

§ 31 Abtretung von Forderungen (Zession)	535
I. Allgemeines	536
1. Begriff	536
2. Komparatistische Hinweise	537
3. Praktische Bedeutung	538
II. Möglicher Gegenstand der Abtretung	539
1. Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungsrechten, nicht der Parteistellung im Schuldverhältnis	539
2. Nicht abtretbare Forderungen (OR 164/I)	540
3. Abtretbarkeit bedingter und künftiger Forderungen	543
4. Teilbarkeit des abzutretenden Anspruchs	547
III. Grundprinzipien der Forderungsübertragung	547
1. Zession als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar	547
2. Form der Zession (OR 165/1)	550
3. Das Verpflichtungsgeschäft im Gegensatz zur Verfügung	552
4. Grundsätzliche Unabhängigkeit («Abstraktheit») der Zession vom Grundgeschäft	554
5. Vertragliche Verknüpfung von Verfügung und Grundgeschäft	558
6. Die fiduziarische Zession	559
IV. Die Stellung des Schuldners	560
1. Allgemeines	560
2. Die Rechtsstellung des Schuldners vor Notifikation der Abtretung	561
3. Die Stellung des Schuldners im Falle der Notifikation seitens des Zedenten	563
4. Die Stellung des Schuldners im Verhältnis zum Zessionar	565
5. Keine Veränderung im Bestand der abgetretenen Forderung (Erhaltung der Einwendungen und Einreden)	567
V. Umfang der Abtretungswirkungen	570
1. Quantitative Bestimmung im allgemeinen	570
2. Gesetzliche Umschreibung der von der Zession erfassten Vorzugs- und Nebenrechte	570
3. Anhang: Sonderfall der Abtretung von Teilforderungen	572
VI. Pflichten des Zedenten	573
1. Allgemeines	573
2. Die Unterstützungspflicht des Zedenten gemäss OR 170/II	573
3. Gewährleistung des Zedenten (OR 171-173)	573
VII. Forderungsübergang kraft Gesetzes oder richterlichen Urteils (OR 166)	575
1. Forderungsübergang kraft Gesetzes (Legalzession, Subrogation)	575
2. Forderungsübergang kraft richterlichen Urteils (OR 166)	578
3. Übertragene Anwendung der Regeln des Zessionsrechts	578

§ 31 Abtretung von Forderungen (Zession)

Literatur

D. ALAI, La cession des créances en droit suisse, thèse Genève 1966; O. BÄHR, Zur Cessionslehre, in: (Jhering's) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. I (1857), p. 351 ff.; P. BERGMANN, Der Schutz des gutgläubigen Schuldners bei der Abtretung von Forderungen nach deutschem, schweizerischem und österreichischem materiellen Recht, Diss. Freiburg/Breisgau 1968; S. BERNASCONI, Cessione di salario e pignoramento di salario, Rep. 105 (1972), p. 1 ff.; E. BUCHER, Kreditsicherung durch Zession, in: Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1981, p. 9-24; B. DUTOIT, la cession du créance = acte causal ou abstrait? in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg/CH 1982, p. 453-466; L. FROMMER, Die Abtretung künftiger Forderungen, ZSR 57 (1938), p. 273 ff.; J. GAUTIER, La cession de créance dans la saisie et la faillite, BLSchK 34 (1970), p. 97 ff. bzw. BLSchK 35 (1971), p. 1 ff.; J. GERNHUBER, Synallagma und Zession, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, p. 57-98; K. HAHNZOG, Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, Diss. München 1962; W. HENCKEL, Einziehungsermächtigung und Inkassoession, Festschrift für K. Larenz, München 1973, p. 643 ff.; P. JÄGGI, Zur Rechtsnatur der Zession, SJZ 67 (1971), p. 6 ff.; R. JEANPRÊTRE, La cession de salaire, ..., SJZ 63 (1967), p. 17 f., 37 f.; H. KADUK, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession als konkurrierende Gläubigerrechte, ..., Festschrift für K. Larenz, München 1973, p. 683 ff.; TH. F. KLEYLING, Zession - unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession - und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Diss. Basel 1979; U. E. KOHLER, Die Abtretung angefallener Erbanteile (Art. 635 ZGB), Diss. Zürich 1976; M. R. KUMMER, Beiträge zur Lehre von der Causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen, Diss. Bern 1942; J. LINSI, Lohnabtretung und Existenzminimum, SJZ 56 (1960), p. 144 ff.; H. MERZ, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, p. 413-430; H. J. MOECKE, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips, Diss. Freiburg/CH 1962; H. RIEDEL, Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten, Stuttgart/Wiesbaden 1982; W. SCHMID, Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung, SJZ 66 (1970), p. 299 ff.; A. STAEHELIN, Die Hinterlegung zuhanden des Rechtes und der Prätendentenstreit, BJM 1972, p. 225 ff.; R. K. STAHEL, Zur Rechtsübertragung unter besonderer Berücksichtigung der Wertpapiere, Diss. Zürich 1967; H. U. WALDER, Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht 10, Zürich 1975; W. WIEGAND, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristenverein 1979, p. 283 ff.; B. WINDSCHEID, die Singularcession in Obligationen, in: Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. I (1853), p. 27 ff.; DERS., Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Bd. (1865), § 329, A. 9; M. WOLFF, Wesen und Voraussetzungen der Zession, Diss. Zürich 1916; D. ZOBL, Die Forderungszession im Konkurs des Zedenten. Aspekte der Rechtsentwicklung, zum 50. Geburtstag von A. Meier-Hayoz, Zürich 1972, p. 141 ff.; «Zession und Abstraktionsprinzip», in Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh., Bd. II, Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse, Frankfurt a. M. 1977, p. 112 ff.

I. Allgemeines

1. Begriff

Zession (Abtretung) ist die vertragliche Übertragung einer Forderung in unverändertem Bestande vom abtretenden, ursprünglichen Gläubiger (*Zedent*) auf einen die Forderung erwerbenden Dritten (*Zessionar*). Der Schuldner der abgetretenen Forderung (*debitor cessus*, «abgetreter Schuldner») ist am rechtsgeschäftlichen Vorgang der Abtretung nicht beteiligt; die Gültigkeit der Zession inter partes ist auch nicht von seiner Benachrichtigung abhängig.

Abtretung bewirkt *Einzelnachfolge* (Sondernachfolge) in die abgetretene Forderung, dies im Gegensatz zur Gesamtnachfolge in ein Vermögen (Erbgang, Vermögensübernahme im Sinne von OR 181) oder dem Eintreten in eine vertragliche Rechtsstellung (Vertragsübernahme, vgl. unten § 32/V, VI). Bei Abtretung eines vertraglichen Anspruchs wird der Zessionar nicht Vertragspartei, d. h. er erlangt wohl eine aus dem Vertrag fliessende Forderung, wird jedoch nicht mit vertraglichen Pflichten und dergleichen belastet und nimmt nicht Funktionen des Vertragspartners wahr (vgl. unten Ziff. II/1 und V/2/b).

Als vertraglicher Vorgang ist die Zession zu unterscheiden vom *gesetzlichen Forderungsübergang* (dazu unten Ziff. VII). Nicht nach Zessionsregeln spielt sodann die Übertragung sogenannter *subjektiv-dinglich verknüpfter Forderungsrechte*, deren Wesen darin besteht, dass sie nicht einer individuell bestimmten Person, sondern dem jeweiligen Träger eines dinglichen Rechts zustehen (vgl. dazu oben § 4/III/3), so dass der Übergang der Forderung den sachenrechtlichen Grundsätzen der Übertragung des fraglichen dinglichen Rechts folgt: die mit einem «berechtigten» Grundstück verknüpfte Forderung aus Grundlast, ZGB 782/II, und vor allem Forderungen, die wertpapierrechtlich in *Inhaberpapieren* verkörpert sind und deren Übertragung sich nach den für das Papier geltenden sachenrechtlichen Grundsätzen richtet. Bei *Orderpapieren* sind allein wertpapierrechtliche Grundsätze massgebend (gemäss OR 967/8 Übertragung nach wechselrechtlichen Prinzipien durch Indossament; vgl. dazu auch unten Ziff. III/1c), während die Übertragung von Rechten aus *Namenpapieren* vorbehaltlich wertpapierrechtlicher Sondervorschriften (insbesondere hinsichtlich der Stellung des *debitor cessus*) den Zessionsregeln unterliegt.

Die Abtretung (Zession) ist kein Schuldvertrag bzw. kein Verpflichtungsgeschäft, sondern *schuldrechtliche Verfügung* (vgl. zum Gegensatz oben § 4/VIII), weshalb es folgerichtig ist, dass sie im Allgemeinen Teil und nicht unter den einzelnen Vertragsverhältnissen des Besonderen Teils (die durchwegs Verpflichtungsgeschäfte darstellen) geregelt wird. Obwohl auch die Abtretung im Regelfall auf einem Verpflichtungsgeschäft beruht (unten Ziff. III/3), ist festzuhalten, dass das Schwergewicht des juristischen Vorgangs auf der Stufe der Verfügung liegt, der gegenüber

die Verpflichtung (das «pactum de cedendo») als untergeordnet erscheint¹ und nicht im eigentlichen Sinn Bestandteil des Zessionsrechts darstellt.

2. Komparatistische Hinweise

Frühe Rechtsordnungen kennen im allg. eine Zession nicht, da das Schuldverhältnis mit seinen Rechten und Pflichten als höchstpersönlicher Nexus zwischen den Parteien verstanden wird². So waren ursprünglich in Rom wie im germanischen Rechtskreis die Rechte aus Forderungen an ihren Träger gebunden und konnten nicht durch Einzelnachfolge übertragen werden³. Im *Römischen Recht* haben sich zwei Surrogate herausgebildet, die deshalb interessieren, weil sie auch heute noch möglich sind: Die *vertragliche Vereinbarung* des alten und neuen (oder als Vertrag zugunsten Dritter nur des alten) Gläubigers *mit dem Schuldner*, dass dieser an den neuen Gläubiger zu leisten habe; anders als bei der Zession steht es bei dieser Lösung im Belieben des Schuldners, ob der Gläubigerwechsel zustande kommt. Sodann die *Bestellung eines Prozessvertreters*: Der Gläubiger ermächtigt (mandatum agendi) den Mandatar (Erwerber), die Forderung als «procurator in rem suam» in eigenem Namen einzuklagen und das Erstrittene zu behalten (Nachteil: Bis zur Klageanhebung war Widerruf der Ermächtigung möglich, wie der Schuldner weiterhin befreiend an den Gläubiger leisten konnte.)

Auch das *englisch-amerikanische Recht* stand der Abtretung (assignment of choses in action), die der «privity of contract» (vgl. § 26/I/1, Anm. 5 und oben § 5/VIII) zuwiderläuft, im Rahmen des Common Law ablehnend gegenüber; Übertragung der Gläubigerstellung war ursprünglich nur mit Zustimmung des Schuldners zulässig. Zwar war auch hier Prozessvertretung (agency) möglich; der «agent» («Zessionar») klagte (anders als der procurator in rem suam) im Namen des Gläubigers, wobei auch hier sich der Nachteil ergab, dass der «Zedent» widerrufen konnte. - Abhilfe wurde gesucht auf der Ebene der *Equity*: Equity-Gerichte anerkannten die

¹ Die Ausrichtung des Zessionsrechts auf die Phase des Verfügungsgeschäfts bedingt in gewissem Sinne das «abstrakte» Verständnis der Zession; vgl. dazu unten Ziff. III/4.

² Die Zulassung der Zession im modernen Sinn setzt eine *begriffliche Unterscheidung des subjektiven Forderungsrechts* vom Schuldverhältnis voraus. Vgl. dazu BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, ZSR 85/1966, p. 213-234, bes. p. 224 f. - Die Auffassung des Römischen Rechts (soweit es zessionsähnlichen Rechtsübergang überhaupt zulässt), dass nur die actio, nicht aber die obligatio auf den neuen Gläubiger übergehe (vgl. WINDSCHEID, § 329 bei Anm. 7), ist (bei Auffassung der obligatio als umfassendes Schuldverhältnis) sachgerecht und unausweichlich. - Vgl. zur Entwicklungsgeschichte der heutigen Zession B. HUWILER, Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, Diss. Zürich 1975; DERS., Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des OR von 1881, in: Das OR von 1883-1983, Bern 1984, p. 209-276; K. LUIG, Zur Geschichte der Zessionslehre, Diss. Köln/ Graz 1966; DERS., Zession und Abstraktionsprinzip, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. II, Frankfurt a. M. 1977, p. 112-143.

³ Vgl. KASER, § 55/I, II; MITTEIS/LIEBERICH, § 48/I.

Zession, daher waren alle «equitable assignments», für deren Beurteilung sie zuständig waren, direkt durchsetzbar. Für «legal assignments», die vor den (die Zession nicht schützenden) Common-Law-Gerichten geltend gemacht werden mussten, gab es vorerst nur den Ausweg der Klage vor dem Equity-Gericht gegen den Zedenten auf Duldung, dass der Zessionar unter des Zedenten Namen vor Common-Law-Gericht klagte und das Erstrittene behalten durfte. Heute Zulassung der Zession aufgrund statutarischen Sonderrechts, wobei die Unterscheidung zwischen legal und equitable assignment immer noch sichtbar ist⁴.

In der Schweiz wie nach BGB (§ 398) und ABGB (§ 1395) ist für die Gültigkeit des Abtretungsvertrages zwischen den Parteien *weder die Mitwirkung des Schuldners noch auch bloss seine Benachrichtigung* erforderlich⁵. Im *französischen Recht*, dem teilweise die übrigen romanischsprachigen Kodifikationen folgen, gilt dagegen der Übergang der Forderung dem Schuldner gegenüber nur, wenn ihm dieser *notifiziert* wurde⁶. Im *englischen Recht* braucht es wohl für ein «statutory assignment» (d. h. eine auf der «Law of Property Act»⁷ beruhenden Abtretung), nicht dagegen bei dem herkömmlichen, auf der Equity beruhenden «equitable assignment», zur Gültigkeit eine Notifikation an den Schuldner.

3. Praktische Bedeutung

Abtretung von Forderungen hat im modernen Wirtschaftsleben erhebliche Bedeutung. Abgesehen von Zessionen, die in verschiedenen, nicht vorauszusehenden Zusammenhängen vorkommen und über die sich in Folge ihrer Singularität nichts allgemeines aussagen lässt, hat die grösste Bedeutung die *Sicherungszession*: Im *privaten Bereich* die *Lohnzessionen*, welche meist im Zusammenhang mit einem Kreditkauf oder der Aufnahme eines Kleinkredits vorgenommen werden; im *kaufmännischen Bereich* vorab die *Vorausabtretung von Kundenguthaben* mit dem Zweck, einem Geldgeber (regelmässig einer Bank) Sicherheit im Hinblick auf erwartete Kreditgewährung zu verschaffen. Dabei handelt es sich meist um sog. *Globalzessionen*,

⁴ Erstmals wurde durch den *Judicature Act* 1873 (sec. 25,6) die gesetzliche Möglichkeit eröffnet, eine Forderung auf den Zessionaren zu übertragen. Ersetzt wurde diese Bestimmung durch den *Law of Property Act* 1925 (sec. 136). Dieser schafft eine allgemeine Abtretungsmöglichkeit, die sich von der Abtretung auf der Ebene der Equity dadurch unterscheidet, dass sie bedingungsfeindlich ist und Notifikation an den Schuldner Gültigkeitsvoraussetzung darstellt. Zum *amerikanischen Recht* vgl. u. a. den *Uniform Commercial Code* i. d. F. von 1972 (Art. IX), wonach ein Gläubigerwechsel ohne notification rechtsgültig stattfinden kann. Vgl. dazu CH. GRAF VON BERNSTORFF, Abtretung von Forderungen nach anglo-amerikanischem Recht, in: RIW 7 (1984), p. 508-512; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. ZWEIGERT/KÖTZ, II, p. 141 ff., bes. 154 ff.; BUCHER, a.a.O.; sowie die englischen Vertragslehrbücher unter Stichwort «assignment - of chose in action».

⁵ ZWEIGERT/KÖTZ, II, § 10, p. 145, 149, 154, 155 und 158.

⁶ CC art. 1690, dazu FERICH, Bd. I N. 2 E. 125.

⁷ Vgl. oben Anm. 4.

mit der im *voraus künftig entstehende Forderungen* abgetreten werden⁸. Abtretung von Guthaben kann auch zum Zweck des *Inkassos* erfolgen⁹.

II. Möglicher Gegenstand der Abtretung

1. Grundsatz der Abtretbarkeit von Forderungsrechten, nicht der Parteistellung im Schuldverhältnis

Auszugehen ist vom *Grundsatz der Abtretbarkeit* der Forderungen, welcher so lange gilt, als nicht ein die Abtretbarkeit ausschliessender Umstand vorliegt (OR 164/I; dazu unten Ziff. 2). Der Rechtsgrund der Forderung (das ist deren Entstehungszusammenhang) ist gleichgültig; in Frage kommen Forderungen aus Vertrag, Vermächtnis, ungerechtfertigter Bereicherung, unerlaubter Handlung. Auch nicht klagbare oder erst künftig entstehende Forderungen können abgetreten werden, soweit diese hinreichend bestimmbar sind (unten Ziff. 3b/aa). Die zedierte Forderung geht meist auf Geld, kann aber jeden anderen *Leistungsgegenstand* betreffen. Auch ein Unterlassungsanspruch kann grundsätzlich abgetreten werden. - Da die Zession traditionellerweise auf Forderungsrechte bezogen wird, unterliegt die Übertragung von absoluten Rechten (neben den dinglichen Rechten hier vor allem zu denken an Immaterialgüterrechte wie Patent- oder Markenrechte und daraus sich ableitende Ansprüche) nicht den zessionsrechtlichen Regeln¹⁰.

Abtretbar sind Forderungen als isolierte subjektive Rechte auf eine bestimmte Leistung, nicht dagegen die die Forderungen begründenden Schuldverhältnisse, zum Beispiel die Kaufpreisforderung, nicht die vertragliche Stellung des Verkäufers (vgl. oben Ziff. I/1). *Nicht abtretbar* sind daher zur Hauptsache die *vertraglichen Befugnisse* und *Gestaltungsrechte*, soweit diese ihrerseits nichts anderes sind als Ausfluss der (unübertragbaren) vertraglichen Grundbeziehung¹¹. Als zedibel bzw. von der Zession automatisch miterfasst müssen andererseits «forderungsimmanente» Befugnisse

⁸ Vgl. dazu unten II/3 sowie W. WIEGAND, *Kreditsicherung und Rechtsdogmatik*, p. 283 ff. und E. BUCHER, *Kreditsicherung durch Zession*, p. 9-24.

⁹ Dies möglicherweise im Rahmen eines sog. *Factoring-Vertrages*; vgl. dazu OR/BT, § 2/VIII; SCHLUEP, in SPR VII/2, p. 828 ff.; K. F. SCHÄER, *Die wirtschaftliche Funktionsweise des Factoring*; und H. REY, *Die Behandlung des Factoring-Vertrags im schweizerischen Recht*, beide in: *Neue Vertragsformen der Wirtschaft*, (hrsg. von E. A. Kramer), Bern 1985, p. 163 ff. und 171 ff.

¹⁰ Nach BGE 111 II 147 richtet sich nicht nach Zessionsrecht die Übertragung von (übertragbaren) Kaufsrechten; für Fahrnis (Aktien) vgl. BGE 94 II 278. Dazu OR/BT, § 5/III/2b.

¹¹ Vgl. auch oben § 4/IV/1; teilweise entgegengesetzt P. BYDLINSKI, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, Wien 1986. - Zur «Abtretung» der *Miete* vgl. OR/BT, § 7/III/2.

gelten. Abtretungsähnliche Wirkungen bezüglich Gestaltungsrechte lassen sich mit Vollmachterteilung zu deren Ausübung erreichen¹²; sodann steht nichts entgegen, die Übertragbarkeit vertraglicher Gestaltungsbefugnisse an Dritte im betreffenden Vertrag festzuschreiben. Unter besonderen Umständen kann ausnahmsweise in der Zession einer Forderung die Vollmachterteilung zur Ausübung konnexer Gestaltungsrechte als enthalten gelten¹³.

