Die Beklagte [Kantonalbank] hat die in den Verpflichtungsschreiben genannten Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Klägerin [andere Bank] oder ihren Zessionaren übernommen **in Verbindung mit der von der Versprechensempfängerin [andere Bank] gleichzeitig schriftlich bestätigten Verpflichtung zur Leistung der Deckung für die Schuldbeträge [...]. Es handelt sich also um einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag, von dem das schriftliche Schuldbekenntnis nur die Verpflichtung der Beklagten aufführt**»<sup>31</sup>. Das Bundesgericht spricht mit Bezug auf diese Situation von einem gegenseitig verpflichtenden Vertrag zwischen der Kantonalbank und der anderen Bank, was in diesem Fall auch einleuchtet, besteht doch ein Austauschverhältnis (Schuldanererkennungen gegen Deckungsversprechen) im Sinne eines *do ut des*. Diese spezielle Gemengelage im Wege eines Erst-recht-Schlusses als Grundsatz verallgemeinern zu wollen, überzeugt u.E. jedoch nicht. Vor allem dann nicht, wenn es sich um Konstellationen handelt, in denen Schuldanererkennungen ausgestellt werden, ohne dass eine Gegenleistung im Sinne einer irgendwie gearteten Sicherung besteht. Die Vertreter dieser Meinung mögen einwenden, dass das Bundesgericht im selbigen Entscheid im Rahmen der Ermittlung des anwendbaren Rechts abstrakte, einseitige Schuldverpflichtungen als einseitige Verträge bezeichnet.<sup>32</sup> Jedoch sind dieser Argumentation zwei Punkte entgegenzuhalten. Zum einen hat das Bundesgericht seine Meinung von 1939 mehrfach revidiert und geht heute davon aus, dass die Schuldanererkennung eine einseitige Erklärung («*acte juridique unilatéral*») ist.<sup>33</sup> Zum anderen spricht das Bundesgericht in diesem Urteil nur zwei Erwägungen weiter, von einem gegenseitig verpflichtenden Vertrag<sup>34</sup> und widerspricht so seiner vorherigen Aussage. Der Verweis auf die Sonderkonstellation des BGE 65 II 66 ff. (84), E. 10, trägt daher nicht, wenn es um die Untermauerung der Schuldanererkennung als einseitiger Vertrag geht.

Des Weiteren ist auch der Verweis anderer Quellen<sup>35</sup> auf die in der älteren Literatur vertretene Meinung, die Schuldanererkennung sei als Vertrag zu qualifizieren, u.E. nicht überzeugend. Einer ihrer Vertreter bringt zum Beispiel als Grund für die Qualifikation der Schuldanererkennung als Vertrag vor, dass Begründung, Aufhebung oder Übertragung eines Forderungsrechts (obwohl sie

<sup>24</sup> CHK-KUT, Art. 17 OR N 2 (m.w.H.); BGer 4A\_757/2011, E. 2.3; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N 24.10 ff.; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Die Schuldanererkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 2003, *passim*.

<sup>25</sup> BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 3; BGE 65 II 66 ff. (84), E. 10; Orell-Füssli Handkommentar: OR-Handkommentar-KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 17 N 1; Berner Kommentar: BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 35.

<sup>26</sup> BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2; BGer 4C.326/2004, E. 3.2.1; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 8; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1178; KOLLER (FN 24), N 24.10; CR CO I-TEVINI, Art. 17 N 4; Präjudizienbuch OR, 2015: Präjudizienbuch OR-STEHLÉ, Art. 17 N 1.

<sup>27</sup> Vgl. KOLLER (FN 24), N 24.10/20 ff./38.

<sup>28</sup> Siehe hierzu BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 3; OR-Handkommentar-KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 17 N 1; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 35.

<sup>29</sup> Vgl. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 3; OR-Handkommentar-KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 17 N 1.

<sup>30</sup> BGE 65 II 66 ff., Tatbestand: A.

<sup>31</sup> BGE 65 II 66 ff. (84), E. 10.

<sup>32</sup> BGE 65 II 66 ff. (84), E. 8a.

<sup>33</sup> BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2; BGer 4C.326/2004, E. 3.2.1.

<sup>34</sup> Vgl. BGE 65 II 66 ff. (84), E. 10.

<sup>35</sup> Vgl. bspw. BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 35.

nur eine Partei belaste) nur durch Vertrag bewirkt werde.<sup>36</sup> Diese Argumentation verkennt, dass die Begründung, Aufhebung oder Übertragung von Forderungsrechten ebenso durch einseitige Rechtsgeschäfte erfolgen kann, wie bspw. durch Auslobung (Art. 8 OR) oder durch Testament (Art. 498 ZGB). Es braucht dafür also nicht zwangsweise einen Vertrag. Zudem ist eine Forderung auch nur die Schuld aus Gläubigersicht, so wie eine Schuld nur die Forderung aus Schuldnersicht ist. Neutral gesprochen handelt es sich dabei immer um eine Obligation (d.h. um eine Verbindlichkeit oder auch ein Schuldverhältnis) und solche Obligationen können auch anders als durch Vertrag entstehen (bspw. durch Delikt, Kondiktion, etc.). Somit ist nicht ersichtlich, warum die Schuldanererkennung zwangsweise als Vertrag ausgestaltet sein muss und nicht stattdessen auch ein einseitiges Rechtsgeschäft sein kann.

Weitere Vertreter der Qualifikation der Schuldanererkennung als Vertrag lehnen sich ohne weitere Begründung an die Rechtslage im deutschen BGB an.<sup>37</sup> Anders als im schweizerischen Art. 17 OR geht der Gesetzeswortlaut des § 780 BGB (Schuldversprechen)<sup>38</sup> und des § 781 BGB (Schuldanerkenntnis)<sup>39</sup> aber explizit per Legaldefinition davon aus, dass sowohl das eine wie auch das andere Institut einen Vertrag darstellt. Wie aber die Botschaft des Bundesrates zum Gesetzentwurf betreffend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht klar festhält, wurde im Art. 17 OR kein deutschrechtlicher Gedanke übernommen, sondern es wurde ein Grundsatz des französischen Code Civil in das Schweizerische OR aufgenommen (nämlich: «*La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée*»).<sup>40</sup> Eine diesbezügliche deutschrechtliche Diskussion wurde vom OR beiseitegelassen.<sup>41</sup> Dies kann als Anhaltspunkt dafür dienen, warum das OR anderes als das BGB keine Legaldefinition<sup>42</sup> der Rechtsnatur der Schuldanererkennung enthält; weder als Vertrag noch als einseitige Erklärung. Diese zu bestimmen obliegt damit der Rechtsprechung, welche sich diesbezüglich in ihren neusten, höchst-

terlichen Entscheiden konstant und klar äussert: «*La reconnaissance de dette est un acte juridique unilatéral émanant de celui qui se considère débiteur*».<sup>43</sup>

Insgesamt ist daher die Ansicht, welche die Schuldanererkennung als Vertrag qualifizieren will, für das schweizerische Recht abzulehnen.

## 2.2 Einseitige Erklärung

Mit der überwiegenden Lehre und der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Schuldanererkennung somit u.E. als eine einseitige Erklärung des Anerkennenden (*acte juridique unilatéral*) einzustufen, welche keine Zustimmung des Empfängers für ihre Wirksamkeit benötigt.<sup>44</sup> Dass solche einseitigen Erklärungen trotz ihrer systematischen Einordnung in der ersten Abteilung, erster Titel, erster Abschnitt des OR («Entstehung durch Vertrag») möglich sind, zeigt die Auslobung gemäss Art. 8 OR, welche nach herrschender Lehre ebenfalls als einseitiges Rechtsgeschäft qualifiziert wird;<sup>45</sup> und zwar auch von jenen Quellen, die die Schuldanererkennung mit Verweis auf das deutsche Recht als Vertrag verstehen wollen.<sup>46</sup>

## 2.3 Schuldanererkennung als rechtsgeschäftliche Erklärung

Selbst wenn man sich nun darauf geeinigt hat, dass die Schuldanererkennung eine einseitige Erklärung seitens des Anerkennenden ist, so bleibt im Weiteren noch strittig, ob diese eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt oder nicht.<sup>47</sup> Die Beantwortung dieser Streitfrage kann entscheidend dafür sein, ob eine Schuldanererkennung überhaupt Rechtsfolgen hervorbringt und wenn ja welche.

