

Lektion 6

Sachverhalt Nr. 1

1. Tanner hat drei fällige Forderungen – eine gegen Meier aus Kaufvertrag in der Höhe von Fr. 1'000, eine gegen Weber aus Auftrag in der Höhe von Fr. 800 und eine gegen Schmid aus Darlehensvertrag in der Höhe von Fr. 500. Tanner benötigt dringend Geld und hat keine Zeit, die Forderungen selber einzutreiben. Deshalb verkauft und zediert er formgültig die drei Forderungen für total Fr. 1'500 an Koller. **Entwerfen Sie formgültige Zessionserklärungen!**
2. Koller geht am nächsten Tag zu Weber und fordert Fr. 800. Weber erklärt die Verrechnung mit einer schon länger bestehenden, fälligen Forderung über Fr. 400, die er gegenüber Tanner hat. Weiter beruft er sich auf einen Vertrag, den Tanner mit Bucher noch vor der Zession abgeschlossen hat, wonach Bucher die Schuld Webers im Umfang von Fr. 400 solidarisch mitübernehme. Weber will deshalb nichts bezahlen. **Kann Weber das?**
3. Zwei Tage nach der Zession fordert Tanner trotzdem die Bezahlung der Fr. 1'000 von Meier, der von der Zession nichts weiss – niemand hat ihm etwas mitgeteilt. Meier, der zufälligerweise gerade Geld hat, bezahlt Tanner Fr. 1'000. **Muss Meier nochmals bezahlen, wenn Koller das Geld drei Tage nach der Zession verlangt?**
4. *Variante zum ersten Sachverhalt:* Tanner verkauft die drei Forderungen für total nur Fr. 800 an Koller. Tanner erfährt vier Tage nach erfolgter Zession, dass Koller ihn mit gefälschten Betreibungsregisterausügen über die finanziellen Verhältnisse der drei Schuldner absichtlich getäuscht hat. Er spricht umgehend die Anfechtungserklärung des Kaufvertrages gegenüber Koller aus. Gleich nach diesem Gespräch verlangt Tanner von Schmid die Bezahlung von Fr. 500. Dieser weigert sich, die Schuld gegenüber Tanner zu begleichen, weil er von der Zession der Forderung an Koller erfahren hat. Tanner weist ihn auf die erfolgreiche Anfechtung des Kaufvertrages hin und fordert ihn auf, endlich zu bezahlen. **Weigert sich Schmid zu Recht? Zeigen Sie beide Meinungen!**

Lösungsvorschlag Nr. 1

Frage 1

Die Zessionserklärung muss schriftlich erfolgen (Art. 165 Abs. 1 OR). Sie muss von der verpflichteten Person unterzeichnet werden (vgl. Art. 13 Abs. 1 OR, bei Verfügungsgeschäften analog anwendbar). Folglich muss nur Tanner unterzeichnen.¹ Die Zessionserklärung muss den Rechtsgrund oder allfällige Gegenleistungen der Abtretung (Forderungskauf) nicht enthalten, aber die Forderungen ausreichend bezeichnen.² Tanner hat die Wahl, die

¹ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 506: „Analoges gilt für den einseitigen Verfügungsvertrag (Rn. 238): Nur die Verfügung als solche (z.B. die Abtretungserklärung, Art. 165 Abs. 1) ist zu verkünden und zu unterzeichnen, nicht der ganze Vertrag (mit Einschluss der Gegenerklärung); zu unterzeichnen hat nur die verfügende Partei (bei der Abtretung also nur der Zedent).“