2. Nicht abtretbare Forderungen (OR 164/I)

a) Ausschluss der Abtretbarkeit durch Gesetz

In verschiedenen Einzelfällen schliesst der *Gesetzgeber* die Abtretbarkeit im Sinne von OR 164/I aus.

aa) Im *Zivilrecht* sind Abtretungsverbote statuiert in OR 519/I für die Leibrentenforderung und in OR 529/I für den Anspruch des Pfründers; nicht zedibel sind ferner die Ansprüche des Entlehners (OR 306/II) und Pächters (OR 289/I) auf Benutzung der Sache, das Wohnrecht gemäss ZGB 776/II und der Genugtuungsanspruch wegen Verlöbnißbruchs aus ZGB 93/II¹⁴. Nicht abtretbar sind *künftige Lohnforderungen im Umfang betriebsrechtlicher Unpfändbarkeit* (OR 325, SchKG 93; vgl. auch OR 226e/I)¹⁵; das BGB (§ 400) erklärt sämtliche unpfändbaren Forderungen (deutsche ZPO § 811) für unabtretbar.

bb) Zahlreicher sind Abtretungsverbote im *öffentlichen Recht* des Bundes und der Kantone¹⁶. Vor allem sind nicht abtretbar die Rentenansprüche aus der Alters- und Hinterlassenenversicherung, der Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung¹⁷. Ausserhalb der Sozialgesetzgebung finden sich insbesondere in der öffentlich-rechtlichen

¹² Vgl. auch unten V/2.

¹³ Umstritten ist in der Sachenrechtsdoktrin, ob ein Anspruch auf Herausgabe vorenthaltenen Eigentums möglich sei ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums (Vindikationszession). Vgl. dazu Hinweise auf die Lehrmeinungen bei MEIER-HAYOZ, ZGB 641 N. 73.

¹⁴ Genugtuungs- und Schadenersatzansprüche, unabhängig von ihrem Entstehungsgrund (z. B. ZGB 29/II, 151/II, OR 45-47 und 49), gelten in der schweizerischen Doktrin und Rechtsprechung im allgemeinen als abtretbar; so auch die Genugtuungsforderung aus Verlöbnißbruch, sobald diese eingeklagt ist. In diese Richtungweisend: v. BÜREN, p. 322; BECKER, OR 164 N. 27; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 164 N. 15; OFTINGER/BÄR, ZGB 899 N. 77; ENGEL, p. 588 mit Hinweisen; a. M. v. T./E., § 94/II, p. 344 Anm. 17.

¹⁵ Zum Verhältnis zwischen Lohnzession und Lohnpfändung vgl. BGE 95 III 12 E. 1 und ZR 81 Nr. 28.

¹⁶ Dazu nähere Angaben bei OFTINGER/BÄR, ZGB 899 N. 88; zur Zulässigkeit der Zession öffentlich-rechtlicher Forderungen: vgl. GRISEL, *Traité de droit administratif suisse*, 2. A., 1984, p. 631; BGE 111 Ib 156 E. d; 82 II 206, 56 III 195.

¹⁷ Vgl. Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dez. 1946, Art. 20/I, 78/III; Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 29. Sept. 1949, Art. 47/I etc.

Ordnung der Beamtenverhältnisse solche Vorschriften, die eine Abtretung von Ansprüchen auf Renten und Fürsorgeleistungen ausschliessen.

b) Ausschluss der Abtretbarkeit durch Vereinbarung (pactum de non cedendo)

OR 164/I (wie BGB § 399) lässt den vertraglichen Ausschluss der Abtretbarkeit zu. Das «*pactum de non cedendo*» ist meist eine Klausel innerhalb des die unabtretbar gestellte Forderung begründenden Vertrages; indessen ist auch ein selbständiger (vorgängig oder nachträglich¹⁸ geschlossener) Vertrag möglich. Der Ausschluss der Abtretung kann auch *stillschweigend* erfolgen¹⁹. Im Falle einer Verurkundung des forderungsbegründenden Vertrages ist ein Abtretungsverbot gegenüber dem Zessionar allerdings nur wirksam, wenn es in der Urkunde vermerkt ist (OR 164/II; unten lit. d)²⁰.

c) Ausschluss der Abtretbarkeit infolge der Natur der Forderung,

Abtretung ist (infolge der Vermutung entsprechenden Parteiwillens) nicht möglich, wenn die «Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht». Hier ist vor allem an Fälle zu denken, bei denen aufgrund der Interessenlage des Schuldners Zedibilität ausgeschlossen bzw. aufgrund einer natürlichen Vermutung angenommen werden muss, dieser habe seine Schuld nur unter dem Vorbehalt der Nichtabtretbarkeit des korrespondierenden Anspruchs übernehmen wollen²¹.

Diese Grundsätze führen etwa zur Unabtretbarkeit von Leibrenten- oder sonstigen persönlichen Unterhaltsansprüchen und insbesondere von *Ansprüchen auf*

¹⁸ Vgl. aus der Literatur (für das ABGB) H. KOZIOL, das vertragliche Abtretungsverbot, in Jur. Blätter 1980 p. 113-125.

¹⁹ So BGHZ 95, 113.

²⁰ Das *pactum de non cedendo* wirkt für künftige, nicht aber für bereits vorgenommene Zessionen. Bei Abtretung künftiger Forderungen schliesst das im forderungsbegründenden Vertrag enthaltene Abtretungsverbot allerdings Zessionswirkungen aus, da die Abtretung erst auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung wirksam wird (vgl. unten Ziff. 3/c). - Ein vom Schuldner eingegangenes Abtretungsverbot geht einer früher von ihm übernommenen Zessionsverpflichtung vor; vgl. dazu ZR 79, Nr. 143 und BGE 112 II 243 ff. (Vorausabtretung eines Lohnanspruchs durch Globalzession hindert nicht die mit dem Arbeitgeber ausgehandelte Unabtretbarkeit der Lohnforderung). - Da die Regel von OR 164/I ausschliesslich den *debitor cessus* schützen will, und die dort genannte «Vereinbarung» den Vertrag zwischen Schuldner und ursprünglichen Gläubiger meint, vermag ein zwischen Erstzedent und Erstzessionar oder vom Gläubiger mit einem sonstigen Dritten verabredetes Abtretungsverbot die Gültigkeit einer verbotswidrig vorgenommenen Zession nicht zu hindern, so auch KELLER/SCHÖBI, Bd. IV, p. 59.

²¹ Die Formel BGB § 399 kann auch als Umschreibung des schweizerischen Zustandes aufgefasst werden: «Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.» - Vgl. aus der Rechtsprechung: BGE 109 II 445, 84 II 279 f., 63 II 157 ff., Sem.jud. 107, p. 638.

Vertragsschluss aus Vorverträgen, da der geschlossene Vertrag im Zweifel nur zum Vertragsschluss mit dem bisherigen Vertragspartner oder einem im Vorvertrag bezeichneten Dritten verpflichtet, insbesondere weil diese Pflicht, auf einen neuen Partner übertragen, ihren Charakter ändern würde²². Dies bedeutet allerdings keineswegs, dass nicht der Partner des Vorvertrages nach Abschluss des Hauptvertrags seinen aus letzterem sich ergebendem Leistungsanspruch einem Dritten abtreten könnte; dies ist so lange möglich, als nicht ein *pactum de non cedendo* im Vor- oder Hauptvertrag enthalten ist.

d) Nichtigkeit der Zession unabtretbarer Forderungen

aa) Die Abtretung einer nichtzediblen Forderung ist ungültig, *gilt als nicht erfolgt*²³, wirkungslos ist die Abtretung nicht bloss im Verhältnis zum Schuldner, sondern auch zwischen Zedent und Zessionar²⁴.

bb) Nicht bei von Gesetzes wegen unabtretbaren Forderungen, wohl aber dann, wenn die Unabtretbarkeit im Interesse des Schuldners besteht (bei Ausschluss durch Vereinbarung oder kraft der Natur der Forderung, oben lit. b und c), kann der Schuldner durch Zustimmung zu der Zession das Hindernis beseitigen und diese (allenfalls auch im nachhinein) mit Wirkung *ex tunc* gültig machen²⁵. Insbesondere wird diesfalls der Schuldner durch Leistung an den in der ungültigen Zession bezeichneten neuen Gläubiger befreit.

cc) *Einschränkung bei Zession verurkundeter Forderungen (OR 164/II)*. Während das Nichtwissen des «Zessionars» um Mängel der Zession diese nicht zu heilen vermag, gilt eine Ausnahme beim *pactum de non cedendo*: hat der Zessionar «die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben», so kann

²² Vgl. BGE 94 II 279 und 111 II 144 mit zahlreichen Hinweisen, sowie BGE 48 II 469. Wie hier auch D. HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin/Tübingen 1965, p. 220. - Diese Regel gilt nur so lange, als die Parteien nicht die Erstreckung der Kontrahierungspflicht auf beliebige Partner vertraglich vereinbart haben. Beweisbelastet ist die die Übertragbarkeit behauptende Partei, wobei eine entsprechende Abmachung sich allerdings auch aus den Umständen ergeben kann (z. B. im Fall sog. *Optionen*). Vgl. auch OR/BT, § 2. - Zur grundsätzlichen Unübertragbarkeit familienrechtlicher Unterhaltsansprüche vgl. BGE 107 II 474.

²³ Dies ist selbstverständlich bei gesetzlichen (lit. a), nicht dagegen bei (quasi-)vertraglich begründetem Abtretungsverbot (lit. b, c): Rechtsgeschäfte (Verträge), deren Vornahme eine Vertragspflicht verletzt, sind gemeinhin nicht ungültig, sondern lösen Nichterfüllungsfolgen aus.

²⁴ Die Nichtabtretbarkeit einer Forderung schliesst nur die Wirksamkeit der Zessionsverfügung aus, hindert jedoch nicht die Gültigkeit des zugrundeliegenden, zur Zession verpflichtenden Vertrages (z. B. des Forderungskaufs). Gelingt es dem Zedenten nicht, das Abtretungshindernis zu beseitigen (beispielsweise durch Erlangung der Zustimmung des Schuldners; vgl. unten lit. bb), wird er dem Zessionar wegen Nichterfüllung gemäss OR 97 ff. haftbar.

²⁵ Vgl. dazu v. BÜREN, p. 325; ENGEL, p. 588 f.; BECKER, OR 164 N. 44; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 164 N. 20; v. T./E., § 94/III, p. 347. Für absolute Nichtigkeit bei allen unzulässigen Abtretungen JEANPRÊTRE, SJZ 63 (1967), p. 20.

ihm das pactum nur dann entgegengehalten werden, wenn das Abtretungsverbot in der fraglichen Urkunde (der Urkunde des forderungsbegründenden Vertrages oder der Anerkennung der abgetretenen Forderung) zum Ausdruck kommt. Bei nicht verurkundeten Verträgen oder im Falle der Nichtvorlegung der Urkunde an den «Zessionar» ist folglich das pactum de non cedendo wirksam, die Zession daher ungültig²⁶.

3. Abtretbarkeit bedingter und künftiger Forderungen

a) Grundsatz

Nach eingebürgerter Formel kann nicht bloss eine fällige Forderung, sondern auch eine noch nicht fällige Forderung, ja eine noch nicht entstandene Forderung oder gar eine solche, deren Entstehen ungewiss ist, abgetreten werden²⁷.

b) Schranken der Zedibilität

aa) Fragestellung

Nach landläufiger Auffassung setzt gültige Abtretung künftiger Forderung voraus, dass «die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des debitor cessus, Rechtsgrund und Höhe hinreichend bestimmt wird oder wenigstens bestimmbar ist»²⁸. Lehre und Praxis tendieren dahin, im Anschluss an die Formel, dass «Bestimmbarkeit» genüge, Vorausabtretungen in allzu weitgehendem Umfang zuzulassen und eine Schranke nur noch im Verbot übermässiger Persönlichkeitsbeschränkung des Zedenten (ZGB 27) zu sehen²⁹. Richtigerweise müsste die Frage der Gültigkeit der *Zessionsverpflichtung* von jener der *Zessionsverfügung* unterschieden werden:

bb) Verpflichtungsgeschäft (pactum de cedendo)

Das zur Abtretung verpflichtende pactum de cedendo (Forderungskauf, Treuhandvertrag mit Abtretung künftiger Forderungen sicherungshalber) ist gemäss

²⁶ Vgl. auch v. T./E., § 94/III, p. 348 und Anm. 54, der zutreffend annimmt, dass der Zweitcessionar, bei Gutgläubigkeit des Erstcessionars und damit Gültigkeit der Erstzession, selbst bei eigener «Bösgläubigkeit» sich auf OR 164/II berufen kann und Gläubiger wird; A. KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 1985, p. 203 ff., insb. N. 653, 666. Für das deutsche Recht vgl. SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB § 405 N. 4; a. M. ENGEL, p. 588.

²⁷ Dazu schon A. VON TUHR, Verfügung über künftige Forderungen, JZ Nr. 9 (1904), p. 426 f. Vgl. weiter v. T./E., § 94/IV, p. 348 f.; v. BÜREN, p. 324.

²⁸ BGE 57 II 539, zitiert in BGE 84 II 366 E. 3.

²⁹ Das Bundesgericht hat seit 57 II 539 gegenüber älteren Entscheidungen (25 II 322 und 41 II 135) wiederholt bestätigt, auch *erhoffte* künftige Forderungen, nicht nur solche aus bereits bestehendem Grundverhältnis, seien abtretbar, 69 II 290, 75 III 111, 84 II 366 E. 3, 85 I 30, 95 III 12; weite Auslegung auch bei v. T./E., § 94/IV, p. 349 und Anm. 68, FROMMER, p. 304.

dem Grundsatz der Vertragsfreiheit in beliebigem Umfang zulässig. Die (oft berufene) Schranke von ZGB 27 bedeutet allerdings, dass die Verpflichtung nicht so weit gehen darf, dass der sich zur Zession Verpflichtende sich in sittenwidrigem Umfang seiner wirtschaftlichen Freiheit begibt³⁰. Dieser Gesichtspunkt hat aber jedenfalls bei Sicherungszessionen keine Bedeutung, soweit die Eingänge vom Zessionar dem Zedenten laufend gutgebracht werden sollen.

cc) Verfügungsgeschäft (Zession)

Bedeutsam wären hier die Schranken, die sich aus dem *Erfordernis der Spezialität von Verfügungen* ergeben, d. h. aus dem Grundsatz, dass Verfügungen nur gültig sind, wenn sie sich auf einen genau bestimmten Verfügungsgegenstand beziehen³¹. Daraus folgte an sich, dass eine Zession noch nicht entstandener Forderungen nur gültig ist, wenn sie sich auf eine *im Zeitpunkt der Zession bereits bestimmte* (wenn auch noch nicht bestehende) *Forderung* bezieht, während Bestimmtheit bloss im Zeitpunkt der Geltendmachung bzw. Entstehung der abgetretenen Forderung diesem Erfordernis nicht Genüge tut³².

In zwei neuen Entscheidungen (BGE 112 II 435 und 113 II 167) hat das Bundesgericht entgegen den genannten Grundsätzen entschieden, dass die beschriebenen generellen Vorausabtretungen künftiger Guthaben nicht bloss als Zessionsverpflichtungen zu qualifizieren, sondern mit den Abtretungswirkungen selber auszustatten seien³³. Demnach werden im Ergebnis die Wirkungen des Forderungsübergangs bereits durch das Verpflichtungsgeschäft ausgelöst, womit die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften im Zessionsrecht, obwohl im Gesetz deutlich genug verankert, überhaupt in Frage gestellt wird³⁴.

³⁰ Vgl. BGE 106 II 377 ff., 84 II 366 E. 3 (obiter) und dazu 85 I 30 lit. b, sodann (für die analoge Frage der Verpfändung künftiger Forderungen) BGE 108 II 49, 69 II 290 E. 2 lit. a und weiterhin OFTINGER/BÄR, ZGB 899 N. 72 und ZGB 884 N. 127a ff.

³¹ Dieser Grundsatz, im Gesetz zwar nicht in allgemeiner Form ausgesprochen, liegt insbesondere dem Sachenrecht zugrunde (vgl. dazu MEIER-HAYOZ, Komm. ZGB 641-654, Syst. Teil N. 34). Die im Sachenrecht geltenden Gründe der Rechtssicherheit und Publizität haben bei Forderungen nicht weniger Gewicht.

³² Unter Bestimmtheit einer künftigen Forderung verstehe ich hier vor allem *Bestimmtheit des Anlasses ihrer Entstehung*. - Hinreichende Bestimmtheit einer künftigen Forderung dürfte bei Fehlen der Bestimmtheit des Entstehungsgrundes höchstens angenommen werden, wenn der debitor cessus namentlich bestimmt ist, sowie Höhe und Zeitraum der Entstehung der erwarteten Forderung näherungsweise feststeht. Generelle Abtretung von Kundenguthaben u. dgl. kann zwar Gegenstand eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäfts sein, nicht dagegen einer generellen Zession; vielmehr sollte jede einzelne Forderung gesondert zediert werden.

³³ Vgl. auch den unveröffentlichten BGE vom 8.8.1977, publ. bei NOBEL, Praxis zum Bankenrecht, 1979, p. 358-361.

³⁴ Das Bundesgericht beruft sich auf eingebürgerte Übung und Anforderungen der Praktikabilität. Indessen kann schwerlich erkannt werden, dass eine (dem Spezialitätserfordernis genügende) Zustellung von Faktura-Doppeln oder periodischen Debitorenlisten an den Kreditgeber unverhältnismässig umtriebig wäre. Wenn in marginalen Bereichen (d. h. seit der Zustellung der letzten mit dem Zessionsvermerk zugestellten Debitorenlisten) die Zessionswirkungen fehlen würden, könnte dies sozialpolitisch nur als erwünscht gelten, ist es doch ohnehin fragwürdig, dass durch Globalzessionen gesicherte Kreditgeber häufig genug sämtliche Aktiven an sich ziehen, während Lieferanten und sonstige Kleingläubiger leer ausgehen. Die genannte Bundesgerichtspraxis bedeutet nicht mehr und nicht weniger als die Einräumung der Befugnis, durch vertragliche Vereinbarung für den Fall des Konkurses ihres Kreditnehmers der Bank ein Privileg gegenüber den übrigen Gläubigern einzuräumen. Wird voraussichtlich näher ausgeführt durch BUCHER, in recht, 1. Heft 1989.

Der eigentliche Schaden der neuen Praxis liegt indessen im dogmatischen Bereich, d. h. darin, dass die in den genannten BGE aufgestellte Regel (sc. Preisgabe der Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft) nicht verallgemeinerungsfähig ist; eine durchgängige Anwendung würde

c) *Wirksamwerden der Zession auf den Zeitpunkt der Entstehung der abgetretenen Forderung*aa) *Grundsatz*

Obwohl in verschiedenen Zusammenhängen sogenannte *Anwartschaften*, d. h. Rechtsstellungen, die für einen künftigen Zeitpunkt die Erlangung eines aktuellen Rechts versprechen, wie die erwarteten Rechte selber behandelt werden³⁵, ist als Grundsatz festzuhalten, dass eine künftig erst entstehende Forderung noch keine Forderung im eigentlichen Sinne ist, so dass die Abtretung einer noch nicht bestehenden Forderung nicht vor der Entstehung der Forderung wirksam werden kann, wie das Eigentum an einer Sache sich erst nach deren Herstellung übertragen lässt³⁶.

bb) *Auswirkungen*

- Die *Verfügungsmacht* des Zedenten über die abgetretene Forderung muss im Zeitpunkt der Wirksamkeit, d. h. der Entstehung der Forderung, gegeben sein. Dies bedeutet vor allem: *Ausbruch des Konkurses* vor Entstehung der abgetretenen Forderung bewirkt, dass diese, wenn entstanden, in die Konkursmasse des Zedenten fällt³⁷.
- Bei der Bestimmung der Möglichkeit von Einreden im Sinne von OR 169/I ist entgegen dem äusseren Wortlaut im Falle der Abtretung künftiger Forderungen nicht auf den Zeitpunkt einer allenfalls vor Entstehung der Forderung vorgenommenen Notifikation, sondern auf den Zeitpunkt der Forderungsentstehung abzustellen³⁸.

unübersehbare (vom Bundesgericht keineswegs gewollte) Auswirkungen haben.