Gemeinhin erklärt der Schuldanererkennende im Wege einer Schuldanererkennung eine Schuld gegenüber einem Empfänger zu haben.<sup>48</sup> Das Bundesgericht geht denn auch in seinen neusten Urteilen in diesem Zusammenhang konstant davon aus, dass eine Schuldanererkennung eine rechtsgeschäftliche Erklärung sei.<sup>49</sup> Dieser Ansicht

<sup>36</sup> EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, § 5 IV.2.b (Fn 21).

<sup>37</sup> Vgl. ANDREAS VON THUR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1978, § 32 I (die vom Schuldvertrag ausgehen ohne Differenzierung); BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 35 (mit direktem Verweis auf deutsche Grosskommentare zu den §§ 780, 781 BGB).

<sup>38</sup> Vgl. § 780 BGB: «*Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), [...]*».

<sup>39</sup> Vgl. § 781 BGB: «*Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis), [...]*».

<sup>40</sup> Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, BBl 1880, 180; BK-BECKER, Art. 17 OR N 1.

<sup>41</sup> *Kurzkommentar Obligationenrecht*: KuKo OR-HURNI, Art. 17 N 1.

<sup>42</sup> KRAUSKOPF (FN 24), N 6.

<sup>43</sup> BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2; inhaltlich gleich BGer 4C.326/2004, E. 3.2.1.

<sup>44</sup> BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2; BGer 4C.326/2004, E. 3.2.1; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 8; PETER GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1178; KOLLER (FN 24), N 24.10; CR CO I-TEVINI, Art. 17 N 4; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1.

<sup>45</sup> CHK-KUT, Art. 8 OR N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1047; BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 12; KOLLER (FN 24), N 26.08 ff.

<sup>46</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 8 OR N 12 (Auslobung) vs. BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 35 (Schuldanererkennung).

<sup>47</sup> KOLLER (FN 24), N 24.10/20 ff./38.

<sup>48</sup> BGer 4A\_147/2014, E. 4.4.1; BGer 4C.433/1999, E. 2; KRAUSKOPF (FN 24), N 6 (m.w.H.); CHK-KUT, Art. 17 OR N 2; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 5; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1.

<sup>49</sup> BGer 4A\_147/2014, E. 4.4.1; BGer 4A\_459/2013, E. 3.3; BGer 4A\_426/2013, E. 3.4; BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2; BGer 4C.326/2004, E. 3.2.1.

folgt auch die herrschende Lehre.<sup>50</sup> Eine Unterteilung in konstitutive Schuldanererkennung (rechtsgeschäftliche Natur) und deklaratorische Schuldanererkennung (keine rechtsgeschäftliche Natur)<sup>51</sup> ist theoretisch natürlich möglich,<sup>52</sup> jedoch in praxi nicht nötig. Wer, wie das Bundesgericht es ausdrückt, gegenüber einer Person erklärt eine Schuld zu haben, der tut nicht lediglich eine Wissensmitteilung kund, sondern die Willenserklärung, eine Schuld im Augenblick der Erklärung als verbindlich zu erachten.<sup>53</sup> Dies bedingt mithin auch einen Verpflichtungswillen,<sup>54</sup> selbst wenn sich die Schuldanererkennung auf eine bestehende Schuld beziehen sollte.<sup>55</sup> Wieso sollte jemand auch eine andere Person einfach nur betreffend den Bestand seiner Schuld notifizieren wollen, wenn er sich nicht gleichzeitig dadurch auch gebunden fühlte und gebunden sein wollte? In der Realität wird eher das Gegenteil zu finden sein, nämlich das Abstreiten gebunden zu sein. Zudem wird gemeinhin i.S.v. Art. 18 OR der Gehalt einer Erklärung nach dem wirklichen Willen des Erklärenden ermittelt. Das heisst, die Frage, ob eine Erklärung eine bindende Schuldanererkennung enthält, beantwortet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung.<sup>56</sup> Sollte es am Bindungswillen des Erklärenden fehlen, so müsste dies aus der Auslegung der Erklärung hervorgehen.<sup>57</sup> Eine eigenständige Kategorisierung der Schuldanererkennung als konstitutiv (mit Rechtsbindungswillen) und deklaratorisch (ohne Rechtsbindungswillen) ist dafür, wie gesagt, überflüssig. Entweder eine Person tätigt eine Willenserklärung im Sinne der verpflichtenden Anerkennung einer Schuld oder sie äussert sich lediglich über Tatsachen ohne Wertungsgehalt und Rechtsbindungswillen. Bei einer blossen Tatsachenäusserung erkennt sie aber nichts an, sondern konstatiert nur etwas, weshalb es sich schon aus semantischen Gesichtspunkten nicht um eine Schuldanererkennung handeln kann, auch nicht um eine deklaratorische.<sup>58</sup>

Insgesamt ist daher mit der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dafür zu halten, dass eine Schuldanererkennung eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt.

<sup>50</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 18; CHK-KUT, Art. 17 OR N 2; vgl. KRAUSKOPF (FN 24), N 151 (m.w.H.); KOLLER (FN 24), N 24.21; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 17; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1.

<sup>51</sup> KOLLER (FN 24), N 24.10 ff.

<sup>52</sup> Vgl. KOLLER (FN 24), N 24.11 mit einem Verweis in die deutsche Literatur, die wie bereits ausgeführt aber mit §§ 780, 781 BGB von anderen Rechtsgrundlagen ausgeht als das schweizerische Recht.

<sup>53</sup> Vgl. BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 18; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 13; KOLLER (FN 24), N 24.21 (m.w.H.).

<sup>54</sup> BGer 4C.53/2001, E. 2b; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 18.

<sup>55</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 18.

<sup>56</sup> BGer 4A\_426/2013, E. 3.4; BGer 4A\_757/2011, E. 2.3; CHK-KUT, Art. 18 OR N 2.

<sup>57</sup> Vgl. auch CHK-KUT, Art. 18 OR N 2.

<sup>58</sup> A.A. KOLLER (FN 24), N 24.38 und 24.11.

Wie oben bereits erwähnt, zielen solche rechtsgeschäftliche Erklärungen auf den Eintritt von Rechtsfolgen ab.<sup>59</sup> Welche Rechtsfolgen die Schuldanererkennung *in casu* zeitigt, wird nachfolgend in (Ziff. III. 3.) aufgezeigt.

## 2.4 Zwischenergebnis zur Rechtsnatur

Im Ergebnis stellt die Schuldanererkennung u.E. somit eine einseitige, rechtsgeschäftliche Erklärung des Anerkennenden dar. Im vorliegenden Fall kann der Streit (Vertrag oder einseitige Erklärung) betreffend die Rechtsnatur der Schuldanererkennung jedoch dahinstehen, denn in beiden Fällen unterzeichnet der Schuldner das *Einführungsbzw. das Bestätigungsschreiben*. Damit wird die Zustimmung der Gegenpartei ohnehin erlangt, unabhängig davon, ob sie aus dogmatischer Sicht notwendig ist oder nicht. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist die Schuldanererkennung jedoch aus den oben aufgezeigten Gründen (vgl. Ziff. III. 2.3) stets.

## 3. Rechtsfolgen der Schuldanererkennung

Wie oben unter Ziff. III. bereits angesprochen, äussert sich Art. 17 OR als einzige Bestimmung des OR zur Schuldanererkennung. Welche konkreten Rechtsfolgen sich aus der Schuldanererkennung ergeben, besagt dieser Artikel jedoch nicht, sondern lediglich, dass eine Schuldanererkennung auch ohne die Angabe eines Verpflichtungsgrundes gültig ist.<sup>60</sup> Gemeinhin wird diesbezüglich in der Literatur davon ausgegangen, dass eine Unterscheidung zwischen materiellen und prozessualen Rechtsfolgen zu treffen ist.<sup>61</sup>

### 3.1 Rechtsfolgen aus materieller Sicht

#### a. Anerkennungsschuld vs. Gleichbeiben der Rechtslage

Aus inhaltlicher Sicht begründet die Schuldanererkennung nach herrschender Lehre eine neue Verpflichtung, die mit der anerkannten Schuld inhaltlich identisch ist (eine sog. *Anerkennungsschuld*).<sup>62</sup> Dies wird auch von der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt, welche davon spricht, dass die Schuldanererkennung eine Verbindlichkeit erzeugt (*«engendre une obligation»*).<sup>63</sup> Als Konsequenz hieraus folgt, dass der Gläubiger sich nicht

<sup>59</sup> KOLLER (FN 24), N 3.06.