² Vgl. Huguenin, N 1344; vgl. BSK-Girsberger, OR 165 N 2; BGer 4A_125/2010, E. 4.1; vgl. BGer 4A_248/2015, E. 4.1: „La cession de créance n'est valable que si elle a été constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO). L'exigence de la forme écrite se rapporte à tous les points essentiels du contrat de cession, et donc notamment à la volonté du cédant de céder la créance au cessionnaire. Il n'est toutefois pas nécessaire que cette volonté du cédant soit manifestée expressément, ni que l'acte de cession soit intitulé comme tel; il suffit que la volonté de cession du cédant puisse, selon les règles de la bonne foi, être déduite par interprétation de l'acte de cession écrit (...). L'exigence de la forme écrite tend uniquement à assurer la sécurité et la transparence des transactions, et non pas à protéger le cédant d'une cession irréfléchie; il faut et il suffit que les créanciers du cédant et du cessionnaire, tout comme le débiteur de la créance cédée et, le cas échéant, le juge puissent savoir à qui appartient la créance à un moment donné. Cela suppose que l'acte de cession comprenne tous les éléments permettant aux tiers intéressés d'individualiser avec certitude la créance cédée; sur la base de l'acte de cession, un tiers doit au moins pouvoir identifier le nouveau créancier et la créance (...). L'acte de cession doit être interprété selon les principes généraux en la matière. Il faut établir ce que les parties ont réellement voulu ou, à défaut, quel sens peut de bonne foi être attribué à leurs déclarations. Puis il faut examiner si les parties se sont suffisamment exprimées en la forme prescrite par la loi (...).“; vgl. BSK-Girsberger/Hermann, OR 164 N 15: „Auch wenn die Zession kein Schuldvertrag, sondern ein Verfügungsvertrag ist (s. N 16), kommen die in erster Linie für Schuldverträge geltenden allgemeinen Bestimmungen des OR über Verträge, wie etwa über Antrag und Annahme (...), zur Anwendung (...). Daher kommt die Abtretung nicht schon mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde und auch nicht ohne Weiteres mit deren Übergabe an den vorgesehenen Zessionar, sondern erst mit der Annahme durch diesen zustande. Meistens kann allerdings eine stillschweigende Annahme angenommen werden, soweit mit dem Antrag keine zusätzlichen Pflichten des Zessionars begründet werden sollen (Art. 6; vgl. BGer, 2.10.2012,

drei Forderungen je einzeln oder alle in derselben Urkunde zu zedieren. Die Übergabe und Annahme der Abtretungsurkunde perfektionieren die Zession.³

„Ich, Tanner, zediere die folgenden drei Forderungen an Koller:
1. Kaufpreisforderung gegenüber Meier in der Höhe von Fr. 1'000.
2. Forderung aus Auftrag gegenüber Weber in der Höhe von Fr. 800.
3. Forderung aus Darlehen gegenüber Schmid in der Höhe von Fr. 500.
Tanner (Unterschrift).“

Exkurs: Ist die Zession der drei genau spezifizierten Forderungen in einem Dokument eine Globalzession? Nein! Bei der Globalzession wird die einzelne Forderung nicht mehr erwähnt. Diese werden vielmehr *global* erfasst, beispielsweise so: „Ich zediere alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus dem Malereibetrieb“. Die hier erfolgte Zession von drei genau bezeichneten Forderungen ist folglich keine Globalzession.⁴

Frage 2

Die Verrechnung zweier bestehender, gegenseitiger, gleichartiger und fälliger Forderungen ist mittels Verrechnungserklärung zulässig (vgl. Art. 120 Abs. 1 OR).⁵ Gemäss Sachverhalt sind beide Forderungen *fällig* (wobei die Fälligkeit der *Verrechnungsforderung* genügen würde),⁶ *gleichartig* (beides sind Geldschulden) und *gegenseitig* (Tanner ist Gläubiger der Hauptforderung, Weber Gläubiger der Verrechnungsforderung). Ein Ausschlussgrund vertraglicher oder gesetzlicher Natur ist nicht ersichtlich. Die Verrechnungserklärung als *Einwendung* ist auch gegenüber dem Zessionar gültig, sofern die Einwendung schon bestanden hat, als der Schuldner von der Zession erfährt (Art. 169 Abs. 1 OR).⁷ Dies dient dem Schuldnerschutz. Er soll durch die Abtretung nicht schlechter dastehen. Gemäss Sachverhalt besteht die Forderung gegenüber Tanner schon seit längerer Zeit, während die Zession einen Tag vor der Geltendmachung der Forderung erfolgt ist. Die Regel des Art. 169 Abs. 2 OR spielt deshalb keine Rolle, da die Forderung im Zeitpunkt der Kenntnis der Abtretung durch den Schuldner schon fällig war.⁸ Die Verrechnungseinwendung über Fr. 400 ist somit gegeben.

