

Andreas Feuz, Fürsprecher

Der Forderungsverkauf

Die Gründe für das Vorliegen von Forderungsverkäufen können vielfältig sein und basieren meist auf dem Wunsch der unmittelbaren *Beschaffung flüssiger Mittel*, d.h. dem Inkasso einer noch nicht fälligen oder nicht leicht oder zeitmässig erst später eintreibbaren Forderung, sei dies nun im Rahmen von in dieser Art gestalteten Factoringverhältnissen, beim Verkauf ganzer Debitorenbestände oder wie früher (annäherungsweise) beim Wechseldiskont. Die Motivation liegt mitunter in der sofortigen Verbesserung der eigenen Liquidität, die zu verkaufende Forderung andererseits ist indessen noch nicht fällig oder aber fällig jedoch nicht ohne grössere Schwierigkeiten geltend zu machen, sei dies weil sie bestritten ist oder weil sie in einer Art und Weise sichergestellt ist, die eine sofortige «Mobilisierung» nicht erlaubt.

So finden wir heute in der Praxis häufig die Anwendung eines Forderungsverkaufs – diesfalls einer Grundpfandgesicherten Forderung – im Vorfeld einer Steigerung oder eines Freihandverkaufs einer Liegenschaft. Der Grundpfandgläubiger hat im Hinblick auf die Steigerung einen Interessenten gefunden. Dieser ist einerseits bereit, einen bestimmten Betrag für den Kauf einer Liegenschaft auszulegen, möchte aber andererseits sofort sicher sein, dass er den Zuschlag erhalten wird, was ihm begrifflicher Weise niemand – weder der Grundpfandgläubiger noch das Konkurs- oder Betreibungsamt – zu sichern könnte. Entsprechende Abreden und Verträge für die Festlegung des Verhaltens einer oder zweier Parteien an der Steigerung werden in der Praxis zwar getroffen, sind aber rechtlich problematisch, schwer bis nicht durchsetzbar und schützen nicht davor, dass an der Steigerung selbst plötzlich jemand auftaucht, der mehr bietet. Eine Vereinbarung im Hinblick auf die bevorstehende Steigerung ist mit z.T. hohen Risiken behaftet und sollte wenn überhaupt, beschränkt Anwendung finden¹.

Die Grundpfandgläubigerin befindet sich somit in einem *Spannungsfeld*. Ein Interessent ist hier und jetzt bereit, Liegenschaften zu erwerben, später vielleicht nicht mehr. Es ist zweifelhaft, ob an der

Steigerung überhaupt jemand mitbieten wird und noch fraglicher, ob mehr geboten werden wird. Es besteht zwar die Möglichkeit, dass die Grundpfandgläubigerin die Liegenschaft selbst ersteigert und dann weiterverkauft, damit sind aber weitere Probleme und Kosten verbunden. Einerseits erwirbt die Grundpfandgläubigerin die Liegenschaft bei einem Freihandverkauf oder bei einer Zwangsversteigerung zwar originär², kann aber andererseits erst über die Liegenschaft weiter verfügen, wenn der Eigentumsübergang auch im Grundbuch eingetragen wurde, was mitunter eine gewisse Zeit beanspruchen kann. Bei der Wahl dieser

Lösungsvariante ist auch diesen Umständen Rechnung zu tragen.

Um diese Probleme mehr oder weniger elegant zu umgehen bietet sich der Forderungsverkauf geradezu an. Damit wird der Kaufsinteressent der Liegenschaft selbst Gläubiger des Liegenschafts- oder Pfandgegenstandseigentümers und kann das weitere Geschehen unmittelbar mitbeeinflussen. Aufgepasst: Einzige Einflussquelle ist er nicht zwingend, wenn beispielsweise Vorgangs-, Nachgangs- oder auch Pfändungsgläubiger noch vorhanden sind. Wie zu zeigen sein wird, tritt der Käufer der Forderung unmittelbar in die Stellung der Forderungsverkäufers ein.