<sup>60</sup> BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 7; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 12.

<sup>61</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 12 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181 ff.; CHK-KUT, Art. 17 OR N 6 ff.; KOLLER (FN 24), N 24.23 ff.

<sup>62</sup> CHK-KUT, Art. 17 OR N 6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 13; BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2.

<sup>63</sup> BGer 4A\_264/2008, E. 3.2.2 explizit in Verweis auf ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 13, die das Entstehen einer Anerkennungsschuld im Rahmen der Schuldanererkennung vertreten.

länger auf den ursprünglichen Schuldgrund berufen muss (bspw. eine abgetretene Forderung aus Kaufvertrag), sondern sich auf die Schuldanerkennung als selbständigen Verpflichtungsgrund berufen und diesen somit als Klagegrund benutzen kann.<sup>64</sup> Dies heisst jedoch nicht, dass die Schuldanerkennung im schweizerischen Recht völlig losgelöst vom Grundverhältnis wäre.<sup>65</sup> Vielmehr ist sie in einem materiellen Sinn kausal.<sup>66</sup> Das bedeutet, dass die Schuldanerkennung von der Existenz der anerkannten Schuld abhängt, welche im Zeitpunkt der Schuldanerkennung selbst bestanden haben muss,<sup>67</sup> und auch später in dem Zeitpunkt, in dem sich der Gläubiger auf die Schuldanerkennung (bspw. im Rahmen einer Klage) beruft.<sup>68</sup> Dies korrespondiert mit der Konzeption des schweizerischen Schuldrechts, wonach jede Obligation einen gültigen Entstehungsgrund voraussetzt.<sup>69</sup>

Eine andere Meinung in der Literatur, welche die Existenz einer Anerkennungsschuld ablehnt, geht entgegen der herrschenden Lehre, der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der hier vertretenen Meinung davon aus, dass eine Schuldanerkennung nicht zwangweise einen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen beinhaltet.<sup>70</sup> Den oben angeführten Überlegungen (vgl. Ziff. III. 2.3) folgend ist diese Meinung jedoch abzulehnen.

#### b. Keine totalabstrakte Schuldanerkennung nach schweizerischem Recht

Ferner wird von einer älteren Lehrmeinung aus den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts<sup>71</sup> die Ansicht vertreten, dass in Anlehnung an die §§ 780, 781 BGB eine Schuldanerkennung in materiellem Sinne völlig abstrakt (d.h. komplett losgelöst vom Grundverhältnis) sein könne.<sup>72</sup> So theoretisch interessante Ausführungen diese Quelle auch macht, so stellt sie selbst zu ihrer Zeit schon fest, dass die einhellige schweizerische Rechtslehre sowie das Bundesgericht anderer Meinung sind.<sup>73</sup> Jene Lehrmeinung versucht die im deutschen BGB zum Ausdruck gekommene Bejahung der Existenz einer völlig abstrakten Schuldanerkennung für das schweizerische

Recht wie folgt zu begründen: Hiernach mache die konditionenrechtliche Verjährungsbestimmung des Art. 67 Abs. 2 OR<sup>74</sup> nur Sinn, wenn es auch völlig abstrakte Forderungen gäbe, die bereicherungsrechtlich rückabgewickelt werden müssten, da von Bereicherung keine Rede sein könne, wenn die Forderung in Ermangelung eines (kausalen) Rechtsgrundes ungültig wäre.<sup>75</sup> Eine solche totalabstrakte Forderung will sie in der Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 OR erblicken.<sup>76</sup> Wie andere Quellen jedoch stichhaltig nachweisen, stehen Art. 67 Abs. 2 und Art. 17 OR in keinem historischen bzw. systematischen Zusammenhang.<sup>77</sup> Namentlich wurde Art. 67 OR erst 1911 in das OR aufgenommen, d.h. zu einer Zeit, als Art. 17 OR bzw. dessen Vorgängerbestimmung (Art. 15 aOR), bereits schon Jahrzehnte im OR enthalten waren.<sup>78</sup>

Zudem hat der Gesetzgeber, wie vorstehend in Ziff. III. 2.1 ausgeführt, betreffend Art. 17 OR keinen deutschrechtlichen Gedanken übernommen, sondern explizit einen Grundsatz des französischen Code Civil in das schweizerische OR aufgenommen.<sup>79</sup> Der Effekt dieser Anlehnung an das französische Recht besteht lediglich in der Umkehr der Beweislast und nicht in der Schaffung einer vom Grundverhältnis völlig losgelösten Schuldanerkennung.<sup>80</sup> Hinzu kommt, dass die hier fragliche Lehrmeinung, welche ein völlig abstraktes Schuldverhältnis bejaht, in einer späteren Auflage im zweiten Band desselben Werks implizit zurückgenommen wurde.<sup>81</sup> Insgesamt ist daher die Ansicht eines vom Grundverhältnis völlig abstrakten Schuldverhältnisses für das schweizerische Recht abzulehnen.<sup>82</sup> Dies insbesondere auch wegen der in Ziff. III. 3.1.a ausgeführten Konzeption des schweizerischen Schuldrechts, wonach jede Obligation einen gültigen Entstehungsgrund voraussetzt.<sup>83</sup>

<sup>64</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 13.

<sup>65</sup> BGer 4A\_152/2013, E. 2.3; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 13; OR-Handkommentar-KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 17 N 4.

<sup>66</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181 (m.w.H.); BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 13.

<sup>67</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181 (m.w.H.); BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 13.

<sup>68</sup> Vgl. BGE 105 II 183 ff.; E. 4.a; BGE 119 II 452, E. 1d; BGer 4A\_152/2013, E. 2.3.

<sup>69</sup> BGer 4A\_152/2013, E. 2.3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181.

<sup>70</sup> KOLLER (FN 24), N 24.38.

<sup>71</sup> Vgl. VON THUR/PETER (FN 37), Nachtrag zu § 32, 272.

<sup>72</sup> VON THUR/PETER (FN 37), § 32 III; vgl. auch m.w.H. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 13.

<sup>73</sup> VON THUR/PETER (FN 37), § 32 III, 269 *in fine*.

<sup>74</sup> Der Wortlaut des Art. 67 Abs. 2 OR lautet: «Besteht die Bereicherung in einer Forderung an den Verletzten, so kann dieser die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Bereicherungsanspruch verjährt ist».

<sup>75</sup> VON THUR/PETER (FN 37), § 32 III, 270.

<sup>76</sup> Vgl. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 22.

<sup>77</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 22; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 33.

<sup>78</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 22; vgl. hierzu ebenso das (alte) Bundesgesetz über das Obligationenrecht, 18. Juni 1881, BBl 1881, 112, 121 f.

<sup>79</sup> Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, BBl 1880, 180; BK-BECKER, Art. 17 OR N 1.

<sup>80</sup> Vgl. BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 33 i.V.m. 3.

<sup>81</sup> ANDREAS VON THUR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974, § 76 II, 181 *in fine* («Art. 17 OR begründet bloße Beweisabstraktheit, d.h., der Schuldner muß nicht nur den Mangel im Verpflichtungsgrund beweisen, sondern vorgängig dartun, daß der Verpflichtung gerade diese mangelhafte causa zugrundelag.»).

<sup>82</sup> BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 13 (m.w.H.); BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 33; OR-Handkommentar-KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 17 N 4; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 22 ff.

<sup>83</sup> BGer 4A\_152/2013, E. 2.3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1181.