4A_10/2012, E. 2.1.2.; BGE 84 II 355, 363 E. 1; KGer SZ, SJZ 1990, 379, 382). Bei einem Antrag unter Abwesenden beginnen die Wirkungen der Abtretung daher im Allgemeinen im Zeitpunkt, in dem die schriftliche Erklärung des Zedenten dem Zessionar zugeht (Art. 10 Abs. 2). Wenn der Zessionar allerdings aufgrund des Verpflichtungsgeschäftes (s. N 16) mit der Abtretung rechnet oder gar darauf drängt und seine Zustimmung deshalb als antizipiert erteilt gelten kann, darf nach Treu und Glauben die Wirksamkeit der Abtretung bereits im Zeitpunkt der Versendung der Zessionsurkunde angenommen werden (Art. 10 Abs. 1; vgl. BGer, 21.10.2013, 4A_686/2012, E. 4.3; zum Ganzen Bucher, AT, 547 f., 550 f.).“

³ Vgl. BK-Becker, OR 165 N 2: «Weil die Abtretungserklärung eine empfangsbedürftige Erklärung ist, muss zur Schriftlichkeit die Begehung der Abtretungsurkunde hinzukommen. Solange die Urkunde nicht begeben ist, kann der Zedent die Abtretungsurkunde jederzeit annullieren.»; ZK-Spirig, OR 165 N 45; vgl. BGer 4C.41/2003, E. 4.4: «Die Zession ist erfolgt, sobald die in Schriftform gekleidete Erklärung des Zedenten dem Zessionar zugegangen und von ihm (ausdrücklich oder stillschweigend) angenommen worden ist.»; Bucher, OR AT, 550: «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.»

⁴ Vgl. die Definition bei BSK-Girsberger, OR 164 N 40: „Bei der im modernen Geschäftsverkehr verbreiteten Globalzession überträgt eine Partei eine unbestimmte Vielzahl von Forderungen, sei es zur Sicherung eines Kredits (...), oder sei es zur Einziehung der Forderungsbeiträge durch einen sog. Factor (...).“; vgl. auch Zobl, SJZ 1989, 350: „(...) es wird ein umfassender Forderungskreis, der sich aus gegenwärtigen und künftigen Forderungen zusammensetzt, abgetreten“; vgl. BK-Zobl, Systematischer Teil zum Fahrnispfandrecht, N 1659: „(...) versteht man die Abtretung sämtlicher gegenwärtigen und künftigen Forderungen (...) aus einem Geschäft oder aus einem seiner Geschäftszweige an seine Bank (...).“

⁵ Vgl. die Voraussetzungen bei Huguenin, N 759, 1399.