Wir unterscheiden somit *drei verschiedene Vertragsverhältnisse*:

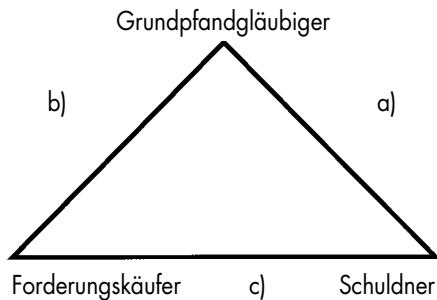
- (a) Grundpfandgläubiger, der zugleich Forderungsverkäufer ist – Schuldner
- (b) Forderungskäufer – Grundpfandgläubiger, als Forderungsverkäufer
- (c) Forderungskäufer – Schuldner



Feuz Andreas
Fürsprecher, Mitglied der
Geschäftsleitung Transliq AG, Bern

¹ vgl. MUTTI CHRISTOPH, Liegenschaftsverwaltungen, IWIR 3/1999, S. 111 ff.

² vgl. ZGB 656 II, AMONN/GASSER, § 28 N 27; SchKG-HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, N. 66 zu Art. 143 b SchKG.



a) Grundverhältnis zwischen Grundpfandgläubiger und Schuldner – das Forderungsverhältnis als solches

Auf das eigentliche Vertragsverhältnis zwischen Grundpfandgläubiger und Schuldner möchte ich nicht weiter eingehen, der Praktiker weiss wie mannigfaltig dieses ausgestaltet sein kann und mit welchen Problemen sich der Gläubiger beim Inkasso konfrontiert sehen kann.

Ein besonderer Hinweis gilt aber dem *Bankgeheimnis* oder einem anderen *Berufsgheimnis*, dem dieses Grundverhältnis unterstellt ist. Die Bank oder der Grundpfandgläubiger muss selbst entscheiden, wieweit sie/er sich vom Bankgeheimnis wird entbinden lassen müssen, wenn er über seine Beziehung zum Kunden einem Dritten Auskunft erteilen will. Der Dritte, der Forderungskäufer muss naturgemäss über das Grundverhältnis informiert sein. In der Praxis gehen die Banken heute davon aus, dass nach der Auflage des Kollokationsplanes, bzw. des Lastenverzeichnisses sowohl bei der General- als auch bei der Spezialexécution die Bankbeziehung öffentlich bekannt ist und somit das Bankgeheimnis nicht verletzt werde. Dem ist zuzustimmen, denn ein Interessent kann aufgrund der öffentlichen Auflage des Lastenverzeichnisses «rudimentär» Einsicht nehmen in das Verhältnis zwischen Grundpfandgläubiger und Schuldner, kennt aber das Verhältnis selbst nicht im Detail, insbesondere hat er kein Einsichtsrecht in die jeweiligen Forderungseingaben. Der Forderungskäufer kennt die Höhe der Forderung, der grundpfandgedeckten Forderung, des anwendbaren Zinssatzes, des Maximalzinssfußes und er weiss ob die Forderung fällig ist oder nicht.

Die Zession erfolgt, wie wir sehen werden, *zwingend schriftlich*. Ein Hauptzweck dieser Formvorschrift besteht darin, die Rechtsstellung des Schuldners selbst nicht zu verschlechtern, der Schuldner kann sich nämlich gegen eine Zession der Forderung nicht wehren.

b) Verhältnis zwischen Grundpfandgläubiger und Forderungskäufer – der Forderungsverkauf als solcher

Einem *Kaufvertrag* können sowohl materielle wie auch immaterielle Güter zugrunde liegen. Zu den immateriellen Gütern gehören nebst den eigentlichen Immaterialgüterrechten auch die Forderungen. Der Forderungskauf ist Rechts- und nicht Sachkauf. Diese Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil – wie wir sehen werden – andere Gewährleistungsnormen Anwendung finden als bei einem Sachkauf.

Zu unterscheiden ist wie immer – aber hier ist der Unterschied besonders interessant – zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem Verfügungsgeschäft. Der Grundvertrag ist das Verpflichtungsgeschäft, über die Forderung wird aber mittels Zession «verfügt». Die Forderung wird i.d.S. auf den Forderungskäufer zediert und die Zession dem Schuldner notifiziert. Der Schuldner hat nichts anderes beizutragen, als diese Notifikation zur Kenntnis zu nehmen.

In diesem Zusammenhang ist ein an sich überflüssiger Hinweis auf Art. 165 OR zu machen, wonach die Abtretung zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (einfache Schriftlichkeit) bedarf. Die Schriftform *ist Gültigkeitserfordernis* und muss nach allgemeiner Ansicht nur vom Zedenten unterzeichnet werden. Der wesentliche Inhalt der Abtretung muss wiedergegeben sein und die abzutretende Forderung muss genügend bestimmbar sein. Zum Schutz des Schuldners muss klar aus der Urkunde hervorgehen, dass der Zessionar (Forderungskäufer) Gläubiger der abzutretenden Forderung sein soll und nicht etwa bloss Zahlstelle oder Pfandgläubiger³.