### c. Einreden und Einwendungen gegen die Schuldanererkennung

Mit den obigen Ausführungen ist die Schuldanererkennung also in einem materiellen Sinne kausal zur Grundverpflichtung auf die sie sich bezieht. Dies führt dazu, dass ein Anerkennungsschuldner nicht nur alle Einreden und Einwendungen aus der Schuldanererkennung selbst (bspw. Willensmängel, Verjährung, etc.) geltend machen kann, sondern grundsätzlich auch solche, die aus dem Grundverhältnis (bspw. aus einem Kaufvertrag) stammen.<sup>84</sup> Dies gilt jedoch nur, solange der Anerkennungsschuldner nicht klarerweise auf die Geltendmachung gewisser Einreden und Einwendungen verzichtet hat.<sup>85</sup> Dies gilt grundsätzlich auch gegenüber Dritten, welche die anerkannte Forderung erwerben,<sup>86</sup> wobei gesetzliche Sondervorschriften vorbehalten bleiben (so bspw. Art. 18 Abs. 2, 164 Abs. 2, 979 Abs. 2 und 3 OR).<sup>87</sup> Dabei sei an dieser Stelle daran erinnert, dass auf die Einwendung der Nichtigkeit nicht zum Voraus oder gleichzeitig verzichtet werden kann.<sup>88</sup>

### d. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis zu den materiellen Rechtsfolgen der Schuldanererkennung kann somit festgehalten werden, dass u.E. mit der Schuldanererkennung eine neue Schuld zusätzlich zu der des Grundverhältnisses eingegangen wird (sog. *Anerkennungsschuld*). Mit anderen Worten stehen also zwei separate Schuldverhältnisse nebeneinander. Der Gläubiger kann sich demnach auf die (ggf. auch abgetretene)<sup>89</sup> Forderung aus dem Grundverhältnis oder die Anerkennungsschuld selbst stützen. Da es im Schweizer Recht jedoch keine völlig abstrakte Schuldanererkennung gibt, kann der Schuldner grundsätzlich sowohl gegenüber seinem Gläubiger, als auch gegenüber einem allfälligen Zessionar (bspw. einem Factor) alle Einreden und Einwendungen geltend machen, die er auch im Grundverhältnis gegenüber dem Altgläubiger geltend machen könnte (bspw. Einreden und Einwendungen aus Kaufvertrag). Zudem kann er natürlich auch alle Einreden und Einwendungen aus der Schuldanererkennung selbst gegen den Anerkennungsgläubiger geltend ma-

chen. Einreden sind lediglich dort ausgeschlossen, wo der Schuldner klarerweise einen Einredeverzicht erklärt hat. Da die Frage allfälliger Einreden gegen die Schuldanererkennung jedoch stark mit der Frage der prozessualen Rechtsfolgen der Schuldanererkennung verwoben ist, wird für die weitere Funktionsweise der Einreden und Einwendungen im Rahmen einer Schuldanererkennung auf die untenstehende Ziff. III. 3.2. verwiesen.

Was die Fragestellung der Ausgangslage in Ziff. I. betrifft, so kann man festhalten, dass der Factor mit dem gegengezeichneten *Einführungs-* bzw. *Bestätigungsschreiben* zwei Schuldanererkennungen seitens des Schuldners (*debitor cessus*) erhält. Diese begründen, neben dem vom Zedenten abgetretenen Anspruch aus Kaufvertrag, zwei zusätzliche aber zum Grundverhältnis inhaltlich identische Obligationen des Schuldners gegenüber dem Factor. Der Factor kann sich daher im Rahmen einer allfälligen Durchsetzung seiner Forderungen allein auf eine der Schuldanererkennungen stützen; alternativ kann er sich auch nur auf den abgetretenen Anspruch aus Kaufvertrag stützen. Mit anderen Worten hat er die Wahl zwischen mehreren gültigen selbständigen und grundsätzlich durchsetzbaren Anspruchsgrundlagen. In diesem Zusammenhang muss hier aber beachtet werden, dass der Schuldner grundsätzlich alle Einreden und Einwendungen aus dem Kaufvertrag mit dem Zedenten auch gegenüber dem Zessionar geltend machen kann. Dies gilt auch für Einreden und Einwendungen, die aus dem Einführungs- bzw. Bestätigungsschreiben selbst entspringen. Ob *in casu* ein gültiger Einredeverzicht des Schuldners vorlag, wird in Ziff. III. 3.2.c. nach der Erörterung der prozessualen Rechtsfolgen aufgezeigt.

### 3.2 Rechtsfolgen aus prozessualer Sicht

Neben den eben dargelegten materiellen Rechtsfolgen der Schuldanererkennung, bewirkt eine Schuldanererkennung des Weiteren ebenso wichtige prozessuale Rechtsfolgen.

#### a. Kausale vs. abstrakte Schuldanererkennung

Eine der wichtigsten Unterscheidungen ist diejenige zwischen *kausaler* und *abstrakter* Schuldanererkennung. Anders als der reine Wortlaut vermuten lassen könnte, geht es dabei nicht um die Abstraktion von der Grundverpflichtung, sondern lediglich darum, ob die Schuldanererkennung die Grundverpflichtung nennt bzw. darauf erkenntlichermassen Bezug nimmt oder nicht.<sup>90</sup> Eine *kausale Schuldanererkennung* nennt den Verpflichtungsgrund entweder selbst oder dieser kann aus den Umständen abgeleitet werden, wohingegen eine *abstrakte Schuldanererkennung* den Verpflichtungsgrund nicht

<sup>84</sup> BGE 127 III 559 ff., E. 4a; BGer 4A\_459/2013, E. 3.3; BGer 4C.59/2002, E. 3a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1182 (m.w.N.); ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 14.

<sup>85</sup> BGer 4A\_459/2013, E. 3.3; BGer 4C.214/2006, E. 4.3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1182; CHK-KUT, Art. 17 OR N 8; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 15.

<sup>86</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1182; BGE 65 II 66 ff. (84), E. 10.

<sup>87</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1182.

<sup>88</sup> JEAN MARC SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich 2010, N 831.

<sup>89</sup> Dies setzt natürlich voraus, dass der Schuldner nicht gutgläubig zuvor an den Zedenten geleistet hat (Art. 167 OR). In diesem Zusammenhang sei hier erwähnt, dass sowohl Einführungs- wie auch Bestätigungsschreiben als den guten Glauben des Schuldners zerstörende Notifikation im Rahmen der Abtretung (Art. 167 OR) aufzufassen sind.

<sup>90</sup> BGE 105 II 183 ff., E. 4a; BGer 4C.326/2004, E. 3.2.1; BGE 65 II 66 ff., E. 10; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 5; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1.



nennt.<sup>91</sup> Die sich aus dieser Unterscheidung ergebenden prozessualen Rechtsfolgen sind wie folgt:

Eine *abstrakte Schuldanererkennung* führt zu einer Beweislastumkehr (sog. reine Beweisabstraktheit des abstrakten Schuldversprechens).<sup>92</sup> Folglich muss der Anerkennungsgläubiger entgegen Art. 8 ZGB in einem allfälligen Prozess weder eine auf einem Grundverhältnis basierende Schuld des Anerkennungsschuldners nachweisen noch sonst eine Voraussetzung erfüllen, die nicht aus der Schuldanererkennung selbst hervorgeht. Für die Durchsetzung seines Anspruchs reicht die abstrakte Schuldanererkennung als Beweismittel aus.<sup>93</sup> Der Anerkennungsschuldner hingegen muss zuerst den (ungenannten) Verpflichtungsgrund nachweisen (bspw. Anspruch aus Kaufvertrag), um nach einem allfälligen Gelingen dieses Nachweises den Verpflichtungsgrund durch eine Einrede oder Einwendung entkräften zu können.<sup>94</sup> Folglich verschlechtert sich durch die Nichtangabe des Verpflichtungsgrundes in der Schuldanererkennung die Beweislage für den Anerkennungsschuldner.<sup>95</sup> Im Gegensatz dazu kann sich der Anerkennungsschuldner bei einer *kausalen Schuldanererkennung* gleich von Beginn an darauf beschränken, den in der Schuldanererkennung angegebenen Verpflichtungsgrund zu entkräften,<sup>96</sup> ohne zuerst dessen Existenz beweisen zu müssen, weshalb eine kausale Schuldanererkennung die Beweislage des Anerkennungsschuldners verbessert.