³⁵ Vgl. dazu L. RAISER, *Dingliche Anwartschaften*, Tübingen 1961; B. KUPISCH, *Durchgangserwerb oder Direkterwerb*, JZ 1976, p. 417 ff.

³⁶ Die Verhältnisse sind so vorzustellen, dass an sich bloss die Abtretung einer bestehenden Forderung möglich ist, andererseits jedoch nichts im Wege steht, mit Wirkung auf künftigen Zeitpunkt hin eine Willenserklärung, gewissermassen auf Vorrat, abzugeben, eine sogenannte *Vorausverfügung*.

³⁷ So auch v. T./E., § 94/IV, p. 349 Anm. 73, v. BÜREN, p. 325, AMONN, *BlSchK* 43, p. 136 f.; BGE 111 III 175 ff., 57 II 540, 61 II 331.

³⁸ In ähnliche Richtungweisend für den Fall der Verrechnung OR 169/II. - Vgl. im übrigen hiezu unten Ziff. IV/5.

- Die Abtretung einer noch nicht bestehenden Forderung, da zessionsrechtlich vorerst unwirksam, kann dem Schuldner *nicht gültig notifiziert* werden, mit welcher Feststellung eine Reihe von unzumutbaren Belastungen des Schuldners vermieden werden sollen³⁹.

cc) *Priorität der Gültigkeit bei mehrfacher Abtretung künftiger Forderungen*

Der Grundsatz des Eintritts der Zessionswirkungen bei Forderungsentstehung wird insofern durchbrochen, als (ohne nähere Begründung) auch bei der Abtretung erst künftig entstehender Forderungen die Auffassung vorherrscht, es gelte auch hier die Zeitpriorität, wonach von mehreren konkurrierenden Zessionen die als erste vorgenommene gültig ist (oder eine nachfolgende Pfändung unberücksichtigt gelassen wird)⁴⁰; in ähnlichem Sinn nimmt man an, der Eintritt der Zessionswirkungen werde durch Tod oder Verlust der Handlungsfähigkeit des Zedenten nicht gehindert⁴¹.

d) *Entstehung der abgetretenen Forderung beim Zedenten oder beim Zessionar?*

In der *dogmatischen Konstruktion* können die Verhältnisse entweder so dargestellt werden, dass die im voraus abgetretene Forderung bei ihrer Entstehung direkt in der Person des Zessionars entsteht (sogenannte *Unmittelbarkeits-Theorie*), oder aber umgekehrt, dass sie vorerst (für eine «logische Sekunde») beim Zedenten entsteht, um anschliessend infolge der vorangegangenen Abtretung automatisch auf den Zessionar überzugehen (sogenannte *Durchgangstheorie*)⁴².

³⁹ Vgl. vor allem BECKER, OR 164 N. 20, der mit Recht darauf hinweist, dass dem Nichtschuldner nicht zuzumuten ist, die Abtretung von Schulden, die er noch nicht begründet hat und vielleicht auch nicht begründen wird, auf Vorrat hin zu registrieren.

⁴⁰ Ähnlich wie hier BECKER, OR 164 N. 15/16, v. T./E., § 94/IV, p. 349 und Anm. 71 f. Die konsequente Anwendung des Grundsatzes des Eintritts der Zessionswirkungen bei Forderungsentstehung würde dazu führen, dass bei mehreren auf den Zeitpunkt der Entstehung der abgetretenen Forderung hin vorgenommenen Zessionen sämtliche im gleichen Zeitpunkt wirksam werden, was nur Ungültigkeit sämtlicher konkurrierender Zessionen bedeuten könnte. Um dieses Resultat zu vermeiden, ist wohl an der Übertragung der Prioritätsregel auf den Fall der Abtretung künftiger Forderungen festzuhalten.

⁴¹ v. T./E., § 94/VI, p. 349 bei Anm. 73. - Verlust der Dispositionsfähigkeit seitens des Zedenten (Konkurs!) hindert dagegen die Zessionswirkungen (oben lit. bb, Anm. 37).

⁴² Als Vertreter der *Unmittelbarkeits-theorie* können betrachtet werden: BECKER, OR 164 N. 16, der von der Übertragung der durch die in der Anwartschaft begründeten Befugnis ausgeht; v. T./E., § 94/IV, p. 349; G./M./K., p. 235; FROMER, p. 283, und die Bundesgerichtspraxis in 61 II 331, 57 II 540, 41 II 135; für das deutsche Recht z. B. SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB § 398 N. 11 und LARENZ, SchR I, § 34/III, p. 584 f. (jedoch differenzierend: unmittelbarer Erwerb nur bei übertragener Anwartschaft); - Demgegenüber sind Anhänger der *Durchgangstheorie* OSER/SCHÖNENBERGER, OR 164 N. 4; KELLER/SCHÖRI, Bd. IV, p. 60; P. FRÜH, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1944, p. 73, der die direkte Entstehung des Rechts in der Person des Zessionars ablehnt, weil diesfalls kein Tatbestand einer Rechtsnachfolge vorliegen würde; in ähnliche Richtung weisend v. BÜREN, p. 325.

Die *Durchgangstheorie* verdient den Vorzug. Jedenfalls muss festgehalten werden, dass die beiden wichtigsten sich aus der Beantwortung der Streitfrage ergebenden Konsequenzen: das Erfordernis der *Verfügungsmacht des Zedenten* im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung und die *Erhaltung der gegenüber dem Zedenten bestehenden persönlichen Einreden* (dazu oben lit. bb), im Sinne der Durchgangstheorie («logische Sekunde») gezogen werden müssen; allfällige weiter auftauchende praktische Probleme sollten ebenfalls nach diesem Modell gelöst werden, wenn nicht sachliche Abwägungen eine Abweichung rechtfertigen⁴³.

4. Teilbarkeit des abzutretenden Anspruchs

Falls die geschuldete Leistung teilbar ist, kann sich die Zession auch auf einen Teil der Forderung beschränken, so dass der Schuldner zwei oder mehreren Gläubigern je einen Teil seiner Leistung schuldet⁴⁴.

III. Grundprinzipien der Forderungsübertragung

1. Zession als zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Zedent und Zessionar

a) Allgemeines; Zession als Verfügungsgeschäft

Zession ist der *Verfügungsvertrag* zwischen Zedent und Zessionar des Inhalts, dass im Akt des Vertragsschlusses eine bestimmte Forderung vom Zedenten auf den Zessionar übergehen soll⁴⁵.

Die Natur als zweiseitiges Rechtsgeschäft ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetzestext⁴⁶ (OR 165/II). Gültigkeitsvoraussetzung ist infolge der Vertragsnatur die

⁴³ Vgl. weiterhin zu dieser Kontroverse LARENZ, SchRI, § 34/III, p. 584 ff. mit Hinweisen; KLAUS HAHNZOG, Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, Diss. München 1962.

⁴⁴ Dadurch darf keine Verschlechterung der Schuldnerstellung bewirkt werden; vgl. unten Ziff. IV/1 und V/3.

⁴⁵ Zu den inhaltlichen Anforderungen der Zessionsurkunde vgl. im folgenden Ziff. III/2c; zum Erfordernis der Bestimmtheit der zedierten Forderung oben Ziff. II/3b. - Die praktischen Wirkungen des Übergangs einer Forderung können auch durch Vertrag zwischen *Gläubiger und Schuldner* erreicht werden, wenn diese im Sinne von OR 112 den Dritten direkt forderungsberechtigt machen unter gleichzeitigem Verzicht des primär Forderungsberechtigten.

⁴⁶ Deutlicher BGB § 398.

Annahme durch den Zessionar, die jedoch (wie bei Schenkung oder Schulderlass) meist stillschweigend erfolgt und zu vermuten ist, so dass die Zession im Zeitpunkt des Eintreffens der Zessionsurkunde wirksam wird (OR 10/II). Immerhin würde ich annehmen, dass bei der Absendung einer Zessionserklärung, die in Vollzug eines kurz vorher geschlossenen pactum de cedendo erfolgt und vom Zessionar mit Bestimmtheit erwartet werden darf, die Zustimmung des Zessionars als im voraus erteilt zu gelten hat, so dass die Zession auf den Zeitpunkt der Versendung der Zessionsurkunde Wirksamkeit erhält (OR 10/I)⁴⁷.

Da die Zession nicht eine Leistungspflicht begründet, sondern eine Veränderung im Bestand der subjektiven Rechte des Zedenten herbeiführt, liegt (als Gegensatz zum Verpflichtungsvertrag) ein sogenannter *Verfügungsvertrag* vor⁴⁸. Trotzdem kommen die allgemeinen *Vorschriften* betreffend *Handlungsfähigkeit*, *Konsens*, *Auslegung*, *Vertretung* usw. zur Anwendung: *Willensmängel-Anfechtung* ist, bezogen auf den ganz beschränkten Inhalt des Geschäfts, ebenfalls möglich. Fraglich ist, wie weit eine Zession *bedingt* erfolgen kann⁴⁹.

b) *Erfordernis der Verfügungsmacht*

Zession als Verfügungsgeschäft setzt *Verfügungsmacht* über die zederte Forderung voraus. Die Verfügungsmacht geht verloren, wenn der Gläubiger infolge Konkurses die Dispositionsfähigkeit über sie einbüsst, oder wenn die Forderung (infolge Abtretung) auf einen Dritten übergeht. Fehlt die Verfügungsmacht, ist die Zession unwirksam. Daher ist bei Mehrfachabtretung nur die erste Zession, nicht aber eine weitere anschliessende Abtretung gültig⁵⁰. Fehlende Verfügungsmacht kann nachträglich erworben werden (Zedent erwirbt zum Beispiel nachträglich die von ihm bereits abgetretene Forderung), in welchem Fall die Zession konvalesziert. Unter Vorbehalt der die Forderung belastenden Verfügungsbeschränkung muss im übrigen die Zession einer betriebsrechtlich gepfändeten oder verarrestierten Forderung als möglich erachtet werden⁵¹.

⁴⁷ Anders wohl im Ergebnis v. T./P., § 22/IV, p. 171.

⁴⁸ Dadurch unterscheidet sich die in OR 164/I geregelte Zession von den Vertragstypen des Besonderen Teils, welche Verpflichtungsverträge darstellen (wobei allenfalls durch die Verpflichtung veranlasste Verfügungen nicht im Rahmen der fraglichen Vertragstypen geregelt werden, so Eigentumsübertragung nicht im Kaufrecht, sondern im Sachenrecht des ZGB). -Vgl. zum Gegensatz Verpflichtung-Verfügung im allgemeinen oben § 4/VIII.

⁴⁹ Vgl. v. T./E., § 84/VI, p. 261 f., § 85/III, p. 266; BGE 67 II 127 f., 84 II 363 E. 1, 2; gegen bedingte Verfügungsgeschäfte ENGEL, p. 573. Vgl. dazu im übrigen unten III/6.

⁵⁰ Vgl. auch oben Ziff. II/3c. - Im Gegensatz zu einem «Mehrfachverkauf» ist eine Mehrfachabtretung (d. h. Mehrfach*verfügung*) begrifflich ausgeschlossen. Geltung nach zeitlicher Priorität regelt nicht nur die Konkurrenz mehrerer Zessionen, sondern auch diejenige zwischen Zession und einer (Ver-)pfändung derselben Forderung, vgl. BGH 95, 115.

⁵¹ Der Pfändungsschuldner ist nicht allgemein in seiner Verfügungsfähigkeit beschränkt; vgl. z. B. FRITSCH/WALDER I, p. 358 f. Die Abtretung einer i. S. von ZGB 899 ff. verpfändeten Forderung ist ebenfalls möglich, wobei die Pfandbelastung unverändert den neuen Gläubiger trifft.

c) Zessionserklärung und wertpapierrechtliches Indossament

Zession als Vertrag unterscheidet sich vom wertpapierrechtlichen *Indossament* (Unterzeichnung eines Orderpapiers «in dosso», auf dem Rücken des Papiers), das als *einseitiges* Rechtsgeschäft verstanden wird und bei dem die Rechtsübertragungswirkungen an die Übergabe der indossierten Schuldurkunde geknüpft sind (OR 969).

Ein Indossament auf einem Nicht-Orderpapier (d. h. nicht durch Indossament übertragbarem Wertpapier) ist wohl in der Regel als Zessionserklärung zu deuten. Auch in Wertpapieren verkörperte Forderungen können grundsätzlich nach den Grundsätzen von OR 164 ff. abgetreten werden⁵², wobei die Wirkungen diesfalls nur zessionsrechtlich und nicht wertpapierrechtlich sein können (insbesondere Erhaltung der dem debitor cessus gegenüber dem Zedenten zustehenden Einreden)⁵³. Im Falle der Kollision der Zession mit wertpapierrechtlicher Übertragung einer Forderung geht letztere der Zession vor.

d) Keine Einbeziehung des Schuldners notwendig

Gültige Forderungsabtretung setzt keinerlei Mitwirkung des «abgetretenen Schuldners» voraus und verlangt im übrigen auch nicht, dass dieser Kenntnis von der Abtretung erhalte (anders z. T. im nicht-deutschsprachigen Ausland; vgl. oben Ziff. I/2).

Die auf keiner gesetzlichen Grundlage beruhende Auffassung, dass eine Vereinbarung, wonach die Notifikation an den Schuldner nicht erfolgen dürfe, die Zession ungültig mache⁵⁴, ist m. E. abzulehnen, da sie zu Rechtsunsicherheit führen muss⁵⁵. - Vereinbaren Zedent und Zessionar, dass der Zedent die Leistung entgegennehmen solle, zwingt dies m. E. nicht zur Annahme, die Zession sei nicht gewollt (simuliert), sondern lässt sich als zur Zession hinzutretender Auftrag oder Vollmacht an den Zedenten verstehen, für Rechnung des Zessionars die Leistung

⁵² Dies bedeutet, dass die wertpapierrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsüberganges (Indossament, Übergabe einer Urkunde u. dgl.) nicht erfüllt sein müssen, dagegen diejenigen der Zession (schriftliche Abtretungserklärung). Übergabe der Schuldurkunde (des Wertpapiers) ist zwar Pflicht des Zedenten (OR 170/II), nicht jedoch Gültigkeitsvoraussetzung der Zession. Dagegen muss jedenfalls die Zessionsurkunde begeben sein (unten bei Anm. 59).

⁵³ Bei Nichtaushändigung des Wertpapiers riskiert allerdings der Erwerber, dass ein nachträglich nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen erwerbender Dritter ihn ausschaltet.

⁵⁴ v. T./E., § 93/III, p. 336 Anm. 60 mit Belegen aus der deutschen Literatur und Judikatur.

⁵⁵ Bei Sicherungszessionen unterbleibt im Normalfall die Notifikation («stumme Zession»). Häufig dürften auch mehr oder weniger formelle Zusicherungen seitens des Zessionars sein, überhaupt oder «vorerst» nicht notifizieren zu wollen. Damit wird, entgegen v. T./E., a.a.O., p. 336, der Zweck der Zession nicht vereitelt (zumal in den Fällen der Sicherungszession an eine Bank, die dem Schuldner als Zahlstelle bezeichnet wurde). Wie hier JEANPRÊTRE, SJZ 63 (1967), p. 18.

entgegenzunehmen⁵⁶. Es mag für die Parteien der Zession gute Gründe geben, den Forderungsübergang dem Schuldner wie anderen Dritten nicht bekanntzumachen, bei der Zession anderer als Geldansprüche mag die Leistung nur dem Zedenten, nicht dem Zessionar dienen usw.

2. Form der Zession (OR 165/I)

a) Einfache Schriftlichkeit

Im Gegensatz zur pandektistischen Tradition, zu ABGB und BGB, verlangt das OR für die Zessionsverfügung das Beobachten der Schriftform (OR 165/I; formfrei ist jedoch das pactum de cedendo, OR 165/II). Dieses Formerfordernis soll wohl hauptsächlich der Schaffung klarer Verhältnisse (insbesondere im Konkurs des Zedenten) dienen. Um die Zession von einem blossen pactum de cedendo abzuheben, muss zum Ausdruck gelangen, dass der Wille der Parteien auf Übergang der Forderung im Akt der Ausstellung der Urkunde geht⁵⁷; andererseits ist weder der Gebrauch der Ausdrücke «Abtretung», «Zession» oder dergleichen Gültigkeitsvoraussetzung (vgl. unten lit. c).

b) Willenserklärung der Parteien

Dem Erfordernis der Schriftform wird genügt, wenn nur der Zedent die Zessionsurkunde unterzeichnet⁵⁸; diese ist regelmässig als einseitige Erklärung des Zedenten aufgemacht, die jedoch an den Zessionar (oder dessen Vertreter) gerichtet sein und diesem ausgeliefert werden muss⁵⁹. Die zur Wirksamkeit des Zessionsvertrages erforderliche zustimmende Willensäußerung des Zessionars bleibt unsichtbar; sie ist in aller Regel (ähnlich wie bei Schenkung, Schulderlass usw.) aus den Umständen zu schliessen und als vorliegend zu vermuten⁶⁰. Wirksamkeit der Zession im

⁵⁶ Teilweise abweichend v. T./E., § 93/V, p. 337 Anm. 66 und dort Zit.; anders wie hier auch BGE 78 II 274.

⁵⁷ BGE 90 II 179 E. 7, 88 II 21; vgl. weiterhin 43 II 467. - Obige Feststellung, obwohl gesetzeskonform, gibt angesichts von BGE 112 II 435 und 113 II 167 (dazu oben II/3/b/cc) die Rechtswirklichkeit nicht mehr zutreffend wieder.

⁵⁸ Die allgemeine Auffassung, dass die Zustimmung des Zessionars nicht schriftlich erfolgen muss, wird sinngemäss aus OR 13/I abgeleitet.

⁵⁹ Nach dem Schema: «Hiermit trete ich meine Forderung von Franken X gegen D ab an Z (Zessionar)». - Damit die Zession wirksam wird, muss nicht bloss die Zessionsurkunde errichtet, sondern diese dem Zessionar ausgehändigt sein, weil bis dahin der Geschäftswille des Zedenten nicht feststeht. So auch BECKER, OR 165 N. 2/3. Die Abtretungserklärung muss zweifelsfrei festhalten, dass der Zessionar Gläubiger der abgetretenen Forderungen werden solle. Die blossе Bezeichnung als Zahlstelle («Treuhandstelle») genügt dem Formerfordernis von OR 165/I u. U. nicht; vgl. dazu BGE 105 II 84.

⁶⁰ Vgl. oben Ziff. III/1/a.