⁶ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3227: „Vorausgesetzt ist Fälligkeit (...) nur der Verrechnungsforderung (...), nicht auch der Hauptforderung (...), wie der Wortlaut des Art. 120 Abs. 1 glauben macht. Für die Hauptforderung genügt Erfüllbarkeit (...).“

⁷ Dies ist in einem weiteren Sinne zu verstehen, vgl. BSK-Girsberger, OR 169 N 6: „Trotz des engen Wortlauts (...) müssen auch solche Einreden geltend gemacht werden können, die erst nach Kenntnisnahme entstehen, allerdings nur dann, wenn der Grund für ihre Entstehung schon vor diesem Zeitpunkt bestanden hat (...).“

⁸ Zur Kritik an dieser Norm vgl. von Tuhr/Escher, 368: „Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, dass der Schuldner auch ohne Zession nicht damit rechnen konnte, seine später fällig werdende Gegenforderung zur Verrechnung gegen den Zedenten zu verwenden. Es ist mir aber zweifelhaft, ob der Gesetzgeber damit das Richtige getroffen hat. Denn wenn der Zedent mit der Geltendmachung seiner früher fälligen Forderung solange gezögert hätte, bis die Gegenforderung des Schuldners ebenfalls fällig geworden ist, so hätte der Schuldner kompensieren können. Warum soll es anders sein, wenn der Zessionar der fälligen Forderung solange wartet, bis die Fälligkeit der Gegenforderung des Schuldners eintritt. Wenn er seine Forderung nunmehr durch Verrechnung verlieren könnte, so hätte er sich das selbst zuzuschreiben.“

Weber beruft sich weiter im Umfang der restlichen Fr. 400 auf den Vertrag Tanners mit Bucher, wonach Bucher die Schuld Webers mitübernehme. Die Vereinbarung haben Tanner und Bucher getroffen. Es kann sich somit nicht um eine interne Schuldübernahme im Sinne von Art. 175 Abs. 1 OR handeln. Die Formulierung „mitübernehmen“ zeigt, dass es sich auch nicht um eine externe, privative Schuldübernahme im Sinne des Art. 176 Abs. 1 OR mit befreiender Wirkung handelt, sondern um eine im Gesetz nicht geregelte kumulative Schuldübernahme, die für den Schuldner *keine befreiende Wirkung* zeitigt.⁹ Als zusätzlicher Schuldner haftet Bucher solidarisch im Sinne von Art. 143 OR mit Weber. Dies bedeutet aber auch, dass Weber nicht vorbringen kann, Koller solle sich zuerst oder ausschliesslich an Bucher halten. Koller kann sich aussuchen, gegen wen er vorgehen will (vgl. Art. 144 OR).

Exkurs: Welche Folge zeitigt die Reduktion um Fr. 400 im Verhältnis Tanner-Koller? Es wäre ein Fall der Veritätshaftung im Sinne des Art. 171 Abs. 1 OR, deren Umfang in Art. 173 Abs. 1 OR („Der Abtretende haftet vermöge der Gewährleistung nur für den empfangenen Gegenwert nebst Zinsen und überdies für die Kosten der Abtretung und des erfolglosen Vorgehens gegen den Schuldner.“) geregelt ist. Wenn Koller also für die abgetretenen Forderungen im Nominalwert von Fr. 2'300 nur Fr. 1'500 bezahlt hat, so bedeutet dies – unter der Prämisse, dass es keine Differenzierungen bezüglich der drei Forderungen gibt – dass er nur ca. 65% des Nominalwertes bezahlt hat. Er hat für die Forderung gegen Weber in der Höhe von Fr. 800 folglich circa Fr. 521 bezahlt, aber nur Fr. 400 bekommen. Das bedeutet, dass er für Fr. 121 die Veritätshaftung im Sinne des Art. 171 Abs. 1 OR anrufen kann.¹⁰

Weiterer Exkurs: Liegt der für die Veritätshaftung notwendige Veritätsmangel im Zeitpunkt der Abtretung wirklich vor (Art. 171 Abs. 1 OR) – schliesslich hat Weber die Verrechnungseinwendung erst nach der Abtretung geltend gemacht? Ja, denn jede Verrechnung erfolgt mit Rückwirkung auf den frühestmöglichen Zeitpunkt (Art. 124 Abs. 2 OR).