Was etwaige Dreieckskonstellationen wie eine Abtretung oder ein Factoring betrifft, ist hervorzuheben, dass das Bundesgericht eine von einem Schuldner unterzeichnete Bestätigung an den Zedenten zu Gunsten eines Factors als (abstrakte) Schuldanererkennung bewertet hat.<sup>97</sup> Es stellte in diesem Zusammenhang fest, dass die Schuldanererkennung nicht nur zu Gunsten des Zedenten wirke, sondern auch zu Gunsten des Zessionars, da sich ein Gläubigerwechsel an einer verkehrsfähigen Forderung unabhängig von einer Zustimmung/Mitwirkung des Forderungsschuldners vollziehe.<sup>98</sup>

Für die Ausgangskonstellation bedeutet dies, dass das *Einführungsschreiben* des Zedenten an den Schuldner mit der Bitte, es unterzeichnet an den Factor weiterzusenden, eine abstrakte Schuldanererkennung darstellt,

da der Verpflichtungsgrund (Kaufvertrag) daraus nicht hervorgeht. Wie gerade dargelegt, hat das Bundesgericht eine von einem Schuldner unterzeichnete Bestätigung an den Zedenten zu Gunsten eines Factors als (abstrakte) Schuldanererkennung bewertet.<sup>99</sup> Dies gilt u.E. auch für das eingangs umschriebene *Einführungsschreiben*. Das *Bestätigungsschreiben*, welches sich auf eine konkrete Forderung bezieht, stellt u.E. hingegen eine kausale Schuldanererkennung dar, geht aus diesem der Verpflichtungsgrund doch zumindest implizit hervor. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen sind, dass der Factor sich sowohl auf das *Einführungs-* wie auf das *Bestätigungsschreiben* zur Durchsetzung seiner Ansprüche berufen kann, der Anerkennungsschuldner beim *Einführungsschreiben* jedoch zunächst die Existenz des Verpflichtungsgrundes nachweisen muss, bevor er Einreden und Einwendungen aus demselben erheben kann. Beim *Bestätigungsschreiben* kann der Schuldner hingegen unmittelbar die sich aus dem Verpflichtungsgrund (d.h. aus dem Kaufvertrag) ergebenden Einreden und Einwendungen geltend machen. Wie bereits zuvor erwähnt, kann der Schuldner zudem in beiden Fällen Einreden und Einwendungen, die sich aus dem *Einführungs-* wie dem *Bestätigungsschreiben* selbst ergeben (bspw. fehlende Handlungsfähigkeit, Willensmängel, etc.), unmittelbar geltend machen.

## b. Einredeabstrakte Schuldanererkennung

Hinzu kommt, dass ein Anerkennungsschuldner auch generell bzw. auf einzelne festgelegte Einreden (inklusive solcher aus der dem Grundverhältnis) verzichten kann.<sup>100</sup> Es handelt sich dabei um eine sog. *einredeabstrakte Schuldanererkennung*.<sup>101</sup> Aufgrund ihrer Tragweite für den Schuldner darf eine solche einredeabstrakte Schuldanererkennung jedoch nicht leichtthin angenommen werden.<sup>102</sup> Ein solcher Einredevorzicht («*wavier of objection*») muss eindeutig und klar sein.<sup>103</sup> Dies kann durch einen ausdrücklichen Verzicht des Anerkennungsschuldners erfolgen<sup>104</sup> oder muss sich ohne Zweifel aus den Umständen ergeben.<sup>105</sup> Die Beweislast für das Vorliegen eines Einredevorzichtes seitens des Anerkennungsschuldners, obliegt dabei dem Gläubiger.<sup>106</sup> Ein solcher

<sup>91</sup> BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 5 (m.w.N.); BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 16 ff. (m.w.H.); CHK-KUT, Art. 17 OR N 7; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1.

<sup>92</sup> BGE 131 III 268, E. 3.2; BGer 4A\_147/2014, E. 4.3 (m.w.H.); CHK-KUT, Art. 17 OR N 4; Präjudizienbuch OR-STEHLER, Art. 17 N 1.

<sup>93</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 13 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 26), N 1183; CHK-KUT, Art. 17 OR N 7; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 5.

<sup>94</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 14 ff.; CHK-KUT, Art. 17 OR N 7.

<sup>95</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 14.

<sup>96</sup> CHK-KUT, Art. 17 OR N 7.

<sup>97</sup> BGer 4C.433/1999, Tatbestand: A ff. und E. 2.

<sup>98</sup> BGer 4C.433/1999, E. 2.

<sup>99</sup> Vgl. hierzu Fn. 97.

<sup>100</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 15; CHK-KUT, Art. 17 OR N 8; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 53.

<sup>101</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 17 OR N 15 ff.; CHK-KUT, Art. 17 OR N 8; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 10 ff.

<sup>102</sup> BGE 65 II 66 ff. (82), E. 8b; BGer 4A\_147/2014, E. 4.4.1; BGer 4A\_459/2013, E. 3.3.

<sup>103</sup> BGer 4A\_147/2014, E. 4.4.1; BGer 4A\_459/2013, E. 3.3; BGE 65 II 66 ff. (82), E. 8b; CHK-KUT, Art. 17 OR N 8; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 11.

<sup>104</sup> BGE 65 II 66 ff. (82), E. 8b.

<sup>105</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 53; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 11; CHK-KUT, Art. 17 OR N 8.

<sup>106</sup> BGer 4A\_147/2014, E. 4.4.1; BGer 4A\_459/2013, E. 3.3 (m.w.H.); BGE 65 II 66 ff. (82), E. 8b; CHK-KUT, Art. 17 OR N 8; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 11.

Einreदेverzicht liegt bspw. dann vor, wenn die Schuldanererkennung positiv den Willen zum Ausdruck bringt, gewisse Mängel nicht als vorhanden zu betrachten.<sup>107</sup> Auch ein genereller Einreदेverzicht (wie bspw. «Unter Einreदेverzicht» oder «ohne Geltendmachung von Einreden») ist grundsätzlich zulässig. Grenzen sind einem solchen generellen Einreदेverzicht grundsätzlich nur dort gesetzt, wo er gegen von Amtes wegen zu beachtende, anspruchvernichtende Einwendungen wie die Rechts- oder Sittenwidrigkeit verstösst<sup>108</sup> oder, wie bereits bei Ziff. III. 3.1.c. ausgeführt, wo auf die Einwendung der Nichtigkeit zum Voraus verzichtet werden soll.<sup>109</sup>

Abschliessend sei noch kurz die Abgrenzung des Einreदेverzichts zum sogenannten Einreदेausschluss erwähnt. Anders als beim eben erläuterten Einreदेverzicht geht es beim Einreदेausschluss darum, dass ein gutgläubiger Dritterwerber der Schuldanererkennung vor allfälligen Einreden des Schuldners geschützt wird.<sup>110</sup> Ein derartiger Schutz besteht jedoch nicht allgemein und fliesst auch nicht aus Art. 17 OR, sondern ergibt sich nur aus gesetzlichen Sondervorschriften. (bspw. Art. 18 Abs. 2, Art. 164 Abs. 2, Art. 979 Abs. 2, Art. 1146 Abs. 2 OR).<sup>111</sup>

Betreffend die Konstellation in der Ausgangslage (Ziff. I.) ist festzuhalten, dass das *Einführungsschreiben* keinen Einreदेverzicht enthält. Folglich bleibt es dabei, dass es zwar eine abstrakte, aber keine beweisabstrakte Schuldanererkennung ist. Was das *Bestätigungsschreiben* betrifft, kann gefolgert werden, dass die Bestätigung des Schuldners, er habe die Waren aus dem Kaufvertrag zwischen ihm und dem Factoringnehmer (Zedent) rechtzeitig erhalten und diese entsprächen vollends seiner Bestellung, einen beschränkten, positiven Einreदेverzicht darstellt, welcher den Willen zum Ausdruck bringt, gewisse Mängel seien als nicht vorhanden zu betrachten. Der Einreदेverzicht ist folglich nur auf diese positiv statuierten Punkte beschränkt. Nicht davon erfasst sind solche Einreden, die dem Schuldner von Gesetz wegen offen stehen, so bspw. die Rüge versteckter Mängel, im Rahmen des Kaufvertrags, welche nach Art. 201 Abs. 3 OR erst aber immerhin sofort nach der Entdeckung der Mängel angezeigt werden müssen, aber auch Einreden wie fehlende Handlungsfähigkeit oder sonstige Willensmängel. Wollte der Factor einen stärkeren Einredenschutz erreichen, so würde sich, wie gesagt, die Aufnahme eines eindeutigen, klaren und generellen Einreदेverzichts empfehlen (bspw. «unter Einreदेaus-

schluss» bzw. «unter Ausschluss jeglicher Einreden und Einwendungen»).