Nebensätze oder Präzisierungen können nach herrschender Lehre nachträglich angebracht werden.⁴ Beim Forderungsverkauf sollte aber möglichst jede Unsicherheit vermieden und daher im Kaufvertrag alles klar geregelt werden (auf die einzelnen Punkte ist nachfolgend zurückzukommen). Die wichtigsten Punkte sollten – eben als Verfügungsgeschäft – in eine separate klare Zessionserklärung übernommen werden.

Die Gültigkeit der Zession selbst beurteilt sich nach den allgemein für Verträge geltenden Grundsätzen, namentlich auch in Bezug auf Widerrechtlichkeit, Ungültigkeit und Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln.

Die Abfassung des Kaufvertrages hat somit möglichst klar und die Situation des Schuldners transparent dargestellt zu erfolgen.

Auch die Abhängigkeit zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts bzw. der diesbezüglichen Rechtsprechung über die Abstraktheit oder Kausalität der Zession. Dabei geht es um die Frage, wieweit die Zession auch bei einem Wegfallen des Forderungskaufvertrages Gültigkeit behält.⁵ Konkret könnte der Forderungskäufer somit bei einer Anfechtbarkeit oder Ungültigkeit des Kaufvertrages aufgrund der Zession die zedierete Forderung einkassieren. Die Situation wäre dann die, dass der Schuldner an den Zessionaren leisten müsste, ohne dass dieser den Kaufpreis für den Kauf je bezahlt hätte.

Dieser Unsicherheit, diesem Dilemma entgeht, wer in der Zession klar auf das Grundgeschäft hinweist und beide Geschäfte so verknüpft, dass eine Kausalität «hergestellt» bzw. unter den Parteien festgelegt wird.⁶

³ OR-GIRSBERGER DANIEL, N. 2 zu Art. 165 im Basler Kommentar zum OR (HONSELL, VOGT, WIEGAND).

⁴ BGE 53 II 117, ZR 1979, 198.

⁵ Rechtsprechung vgl. OR-GIRSBERGER, aaO, N 22 ff zu Art. 164 OR.

⁶ vgl. von THUR/ESCHER, AT OR, Zürich 1974, S. 334

Übergang von Vorzugs- und Nebenrechten

Mit dem Forderungsverkauf bzw. mit der Zession gehen Forderung und Vorzugs- und Nebenrechte auf den Forderungskäufer/Zessionar über, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind.

Unter den *Vorzugsrechten* verstehen wir vor allem die Privilegien des Gläubigers in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren. Darunter fallen einerseits die Privilegien (Art. 146 und 219 SchKG)⁷, die Anfechtungsrechte sowie Prozessführungsrechte nach Abtretung gemäss Art. 260 SchKG. Das hat zur Folge, dass der Zessionar und nicht der Zedent sich die Weiterverfolgung von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsansprüchen wird abtreten lassen können.

Unter den *Nebenrechten* i.S. von Art. 170 Abs. 1 OR sind akzessorische, der Sicherung der Forderung dienende Rechte zu verstehen und damit der Hauptpunkt eines Forderungsverkaufes mit dem oben erwähnten Ziel:

– Pfandrechte

Die Übertragung der Sicherungsrechte an den Forderungskäufer ist somit bei einem Vorschuss, bei dem die Schuldbriefe verpfändet sind unproblematisch. Können nun auch Schuldbriefe, die zu Eigentum übertragen wurden, einem Forderungskäufer übergeben werden (Sicherungsübereignung)? In diesem Fall muss der Sicherungsübereignungsvertrag (und die damit kausal zusammenhängenden Darlehensverträge) konsultiert werden, damit festgestellt werden kann, ob und in welchen Fällen eine Weiterübertragung des Eigentums möglich ist. Da es sich nicht um ein Pfandrecht handelt, sollte rein vorsichtshalber die Übertragung selbst noch vertraglich vereinbart werden, obschon nach Girsberger⁸, weitere Ansprüche, die durch vertragliche Abrede begründet wurden auf den jeweiligen Inhaber der Hauptforderung übergehen.