Zeitpunkt der Versendung der Zessionsurkunde muss allerdings in den (wohl häufigen) Fällen angenommen werden, in denen der Zessionar aufgrund des pactum de cedendo oder sonstiger Verhandlungen mit der Abtretung rechnet und seine Zustimmung als antezipiert erteilt zu gelten hat (oben Ziff. III/1a).

c) *Notwendiger Inhalt der Zessionsurkunde*

aa) *Bestimmtheit des Vertragsinhaltes*

Zum notwendigen Inhalt der Zessionsurkunde gehört die genaue Bezeichnung der abgetretenen Forderung, d. h. die Bezeichnung des Schuldners und, wenn mehrere Forderungen gegen denselben in Frage kommen, die Identifizierung der Schuld. Anstelle der Angabe des Schuldners kann (zumal bei der Abtretung noch nicht entstandener Forderungen) die Festlegung des Schuldentstehungsgrundes (z. B. Forderung aus Verkauf oder Vermietung einer genau bezeichneten Sache) treten. Auf die genaue Bestimmung der Forderung kann um so weniger verzichtet werden, als das Gesetz (etwa im Gegensatz zum Bürgschaftsrecht) keine Angabe des Forderungsbetrages oder auch bloss dessen Höchstgrenze verlangt. Diese, im Grundsätzlichen unbestrittenen Erfordernisse werden allerdings vom Bundesgericht im Rahmen sog. Globalzessionen über Bord geworfen (oben Ziff. II/3/b/cc bei Anm. 33), sodass insgesamt fraglich erscheint, inwieweit überhaupt an ihnen festgehalten werden darf.

bb) *Blankozession*

Nach herrschender Auffassung ist es möglich, bei einer sog. *Blankozession* die Bezeichnung des Zessionars offenzulassen⁶¹. Das Einsetzen des Namens steht dem jeweiligen über die Urkunde Verfügungsberechtigten offen, der sich damit zum Zessionar machen kann⁶². Es ist aber auch denkbar, dass die Urkunde die Bezeichnung des Zessionars einem namentlich genannten Dritten überlässt. Die Wirkungen der Zession (d. h. die Ausscheidung der zedierten Forderung aus dem Vermögen des Zedenten) muss auf den *Zeitpunkt des Zugangs der Urkunde* beim ersten Empfänger bezogen werden, da dies dem Willen der Parteien entspricht und (im Konkurs des Zedenten) unhaltbare Ergebnisse vermeidet⁶³. Die Konstruktion dieses Ergebnisses

⁶¹ BGE 82 II 51/2; v. T./E., § 93/III, p. 335/36; v. BÜREN, p. 317; zum dt. Recht vgl. SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB § 398 N. 3 (mit Hinweisen); ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 37/I, p. 603 m. w. H.; A. BLOMEYER, Der unbestimmte Gläubiger, Festschrift für E. Rabel I, Tübingen 1954, p. 307, 329 ff.

⁶² Das Einsetzen des Namens muss in jedem Zeitpunkt möglich sein, auch noch während des Prozesses des Inhabers der Urkunde (als Zessionar) gegen den debitor cessus, so dass man im Prozess wohl die Vorlegung der blanken Urkunde zum Beleg der Aktivlegitimation als genügend erachten muss. - Ist dies so, muss m. E. auch eine Abtretung, die den jeweiligen *Inhaber der Zessionsurkunde* als Zessionar bezeichnet und dessen namentliche Bestimmung nicht vorsieht, als zulässig erachtet werden. Vgl. in diesem Sinne: JT 105 (1957), p. 9 f.

⁶³ Gl. M. BECKER, OR 165 N. 3; ähnlich v. T./E., § 93/III, p. 336 (Zugang und ausdrückliche oder stillschweigende Annahmeerklärung) und v. BÜREN, p. 317 (Entgegennahme der Urkunde durch ersten Nehmer).

ist strittig; m. E. stehen keine Gründe entgegen, die wohl lebensnahe Vorstellung zu übernehmen, dass der jeweils über die Urkunde Verfügungsberechtigte (vorläufiger) Zessionar ist⁶⁴.

d) Form der Rückübertragung der Forderung

Literatur und Praxis neigen dazu, im Falle der *Rückgängigmachung* der Zession durch *Übereinkunft* zwischen Zedent und Zessionar eine förmliche *Rückzession*, d. h. aber Errichtung einer neuen Zessionsurkunde, zu verlangen⁶⁵. Diese Auffassung kann leicht zu Unbilligkeiten führen, und zwar nicht, weil es eine unangebrachte Zumutung an die Parteien wäre, eine erneute Zession vorzunehmen, sondern weil die Parteien aus Unkenntnis dies oft unterlassen, obwohl sie sich einig sind, dass die Forderung dem ursprünglichen Gläubiger zustehen soll. Der den Verkehrsauffassungen bzw. dem Schutz des Publikums allein gerecht werdende umgekehrte Standpunkt lässt sich indirekt auf OR 115 stützen⁶⁶. Die Wirkung jeglichen formbedürftigen Geschäfts sollte ohne Beachtung der Formvorschrift rückgängig gemacht werden können. Keinem Zweifel sollte sodann unterliegen, dass die *Rückgabe der Zessionsurkunde* die Zession rückgängig macht (Übertragung der Regeln betr. Rückgabe eines Schuldscheins; OR 89/III)⁶⁷.

3. Das Verpflichtungsgeschäft im Gegensatz zur Verfügung

a) Die Unterscheidung

Die Zession als Verfügungsgeschäft beruht wie jede Verfügung auf einem Grundgeschäft (Verpflichtungsgeschäft), das den sachlichen Anlass bzw. die Pflicht

⁶⁴ Während das Offenlassen des Namens des Zessionars problemlos ist, muss die Möglichkeit des *Offenlassens der abgetretenen Forderung* abgelehnt werden. Die nachträgliche Bestimmung der abgetretenen Forderung in das freie Belieben des Urkundeninhabers zu stellen, würde unweigerlich zu Missbräuchen führen (v. a. im Konkurs des Zedenten oder des Zessionars) und ist mit dem Erfordernis der Verurkundung der wesentlichen Vertragselemente nicht vereinbar. A. M. v. T./E., § 93/III, p. 335 f. (ohne Begründung) und ENGEL, p. 591. Vgl. dazu auch BUCHER, in AcP 186, p. 58/59.

⁶⁵ BGE 71 II 170, v. BÜREN, p. 317; ENGEL, p. 591; v. T./E., § 93/V, p. 338; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 165 N. 5.

⁶⁶ Es liegt vor die Übertragung von Regeln über Schuldverträge auf Verfügungen (wie z. B. Verzicht auf Unterschrift des Zessionars gestützt auf OR 13/I). - Im Ergebnis wie hier BECKER, OR 164 N. 6; a. M. jedoch v. BÜREN, p. 317; ZOBL, ZGB 884-887, Syst. Teil N. 1617. - Wie nicht bestritten ist, bezieht sich OR 115 nicht bloss auf die Aufhebung von Forderungen (im Sinne eines Schuldlasses), sondern auch auf die Aufhebung von Vertragsverhältnissen. Wenn die Regel für Schuldverträge gilt, kann sie zwanglos auch auf Verfügungsverträge angewendet werden (oben Ziff. III/1/a). Die für die Gegenauffassung offenbar wegweisende deutsche Doktrin kann schon deshalb nicht massgebend sein, weil eine OR 115 (und OR 165/I) entsprechende Norm im BGB fehlt. - Auch die Regel restriktiven Verständnisses von Formvorschriften (oben § 11/I) schützt vorliegende Auffassung.

⁶⁷ Zur Frage der Zulässigkeit der bedingten Zession und dem evtl. Zurückfallen der Forderung bei Bedingungsentrtritt vgl. unten Ziff. 6.

zur Abtretung begründet. Im Vordergrund steht der zur Zession verpflichtende *schuldrechtliche Vertrag*; das «pactum de cedendo» in der Gestalt von Kaufvertrag, Schenkung oder Vereinbarung der Forderungsübertragung an Zahlungsstatt, zahlungshalber bzw. sicherungshalber oder treuhänderisch zum Inkasso. Sodann kann anstelle des vertraglichen Grundgeschäfts eine letztwillige Verfügung (Forderungsvermächtnis) oder eine gesetzliche Anordnung (z. B. ZGB 775/I, Abtretungsanspruch des Nutzniessungsberechtigten) treten⁶⁸.

Bei der Zession tritt die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft im schweizerischen Recht besonders deutlich hervor, weil der Gesetzgeber in OR 165 sich selber auf den Gegensatz bezieht, indem er von dem in Abs. I für die Zessionsverfügung statuierten Schriftlichkeitserfordernis die Verpflichtungsgeschäfte in Abs. II ausdrücklich ausnimmt⁶⁹. In tatbeständlicher Hinsicht ist es oft schwierig zu beurteilen, ob die Parteien erst das pactum de cedendo geschlossen oder uno actu mit diesem die Zession vollzogen haben⁷⁰.

Durch die neue *bundesgerichtliche Rechtsprechung* zur Vorausabtretung bzw. Globalzession (oben II/3/b/cc) wird im statistisch häufigsten Fall der Abtretung die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft über Bord geworfen, indem die Verfügungswirkungen der Abtretung, d. h. der Forderungsübergang, bereits an das Verpflichtungsgeschäft geknüpft wird. Trotz dieser neuen Situation soll grundsätzlich an der Unterscheidung festgehalten werden, da diese in anderen als den vom Bundesgericht beurteilten Zusammenhängen ihre Bedeutung behalten muss.

b) Insbesondere das Verpflichtungsgeschäft

Der Gesetzgeber stellt hinsichtlich der möglichen zur Abtretung verpflichtenden pacta de cedendo keine allgemeinen Vorschriften auf, statuiert insbesondere keine Formvorschriften^{71, 72}.

⁶⁸ Gesetzliche Pflicht zur Abtretung darf nicht mit von Gesetzes wegen eintretender Abtretung verwechselt werden. Zur Legalzession unten Ziff. VII.

⁶⁹ Damit will nur dem Missverständnis vorgebeugt werden, gemäss OR 22 sei das für den Hauptvertrag statuierte Formerfordernis auf den zur Zession verpflichtenden Vertrag anwendbar (v. T./E., § 93/IV, p. 337). Nach heutiger Auffassung ist das pactum de cedendo Hauptvertrag (obligatorisches Grundgeschäft), nicht aber zum Abschluss eines anderen Vertrages verpflichtender Vorvertrag.

⁷⁰ Massgebend muss der Gesichtspunkt sein, ob nach der Meinung der Parteien (und besonders des Zedenten) die Forderung bereits als übertragen gelten oder die Übertragung von einer weiteren Willenserklärung abhängig sein soll. Vgl. dazu auch BGE 43 II 764, 90 II 179 und Sem.jud. 81 (1959), p. 108. - Im Zweifel ist für den weniger weitgehenden Vertragsinhalt, d. h. lediglich für pactum de cedendo, zu entscheiden.

⁷¹ Soll die Zession unentgeltlich erfolgen, ist das pactum de cedendo gleichzeitig *Schenkungsversprechen*, das Schriftlichkeit verlangt (OR 243/I).

⁷² *Verfüugungsmacht* über die abzutretende Forderung ist nicht Voraussetzung der Gültigkeit des pactum de cedendo, sondern nur Voraussetzung der Wirksamkeit der Zessionsverfügung (oben Ziff. III/1b; § 4/VIII/3).

Aufgrund eines pactum de cedendo kann der Erwerber der Forderung auf Vornahme der Abtretung klagen, wobei das darauf gegründete richterliche Urteil gemäss OR 166 rechtsgestaltende Wirkung hat und die Forderung ohne Mitwirkung des Zedenten auf den Zessionar übergehen lässt. Die Möglichkeit zur Erhebung einer Erfüllungsklage dürfte indessen ohne praktisches Interesse sein, da der Gläubiger durch Entgegennahme der Leistung oder durch Zession an einen Dritten während des Prozesses die Klage gegenstandslos werden lassen kann. Im Vordergrund steht daher die Schadenersatzpflicht des die Zession vertragswidrig verweigernden Kontrahenten.

In OR 171-173 werden Grundsätze über die *Gewährleistung des Zedenten* aufgestellt (dazu unten Ziff. VI/3). Diese sind nicht Bestandteil des Zessionsrechts im engeren Sinne, sondern betreffen die Ebene des Verpflichtungsgeschäfts und statuieren v. a. Sonderregeln gegenüber der kaufrechtlichen Gewährleistung.

4. Grundsätzliche Unabhängigkeit («Abstraktheit») der Zession vom Grundgeschäft

a) Fragestellung und Stand der Diskussion

Wie überall, wo zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden wird, stellt sich die Frage nach der Rechtsgrundabhängigkeit («Kausalität» oder «Abstraktheit») des Verfügungsgeschäfts, d. h. die Frage nach dessen Bestand bzw. Fortbestand im Falle der Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (vgl. dazu oben § 4/VIII/4; § 5/VI).

Die schweizerische Auffassung stand früher mit Selbstverständlichkeit auf dem noch heute in Deutschland herrschenden *Standpunkt der «Abstraktheit» der Zession*⁷³; in BGE 84 II 363 E. 1 und 95 II 112 lit. b in fine wird im Anschluss an einen Teil der neueren Doktrin, welche sich für «Kausalität» ausspricht⁷⁴, dieser Grundsatz erneuter Überprüfung vorbehalten.

Die Auswirkungen der Entscheidung zugunsten des Kausalitäts- oder Abstraktionsprinzips sind im folgenden (lit. b-d) für die im Dreiecksverhältnis der Zession bestehenden drei Rechtsbeziehungen je gesondert zu untersuchen⁷⁵.

⁷³ BGE 71 II 169 ff., 67 II 127 mit Hinweisen; v. T./E., § 93/II, p. 333 bei Anm. 36; K. LUIG (vgl. Anm. 2), p. 112 ff.; vgl. auch MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 1985, p. 13 f.

⁷⁴ Vgl. die Hinweise bei v. T./E., § 93/II, p. 334 Anm. 41c; sodann insbesondere JÄGGI, SJZ 67 (1971), p. 7; DERS., OR 967 N. 162; v. BÜREN, p. 318; B. DUTOIT, p. 453 ff.; ENGEL, p. 111, p. 594; JEANPRÊTRE, SJZ 63 (1967), p. 19; MOECKE, p. 97; STAHEL, p. 17; RIBI, Von der Übertragung der Wertpapiere, Diss. Zürich 1958, p. 82.

⁷⁵ Keinen Einfluss hat die Entscheidung für oder gegen das Abstraktionsprinzip auf die an die Zessionsurkunde zu stellenden Anforderungen; dass diese den wirtschaftlichen Anlass der Zession nicht zu nennen braucht, ist angesichts des Fehlens jeder Bezugnahme im Wortlaut von OR 165 nicht zweifelhaft. So im Ergebnis auch JÄGGI, a.a.O., p. 7 Ziff. 3.

b) Verhältnis Zedent - Zessionar

Abstraktheit bedeutet hier, dass auch bei einem Mangel des Grundgeschäfts (Dissens, Sittenwidrigkeit, erfolgreiche Anfechtung wegen Willensmangel u. dgl.) die Zessionsverfügung wirksam bleibt; der ursprüngliche Gläubiger hat diesfalls lediglich Anspruch auf Rückzession oder, falls der Schuldner bereits befreiend dem Zessionar geleistet oder falls der Zessionar weiterzediert hat, einen Anspruch auf Erstattung der Bereicherung, beides gestützt auf die Regeln von OR 62-67.

Annahme einer *Kausa-Abhängigkeit der Zession* würde bedeuten, dass der «Zedent» trotz gültiger Abtretungserklärung (Verfügung) Gläubiger bleibt und eine Rückübertragung nicht erforderlich ist. Der Unterschied der Auswirkungen tritt vor allem im Konkurs des Zessionars in Erscheinung: der Zedent hat nicht bei kausaler, wohl aber bei abstrakter Konzeption seine Forderung verloren, da der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Rückübertragung in eine Geldforderung umgewandelt wird (SchKG 211)⁷⁶.

c) Verhältnis debitor cessus-Zedent

Da im Falle einer vom Zedenten ausgehenden Notifikation der an den bezeichneten Zessionar leistende Schuldner unabhängig vom Bestand einer Zession befreit wird (vgl. dazu unten Ziff. IV/3), sind die Unterschiede der beiden Auffassungen auf jene Fälle beschränkt, bei denen auch nicht indirekt eine Notifikation des Gläubigers angenommen werden kann⁷⁷, sondern nur eine Orientierung seitens des angeblichen Zessionars vorliegt: Bei «abstrakter» Konzeption bleibt der leistende Schuldner befreit, wenn rechtsgültig eine *Zessionserklärung* unterzeichnet wurde, während bei «kausaler» Auffassung auch ein gültiges Grundgeschäft vorliegen muss. Bei Ungültigkeit der Zession wird der ohne Notifikation seitens des ursprünglichen Gläubigers leistende Schuldner in jedem Fall nicht befreit; Nachteil des Kausalitätsprinzips ist es, dass es derartige Fälle häufiger eintreten liesse.

d) Verhältnis debitor cessus - Zessionar

Da der Schuldner nur gehalten ist, an den Gläubiger seiner Schuld zu leisten, wird er zur Leistung an den Zessionar nur verpflichtet, wenn dieser den Nachweis gültiger Zession erbringt⁷⁸. Bei «abstrakter» Auffassung steht dem Schuldner im

⁷⁶ Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus bereicherungsrechtlichen Besonderheiten, da nur im Falle abstrakter Konzeption der Abtretung die Forderung nicht automatisch beim Zedenten bleibt, sondern von diesem kondiziert werden muss: Der Anspruch auf Rückübertragung unterliegt der kurzen einjährigen bereicherungsrechtlichen Verjährung (OR 67).

⁷⁷ «Indirekte» Notifikation wird im Falle der Vorlegung der Zessionsurkunde angenommen; vgl. unten Ziff. IV/3.

⁷⁸ Dies gilt selbst noch in jenen Fällen, in denen der Schuldner durch Leistung an einen «Nicht-Gläubiger» befreit würde, wie dies im Falle der Notifikation einer nichtbestehenden Zession durch den ursprünglichen Gläubiger (den «Pseudo-Zedenten») der Fall ist; dazu unten Ziff. IV/3.

Falle der Vorlage der Zessionsurkunde durch den angeblichen Zessionar nur offen, die Gültigkeit der Zessionsverfügung selber zu bestreiten (z. B. die Fälschung der Unterschrift zu behaupten), während bei «kausaler» Konzeption der Ausflüchte suchende Schuldner sämtliche denkbaren Mängel des Grundgeschäfts vorbringen kann⁷⁹.

e) *Würdigung*

aa) Von den gezeigten Folgen des von der bisherigen «abstrakten» Auffassung der Zession abweichenden «Kausalitätsprinzips» sind diejenigen, die sich bei dessen folgerichtigen Anwendung im *Verhältnis zwischen debitor cessus und dem Zedenten oder dem Zessionar* ergeben (oben lit. c und d) zum vornherein *inakzeptabel*⁸⁰: Der an den Zessionar leistende debitor cessus darf (im Falle der Leistung ohne Vorlegung der Abtretungsurkunde) gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger keinesfalls mit zusätzlichen Risiken belastet werden (schlimm genug, dass er das Risiko einer ungültigen, zum Beispiel von einem Geschäftsunfähigen vorgenommenen Zession trägt). Umgekehrt wäre es abwegig, dem debitor cessus Einwendungen aus dem Grundverhältnis zwischen Zedent und Zessionar zuzugestehen, d. h. dem zahlungsunwilligen Schuldner zu gestatten, sich auf Dinge zu berufen, die ihn nichts angehen⁸¹, nicht zu sprechen von den zwangsläufigen Komplikationen, die sich ergäben, wenn man im Sinne der kausalen Auffassung der Zession dem Schuldner die Berufung auf Willensmängel oder Übervorteilung im Grundgeschäft gestatten wollte⁸².

⁷⁹ Die Einwendungen gegen ein Verpflichtungsgeschäft sind häufig nicht auch solche gegen die Verfügung (die Zession). - Im Falle der «kausalen» Konzeption stehen dem Schuldner zwangsläufig Einreden aus dem Grundgeschäft offen. Die Gegenauffassung von JÄGGI, der Unbeachtlichkeit der betreffenden Vorgänge als «res inter alios acta» annimmt (SJZ 1971, p. 8 Ziff. 5) ist nicht zu halten: Der Grundsatz, dass man sich nicht auf Geschäfte Dritter berufen kann bzw. keinen Anlass hat, deren Gültigkeit zu bestreiten, gilt selbstverständlich nur solange, als man durch diese nicht tangiert ist. Im Falle der Zession wird indessen der Schuldner durch die von Dritten getätigte Zession (im Falle «kausaler» Konzeption auch durch das pactum de cedendo) betroffen.