### c. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis zu den prozessualen Rechtsfolgen der Schuldanererkennung kann somit festgehalten werden, dass eine Schuldanererkennung kausal oder abstrakt sein kann, den Verpflichtungsgrund also nennen kann oder nicht. Wenn eindeutig vom Schuldner statuiert, kann mit der Schuldanererkennung auch ein Einreदेverzicht verbunden sein und die Schuldanererkennung somit beweisabstrakt sein. Eine vom Verpflichtungsgrund totalabstrakte Schuldanererkennung, wie sie das deutsche Recht kennt, ist für das Schweizer Recht jedoch abzulehnen.

Was die Ausgangskonstellation anbetrifft, stellt das *Einführungsschreiben* eine abstrakte Schuldanererkennung und das *Bestätigungsschreiben* eine kausale Schuldanererkennung mit beschränktem Einreदेverzicht dar.

### 3.3 Zwischenergebnis zu den Rechtsfolgen

Bezugnehmend auf die Zwischenergebnisse zu den materiellen Rechtsfolgen (Ziff. III. 3.1.d) und zu den prozessualen Rechtsfolgen (Ziff. III. 3.2.c) sei hier zusammenfassend festgehalten, dass (i.) die Schuldanererkennung zum Entstehen einer selbständigen Anerkennungsschuld führt; es (ii.) im schweizerischen Recht keine vom Verpflichtungsgrund losgelöste, totalabstrakte Schuldanererkennung gibt; (iii.) Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis (vorbehaltlich eines gültigen Einreदेverzichts) vom Schuldner auch gegen die Anerkennungsschuld vorgebracht werden können; und (iv.) dies sowohl bei kausalen wie auch bei abstrakten Schuldanererkennungen gilt, deren Unterscheidung nur dazu dient, festzustellen, ob eine Beweislastumkehr (abstrakte Schuldanererkennung) stattgefunden hat oder nicht (kausale Schuldanererkennung); sowie (v.) Einreden und Einwendungen gegen die Schuldanererkennung selbst (vorbehaltlich eines gültigen Einreदेverzichts) stets zulässig sind.

### 4. Einreden aus dem Grundverhältnis im Kontext des internationalen Privatrechts

Da Einreden gegen die Schuldanererkennung nicht nur aus der Schuldanererkennung selbst sondern auch aus dem Grundverhältnis (bspw. Kaufvertrag) herrühren können, muss im internationalen Kontext darauf geachtet werden, welchem Recht dieses Grundverhältnis bzw. die Schuldanererkennung untersteht.

Wie in der Ausgangskonstellation geschildert, sind Rechtswahlklauseln gegen den Drittschuldner in der geschäftlichen Praxis typischerweise nicht durchsetzbar, weshalb in der zugrunde gelegten Konstellation sowohl *Einführungs-* wie *Bestätigungsschreiben* keine solche

<sup>107</sup> GVP 1957, 43 f.; BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 55.

<sup>108</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 57.

<sup>109</sup> SCHALLER (FN 88), N 831.

<sup>110</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 60; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 12.

<sup>111</sup> BK-SCHMIDLIN, Art. 17 OR N 60; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 12; beide in Verweis auf ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 965 OR N 159.

enthalten. Jedoch sehen beide Schreiben, wie häufig im Rechtsverkehr anzutreffen, eine Gerichtsstandsklausel vor; vorliegend zu Gunsten der Schweiz (Zürich). Der Grundsatz der kollisionsrechtlichen *lex fori* besagt, dass jedes Gericht sein eigenes Kollisionsrecht anwendet. Folglich bestimmt sich bei einer Klage vor Schweizer Gerichten das anwendbare Recht nach dem IPRG. Die fraglichen kollisionsrechtlichen Regelungen bezüglich der Forderungsabtretung durch Vertrag finden sich in Art. 145 IPRG (bzgl. Verfügung) und in Art. 116 ff. IPRG (bzgl. *pactum de cedendo*).<sup>112</sup>

Gemäss Art. 145 Abs. 1 S. 1 IPRG untersteht die rechtsgeschäftliche Abtretung einer Forderung dem von den Parteien gewählten Recht oder, wenn ein solches fehlt, dem auf die Forderung anzuwendenden Recht. Art. 145 Abs. 1 S. 2 IPRG bestimmt ferner, dass die Rechtswahl gegenüber dem Schuldner ohne dessen Zustimmung unwirksam ist.

Wie eingangs angeführt, haben die Parteien hier keine Rechtswahl getroffen. Allfällige Rechtswahlverbote (wie bspw. Art. 120 Abs. 2 IPRG) sind vorliegend also unbeachtlich. Zudem geht klar aus dem französischsprachigen Wortlaut des Art. 145 Abs. 1 S. 1 IPRG<sup>113</sup> und der Botschaft zum IPRG<sup>114</sup> hervor, was unter dem Ausdruck «*das auf die Forderung anzuwendende Recht*» zu verstehen ist; nämlich das auf die abgetretene Forderung anwendbare Recht.<sup>115</sup> Das heisst für den in der Ausgangskonstellation geschilderten Fall, dass das anwendbare Recht betreffend die Abtretung (Verfügung) dem entspricht, welches auf die abge-/abzutretende Forderung aus Kaufvertrag anwendbar ist. Unterstehen die Kaufverträge Schweizer Recht (per Rechtswahl oder per Vertragsstatut i.S.v. Art. 116 ff. IPRG), so untersteht demgemäss auch die Abtretung (Verfügung) Schweizer Recht. Unterstehen sie hingegen fremdem Recht, so gilt dies folglich auch für die Abtretung. Für das hier einschlägige Szenario sei davon auszugehen, dass die der Abtretung zu Grunde liegenden Kaufverträge Schweizer Recht unterstehen, die Abtretung (Verfügung) somit auch Schweizer Recht untersteht. Selbiges gilt auch für das *pactum de cedendo* (Verpflichtung). Einreden aus dem Grundverhältnis bestimmen sich also vorliegend nach Schweizer Recht.

Was darüber hinaus die Form der Abtretung (Verfügung) betrifft, so richtet sich diese gemäss Art. 145 Abs. 3 IPRG ausschliesslich nach dem auf den Abtretungs-

vertrag anwendbaren Recht. Die Regelung bezieht sich aber nur auf die Form des Verfügungsgeschäfts.<sup>116</sup> Das Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*) wird betreffend die Form selbständig über die einschlägige Regel des Vertragsstatuts (Art. 124 IPRG) angeknüpft.<sup>117</sup> Da *in casu* schweizerisches Recht anwendbar ist, gilt für die Abtretung (Verfügung) nach Art. 165 Abs. 1 OR also die einfache Schriftform i.S.v. Art. 12 ff. OR. Für das ebenfalls schweizerischem Recht unterstehende *pactum de cedendo* (Verpflichtung) gilt im Sinne von Art. 165 Abs. 2 OR hingegen kein Formzwang.

Kurz einzugehen sei hier auch noch auf die Bestimmung des Art. 145 Abs. 4 IPRG, wonach Fragen, die nur das Verhältnis zwischen den Parteien des Abtretungsvertrages (Zedent und Zessionar) betreffen (bspw. Schuldnerbonität und Forderungsverität), dem Recht unterstehen, welches auf das der Abtretung zugrundeliegende Rechtsverhältnis anwendbar ist. Diese Bestimmung hat eine klarstellende Funktion und erinnert daran, dass eine Verpflichtung zur Abtretung nicht ohne einen Rechtsgrund (Kauf, Sicherung, etc.) erfolgt.<sup>118</sup> Die Klarstellung ist vor allem deshalb nötig, da diverse Rechtsordnungen das Verpflichtungsgeschäft und den Rechtsgrund nicht scharf trennen, was bei Anknüpfungen des Verpflichtungsgeschäfts Widersprüche hervorrufen kann.<sup>119</sup> Da in der hier fraglichen Ausgangskonstellation aber sowohl das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis (Kaufvertrag) als auch das Verpflichtungsgeschäft der Abtretung (*pactum de cedendo*) Schweizer Recht unterstehen, kann eine weitere Erörterung dieser Anknüpfungproblematik dahinstehen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in casu die Abtretung (Verfügung) und das *pactum de cedendo* (Verpflichtung) schweizerischem Recht unterstehen. Selbiges gilt auch für die der Abtretung zu Grunde liegenden Kaufverträge. Allfällige Einreden des Schuldners (*debitor cessus*) richten sich somit in vorliegender Konstellation nach Schweizer Recht.