– Bürgschaften

Während die Mitübertragung der Bürgschaften unproblematisch ist, ist bei selbständigen Garantieverprechen Vorsicht geboten⁹. Da diese nicht akzessorisch sind, sind sie von der Zessionswirkung selbst nicht miterfasst. Je nach Auslegung fallen auch Patronats- erklarungen unter die Kategorie der Garantieverprechen und nicht der Bürgschaften.

- Der Anspruch auf Ersatz von Betreibungs- und Prozesskosten, sowie weitere, durch vorangegangene Prozesse erworbene Rechte
- sämtliche Ansprüche, die durch vertragliche Abrede oder aufgrund des Gesetzes auf den jeweiligen Inhaber der Hauptforderung übergehen.

Während noch weitere, hier weniger interessierende Rechte übergehen, gibt es auch gänzlich *vom gesetzlichen Übergang ausgenommene Rechte*. Das sind solche, die mit der Person des Zedenten untrennbar verbunden sind, wie etwa der Anspruch des Kaufmanns auf Verzugszinsen nach Art. 104 Abs. 3 OR oder solche, die nicht bloss mit der abgetretenen Forderung verbunden sind, sondern ebenfalls dem Recht dienen, das dem Zedenten verbleibt.¹⁰ Es steht dem Zedenten frei, dem Zessionar die Vollmacht zur Abgabe oder Entgegennahme der entsprechenden Erklärung in seinem Namen zu erteilen, was wiederum im Forderungskaufvertrag oder in einem separaten Vertrag zu stipulieren wäre.

Herausgabe von Urkunden und Beweismitteln

Der Zedent wird dem Zessionar schliesslich auch alle notwendigen Urkunden und Beweismittel zu übergeben haben und er ist in allen Teilen auskunftspflichtig.¹¹ Darunter verstehen wir die Übergabe der der Forderung zugrundeliegenden Verträge, der schriftlichen Schuldbekennnis des Schuldners, des Pfandvertrages, der Schuldbriefe, der Bürgschaftsurkunden etc. An Information ist zu erteilen, was für die Geltendmachung der Forderung usanzgemäss und nach Treu und Glauben von Bedeutung ist¹² Beim Verkauf einer

grundpfandgesicherten Forderung fallen darunter:

- Angaben über das haftende Grundstück, über die Vermietung, Schwierigkeiten etc.
- Angaben über das laufende Verfahren
- Angaben über die Kollokation
- Angaben über die Pfandschätzung im Nachlassstundungsverfahren (wegen Höhe des Pfandausfalls)
- Angaben über den Verfahrensstand, falls noch kein zwangsrechtliches Verfahren eingeleitet worden ist
- Angaben über allfällige Vereinbarungen mit der Konkursverwaltung bezgl. Verwertungsmodus und bezgl. ordentlicher oder ausserordentlichen Verwaltungsmassnahmen, da der neue Gläubiger auch in dieser Beziehung in die Stellung des Gläubigers eintritt und Kostengutsprachen zu übernehmen hat bzw. automatisch übernimmt
- Angaben über mithaftende Zugehör, Angaben über diesbezüglich vorhandene Zugehörlisten und ergänzenden Vereinbarungen etc.
- Angaben über sonstige mit dem Schuldner getroffene Vereinbarungen, die mitunter Jahre zurückliegen können, das obligatorische Verhältnis zwischen (altem und neuem) Gläubiger und Schuldner aber nach wie vor betreffen.

⁷ Wichtig ist diese Mitabtretung der Privilegien bei der Lohnbevorschussung, wo das Privileg nicht ohne Zession übergehen würde.

⁸ OR-GRISBERGER DANIEL, aaO, N. 7 zu Art. 170 am Schluss, wobei keine Literatur- und Praxishinweise zur Untermauerung dieser These der im übrigen zuzustimmen ist angegeben werden.

⁹ vgl. BGE 80 II 115 und BUCHER AT, Zürich 1988, S. 570.

¹⁰ Zu nennen sind hier etwa Gestaltungsrechte, wie das Recht zur Kündigung eines Vertrages, Rücktrittsrechte oder das Recht zur Anfechtung eines Vertrages wegen Willensmängeln (hier geht es n. b. um die Anfechtung des Grundvertrages und nicht des Forderungskaufvertrages).

¹¹ Art. 170 Abs. 2 OR.