⁸⁰ Die Befürworter des Kausalitätsprinzips wollen denn auch die Auswirkungen dieser Konzeption im Verhältnis zum Schuldner ausschliessen und auf dasjenige zwischen den Vertragsparteien der Zession beschränken. Vgl. ESCHER, in V. T./E., § 93/II, p. 334 Anm. 41c, v. BÜREN, p. 318, im praktischen Ergebnis auch JÄGGI, a.a.O., p. 8, und unten lit. cc.

⁸¹ Vorliegen eines Mangels im Grundgeschäft, z. B. infolge Dissens über den Preis der verkauften Forderung, heisst nicht notwendig, dass Zedent und Zessionar die erfolgte Zession rückgängig machen wollen.

⁸² Im Falle bedingter Unwirksamkeit des Grundgeschäfts wegen *Willensmangels oder Wuchers* könnte der debitor cessus zwar, als vertragsfremder Dritter, nicht selber die Anfechtungserklärung aussprechen und den Vertrag vernichten (BGE 95 II 112), wohl aber müsste man ihm eine aufschiebende Einrede gewähren, bis nach Ablauf der Anfechtungsfrist feststeht, dass der Vertrag nicht angefochten wird, da er im Falle der Anfechtung und damit der Vernichtung des Vertrages, in der Tat, durch seine Leistung an den Zessionar nicht befreit würde.

bb) Im Verhältnis zwischen *Zedent und Zessionar* besitzt das Kausalitätsprinzip den unbestreitbaren Vorteil, bei Dahinfallen des Grundgeschäftes eine Rückübertragung zu erübrigen. Diesem Vorteil steht die Tatsache gegenüber, dass der durch die Kausalität geschaffene Mechanismus zu unerfreulichen Machenschaften ausgenutzt werden kann: Mängel des Grundgeschäftes, die zwischen solventen Partnern vielleicht von beiden unberücksichtigt gelassen oder korrigiert worden wären, können nun vom Konkursiten bzw. der Konkursmasse ausgenutzt werden, um die zederte Forderung zurückfallen zu lassen, ohne dass die empfangene Gegenleistung zurückerstattet wird⁸³.

Besondere Nachteile ergeben sich bei der *Kettenzession*: Wenn im Grundgeschäft einer vorangehenden Zession ein Mangel liegt, fallen alle anschliessenden Zessionen ins Leere, d. h. machen die Zessionare nicht zu Gläubigern⁸⁴. Der letzte Zessionar müsste sich im Rahmen der Kausalität Einwendungen aus den Grundgeschäften sämtlicher vorangehenden Zessionen gefallen lassen, was der Verkehrsfähigkeit von Forderungen Abbruch tun müsste⁸⁵.

cc) *Zusammenfassend ist festzuhalten*, dass die vordergründig bestehenden Vorteile des Kausalitätsprinzips im Verhältnis der Vertragsparteien der Zession bereits in dieser Rechtsbeziehung durch Nachteile in Frage gestellt werden. Im Verhältnis zum debitor cessus wird das Kausalitätsprinzip oder wenigstens die sich aus diesem ergebenden unannehmbaren Auswirkungen fast durchwegs abgelehnt⁸⁶. Für dessen Einführung in einem Teilbereich, die Missverständnisse und Abgrenzungsprobleme schaffen muss, ist ein hinreichender Grund nicht zu ersehen; insbesondere liegen bei der Zession, der Übertragung von relativen Rechten, ganz andere Verhältnisse vor als bei der Fahrnisübereignung oder Übertragung sonstiger dinglicher Rechte. - Die der Abstraktheit der Zession zukommende «Schneidigkeit» kann in Kauf genommen werden, stellt sich doch der (beispielsweise zahlungshalber) zedierende Gläubiger nicht schlechter als derjenige, der eine Barzahlung macht und

⁸³ Was im *Falle der Sachübereignung* nicht möglich ist, da dem Empfänger der ungültig übereigneten Sache zwar kein Sacheigentum, wohl aber ein *Retentionsrecht* nach ZGB 895 zu Gebote steht, um die Sache bis zur vollen Rückerstattung der eigenen Leistung zurückzuhalten.

⁸⁴ Eine andere Auffassung liesse sich im Rahmen der Kausalitätstheorie rechtlich nicht begründen, da es bei nicht wertpapiermässig verkörperten Forderungen hier *keinen gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten* gibt. Auch dies im *Gegensatz zum Sacheigentum*, wo der von einem Nichtberechtigten erwerbende gutgläubige Dritte geschützt wird (im Falle der anvertrauten Sache, ZGB 933, der die zederte Forderung zu vergleichen ist).

⁸⁵ Auf den durch die Zessionsurkunde geschaffenen Rechtsschein könnte sich ein Nachfolgezessionar nicht mehr verlassen. Auf Einwendungen aus dem Grundgeschäft einer vorangehenden Zession vermöchte der Lettzessionar mangels eigener Beteiligung am Geschäft im Prozess oft schlecht zu antworten.

⁸⁶ Die Nachteile: Verschlechterung der Schuldnerstellung bei Leistung ohne Vorlage der Abtretungserklärung, Erschwerung der Zweitcession, Möglichkeit des Schuldners, Mängel des Grundgeschäftes der Zession geltend zu machen. Neben den vorstehend Anm. 80 genannten Autoren nehmen eine vermittelnde Haltung im Sinne einer «Kausalität mit abgeschwächter Wirkung» etwa noch die folgenden ein: MOECKE, p. 97, insbesondere für einen erweiterten Gutglaubensschutz beim Forderungserwerb; STAHEL, p. 7/18; KUMMER, p. 110 ff.

im Falle der Grundlosigkeit dieser Zahlung auf einen Bereicherungsanspruch verwiesen ist. Diese bei Geldleistungen als selbstverständlich hingenommene Härte kann auch bei der Zession nicht als stossend gelten; auf ihr beruht die Rechtssicherheit und geschäftliche Praktikabilität des Zessionswesens.

Die bei der traditionellen *abstrakten Auffassung* der Zession nach schweizerischem Recht sich ergebende *wichtigste Unzukömmlichkeit* besteht darin, dass im Falle der Ungültigkeit des Grundgeschäfts der Zedent Rückübertragung fordern muss, dieser bereicherungsrechtliche Anspruch indessen *in einem Jahr verjährt* (OR 67). Als Ausweg drängt sich hier eine weitherzige gesetzesverbessernde Auslegung in dem Sinne auf, dass der Beginn des Laufs der einjährigen Frist nicht bereits mit Kenntnis von der Ungültigkeit des Grundgeschäfts, sondern bei Eintritt des rechtlichen Bewusstseins der Notwendigkeit einer Retrozession beim entreicherten Zedenten angenommen wird.

5. Vertragliche Verknüpfung von Verfügung und Grundgeschäft

In BGE 67 II 127 wird die auf v. TUHR zurückgehende⁸⁷ Formel verwendet, dass die Abstraktheit der Zession ausgeschlossen werden kann, indem die Parteien «die Zession unter der Bedingung vornehmen, dass der von ihnen vereinbarte Rechtsgrund wirklich vorliegt oder eintritt». Dies ist nicht bereits anzunehmen, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Akt vorgenommen werden⁸⁸, sondern nur, wenn die Bedingtheit im Sinne des Willens, dass bei Hinfallen des Grundgeschäfts automatisch auch die Zession unwirksam sein solle, als Parteiwille *eindeutig nachweisbar* ist⁸⁹. Dieses Statuieren einer vertraglichen Bedingung ist allerdings nicht die Herbeiführung einer echten Abhängigkeit der Zession vom Grundgeschäft im Sinne einer «Beseitigung der Abstraktheit» oder «Kausalisierung» der Zession, sondern die *Einführung einer aufschiebenden Bedingung des gültigen Zustandekommens des Grundgeschäfts*. Daher gilt, dass die Bedingtheit der Zession gegenüber Dritten, die im Vertrauen auf die Urkunde Rechte erworben haben, nur wirksam werden kann, wenn sie in der Zessionsurkunde sichtbar gemacht wird: Wenn schon ein in der Schuldurkunde nicht verkündetes Abtretungsverbot Dritten nicht entgegengehalten werden kann (OR 164/II), muss sinngemäss gleiches auch für eine in der Zessionsurkunde nicht aufgenommene Bedingtheit der Abtretung gelten.

⁸⁷ v. TUHR, OR I/2, § 93/II, p. 719, heute v. T./E., § 93/II, p. 334, der in diesem Zusammenhang insbesondere auch festhält, dass eine vom Zedenten gestellte Offerte zu pactum de cedendo und Zession nur gesamtheitlich angenommen werden kann, d. h. der Oblat nicht bloss der Zession zustimmen darf, ohne das Grundgeschäft (das zur Kaufpreiszahlung u. dgl. verpflichtet) schliessen zu wollen.

⁸⁸ Ebenso v. T./E., § 93/II, p. 334 bei Anm. 43; so mehrheitlich auch die deutsche Literatur.

⁸⁹ Dies ist allerdings nicht bloss bei expliziter Vereinbarung, sondern möglicherweise auch konkludent anzunehmen, z. B. oft bei fiduziarischer Abtretung (insbesondere bei Inkassozessionen). - Diesen Gesichtspunkt lässt ausser acht BGE 71 II 168.

6. Die fiduziarische Zession

Bei der fiduziarischen Zession, Abtretung der Forderung zum Inkasso oder zur Sicherung⁹⁰, wird das Vollrecht vom Fiduzianten auf den Fiduziar übertragen, jedoch unter der einschränkenden Vereinbarung inter partes, dass die Forderung nur vertragsgemäss verwendet werden darf^{91,92}. Dritten gegenüber macht die fiduziarische Zession den Fiduziar zum unbeschränkten Inhaber des Rechts und Gläubiger der Forderung. Somit kann er die fiduziarisch erworbene Forderung weiter abtreten oder sonst über sie verfügen, ungeachtet seiner intern übernommenen Verpflichtungen. Dem Fiduzianten gegenüber wird er allenfalls infolge Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig. Dem Fiduzianten wird in der Schweiz im Konkurs des Fiduziars kein Aussonderungsrecht zugestanden⁹³; die Forderung kann beim Fiduziar durch Dritte gepfändet werden⁹⁴.

Ungeklärt ist die Frage, ob bei den hier genannten Fällen (ausdrücklich oder auch stillschweigend) der *Rückfall der Forderung* bei Beendigung des Anlasses der Abtretung (z. B. Beendigung des Inkassomandates, des sicherungsbedürftigen Forderungsverhältnisses

⁹⁰ Zur Treuhand im allg. siehe oben § 4/VIII/5. - Zum Inkasso bzw. zur Sicherung würde eine Einziehungsvollmacht oder eine Verpfändung der Forderung ausreichen. Durch die Abtretung zu Treuhandgläubigerschaft erlangt der Fiduziar eine über den wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäftes hinausgehende Rechtsmacht.

⁹¹ Vgl. v. T./P., § 26/IV, p. 204 f., v. BÜREN, p. 174 f.; ENGEL, p. 161 f.; BECKER, OR 164 N. 11/12; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 17 N. 24; grundlegend P. WÄLLI, Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Diss. Zürich 1969; F. T. GUBLER, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)? ZSR 73 (1954), p. 215a ff.; G. GAUTSCHI, Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragung, SJZ 54 (1958), p. 254, 268 ff.; W. WIEGAND, Trau, schau wem - Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz und in Deutschland, in: FS Helmut Coing, München 1982, p. 565 ff.

⁹² Die Abtretung einer Forderung zu Prozesszwecken, so dass zum Beispiel der zedierende Fiduziant als Zeuge auftreten kann, wird grundsätzlich gebilligt, sofern die Vereinbarung zum Einsatz eines Interessenvertreters bzw. der Einsatz eines «prête-nom» nicht im Sinne von OR 20 widerrechtlich ist. So ENGEL, p. 163; v. BÜREN, p. 340; BECKER, OR 164 N. 13; BGE 85 II 97; 54 II 440; zur Abgrenzung von der Klageermächtigung vgl. 78 II 265; ENGEL, p. 18.

⁹³ So v. T./P., § 26/IV, p. 205; BECKER, OR 164 N. 11; BGE 72 II 358; 86 II 221; a. M. v. BÜREN, p. 340; im Falle eines Inkassomandats ist indessen die Praxis zu OR 401 zu beachten vgl. dazu BGE 102 II 301 f.

⁹⁴ Zur Abgrenzung der fiduziarischen von der simulierten Zession vgl. BGE 72 II 72 E. 2, 71 II 99, 168 E. 1; 50 II 154 E. 4; 43 II 26; zur Unterscheidung der zulässigen Abtretung von einer Gesetzesumgehung vgl. BGE 85 II 97; 56 II 197. - Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich gültig. Die «fiducia» (Einräumung der Treuhandgläubigerschaft) wird beim pactum de cedendo als selbständiger Verpflichtungsgrund zur Forderungsübertragung betrachtet. In diesem Sinne BGE 91 II 448/49; 85 II 97; 81 II 541; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 17 N. 24; GAUTSCHI, OR 396 N. 601; a. M. JÄGGI, ZSR 73 (1954), p. 536a ff.; v. BÜREN, p. 174/75.

usw.) verabredet werden kann⁹⁵, oder ob sich unter bestimmten Umständen gar der automatische Rückfall aus dem Entfallen des Abtretungszweckes folgern lässt. - Soweit berechnigte Schutzanliegen bestehen, können diese wenigstens teilweise mit der hier postulierten, dogmatisch weniger bedenklichen, Zulassung formfreier (allenfalls auch stillschweigender) Rückgängigmachung der Zession erreicht werden (dazu oben Ziff. III/2d).

IV. Die Stellung des Schuldners

1. Allgemeines

a) Postulat des Schutzes des Schuldners

Die Möglichkeit der Forderungsabtretung schafft die ungewöhnliche Lage, dass der Schuldner potentiell an einen Dritten leisten muss, mit dem er sich selber nie eingelassen hat und in dessen Person die forderungsbegründenden Voraussetzungen nicht verwirklicht sind. Diese Ungewöhnlichkeit erklärt die lange wirkenden (und im Ausland teilweise heute noch sichtbaren)⁹⁶ Widerstände gegenüber der Zulassung der Abtretung, ist aber auch ein Warnzeichen gegenüber unkritischer Handhabung des Zessionsrechts. Oberstes Gebot muss der Grundsatz sein, dass die Zulassung der Forderungsabtretung *in keiner Hinsicht zu einer Verschlechterung der Stellung des abgetretenen Schuldners führen darf, und in allen Zweifelsfragen zugunsten des Schuldners* entschieden werden muss, wie die durch die Möglichkeit der Abtretung geschaffenen Risiken nur Zedent oder Zessionar, niemals aber den debitor cessus treffen sollten⁹⁷.

Ohne direkte gesetzliche Grundlage müssen aus dem genannten Grundsatz Folgerungen gezogen werden: Wenn zum Beispiel durch die Zession oder mehrere Teilzessionen für den Schuldner eine Mehrbelastung entsteht (z. B. weil er mehr als bloss eine Zahlung machen oder bei Zession an einen Ausländer gemäss OR 74 Ziff. 1

⁹⁵ Diese Bedingungen könnten Bestandteil des pactum de cedendo sein, müssten aber, um Dritten, die im guten Glauben Rechte erworben haben, entgegengehalten werden zu können, in der Zessionsurkunde sichtbar werden.

⁹⁶ Vgl. oben Ziff. I/2 und Anm. 4.

⁹⁷ So bereits BGE 25 II 325. - M. E. besteht heute die Tendenz allzu unkritischer Zulassung von Zessionswirkungen, was wiederum historisch zu erklären ist: Mit dem Beiseiteschieben der überlieferten, mehr grundsätzlich-theoretisch als praktisch-wertend fundierten Einwendungen gegenüber der Zession im 19. Jahrhundert werden Dämme geöffnet und berechnigte Schutzanliegen, da in der Literatur nicht zur Geltung gebracht, vernachlässigt. Vgl. etwa die unkritische Zulassung der Abtretung «künftiger» Forderungen (oben Ziff. II/3) und gewisser den Schuldner treffenden Belastungen; dazu das Folgende.

ins Ausland zu leisten hat), muss er die entstehenden Mehrkosten vom Gesamtbetrag in Abzug bringen können, wie bei Auslandüberweisungen ein allfälliges Überweisungsrisiko zu Lasten des Gläubigers gehen soll⁹⁸.

b) Problemübersicht

Die in den vorangehenden Ziff. I-III behandelten Fragen der Voraussetzungen eines gültigen Forderungsübergangs betreffen die Beziehungen zwischen den Parteien der Abtretung (Zedent und Zessionar), sind jedoch für den Schuldner vorerst ohne Bedeutung. Wie der debitor cessus nicht am rechtsgeschäftlichen Vorgang der Zession beteiligt ist, betrifft die Zession auch seine eigene Rechtsstellung nur indirekt. In Widerspruch zu der zessionsrechtlich geschaffenen Rechtszuständigkeit ist es möglich, dass der leistende Schuldner durch *Leistung an einen Nichtgläubiger befreit* wird: im einen Fall durch Leistung an den alten Gläubiger, wenn die Zession ihm nicht notifiziert wurde (unten Ziff. 2) oder umgekehrt, im Falle des Nichtbestandes der Zession, die ihm aber durch den alten Gläubiger angezeigt wurde, durch Leistung an den Pseudozessionar (unten Ziff. 3). *Die Frage, ob der Schuldner durch seine Leistung sich befreit, entscheidet sich demnach primär nicht nach der zessionsrechtlich geschaffenen Zuständigkeit zur Forderung («Abtretung gültig oder nicht?»), sondern durch den Informationsstand des debitor cessus, insbesondere nach der (vom Zedenten oder Zessionar ausgehenden) Notifikation, der rechtsgestaltende Funktion zukommt.*

Selbstverständlich ist, dass die Forderung in unverändertem Bestand auf den Zessionar übergeht, d. h. der Schuldner diesem die gleichen Verteidigungsmittel entgegensetzen kann wie dem ursprünglichen Gläubiger (im einzelnen unten Ziff. 5), aber auch, dass in der Person des Zessionars gegebene Verteidigungsmittel geltend gemacht werden können und der Bestand der Zession bestritten werden darf (unten Ziff. 4c, e).

2. Die Rechtsstellung des Schuldners vor Notifikation der Abtretung

a) Befreiung durch Leistung an den Zedenten

Die das Zessionsrecht von OR (und ABGB, BGB) beherrschende Grundregel, dass die Abtretung ohne Mitwirkung des Schuldners erfolgt, ist nur im Zusammenhang mit dem anderen Prinzip möglich, dass der Schuldner, dem nicht gültig notifiziert wurde, weiterhin mit befreiender Wirkung an den bisherigen («seinen»)

⁹⁸ Diese Regeln gelten nur bei Mehrbelastungen von untergeordneter Bedeutung; würde die Schuld im Falle einer Abtretung ihren bisherigen Charakter ändern, müsste die Forderung als unabtretbar gelten (oben Ziff. II/2/c).