## 5. Rechtsvergleichender Exkurs – total-abstrakte Schuldanererkennung

Bereits in den vorhergehenden Ausführungen wurde aufgezeigt, dass die Idee einer totalabstrakten Schuldanererkennung im schweizerischen Recht schon seit dem letzten Jahrhundert diskutiert wird. In Ziff. III. 3.1.b wurde jedoch auch dargelegt, dass diese Idee zugleich von der herrschenden Lehre, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der hier vertretenen Meinung klar abge-

<sup>112</sup> BSK IPRG-DASSER, Art. 145 N 4; CHK-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 145 IPRG N 6.

<sup>113</sup> «*La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée [...]*».

<sup>114</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BBl 1983 I 263, 434.

<sup>115</sup> ZK-GIRSBERGER/KELLER, Art. 145 IPRG N 34; BGer 4A\_327/2012, E. 3.2.

<sup>116</sup> CHK-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 145 IPRG N 26; ZK-GIRSBERGER/KELLER, Art. 145 IPRG N 49.

<sup>117</sup> CHK-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 145 IPRG N 26; ZK-GIRSBERGER/KELLER, Art. 145 IPRG N 49.

<sup>118</sup> ZK-GIRSBERGER/KELLER, Art. 145 IPRG N 53.

<sup>119</sup> ZK-GIRSBERGER/KELLER, Art. 145 IPRG N 53.

lehnt wird. Das schweizerische Ergebnis bedeutet jedoch nicht, dass das Institut einer totalabstrakten Schuldanerkennung in anderen Jurisdiktionen gleich gehandhabt wird.<sup>120</sup> Es bietet sich folglich bei dieser Gelegenheit ein kurzer Exkurs betreffend die Frage an, wie andere ausgewählte Rechtsordnungen zu einer vom Grundverhältnis totalabstrakten Schuldanerkennung stehen.

### 5.1 Deutschland

Das deutsche BGB kennt in diesem Zusammenhang mit § 780 BGB (Schuldversprechen) und § 781 BGB (Schuldnerkenntnis) zwei nach deutschem Recht per Legaldefinition einseitige Verträge, welche selbständig und abstrakt sind.<sup>121</sup> Beim Schuldversprechen verspricht der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung, bei der Schuldnerkenntnis erkennt der Schuldner gegenüber dem Gläubiger eine Schuld an.<sup>122</sup> Da Schuldversprechen und Schuldanerkennung schon sprachlich derart nah beieinanderliegen und da die beiden Institute zudem die gleichen Voraussetzungen sowie Wirkungen haben, wird eine Abgrenzung gemeinhin als entbehrlich betrachtet und die §§ 780 und 781 BGB werden als gemeinsame Anspruchsgrundlage herangezogen.<sup>123</sup> Das entscheidende Merkmal des Schuldversprechens bzw. der Schuldanerkennung ist jedoch in ihrer totalen Abstraktheit von der zugrundeliegenden Forderung zu sehen.<sup>124</sup> Da die diesbezügliche Verpflichtung losgelöst vom Kausalverhältnis ist, berühren allfällige Mängel des Grundgeschäftes die Wirksamkeit eines Leistungsversprechens i.S.v. §§ 780 und 781 BGB grds. nicht.<sup>125</sup> Anders als im schweizerischen Recht die Schuldanerkennung nach Art. 17 OR, sind also das Schuldversprechen bzw. die Schuldnerkenntnis nach §§ 780 und 781 BGB totalabstrakt vom zu Grunde liegenden Verpflichtungsgrund. Das heisst, dass der Gläubiger grundsätzlich<sup>126</sup> gestützt auf ein gültiges Schuldversprechen bzw. eine gültige Schuldnerkenntnis vom Schuldner einer solchen Erfüllung verlangen kann, ohne dass der Schuldner allfällige Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis geltend machen kann.<sup>127</sup> Sollte dies zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers führen (weil bspw. das Grundgeschäft unwirksam ist oder die Zweckerreichung un-

möglich ist), so wird eine etwaige Rückabwicklung, dem Abstraktionsprinzip des deutschen BGB folgend, nach konditionenrechtlichen Grundsätzen gemäss §§ 812 ff. BGB vollzogen.<sup>128</sup>

### 5.2 Österreich

Anders als im deutschen, sind im österreichischen Recht abstrakte Schuldversprechen, bei denen eine Partei der anderen verspricht eine Leistung zu schulden, ohne dass ein Rückgriff auf das Grundgeschäft (Austausch, Sicherung, etc.) zulässig wäre, grundsätzlich unwirksam.<sup>129</sup> Dasselbe gilt nach österreichischem Recht auch für abstrakte Schuldnerkenntnisse.<sup>130</sup> Folglich muss einer Verpflichtung aus Sicht des ABGB auch der mit ihr verfolgte wirtschaftliche Zweck (*causa*) entnehmbar sein.<sup>131</sup> Dies rührt daher, dass nach österreichischem ABGB, Schuldverhältnisse grundsätzlich nicht abstrakt sind, also ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Zweck (ihre *causa*) nicht begründet werden können, da andernfalls Formvorschriften und zwingendes Recht umgangen werden könnten.<sup>132</sup> Totalabstrakte Schuldnerkenntnisse sind somit insgesamt im österreichischen Recht grundsätzlich unzulässig.<sup>133</sup>

### 5.3 Liechtenstein

Wie gemeinhin bekannt, teilen die Republik Österreich und das Fürstentum Liechtenstein eine gemeinsame Tradition, was ihre bürgerlichen Gesetzbücher anbetrifft.<sup>134</sup> Zunächst gesamthaft rezipiert,<sup>135</sup> galt das österreichische ABGB mit einigen Abänderungen inhaltlich bis nach Ende des ersten Weltkriegs auch in Liechtenstein, wenn auch unter im Titel leicht abgeändertem Namen.<sup>136</sup> Nach Übernahme des schweizerischen Sachenrechts (1922) sowie des Personen- und Gesellschaftsrechts (1926) hatten das österreichische und das liechtensteinische ABGB je-

<sup>120</sup> Siehe BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 16.

<sup>121</sup> DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 2018, N 997; HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl., München 2017, § 33 N 13.

<sup>122</sup> LOOSCHELDERS (FN 121), N 997.

<sup>123</sup> LOOSCHELDERS (FN 121), N 997 (m.w.H.); BROX/WALKER (FN 121), § 33 N 13.

<sup>124</sup> LOOSCHELDERS (FN 121), N 999; BROX/WALKER (FN 121), § 33 N 13.

<sup>125</sup> BROX/WALKER (FN 121), § 33 N 19; LOOSCHELDERS (FN 121), N 1000.

<sup>126</sup> OTTO PALANDT, Beck'scher Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016 (zit. Palandt BGB-BEARBEITER, § ... N ...), § 780 N 9.

<sup>127</sup> Palandt BGB-SPRAU, § 780 N 1b und 9.

<sup>128</sup> LOOSCHELDERS (FN 121), N 1001; BROX/WALKER (FN 121), § 33 N 20; Palandt BGB-SPRAU, § 780 N 1b.

<sup>129</sup> PETER RUMMEL, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 2. Aufl., Wien 1990, § 859 N 31; HELMUT KOZIOL/PETER BYDLINSKI/RAIMUND BOLLENBERGER, Kurzkommentar zum ABGB, 5. Aufl., Wien 2017, § 859 N 14.

<sup>130</sup> RUMMEL (FN 129), § 859 N 31.

<sup>131</sup> RUMMEL (FN 129), § 859 N 31.

<sup>132</sup> MICHAEL SCHWIMANN, ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl., Wien 2006, § 859 N 13; vgl. zudem auch KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER (FN 129), § 859 N 14.

<sup>133</sup> BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 16.

<sup>134</sup> ELISABETH BERGER, Der Transfer einer Kodifikation – Österreichs ABGB in Liechtenstein, in: Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 15/2003, abrufbar unter: [https://www.liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation\\_downloadLink/LIB\\_015.pdf](https://www.liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation_downloadLink/LIB_015.pdf) (zuletzt besucht am 30. Mai 2018), *passim*; WALTER DORALT, in Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Schlagwort «Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch», Ziff. 2, abrufbar unter [http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeines\\_B%3%BCrgerliches\\_Gesetzbuch](http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeines_B%3%BCrgerliches_Gesetzbuch) (zuletzt besucht am 30. Mai 2018).