¹² SJZ 1947, 93 Nr. 30, von BÜREN, AT, Zürich 1972, 335 bei Anm. 91, zit. bei GIRSBERGER DANIEL, aaO, RN 13 zu Art. 170.

Wenn die genannten Pflichten verletzt würden, kann sich der Zedent, bzw. der Forderungsverkäufer schadenersatzpflichtig machen. Art. 170 OR ist aber dispositiver Natur und kann vertraglich wegbedungen werden. Eine Wegbedingung wird aber hinsichtlich absichtlich verschwiegener Informationen und Unterlagen nicht gültig sein.

Gewährleistung

Bezüglich Gewährleistungsfragen gilt bei entgeltlichen Abtretungen – und nur von solchen ist hier die Rede – dass für den Bestand der Forderung zur Zeit der Zession gehaftet wird (Gewährleistung für die *Veritität*¹³). Die Gewährleistungsregeln für die Abtretung gehen den Bestimmungen über die Haftung beim Forderungskaufvertrag vor¹⁴, was bei der Ausfertigung der Verträge zu berücksichtigen ist. Insbesondere dann, wenn die Gewährleistung wegbedungen wird, was möglich ist¹⁵, müsste diese Klausel nebst dem Kaufvertrag auch in der Zessionserklärung aufgenommen werden.

Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wird nur gehaftet, wenn dies ausdrücklich versprochen wurde (*Haftung für Bonität*). Aus Beweisgründen ist zu empfehlen, den Ausschluss für die Bonität ebenfalls in den Verträgen zu statuieren, da die Gewährleistung für die Bonität nicht den Formvorschriften von Art. 165 unterliegt und auch aus einem bestimmten Ver-

halten des Zedenten auf eine Gewährleistung geschlossen werden könnte.

Generell

Der Umfang der Gewährleistung wird beschränkt auf den Kaufpreis der Forderung zuzüglich der Zinsen und der Kosten für das erfolglose Inkasso der Forderung beim Schuldner¹⁶.

Rein technisch ist beim Forderungsverkauf schliesslich zu beachten, dass die Sicherungsrechte erst nach Leistung des Kaufpreises auf die Forderungskäuferschaft übergehen. Deswegen kann der Kaufpreis für die Forderung selbst nicht durch Beibringung dieser Sicherheiten bevorschusst werden.

c) Verhältnis zwischen Forderungskäufer und Schuldner

Nach dem erfolgreichen Forderungskauf ist der Forderungskäufer Gläubiger, mitunter Grundpfandgläubiger des Schuldners. Der neue Gläubiger wird dem Schuldner dies mittels Notifikation mitteilen, damit dieser befreiend nur noch an ihn zahlen kann. Im Rahmen der Zwangsverwertung erfolgt die Notifikation an die entsprechende Stelle (Konkurs- oder Betreibungsamt, Liquidator etc.).

Im Rahmen der Steigerung oder des Freihandverkaufs kann der Grundpfand-

gläubiger nun bis zum Betrag der ganzen Forderung mitbieten, er erhält den Zuschlag und kann (ausserhalb der zu leistenden Anzahlung) Verrechnung erklären, da er Gläubiger und Schuldner zugleich ist.

Für einen Pfandausfall erhält der neue Grundpfandgläubiger einen Pfandausfallschein und kann diesen – die entsprechende Bonität des Schuldners vorausgesetzt – weiter einkassieren. Im Rahmen des Konkurses und des Nachlassverfahrens partizipiert der Forderungskäufer weiter am Verfahren und kann sich, wie oben erwähnt, auch an der Verfolgung von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen beteiligen. Auch die Konkurs- oder Nachlassdividende auf dem Pfandausfall wird ihm ausbezahlt werden.

In der Praxis erfolgt mitunter die Rückabtretung gewisser Forderungen aus dem Pfandausfall, dies ebenfalls wieder nach den Regeln, die für die Zession gelten. Selbstverständlich muss auch diese Zession wieder notifiziert werden.

¹³ Art. 171 Abs. 1 OR.

¹⁴ Art. 171 OR geht Art. 199 OR vor, um ein Beispiel aus dem Kaufrecht zu nennen, BGE 90 II 499.

¹⁵ OR-GIRSBERGER, aaO., RN 5 zu Art. 171, wobei ein Ausschluss für arglistig verschwiegene Mängel von Forderung oder Zession nicht gültig ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

¹⁶ Art. 173 Abs. 1 OR.