Gläubiger leisten kann (OR 167)⁹⁹. Der Zessionar, der trotz seiner Gläubigerstellung vom befreiten Schuldner nicht mehr Leistung verlangen kann, muss sich an den Zedenten als seinen Vertragspartner halten, um nach den Regeln vertraglicher Ersatzpflicht (ev. ungerechtfertigter Bereicherung) Ausgleich zu erlangen.

b) Weiterbestehen der «formellen Gläubigerstellung» des Zedenten

Auch ohne direkte gesetzliche Grundlage scheint mir sinngemäss aus OR 167 sowie Stellvertretungs- und Geschäftsführungsprinzipien die Regel zu folgen, dass bis zu einer (vom Zedenten oder Zessionar ausgehenden) Notifikation der Zedent gültig in eigenem Namen die in Wahrung der Gläubigerstellung möglichen Rechtshandlungen vornehmen kann: Inverzugsetzen, Ausüben eines Wahlrechts, Unterbrechen der Verjährung usw. Die umgekehrte Annahme würde die Parteien der Zession zu deren Offenbarung zwingen und ihnen damit die vom Gesetzgeber zuerkannte und durch die Bedürfnisse des Geschäftslebens geforderte Möglichkeit nehmen, ohne Bekanntmachung gegenüber dem Schuldner intern wirksam eine Forderung zu übertragen; es sollen übertriebene Auswirkungen des Grundsatzes, dass die Abtretung ohne Notifikation wirkt, vermieden und jene Vorteile gewahrt werden, welche sich aus der französischen Auffassung (Zession wirkt erst mit Notifikation, vgl. oben Ziff. I/2 bei Anm. 6) ergeben.

c) Ausschluss befreiender Leistung an den Zedenten durch Notifikation oder sogenannten «bösen Glauben»

aa) Durch Notifikation

Die Möglichkeit befreiender Leistung an den Zedenten wird ausgeschlossen durch Anzeige der Abtretung an den Schuldner (sog. *Notifikation* oder *Denunziation*). Diese Anzeige, die sowohl vom Zedenten wie vom Zessionar ausgehen kann, ist eine empfangsbedürftige, jedoch formfreie Mitteilung, die durch Eintreffen beim Adressaten wirksam wird¹⁰⁰. Vorzuziehen wäre die den Schuldner besser schützende *deutsche Auffassung*, die teilweise *tatsächliches Zurkenntnisnehmen* des Schuldners verlangt¹⁰¹.

⁹⁹ Der Leistung des Schuldners muss gleichgeachtet werden der vor Notifikation zwischen Zedenten und Schuldner vereinbarte *Schulderlass* oder *Stundung*. Ebenso muss der Zessionar in einem allfälligen Forderungsprozess die vom Zedenten vor der Notifikation vorgenommenen Prozesshandlungen gegen sich gelten lassen. - Vgl. im übrigen BGB § 407 und v. T./E., § 96/III, p. 360; sowie A. KOLLER (zit. in Anm. 26), p. 208 ff. insb. N. 693ff.

¹⁰⁰ Wie überhaupt genügt das Eintreffen im Bereich des Adressaten (vgl. oben § 10/VIII/1, 2); das Risiko des Unterlassens der Kenntnisnahme liegt beim Schuldner. So v. T./E., § 96/II, p. 359; SJZ 50 (1954), p. 163; A. KOLLER, (Zit. in Anm. 26), p. 210 N. 682.

¹⁰¹ Zum Beispiel SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB § 407 N. 4, § 406 N. 5; ähnlich LARENZ, SchR I, § 34/IV, p. 588 f., der insbesondere jede Nachforschungspflicht des Schuldners ablehnt. Vgl. auch KELLER/SCHÖBI, IV, p. 64: der gute Glaube wird dann nicht zerstört, wenn der Schuldner von der bei ihm eingetroffenen Anzeige trotz gebotener Aufmerksamkeit nicht Kenntnis erhält.

bb) Infolge «bösen Glaubens»

Nach dem Wortlaut von OR 167 setzt Befreiung durch Leistung an den Zedenten nicht bloss Unterbleiben der Notifikation, sondern auch «guten Glaubens» des Leistenden, d. h. dessen Unkenntnis von der Abtretung voraus. Das Gutglaubenserfordernis ist hier wie überall den Umständen der konkreten Sachlage entsprechend zu verstehen. Im Falle der Zession ist zu bedenken, dass der Zessionar, der sich nicht die Mühe der Notifikation macht, den Anschein erweckt, sich mit einer Leistung an den Zedenten abzufinden¹⁰². Zum Tatbestand, der den «guten Glaubens» des Schuldners i. S. von OR 167 ausschliesst, gehören daher an sich nicht bloss Wissen (Wissenmüssen) um die Abtretung, sondern ebenso Kenntnis des Willens des Zessionars, selber die Leistung zu erhalten¹⁰³. In der Schweiz, wo traditionell die Gefahr der Überdehnung des Prinzips von ZGB 3 besteht, ist allerdings die Tendenz zu erkennen, dem Schuldner Befreiung durch Leistung an den Zedenten infolge «Kennenmüssens» in weitergehendem Umfang abzuschneiden¹⁰⁴.

3. Die Stellung des Schuldners im Falle der Notifikation seitens des Zedenten

Die Mitteilung der Abtretung seitens des Zedenten bewirkt, dass der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger nicht mehr leisten kann, schafft umgekehrt aber

¹⁰² Nicht auszuschliessen ist, dass zwischen den Zessionsparteien trotz ernstgemeinter (beispielsweise sicherungshalber erfolgter) Abtretung die Meinung besteht, dass der Zedent die Leistung (die im Falle einer Sachleistung vielleicht bloss ihm dient) entgegennehmen soll.

¹⁰³ Die *Tradition des BGB* lehnt zutreffend «Kennenmüssen» der Zession als Grund der Nichtbefreiung überhaupt ab (RGZ 61, p. 249/50: «Eine Verschlechterung der Rechtslage des Schuldners aber wäre es, wenn er ... verpflichtet werden könnte, eine Aufklärung des Sachverhaltes vorzunehmen oder den angeblichen neuen Gläubiger zur Führung seines Ausweises über den wirklichen Erwerb der Forderung aufzufordern oder anzuhalten.» Bis zum Nachweis des Forderungserwerbs ist der Schuldner, falls er bis dahin nicht auf andere Weise sichere Kenntnis von der Abtretung erlangt hat, nach wie vor befugt, an den bisherigen Gläubiger zu leisten. Vgl. auch SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB § 407 N. 4. Gut daher die Formel des Dresd. Entwurfs (Art. 337), der «zuverlässige Kenntnis» voraussetzt. Zu bedenken ist, dass in vielen Geschäftsbereichen sicherungsweise vorgenommene Abtretungen von Kundenguthaben an Banken geradezu die Regel darstellen, aber auch der um diese Verhältnisse wissende Schuldner immer noch, ohne zu irgendwelchen Abklärungen gezwungen zu sein, an seinen Lieferanten sollte zahlen können. *De lege ferenda* wäre vorzuziehen, auf das Element der Kenntnis bzw. Unkenntnis der Abtretung («guter Glaube») gemäss OR 167 (und hier sinngemäss entsprechend BGB § 407/I) überhaupt zu verzichten und die Möglichkeit befreiender Leistung an den bisherigen Gläubiger nur dann entfallen zu lassen, wenn eine Notifikation seitens einer Partei der Zession vorliegt, die diesfalls nicht als blosser Mitteilung, sondern als Willenserklärung, dass Leistung an den Zessionar erfolgen solle, zu verstehen wäre. - Die Rechtsordnungen, welche die Wirksamkeit der Zession überhaupt von der Notifikation abhängig machen (vgl. oben Ziff. I/2), schliessen zum vornherein die hier als unangemessen bezeichneten Auffassungen aus.

¹⁰⁴ In diese Richtung weisend A. KOLLER (Zit. in Anm. 26), p. 208 ff., insb. N. 679 ff.

noch nicht eine Leistungspflicht gegenüber dem Zessionar, da der Schuldner nur auf Nachweis erfolgter Zession hin an diesen leisten muss¹⁰⁵.

Andererseits bedeutet die vom *ursprünglichen Gläubiger ausgehende Notifikation*, dass der Schuldner in jedem Fall, d. h. auch bei Nichtbestand der Zession (sei es, dass eine solche gar nie vorgenommen wurde oder ungültig ist) durch Leistung an die als Zessionar bezeichnete Person *befreit* wird. Diese im Ergebnis nicht bezweifelbare Regel ist in BGB § 409/I Satz 1 ausdrücklich ausgesprochen; in der Schweiz deutet man die Notifikation einer nicht wirksamen Zession in eine *Ermächtigung zur Leistung an einen Dritten* (den Pseudo-Zessionar) um¹⁰⁶. Dabei muss die Befreiungswirkung grundsätzlich selbst dann eintreten, wenn der Schuldner Kenntnis von der Ungültigkeit der ihm gegenüber behaupteten Zession hat¹⁰⁷.

Eine vom Zedenten ausgestellte *Zessionsurkunde* kann, wenn dem Schuldner vorgelegt, als eine vom Zedenten ausgehende Ermächtigung zur Leistung an den Zessionar verstanden werden¹⁰⁸. Dies erlangt dann Bedeutung, wenn die Zessionsurkunde eine Bedingung nicht nennt, von deren Eintritt die Gültigkeit der Zession abhängt bzw. deren Eintritt die Zessionswirkungen dahinfallen lässt¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vgl. unten Ziff. 4b.

¹⁰⁶ v. T./E., § 96/II, p. 360 und Anm. 22, § 93/IV und Anm. 57. Der angebliche Zessionar erscheint wie ein als Zahlstelle bezeichneter *solutionis causa adiectus*. Ebenfalls möglich ist die Deutung der ohne Zession erfolgten Notifikation als *Anweisung im Sinne von OR 466*. Gemäss OR 468/II («Anweisung auf Schuld») wird der angewiesene Schuldner zur Leistung an den Anweisungsempfänger (den angeblichen Zessionar) verpflichtet; vgl. auch OR/BT, § 15/II ff.

¹⁰⁷ Der für den Schuldner massgebliche Inhalt einer von seinem Gläubiger ausgehenden Notifikation besteht in der *Instruktion, an einen Dritten* (sc. den Zessionar) zu leisten; die Erwähnung der Zession stellt lediglich eine (entbehrliche) Begründung dieser Instruktion dar. - Nichtbefreiung des an dem ihm bezeichneten Dritten leistenden Schuldners infolge Kenntnis des Nichtbestehens der behaupteten Zession wäre daher nur dann anzunehmen, wenn sich der Schuldner Rechenschaft geben müsste, dass sein Gläubiger sich in einem Irrtum über den Sachverhalt befindet und bei richtiger Beurteilung der Sachlage ihn nicht zur Zahlung an den Pseudozessionar anhalten würde. - Ähnlich wie hier im Ergebnis v. T./E., § 96 bei Anm. 22; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 167 N. 7, ENGEL, p. 592; a. M. A. KOLLER (Zit. in Anm. 26), p. 218 N. 704.

¹⁰⁸ Der die Urkunde ausstellende Zedent gibt damit (im Gegensatz zur Ermächtigung) keine direkte Willenserklärung gegenüber dem Schuldner ab; da er jedoch mit der Vorlage der Urkunde rechnen muss, kann er sie nicht ausstellen, ohne gleichzeitig den Schuldner zur Leistung an den Zessionar ermächtigen zu wollen.

¹⁰⁹ Die Regel, dass der Schuldner aufgrund der in einer Notifikation seitens des Gläubigers enthaltenen Zahlungsermächtigung befreiend an den (bloss angeblichen) Zessionar leisten kann, bezieht sich zwingend nur auf *Effektivleistung*, während fraglich erscheint, ob *Tilgung der Schuld durch Verrechnung* einer gegen den angeblichen Zessionar zustehenden Gegenforderung möglich sein soll. Bejahend v. BÜREN, p. 330 und anscheinend auch SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB, § 409 N. 3.

4. Die Stellung des Schuldners im Verhältnis zum Zessionar

a) Bedeutung der Notifikation

Die vom Zessionar ausgehende Notifikation muss von keinerlei Ausweis über die Gläubigerstellung des Zessionars, d. h. die Zession, begleitet sein, um die Rechtsfolgen von OR 167 auszulösen¹¹⁰, d. h. die Befreiungswirkung einer Leistung an den alten Gläubiger auszuschliessen; indessen muss wohl explizit eine Abtretung behauptet sein, blosser Zahlungsaufforderung (z. B. durch ein Factoringunternehmen) genügt nicht.

b) Erfordernis des Zessionsnachweises

Leistungspflicht des Schuldners gegenüber dem Zessionar setzt Nachweis der Abtretung voraus¹¹¹; bis dieser Nachweis geleistet wird, ist eine Leistungspflicht des Schuldners suspendiert, da bei Ungewissheit über die Person des Gläubigers eine Leistungspflicht nicht bestehen kann. Da der Schuldner, der an den angeblichen Zessionar leistet, zu gewärtigen hat, auch vom ursprünglichen Gläubiger belangt zu werden, ist ihm Leistung nur zuzumuten, wenn der Zessionar ihm die *Beweismittel* für den Nachweis der Abtretung in einem allfälligen Prozess verschafft, was praktisch bedeutet, dass der Schuldner nur nach Aushändigung des Originals oder einer beglaubigten Kopie der Abtretungsurkunde leisten muss. Das gleiche muss für ein anderes Geltendmachen der Gläubigerstellung (Inverzugsetzung, Kündigung, Ausübung eines Wahlrechts, Erklärung der Verrechnung usw.) gültig sein. Das Gesagte ergibt sich in der Schweiz aus allgemeinen Überlegungen, während das BGB in § 410 zweckmässigerweise eine ausdrückliche Anordnung enthält¹¹². Auf das Verschaffen von Beweismitteln kann verzichtet werden, wenn der Schuldner eine schriftliche Notifikation seitens des Zedenten erhalten hat.

¹¹⁰ Der Schuldner ist nicht verpflichtet, den Erhalt der Notifikation zu bestätigen. Aus einem Stillschweigen dürfen im Normalfall keine Schlüsse gezogen werden (Anerkennung der abgetretenen Forderung, der Zession od. dgl.). Auch in einer vorbehaltlosen Empfangsbestätigung, die vom Zessionar oft gewünscht wird, soll nur ausnahmsweise und mit Zurückhaltung auf eine Anerkennung der Schuld oder Verzicht auf Einreden geschlossen werden; dem Schuldner, der aus Kulanz den Eingang eines Schreibens bestätigt, wird dies (besonders in grösseren Betrieben) oft ohne Prüfung der Existenz der behaupteten Forderung tun. Zum Teil abweichend v. T./E., § 96/VIII, p. 369.

¹¹¹ Dies gilt nicht bloss bei Notifikation seitens des Zessionars, sondern grundsätzlich auch bei solcher seitens des Zedenten: Zwar ist es richtig, dass der Schuldner diesfalls kein Risiko läuft und durch seine Leistung an den Zessionar selbst bei Ungültigkeit der Zession befreit wird (oben Ziff. 3), was nur eine Befugnis, nicht aber eine Pflicht zur Leistung an einen potentiellen Nichtgläubiger begründet.

¹¹² BGB § 410: «Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. - Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat.»

Vgl. dazu auch RGZ 61 p. 249; RGZ 70 p. 164; LARENZ, SchR I, § 34/IV p. 593; Leistung nur gegen Vorlegung der Abtretungsurkunde, falls nicht schriftliche Notifikation seitens des Zedenten erfolgte.

c) Möglichkeit der Bestreitung der Zession

Das unter a und b Gesagte hängt damit zusammen, dass der vom Zessionar belangte Schuldner Nichtbestand der Zession einwenden kann: Er hat gegenüber dem Zessionar keine Schuld begründet und muss deshalb den Tatbestand, der angeblich den Zessionar zum Gläubiger macht, bestreiten können. Der den Schuldner belangende Zessionar ist für die Gültigkeit der Abtretung beweispflichtig, während der Schuldner Willensmängel, fehlende Handlungsfähigkeit, Vertretungs- oder Verfügungsmacht, Unabtretbarkeit der Forderung oder Simulation und dergleichen einwenden kann¹¹³.

Für die Zulassung von Einwendungen gegen die Zession besteht möglicherweise dann kein schutzwürdiges Interesse, wenn der Zedent die Zession notifiziert hat, der (zahlungsunwillige) Schuldner demnach durch Leistung an den angeblichen Zessionar befreit würde (oben Ziff. 3). In eindeutigen Missbrauchsfällen wären allenfalls diese Einwendungen über das Rechtsmissbrauchsverbot von ZGB 2 abzuschneiden.

d) Sogeannter Prätendentenstreit

OR 168/I statuiert ein Hinterlegungsrecht des Schuldners im Falle des sogenannten Prätendentenstreites zwischen altem Gläubiger und einem angeblichen Zessionar. Diese Vorschrift umschreibt die Hinterlegungsvoraussetzungen enger als die in der Revision eingeführte Regel von OR 96, aus der sich ein Hinterlegungsrecht bei jeder Ungewissheit über die Person des Gläubigers ableiten lässt¹¹⁴. Im Falle eines Prozesses zwischen Zedenten und Zessionar um die Forderung kann jede der Parteien Hinterlegung verlangen¹¹⁵, Bestand der Forderung als solche vorausgesetzt.

OR 168/I begründet nicht eine Pflicht, sondern ein Recht zur Hinterlegung. Eine Hinterlegungspflicht (bzw. Verzug des Schuldners im Unterlassungsfall) entsteht erst auf entsprechendes Verlangen einer Partei im Prätendentenprozess (OR 168/III); bis dahin begründet die Ungewissheit über die Person des Gläubigers einen

¹¹³ Vgl. dazu v. T./E., § 96/III, p. 361/62, ENGEL, p. 592. - Dabei sind nur Einwendungen gegen den Bestand des *Verfügungsgeschäfts* zulässig; im Falle der Annahme «kausaler» Natur der Zessionsverfügung müssten allerdings dem Schuldner zwangsläufig auch Einwendungen aus dem Grundgeschäft offenstehen (vgl. oben Ziff. III/4/d).

¹¹⁴ Abs. II von OR 168 formuliert eine Selbstverständlichkeit und ist überflüssig.

¹¹⁵ Zur Kritik dieser Norm v. T./E., § 96/IV, p. 364.

selbständigen Leistungsverweigerungsgrund, der Verzug des Schuldners ausschliesst¹¹⁶.

e) Möglichkeit der Erhebung in der Person des Zessionars begründeter Einwendungen

Keiner weiteren Begründung bedarf, dass der Schuldner Verteidigungsmittel, die ihm nur gegenüber dem Zessionar, nicht aber gegenüber dem Zedenten zur Verfügung stehen, insbesondere eine ihm gegen den Zessionar zustehende Forderung zur Tilgung der Schuld durch Verrechnung, verwenden mag.

5. Keine Veränderung im Bestand der abgetretenen Forderung (Erhaltung der Einwendungen und Einreden)

a) Erhaltung der Einreden aus dem Schuldverhältnis

Durch die Abtretung wird die abgetretene Forderung (und die ihr entsprechende Schuld) nicht verändert, sondern in ihrem ursprünglichen Bestand und allen ihr anhaftenden Schwächen auf den Zessionar übertragen. Der Grundsatz, die Stellung des Schuldners dürfe durch die Abtretung nicht verschlechtert werden, bedingt, dass der Schuldner gegenüber dem Zessionar sämtliche Verteidigungsmittel muss vorbringen können, die ihm gegenüber dem Zedenten zu Gebote standen, aber auch, dass auf die Erwartungen des Zessionars keine Rücksicht genommen werden und kein Schutz des gutgläubigen Erwerbers bestehen kann¹¹⁷.