<sup>135</sup> BERGER (FN 134), 5.

<sup>136</sup> BERGER (FN 134), 5–8.

doch nur noch gut die Hälfte der Paragraphen gemein.<sup>137</sup> Zu einer Revision des liechtensteinischen Schuldrechts kam es jedoch aus politischen Gründen nicht mehr,<sup>138</sup> weshalb die diesbezüglichen Paragraphen des liechtensteinischen ABGB auch heute noch mehrheitlich mit denen des österreichischen ABGB übereinstimmen (vgl. jeweils die §§ 859 ff. ABGB). Da das ABGB einem dreiteiligen Aufbau, ähnlich den Institutionen des Corpus Iuris Civilis, folgt, wird das Schuldrecht im österreichischen Recht anderes eingeordnet, als in Kodifikationen, die der Einteilung des fünfteiligen Pandektensystems folgen (so bspw. ZGB/OR und BGB). Das ABGB zählt das Schuldrecht daher noch zu den persönlichen Sachenrechten, welche gemeinsam mit den dinglichen Sachenrechten das Vermögenrecht des ABGB bilden.<sup>139</sup> Die ABGB Abteilung, welche von den persönlichen Sachenrechten, also dem Schuldrecht, handelt (§§ 859 - 1341 ABGB), besteht heute sowohl im liechtensteinischen ABGB als auch im österreichischen ABGB. Folglich gilt u.E. das für das österreichische Recht ausgeführte (vgl. Ziff. III. 5.2) auch für das liechtensteinische Recht. Totalabstrakte Schuldanerkenntnisse sind daher u.E. auch nach liechtensteinischem Recht grundsätzlich als unzulässig zu betrachten.

#### 5.4 Frankreich

Das französische Recht hat eine abstraktionsfeindliche Tradition, weshalb der französische Code Civil Schuldanerkennungen als abstrakte vertragliche Verpflichtungen nicht kennt.<sup>140</sup> In Ziff. III. 2.1 wurde bereits ausgeführt, dass Art. 17 OR die fast wortgetreue Übernahme eines Grundsatzes des französischen Code Civil darstellt.<sup>141</sup> So war der Grundsatz «*La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée*» denn auch in Art. 1132 des französischen Code Civil, vor dessen Revision im Jahr 2016,<sup>142</sup> geregelt.<sup>143</sup> Jene Revision hat jedoch auch zu einer Umstrukturierung des Code Civil geführt, der auch Art. 1132 zum Opfer gefallen ist.<sup>144</sup> So ist der frühere Titel III des dritten Buchs des

Code Civil (Verträge oder vertragliche Verpflichtungen im Allgemeinen) und darunter der Abschnitt IV («*De la cause*»)<sup>145</sup> gestrichen worden, seine Funktion wurde jedoch in anderen Bestimmungen konserviert.<sup>146</sup> Namentlich lebt die Funktion des Art. 1132 alter Code Civil in Art. 1162 neuer Code Civil fort.<sup>147</sup> Folglich bleibt u.E. das vor der Revision des Code Civil betreffend den Art. 1132 Gesagte auch für den Art. 1162 Code Civil gültig: Vertragliche Verpflichtungen sind im französischen Recht notwendiger Weise kausal.<sup>148</sup> Ein Schuldbekennnis nach französischem Recht führt also grundsätzlich zu einer Beweislastumkehr.<sup>149</sup> Eine totalabstrakte Schuldanerkennung, wie sie das deutsche Recht kennt, gibt es im französischen Recht u.E. daher nicht.<sup>150</sup>

#### IV. Fazit

Im Rahmen des Factoring wird von manchen Verkehrsteilnehmern neben den abgetretenen Forderungen das Institut der Schuldanerkennung herangezogen, um einen weiteren gültigen und durchsetzbaren Anspruch gegen den Schuldner zu erlangen. Obwohl die Natur und die Rechtsfolgen der Schuldanerkennung im Einzelnen stark umstritten sind, kann unter Berücksichtigung der wichtigsten Rechtsprechung und Lehrmeinungen und der Abwägung ihrer Vor- und Nachteile u.E. gesagt werden, dass die Schuldanerkennung:

- nicht formbedürftig ist;
- eine einseitige, rechtsgeschäftliche Erklärung des Schuldanerkennenden darstellt, welche stets auf den Eintritt von Rechtsfolgen abzielt; und
- zum Entstehen einer selbständigen Anerkennungsschuld führt.

<sup>137</sup> BERGER (FN 134), 7.

<sup>138</sup> BERGER (FN 134), 8.

<sup>139</sup> HEINZ BARTA, Zivilrecht Online, Kap. 7 A. I, abrufbar unter: <https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/> (zuletzt besucht am 30. Mai 2018).

<sup>140</sup> MURAD FERID/HANS JÜRGEN SONNENBERGER, Das Französische Zivilrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986, § 4 N 2 M 301.

<sup>141</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, BBl 1880, 180; BK-BECKER, Art. 17 OR N 1.

<sup>142</sup> Vgl. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=&categorieLien=id> (zuletzt besucht am 30. Mai 2018).

<sup>143</sup> Vgl. bspw. LAURENT LEVENEUR, Code Civil, 31. Aufl., Paris 2012, Art. 1132 Code Civil.

<sup>144</sup> Vgl. ALICE TISSERAND-MARTIN et al., Code Civil, 117. Aufl., Paris 2018, Avant-Propos und 1947 betreffend die aufgehobene Section

IV inkl. Verweis auf die neue Bestimmung des Art. 1162; UNIVERSITÉ PARIS 1, PANTHÉON SORBONNE, La réforme du droit des contrats, Présentée par l'IEJ de Paris 1, abrufbar unter: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/> (zuletzt besucht am 30. Mai 2018).

<sup>145</sup> Vgl. Code Civil vom 07. Mai 2015 «*Livre III, Titre III: Des contrat ou des obligations conventionnelles en général*», abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150507> (zuletzt besucht am 30. Mai 2018).

<sup>146</sup> UNIVERSITÉ PARIS 1, PANTHÉON SORBONNE (FN 144), *in initio*; ALICE TISSERAND-MARTIN (FN 144), Avant-Propos und 1947 betreffend die aufgehobene Section IV inkl. Verweis auf die neue Bestimmung des Art. 1162 Code Civil.

<sup>147</sup> UNIVERSITÉ PARIS 1, PANTHÉON SORBONNE (FN 144), *in initio*; ALICE TISSERAND-MARTIN (FN 144), Avant-Propos und 1947 betreffend die aufgehobene Section IV inkl. Verweis auf die neue Bestimmung des Art. 1162 Code Civil.

<sup>148</sup> FERID/ SONNENBERGER (FN 140), § 4 N 2 M 301.

<sup>149</sup> BSK OR I-SCHWENZER, Art. 17 N 16; vgl. FERID/ SONNENBERGER (FN 140), § 4 N 2 M 301 f.

<sup>150</sup> FERID/ SONNENBERGER (FN 140), § 4 N 2 M 301.

Zudem kann u.E. festgehalten werden, dass:

- es im schweizerischen Recht keine vom Verpflichtungsgrund losgelöste, totalabstrakte Schuldanererkennung gibt;
- Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis (vorbehaltlich eines gültigen Einredevorzichts) vom Schuldner auch gegen die Anerkennungsschuld vorgebracht werden können; und
- dies sowohl bei kausalen wie auch bei abstrakten Schuldanerkennungen gilt, deren Unterscheidung nur dazu dient festzustellen, ob eine Beweislastumkehr (abstrakte Schuldanererkennung) stattgefunden hat oder nicht (kausale Schuldanererkennung); sowie
- Einreden und Einwendungen gegen die Schuldanererkennung selbst (vorbehaltlich eines gültigen Einredevorzichts) stets zulässig sind.

Wie aufgezeigt variiert dieses Ergebnis jedoch von Rechtsordnung zu Rechtsordnung. Deshalb müssen im internationalen Verhältnis die generelle Zulässigkeit von Schuldanerkennungen und etwaige Einrede- und Einwendungsmöglichkeiten des Schuldners aus dem Grundverhältnis jeweils im Einzelfall geklärt werden.

---