Der vom Zessionar in Anspruch genommene Schuldner kann (mit Vorbehalt der Ausnahmen unten lit. c) sämtliche *Einwendungen* erheben, welche die Schuld in Frage stellen: diese sei nie entstanden oder sei erloschen (Tilgung, Schuldlass, Neuerung, Befreiung infolge unverschuldeter Unmöglichkeit oder privativer Schuldübernahme usw.). Auch Stundung kann eingewendet werden¹¹⁸, ebenso der

¹¹⁶ Diese Auffassung empfiehlt sich aus praktischen Überlegungen und wird nicht nur durch den Wortlaut von OR 168/I, sondern auch durch dessen Entstehungsgeschichte gerechtfertigt: aOR 188/I, wörtlich übereinstimmend mit OR 168/I, geht offensichtlich auf Dresd. E. Art. 334 zurück, wo deutlicher als im OR zum Ausdruck gelangt, dass die Hinterlegung eine dem Schuldner wahlweise neben der Leistungsverweigerung zu Gebote stehende Möglichkeit sein soll. - Zu prozessualen Fragen BGE 105 II 276.

¹¹⁷ Schutz des gutgläubigen Erwerbers ist nur gestützt auf einen durch den *Besitz* des Veräusserers geschaffenen Rechtsschein, d. h. aber nur bei körperlichen Sachen zu rechtfertigen. Bei Forderungen besteht ein entsprechender Rechtsschein höchstens in Teilbereichen, bei verkündeten Forderungen, bei denen auch Ausnahmenvorschriften bestehen (Ausschluss der Einrede der Simulation, OR 18/II und des vertraglichen Abtretungsverbots, OR 164/II), so dass es hier grundsätzlich bei dem Satz «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet» sein Bewenden hat.

¹¹⁸ Auch ein pactum de non petendo (dazu oben § 22/II/1) könnte wohl entgegengehalten werden.

Eintritt einer mit dem Zedenten verabredeten auflösenden Bedingung, wobei es keinen Unterschied machen kann, ob die Auflösung vor oder nach der Zession erfolgt; denn «eine mit einer auflösenden Bedingung behaftete Forderung trägt die Gefahr in sich, durch ein späteres Ereignis aufgehoben zu werden»¹¹⁹.

Der Schuldner kann auch die ihm gegenüber dem Zedenten zustehenden *Einreden* geltend machen, so die *Verjährungseinrede*¹²⁰, die *Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach OR 82*¹²¹, die *Einrede der Entwehrung der Kaufsache (OR 195), der Wandelung oder Preisminderung (OR 210/II)*¹²². Entgegen dem zu engen Wortlaut von OR 169/I kann die Einrede auch erhoben werden, wenn diese erst nach der Zession entsteht, z. B. die Gegenleistung erst nach Bekanntwerden der Zession fällig wird, der kaufrechtliche Gewährleistungstatbestand erst nach der Zession eintritt¹²³. Lediglich ist, im Falle der Ausstellung einer Schuldurkunde, die Einrede der Simulation ausgeschlossen (OR 18/II)¹²⁴.

b) Erhaltung der Einreden aus der Person des Zedenten; insbesondere die Verrechnung von Gegenforderungen (OR 169)

Gegenüber dem Zessionar kann der Schuldner nicht nur jene Einreden geltend machen, die dem begründenden Schuldverhältnis immanent sind, sondern auch solche, die gegenüber der Person des Zedenten wirken: Insbesondere soll der Schuldner auch nach der Abtretung seine Schuld durch *Verrechnung* tilgen können, wenn ihm eine gegen den ursprünglichen Gläubiger gerichtete verrechenbare Forderung zu Gebote steht. Diese Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit der zu

¹¹⁹ v. T./E., § 96/V, p. 366. Auch erst «im Keim» angelegte Einreden werden von OR 169/I erfasst; vgl. auch A. KOLLER (zit. in Anm. 26), p. 221 N. 711 f.

¹²⁰ Bei der Verjährung ist der Lauf der Verjährungsfrist, soweit in die Zeit vor der Zession fallend, voll zu berücksichtigen, d. h. weder Zession noch deren Notifikation usw. haben verjährungsunterbrechende Wirkung. Verjährungsunterbrechende Handlungen müssten grundsätzlich nach der Zession vom Zessionar ausgehen, doch wird man auch die Unterbrechung seitens des Zedenten als wirksam erachten müssen. Vgl. auch v. BÜREN, p. 328.

¹²¹ Die dem Schuldner zustehende Gegenforderung richtet sich unverändert gegen den Zedenten, wie das Schuldverhältnis, das Anlass zur Entstehung der zedierten Forderung war, durch die Zession nicht verändert wird (vgl. oben Ziff. I/1, II/1). Die Dinge sind so vorzustellen, dass dem Schuldner gegenüber dem Zessionaren lediglich eine entsprechende dilatorische Einrede zur Verfügung steht. Das eigentliche Anfechtungsrecht muss der Schuldner gegenüber seinem Vertragspartner (Zedent) geltend machen. Vgl. etwa P. BYDLINSKY, Die Anfechtungs- und Auflösungsrechte des Zessionsschuldners, OeJZ 16 (1981), p. 421 ff.

¹²² Auf die Möglichkeiten von OR 169/I kann der Schuldner im voraus verzichten; BGE 109 II 214 ff.

¹²³ BECKER, OR 169 N. 9; v. T./E., § 96/V, p. 366 und Anm. 65; v. BÜREN, p. 328; Sem.jud. 81 (1959), p. 400. Die rechtliche Konstruktion muss so gesehen werden, dass die Einredetatbestände, wenn auch den Beteiligten noch nicht sichtbar, bereits in der Zeit vor der Zession bzw. deren Notifikation angelegt sind. Vgl. weiterhin BGHZ 25, p. 29 und SJZ 53 (1957), p. 20 und oben Anm. 119.

¹²⁴ Vgl. oben § 10/XII.

verrechnenden Forderungen folgt aus dem Grundsatz, dass der Schuldner, der ohne die Abtretung die Verrechnungsmöglichkeit gehabt hätte, durch die Zession nicht schlechter gestellt werden darf.

Das Geltendmachen der Einrede (praktisch die Verrechnung) ist nach OR 169/I nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Einrede bereits vor Kenntnis (Notifikation) der Abtretung bestand¹²⁵.

Die Revision hat in Anknüpfung an die bisherige Praxis¹²⁶ die Bestimmung von OR 169/II neu eingeführt¹²⁷. Die sich als Erleichterung der Schuldnerstellung ausgebende Norm führt indessen zu einer Schlechterstellung des Schuldners, da Verrechnung nur möglich ist, soweit die Gegenforderung des Schuldners nicht später als die zedierte Forderung fällig geworden ist¹²⁸.

c) Erhaltung der Einreden bei Kettenzessionen

Die Erhaltung der gegenüber dem Zedenten bestehenden Einreden auch im Verhältnis zum Zessionar spielt nicht bloss bei einmaliger Zession, sondern auch bei *Kettenzession*: Die gegenüber einem Zessionar bestehende persönliche Einrede kann nicht bloss diesem gegenüber, sondern im Falle einer weiteren Zession auch gegenüber dem Zweitcessionar geltend gemacht werden, woraus eine Akkumulation der gegen die verschiedenen Zedenten bestehenden persönlichen Einreden folgt.

Die Regeln der Kettenzession scheinen mir auch zu gelten bei Rückübertragung der abgetretenen Forderung an den Zedenten: Auch hier kann der Schuldner ihm gegenüber dem Zessionar zustehende Einwendungen nach den Regeln von OR 169 gegenüber seinem ursprünglichen Gläubiger vortragen¹²⁹.

¹²⁵ Zum Verständnis dieser Regel ist der oben Ziff. II/3/c genannte Grundsatz wichtig, dass im Falle der Abtretung einer künftig entstehenden Forderung die Abtretung erst im Zeitpunkt der Entstehung wirksam wird, der hier auch frühester Termin der Kenntnis der Abtretung ist (d. h. vor Gültigkeit der Zession - Entstehen der abgetretenen Forderung - kann keine Kenntnis von der Abtretung erlangt werden, da der Gesetzgeber Abtretung als «aktuell wirksame» Abtretung versteht).

¹²⁶ So v. T./E., § 96/VI, p. 368 und Anm. 73; BECKER, OR 169 N. 9, je mit Hinweis auf BGE 25 II 324 und weitere, die indessen die Stellung des Schuldners verbessern, nicht verschlechtern wollten. OR 169/II verstösst auch gegen das Prinzip von OR 120/I, wonach die Verrechnung zulässig ist, unabhängig davon, welche Forderung zuerst fällig wurde.

¹²⁷ Ähnlich auch bereits CC fr. art. 1295/II.

¹²⁸ Ohne die aus OR 169 Abs. I und II sich ergebende Regelung könnte der Schuldner immer dann verrechnen, wenn er noch vor der *Leistung* an den Zessionar eine verrechenbare Forderung gegen den Zedenten erlangte; er könnte demnach bei Fälligkeit der eigenen Schuld zuwarten, bis die ihm zustehende Forderung gegen den Zedenten fällig wird, welche Möglichkeit ihm OR 169 abschneidet. Zur Kritik dieser Norm vgl. im übrigen auch v. T./E., a.a.O., p. 368.

¹²⁹ So auch SOERGEL/ZEISS, Komm. BGB § 409 N. 6.

V. Umfang der Abtretungswirkungen

1. Quantitative Bestimmung im allgemeinen

Die Abtretung umfasst immer *nur einzelne Forderungen* einschliesslich deren Akzessorien¹³⁰, *nicht das gesamte Schuldverhältnis*. Daraus folgt, dass die Stellung des Zedenten als Vertragspartei von der Zession nicht betroffen wird; insbesondere bleibt dieser Adressat von Willenserklärungen des Schuldners (z. B. Vertragsanfechtung wegen Willensmängel, Mängelrüge, Wandlungserklärung usw. bei Kauf)¹³¹.

Im übrigen bestimmt sich der Umfang der vertraglichen Zession primär nach der Vereinbarung der Parteien. Der Zedent kann einen oder mehrere, insbesondere alle ihm gegenüber dem gleichen Schuldner zustehenden Ansprüche abtreten.

Bei der *Abtretung einer Solidarforderung* (vgl. oben § 27/III) wird der Zessionar bloss Mitgläubiger, nicht Alleingläubiger, wenn die Abtretung nicht von allen Solidargläubigern gemeinsam ausgeht.

Die in OR 170/I und II enthaltenen Grundsätze sind dispositives Recht; vom Gesetz abweichende Parteivereinbarungen müssen im Verfügungsgeschäft ihren Ausdruck finden und bedürfen deshalb der Schriftform, soweit sie den Bereich der Abtretungswirkungen *erweitern* (nicht dagegen, wenn sie diesen einengen, zum Beispiel aufgelaufene Zinsen von der Zession der Kapitalforderung ausnehmen).

2. Gesetzliche Umschreibung der von der Zession erfassten Vorzugs- und Nebenrechte

a) Grundsatz

OR 170/I stellt die Vermutung auf, mit der Abtretung der Forderung würden ebenfalls die mit dieser verbundenen *Vorzugs- und Nebenrechte* auf den Erwerber übergehen, mit Ausnahme jener, die untrennbar mit der Person des Zedenten verbunden sind¹³².

Eine gegenüber dem Zedenten abgegebene *Garantie für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners* (selbständige Verpflichtung im Gegensatz zur akzessorischen wie Bürgschaft) wird von der Abtretung *nicht erfasst*¹³³.

¹³⁰ BECKER, OR 164 N. 37 weist den Akzessorien keine selbständige Existenz bei, so dass diese nicht ohne das Hauptrecht abgetreten werden können; vgl. auch BGE 78 II 59, 78 II 274/275 b.

¹³¹ Ebenso v. T./E., § 94/I, p. 342, § 95/I, p. 354; BECKER, OR 170 N. 8 und BGE 84 II 367/368.

¹³² Für die Begriffsbestimmung und die Unterscheidung von privatrechtlichen und «publizistischen» Nebenrechten bzw. konkursprozessualischen Ansprüchen vgl. BECKER, OR 170 N. 1; BGE 49 III 202.

¹³³ Vgl. auch BGE 53 II 116; 82 II 522. - Insbesondere kommt bei der Kettenzession die vom ersten Zedenten dem zweiten zugesicherte Gewährleistung nicht einem Zweitzessionar zugute (dazu unten Ziff. VI/3).

b) Die einzelnen Elemente

- Nebenrechte im Sinne von OR 170/I sind dem Zedenten zustehende, akzessorische, *der Sicherung dienende Rechte, wie Bürgschaften und Pfandrechte*¹³⁴. Zu den mit der Hauptforderung übergebenden Nebenrechten zählen sodann das *Retentionsrecht des Vermieters* (OR 272), der Anspruch auf eine Konventionalstrafe, der Anspruch auf Übergabe der Beweismittel etc.¹³⁵.
- Uneins ist dagegen die Doktrin bezüglich des Übergangs des *Retentionsrechtes* nach ZGB 895/I oder 895/II¹³⁶, des *Eigentumsvorbehaltes* nach ZGB 715 und OR 226a/II Ziff. 9¹³⁷, wie auch des *Klagerechts* bzw. der Befugnisse im *Betreibungsverfahren*¹³⁸.
- Nach OR 170/III gehen *aufgelaufene Zinsen* mit der Hauptforderung über¹³⁹. Ansprüche aus Verzugschaden gemäss OR 103/I, soweit sie aus der Zeit vor der Abtretung stammen, verbleiben dagegen beim Zedenten¹⁴⁰; die *nach* der Abtretung entstehenden Ansprüche aus Verzugschaden oder Konventionalstrafe sind vermutungsweise mitzedeiert worden.
- Die unmittelbar mit der Forderung verbundenen *Gestaltungsrechte* sind in der Zession des Hauptanspruches eingeschlossen, nicht jedoch die mit dem Schuldverhältnis verbundenen. So geht wohl über das Recht der Inverzugsetzung oder der Unterbrechung der Verjährung, das Wahlrecht bei der Alternativobligation, das Recht zur Verrechnung, nicht dagegen die Möglichkeit des Geltendmachens von auflösenden Gestaltungsrechten, wie Rücktritt, Kündigung oder Anfechtung wegen Übervorteilung oder Willensmängeln¹⁴¹.

¹³⁴ Sowohl im Bürgschafts- wie im Pfandbestellungsvertrag kann allerdings die Sicherung der Forderung auf den Fall beschränkt werden, dass diese dem derzeitigen Gläubiger zusteht.

¹³⁵ Vgl. die Zusammenstellung bei BECKER, OR 170 N. 2; v. BÜREN, p. 327; v. T./E., § 95/II, p. 354/55; ENGEL, p. 589.

¹³⁶ Vgl. ENGEL, p. 590 und OFTINGER, ZGB 895 N. 167/168; v. BÜREN, p. 327 und BECKER, OR 170 N. 5; v. T./E., § 95/II, p. 355: Neuentstehung des Rechtes in der Person des Zessionars, keine gesetzliche Übertragung; BGE 80 II 116.

¹³⁷ Für Mitübertragung v. BÜREN, p. 327; BECKER, OR 170 N. 3; BGE 46 II 47; nach v. T./E., a.a.O., p. 355 kein Nebenrecht.

¹³⁸ Vgl. dazu v. BÜREN, p. 327; BGE 109 III 29, 61 III 2, 57 III 90; 56 III 69.

¹³⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, OR 170 N. 10, wollen nur die gesetzlichen, nicht vertraglichen Zinsen übergehen lassen, für welche Einschränkung Gründe nicht zu ersehen sind.

¹⁴⁰ Vgl. dazu v. T./E., § 95/II, p. 356 mit Hinweisen.

¹⁴¹ Vgl. BGE 84 II 355 und oben Ziff. II/1.

Die Möglichkeit des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs beim Kaufvertrag, der Anfechtung wegen Willensmängeln usw. muss als Bestandteil des Schuldverhältnisses, nicht der abgetretenen Forderung betrachtet werden, so dass die entsprechenden Befugnisse nicht von der Zession erfasst werden. Fraglich ist, ob derartige Gestaltungsrechte isoliert abgetreten werden können: Frage offengelassen in BGE 111 II 462; ablehnend GAUCH, Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, BR 1984, p. 25; vgl. auch P. BYDLINSKI, (zit. in Anm. 11), p. 18 ff. m. w. H. Was den Parteien jedenfalls freisteht, ist die Erteilung einer Vollmacht zur vertretungsweisen Vornahme der fraglichen Rechtsgeschäfte namens des Vertragspartners. - Ähnlich wie hier v. T./E., § 94/I, p. 343; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 170 N. 9 und die deutsche Doktrin, vgl. LARENZ, SchRI, § 34/I, p. 578, der bei Ausübung für eine Zustimmung des Zessionars eintritt. A. M. BECKER, OR 170 N. 4/N. 8 und OR 31 N. 2; BGE 84 II 367/368; 41 II 573.

- Mit der zedierten Hauptforderung gehen die *exekutionsrechtlichen Privilegien* in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner, so zum Beispiel Konkursprivilegien nach SchKG 219 und 146 grundsätzlich über; ebenso kann der Zessionar einer in Betreuung gesetzten Forderung das vom Zedenten aufgehobene Verfahren fortsetzen (vgl. BGE 22, p. 669).
- Als mit der Forderung verbundene und deshalb auch für deren Erwerber wirksam werdende Abmachungen müssen *Schiedsgerichtsklauseln* und *Gerichtsstandsvereinbarungen* gelten¹⁴².

3. Anhang: Sonderfall der Abtretung von Teilforderungen

Partielle Abtretung einer Forderung ist zulässig, sofern der Leistungsinhalt derselben teilbar ist¹⁴³, was dem Zedenten ermöglicht, einen Teil der Forderung für sich zu behalten oder diese an mehrere Zessionare abzutreten. Die Teilbarkeit einer Forderung findet zum Schutze des Schuldners ihre Grenze in ZGB 2¹⁴⁴.

Durch die Teilzession entstehen mehrere selbständige Forderungen, die auf dem gleichen Rechtsgrund beruhen. Die aus der Teilung entstandenen Forderungen erhalten den *gleichen Rang*, d. h. im Konkurse des Schuldners werden alle gleich behandelt. Allerdings kann wohl eine exekutionsrechtliche Rangordnung durch

¹⁴² So im Ergebnis auch ENGEL, p. 590; v. T./E., § 95/II, p. 357 und zahlreiche weitere in BGE 103 II 77 E. 3 zit. Autoren; ZR 76/63 E. 1 Abs. 2; differenzierend v. BÜREN, p. 327. - Die Tatsache, dass der Zessionar vor dem Schiedsgericht oder am vereinbarten Gerichtsstand klagen können, ergibt sich indessen nicht aus der «Natur» der Schiedsabrede, sondern folgt m. E. aus dem Umstand, dass der Schuldner, vor dem ordentlichen Gericht belangt, die Einrede der Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung vorbringen könnte, bei Verneinung der Erstreckung der Zessionswirkungen die abgetretene Forderung unklagbar würde. - v. T./E., § 95/II/2, Anm. 51a, p. 357/58 und BGE 103 II 79 f. neigen zur Auffassung, dass das Prozessrecht die Frage entscheide; demgegenüber scheint mir der Übergang der Wirkungen der Schieds- bzw. Gerichtsstandsabrede Ausfluss des materiellen Bundesprivatrechts zu sein, das den Übergang von Forderungen regelt, deren Bestandteil die Klagbarkeit ist, die nur im Falle der hier vertretenen Auffassung gewährleistet ist. - Vgl. Sem.jud. 83 (1961), p. 503; BGHZ 71, p. 162; 77, p. 35 Ziff. 1; z. T. abweichend ZR 80/69, E. 2. - Von «Übergang» der Schiedsklausel auf den Zessionar kann nicht gesprochen werden; unzweifelhaft ist der Zedent hinsichtlich der ihm weiterhin verbleibenden Stellung im Schuldverhältnis an sie gebunden bzw. aus ihr berechtigt.

¹⁴³ Vgl. oben Ziff. II/4 und BECKER, OR 164 N. 9.

¹⁴⁴ Vgl. dazu auch oben Ziff. IV/1.

entsprechende Vereinbarung zwischen Zedent und den einzelnen Zessionaren im Verfügungsgeschäft erreicht werden^{145, 146}.

VI. Pflichten des Zedenten

1. Allgemeines

Sämtliche Pflichten des Zedenten (unten Ziff. 2 und 3) ergeben sich als *Folge des Verpflichtungsgeschäftes*, nicht der Zession selber (die als Verfügung Rechte überträgt, nicht aber Pflichten schafft); allenfalls beruhen sie auf Testament (Forderungsvermächtnis) oder gesetzlichen Vorschriften, die zur Abtretung verpflichten.

2. Die Unterstützungspflicht des Zedenten gemäss OR 170/II

Die in OR 170/II festgelegte Pflicht des Zedenten zur Aushändigung der notwendigen *Beweismittel* betrifft die Schuldurkunde, allenfalls eine Pfandurkunde und begleitende Dokumente. Beweismittel, mit denen der Zessionar usanzgemäss rechnen durfte, hat der Zedent zu beschaffen.

Die nötigen *Aufschlüsse* einschliesslich Auskünfte über Person und Adresse des Schuldners sind im Rahmen des Üblichen zu erteilen. Diese Pflichten treffen auch das eine Forderung versteigernde Betreibungs- und Konkursamt¹⁴⁷.

Die Regel von OR 170/II ist dispositiver Natur¹⁴⁸. Im Falle der Verletzung der dort statuierten Pflichten wird der Zedent schadenersatzpflichtig.

3. Gewährleistung des Zedenten (OR 171-173)

a) Allgemeines

Die Vorschriften von OR 171-173 schliessen die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln als kaufvertragsrechtliche Sondervorschriften aus¹⁴⁹. Bei unentgeltlicher

¹⁴⁵ In diesem Sinne ENGEL, p. 589; v. T./E., § 95/I, p. 353/54. Die Vereinbarung einer ungleichen Rangordnung nach BGHZ 46, p. 242 bei Teilabtretung möglich.

¹⁴⁶ Grundsätzlich tritt der Zessionar einer Teilforderung in die Rechtsstellung des Zedenten ein. Bei einer bereits in Betreuung gesetzten teilweise abgetretenen Forderung können die mehreren Gläubiger nur gemeinsam das Verwertungsbegehren stellen (BGE 49 II 125).

¹⁴⁷ BGE 52 II 44; 51 III 173.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 52 III 45; 90 II 498 E. 5; BECKER, OR 170 N. 4.

¹⁴⁹ Vgl. BGE 90 II 499; 82 II 523 m. H.; SJZ 79, p. 393 f.

Abtretung und Legalzession entfällt eine Haftung überhaupt (OR 171/III, 173/II), bei entgeltlicher Abtretung ist sie vorerst auf den Betrag der empfangenen Gegenleistung beschränkt (OR 173/I) und bezieht sich nur auf den Bestand der Forderung, nicht die Bonität des Schuldners (OR 171/I).

Da die Haftung des Zedenten aus dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft abgeleitet wird, kann der Erwerber der Forderung den Anspruch auf Gewährleistung nur seinem Vertragspartner, nicht aber früheren Gläubigern gegenüber geltend machen, es sei denn, der Zedent habe ihm zustehende Gewährleistungsansprüche ausdrücklich mitziediert.

b) Entgeltliche Abtretung

aa) Haftung für den Bestand der Forderung

Bei Forderungskauf oder Abtretung an Zahlungsstatt bezieht sich die Gewährleistung des Zedenten auf den Bestand («*Verität*») der Forderung einschliesslich der Vorzugs- und Nebenrechte. Es soll die Forderung frei sein von Bedingungen, Einreden und Einwendungen im Sinne von OR 169¹⁵⁰.

bb) Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners

Eine Haftung des Zedenten für die Zahlungsfähigkeit («*Bonität*») des Schuldners besteht trotz Entgeltlichkeit der Abtretung nur im Falle einer entsprechenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Verpflichtung¹⁵¹. Die Übernahme der Gewährleistung für Bonität unterliegt weder den Formvorschriften der Zession noch jener der Bürgschaft¹⁵². Die Gewährleistung beinhaltet nicht Haftung für die tatsächliche Erfüllung der Schuld, sondern lediglich für das *Zahlenkönnen des Schuldners* im Zeitpunkt der Zession bzw. bei Fälligkeit der abgetretenen Forderung. Der Gewährleistungsansprüche erhebende Zessionar hat die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu beweisen, wobei dieser Beweis nicht Konkurs oder fruchtlose Pfändung des Schuldners, sondern lediglich den Nachweis eines dauernden Unvermögens des Schuldners voraussetzt¹⁵³.

¹⁵⁰ Nach dem Wortlaut von OR 171/I haftet der Zedent für den Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung; bei später fällig werdenden Forderungen ist diesem Termin gleichgestellt der Zeitpunkt des Eintrittes der Fälligkeit oder derjenige, auf den frühestens gekündigt werden kann. Dies darf nicht so verstanden werden, dass durch den Zedenten bewirkter Untergang der Forderung (Inkasso, Verrechnung) nicht haftungsbegründend wäre; dem Nichtbestehen muss gleichgestellt werden die Beeinträchtigung der Forderung durch den Zedenten, vgl. v. T./E., § 56/I, p. 12 Anm. 8a; vgl. auch BECKER, OR 171 N. 9; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 171 N. 13 und BGE 82 II 523; 61 II 104/105.

¹⁵¹ Eine Haftung des Zedenten ohne seine Zusicherung wird auch angenommen, wenn er die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners arglistig verschweigt.

¹⁵² Bürgschaft ist akzessorische Haftung für fremde Schuld, während das Garantieverprechen des Zedenten eine selbständige Verpflichtung aus dem der Zession zugrunde liegenden Geschäft darstellt. - BGE 68 II 180/181; 53 II 116 E. 3; v. BÜREN, p. 337; ENGEL, p. 597.

¹⁵³ BGE 68 II 178.

c) Abtretung zahlungshalber (OR 172)

Bei der Abtretung zahlungshalber soll vereinbarungsgemäss der Zessionar den vom Schuldner erhältlich gemachten Betrag dem Zedenten gutschreiben, d. h. auf dessen eigene Schuld gegenüber dem Zessionar anrechnen. Da der Zedent dem Zessionar den Wert der zedierten Forderung auch nach erfolgter Zession schuldet und sich die Schuld lediglich im Umfang der dem Zessionar zugekommenen Leistungen des debitor cessus mildert, entfällt bereits begrifflich eine Haftung. Die Regel von OR 172 ist demnach entgegen der systematischen Einordnung keine Gewährleistungsregel; ihre Bedeutung ist eine zweifache:

- es wird positivrechtlich die Vermutung verankert, dass die Vereinbarung der Parteien eine Abtretung zahlungshalber und nicht eine Abtretung an Zahlungsstatt darstellt. Diese Vermutung hat allgemeinere Geltung und folgt bereits aus beweisrechtlichen Überlegungen (vgl. oben § 18/X/1b);
- es wird dem Zessionar eine auftragsähnliche Pflicht überbunden, die zedierte Forderung mit «gehöriger Sorgfalt» einzutreiben, unter der Androhung, dass sich dieser denjenigen Betrag anrechnen lassen muss, den er bei gebotennem Einsatz hätte eintreiben können. Diese Regel ist selbstverständlich dispositiver Natur und muss oft als konkludent ausgeschlossen gelten, insbesondere dann, wenn die Zession gleichzeitig sicherungshalber erfolgt.

VII. Forderungsübergang kraft Gesetzes oder richterlichen Urteils (OR 166)

1. Forderungsübergang kraft Gesetzes (Legalzession, Subrogation)

a) Allgemeines

In einer Reihe von schuldrechtlichen Tatbeständen¹⁵⁴ geht eine Forderung von Gesetzes wegen auf einen Dritten über, wobei die gesetzlichen Tatbestände Fälle betreffen, in denen der neue Gläubiger den bisherigen befriedigt hat und demzufolge in dessen Rechtsstellung eintreten soll. Man spricht diesfalls von *Legalzession* oder auch *Subrogation* (scil. des neuen Gläubigers in die Rechtsstellung des früheren).

Da bei Legalzession der Forderungsübergang unabhängig vom Willen der Parteien erfolgt, entfällt nicht bloss das Erfordernis der Schriftform, sondern auch

¹⁵⁴ Vgl. die Übersicht im folgenden unter lit. b. Nicht zu behandeln sind der Forderungsübergang in der *Erbfolge* nach den Regeln der *Universalsukzession* (ZGB 560) oder kraft *Wechselrechts* (OR 1053/I u. a.).

eine Anfechtung wegen Willensmängel und dergleichen¹⁵⁵. In einem übertragenen Sinn werden, im Hinblick auf die analog anzuwendenden Zessionsregeln (unten Ziff. 3), auch hier die Parteien oft als Zedent und Zessionar bezeichnet. - Die Wirkungen der Subrogation bzw. Legalzession sind weitgehend jener der gewöhnlichen Zession angenähert. Insbesondere kann der Schuldner, *vor Notifikation*, immer noch befreiend an den ursprünglichen Gläubiger leisten. Grundsätzlich gehen auch *Sicherungen* auf den neuen Gläubiger über¹⁵⁶.

Die nachstehend lit. b genannten Fallgruppen sind dadurch charakterisiert, dass der im Hinblick auf eine fremde Schuld Bezahlende den dem befriedigten Gläubiger zustehenden Anspruch erwirbt. Diese Folge tritt allerdings nur ein, wenn der Zahlende *in eigenem Namen* leistet; im Fall der Leistung im Namen des Schuldners könnte nur ein originärer Anspruch aus Auftrag (OR 402/I), aus Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419-424) oder dgl., allenfalls aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62-67) erworben werden. Die Konstruktion, dass der Anspruch des befriedigten Gläubigers auf den Leistenden übergeht, bewirkt, dass nicht die Tatsache der Leistung, sondern das Bestehen einer (übergegangenen) Schuld die Pflicht des Regressbelasteten begründet. Damit wird verhindert, dass der Schuldner dem zweiten Gläubiger (z. B. dem zahlenden Bürgen) mehr zu leisten hat als er dem ursprünglichen Gläubiger schuldete; der Schuldner muss den Leistenden nicht schadlos halten, wenn dieser sich hätte erfolgreich verteidigen können. Weiterhin wird gewährleistet, dass die dem ursprünglichen Gläubiger zustehenden Nebenrechte (insbesondere Sicherheiten) auch dem an seiner Stelle Leistenden zugute kommen.

b) Die einzelnen Fälle der Legalzession

aa) Subrogation des erfüllenden Solidarschuldners (OR 149 bzw. OR 70/III)

Wenn der eine von mehreren Solidarschuldern (freiwillig oder unfreiwillig) den Gläubiger befriedigt und damit seine Mitschuldner befreit, steht ihm ein anteilmässiger Rückgriff offen, dessen Umfang sich nach dem die Solidarität auslösenden Rechtsverhältnis beurteilt¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Die Legalzession (*cessio legis*) ist von der *cessio necessaria* («notwendige Zession») zu unterscheiden, bei der ein Gläubiger durch Vertrag (*pactum de cedendo*), ausnahmsweise durch Gesetz (ZGB 775/I) zur Zession verpflichtet ist und diese gegebenenfalls durch richterliches Urteil bewirkt werden könnte.

¹⁵⁶ Eine Ausnahme statuiert OR 507/IV; dazu Anm. 158.

¹⁵⁷ Die *Verjährung* beginnt mit der Leistung neu zu laufen, da die Tatsache der Erfüllung der Solidarschuld ein Unterbrechungstatbestand ist (OR 135 Ziff. 1), der auch gegenüber den übrigen Solidarschuldern wirkt (OR 136). - Da der zahlende Bürge nicht die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine eigene tilgt (vgl. BGE 70 II 273), wird durch dessen Leistung auch nicht die Verjährung der Hauptschuld unterbrochen; die Subrogation des zahlenden Bürgen in die Stellung des Gläubigers muss deshalb durch eine verjährungsrechtliche Sondernorm in dem Sinne ergänzt werden, dass die Verjährung mit der Leistung neu zu laufen beginnt (OR 507/V).

bb) Auslösung der Pfandsache gemäss OR 110 Ziff. 1

Wenn jemand leistet, um eine für die Schuld eines Dritten verpfändete, ihm zustehende Sache auszulösen, tritt er kraft Gesetzes in die Stellung des Gläubigers ein¹⁵⁸, sofern sich aus dem Pfandbestellungsvertrag, bzw. der Beziehung Pfandbesteller-Schuldner nichts anderes ergibt¹⁵⁹. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Auslösende ein dingliches Recht (Eigentum, Pfandrecht, Nutzniessung, aber auch ein Retentionsrecht) an der ausgelösten Sache besitzt¹⁶⁰. Die Auslösung kann auch gegen den Willen des Schuldners oder des Gläubigers erfolgen¹⁶¹.

cc) Zahlung aufgrund einer sogenannten Subrogationserklärung des Schuldners gemäss OR 110 Ziff. 2

Der Dritte, der ohne direkten Anlass wie Bürgschaft oder Pfandbestellung in eigenem Namen die Schuld eines Dritten begleicht, kann dies im Einvernehmen mit dem Gläubiger tun, in welchem Fall häufig ein (vielleicht unausgesprochen bleibendes, den Parteien selbstverständlich scheinendes) Zessionsversprechen zugrunde liegen wird (das zu seinem Wirksamwerden allerdings der schriftlichen Abtretungserklärung bedarf); die Tatsache, dass die Parteien sich vorstellen, der zahlende Dritte würde durch seine Zahlung den Schuldner befreien, darf diesfalls nicht hindern, den Vorgang als Forderungskauf zu qualifizieren. - Mangels Vereinbarung mit dem Gläubiger steht dem Dritten bloss ein Anspruch gegen den befreiten Schuldner aus Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419-424) zu Gebote. Anders nur im *von OR 110 Ziff. 2 vorgesehenen Sonderfall*, dass der Schuldner (vor der Leistung) dem *Gläubiger* mitteilt, dass ein anderer an seiner Stelle leiste und damit Gläubigerstellung erlangen solle¹⁶². - Die vom Schuldner dem *Dritten* gemachte Mitteilung (oder dessen zustimmende Kenntnisnahme von der Absicht des Dritten, für ihn zu leisten) löst nicht die Rechtsfolgen von OR 110 Ziff. 2, d. h. den subrogationsweisen Übergang der Forderung samt Nebenrechten aus, ist aber im Normalfall (d. h. wenn der Schuldner nicht Anlass hat, eine Schenkungsabsicht anzunehmen) als selbstständige

¹⁵⁸ Zum Ausschluss des Übergangs *bürgschaftlicher* Sicherung auf den auslösenden Pfandeigentümer vgl. OR 507/IV und OR/BT, § 17/XI/3/b.

¹⁵⁹ OR 110 Ziff. 1 gilt analog auch bei der Pfandverwertung; vgl. BGE 108 II 189.

¹⁶⁰ Vgl. weiterhin bei BECKER, OR 110 N. 5; v. BÜREN, p. 455; ENGEL, p. 416. Die ausgelöste Pfandsache kann Fahrnis oder Grundstück sein (BGE 60 II 182).

¹⁶¹ Da bei Bestellung eines Fahrnispfandes zwar nicht die *Verjährung* der sichergestellten Forderung gehindert wird, wohl aber das Pfandrecht geltend gemacht werden kann (OR 140), besteht die Möglichkeit, dass der Eigentümer der Pfandsache durch die Auslösung eine bereits verjährte Forderung und demnach gegenüber dem Schuldner keinen realisierbaren Ersatzanspruch erlangt. Hier ist eine Gesetzeslücke anzunehmen, die in Anlehnung an die Regelung der entsprechenden Frage im Bürgschaftsrecht (OR 507/V und oben Anm. 157) dergestalt ausgefüllt werden sollte, dass die Verjährung der durch Subrogation auf den leistenden Pfandeigentümer übergegangenen Forderung mit der Auslösung neu zu laufen beginnt, womit auch Fälle der kurz vor der Verjährung der Schuld erfolgenden Auslösung ihre angemessene Regelung fänden.

¹⁶² Vgl. weiterhin BGE 86 II 24 und dort zit.

vertragliche Verpflichtung des Schuldners zu werten, dem Leistenden seine Aufwendungen zu ersetzen.

dd) Eintritt des Auftraggebers nach OR 401/I

Von Gesetzes wegen gehen die vom Beauftragten im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers erworbenen Forderungsrechte auf diesen über. Der Zeitpunkt des Forderungsüberganges bestimmt sich darnach, ob der Auftraggeber seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist¹⁶³.

ee) Eintritt des zahlenden Bürgen nach OR 507/I

Die Forderung des Gläubigers geht von Gesetzes wegen (OR 507/I) im Umfang der Zahlungen auf den Bürgen über^{164,165}.

2. Forderungsübergang kraft richterlichen Urteils (OR 166)

Eine Forderung kann auch infolge richterlichen Urteils ohne Willenserklärung des Gläubigers übergehen. Rechtsnachfolge ipso iure wird etwa bewirkt bei Auseinandersetzungen über Gesamthandverhältnisse, so bei der richterlichen Zuteilung von Nachlassaktiven, bei der richterlichen Auflösung von ehelichem Vermögen, dem Gesamtgut der Ehegatten bei Gütergemeinschaft (ZGB 225 f.), sowie bei der Zuweisung des Gesellschaftsvermögens nach OR 550. Dagegen hat die Möglichkeit, auf Erfüllung eines Zessionsversprechens zu klagen und entsprechende richterliche Übertragung der Forderung durch Urteil kaum praktische Bedeutung^{166, 167}.

3. Übertragene Anwendung der Regeln des Zessionsrechts

Mangels Sondervorschriften und gestützt auf die systematische Einordnung von OR 166 sind auf Legalzession und Forderungsübergang kraft Urteils grundsätzlich die Regeln der rechtsgeschäftlichen Abtretung sinngemäss anzuwenden:

¹⁶³ Vgl. auch BGE 67 II 228/230; 63 II 325 und ausführlicher zur Legalzession gemäss OR 401 H. MERZ, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR. Ein Beitrag zum Verhältnis von Auftrag und fiduziarischem Rechtsgeschäft, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, Bern 1977, p. 413-430 (= FG. Bundesgericht, Basel 1975, p. 451-464).

¹⁶⁴ Zur Frage der *Verjährung* vgl. OR 507/V und oben Anm. 157.

¹⁶⁵ Auf den zahlenden Bürgen würden grundsätzlich auch Nebenrechte der Forderung des befriedigten Gläubigers, insbesondere Pfandrechte übergehen, was indessen infolge der Sonderregelung von OR 507/II nur in einem Teil der Fälle zutrifft.

¹⁶⁶ Vgl. oben Ziff. III/3/b.

¹⁶⁷ Im Hinblick auf Forderungsübergang werden einem richterlichen Urteil gleichgestellt amtliche bzw. exekutionsrechtliche Verfügungen nach SchKG 122 ff., SchKG 256 ff. und Zuweisungen nach SchKG 131 und 260.

Die Forderung geht in unverändertem Bestand auf den Zessionar über¹⁶⁸; der Schuldner kann Einreden und Einwendungen dem subrogierten Gläubiger entgegenhalten, nach OR 169 verrechnen oder sich gegebenenfalls durch Hinterlegung nach OR 168 befreien. Der Forderungsübergang erfasst auch Neben- und Vorzugsrechte nach Zessionsregeln (oben Ziff. V/2).

Eine *Gewährleistungspflicht* des Zedenten ist dagegen *ausgeschlossen*, weil der Forderungsübergang von Gesetzes wegen ohne den Willen des Gläubigers erfolgt (OR 173/II); ob der alte Gläubiger verpflichtet ist, im Sinne von OR 170/II, dem neuen Gläubiger Beweismittel zur Verfügung zu stellen und Auskünfte zu erteilen, hat das den Forderungsübergang statuierende Urteil zu bestimmen.

¹⁶⁸ Vgl. dazu BECKER, OR 166 N. 4.