Weiterer Exkurs: In der Stunde kam die Frage auf, ob man auch Forderungen in unterschiedlichen Währungen miteinander verrechnen kann. Hier die Antwort aus BSK-Peter, OR 120 N 10: „Gemäss Rsp. sind auch Geldleistungen in verschiedenen Währungen grundsätzlich verrechenbar (BGE 63 II 393; bestätigt in BGE 130 III 318; Burkhalter Kaimakliotis, 92 ff.), sofern nur zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss einen Umrechnungskurs geben, der die Umrechnung überhaupt ermöglicht. Das gilt insofern, als die Währung als blosser Wertmesser besteht. Bedeutet sie Zahlungswährung, so fehlt es an der Gleichartigkeit (Aepli, ZSR 2001 I, 90 f., m.w.Nw.) Die Anwendbarkeit von Art. 84 Abs. 2 lehnt das BGer mit der Behauptung ab, diese Vorschrift beziehe sich nur auf den Untergang der Obligation durch Erfüllung, nicht aber auf alle übrigen Arten des Erlöschens, wie der Verrechnung, wo der Schuldner einer Erfüllung enthoben ist (...). Zusätzlich dürfen die Parteien nicht vereinbart haben, dass zumindest eine der Leistungen effektiv in der vereinbarten Währung zu erfüllen ist (...). Die Bestimmung des anwendbaren Wechselkurses soll dem Richter obliegen (BGE 63 II 394).“

Frage 3

Sofern Meier von der Zession nichts wusste und davon auch nichts wissen musste (Gutgläubigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB), kann er gemäss Art. 167 OR gültig an den früheren Gläubiger (hier Tanner) zahlen. Der Sachverhalt erwähnt, dass Meier von der Zession nichts wusste, weil sie ihm nicht mitgeteilt worden ist. Der Sachverhalt erwähnt keine weiteren Indizien, die gegen den guten Glauben Meiers sprechen oder auf eine anderweitige Kenntnis Meiers von der Zession hindeuten würden. Diese Zahlung wirkt somit für ihn befreiend, d.h. er muss die Schuld nicht nochmals begleichen. Die Schuld ist getilgt.

⁹ Vgl. Huguenin, N 1425.

¹⁰ Vgl. BSK-Girsberger/Hermann, OR 173 N 1: „Der Zedent schuldet m.a.W. dem Umfang nach höchstens das negative Vertragsinteresse, nicht das Erfüllungsinteresse (ZK-Spirig, N 23, m.w.Nw.). Damit soll der Gefahr einer Ausbeutung des Zedenten begegnet werden, der sich unter wirtschaftlichem Druck gezwungen gesehen hat, eine Forderung erheblich unter ihrem Nennwert abzutreten (BK-Becker, N 1). Ist die abgetretene Forderung nur teilweise einbringlich, berechnet sich der Umfang der Haftung als Differenz zwischen der Höhe des an den Zedenten geleisteten Gegenwertes und dem Betrag der vom Drittschuldner erhaltenen Leistung (ZK-Oser/Schönenberger, N 4; ZK-Spirig, N 22; CR CO I-Probst, N 2). Die «nutzlosen» Kosten sind in dem Umfang, in dem sie verhältnismässig dem nicht einbringlichen Teil der abgetretenen Forderung entsprechen, vom Zedenten zu ersetzen.“

Exkurs: Welche Ansprüche löst die Zahlung Meiers an Tanner aus? Tanner verletzt den zwischen ihm und Koller bestehenden Vertrag, wenn er das Geld fordert und annimmt. Dies berechtigt zu Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR (positive Vertragsverletzung). Es ist kein Fall der kaufvertraglichen Gewährleistung, den die Sonderregelung des Art. 171 OR verdrängt.¹¹ Die zessionsrechtliche Gewährleistung betrifft Mängel der Forderung *im Zeitpunkt der Zession*.¹² In diesem Zeitpunkt war die Forderung noch in Ordnung. Hätte er es ohne Ablehnungsmöglichkeit erhalten, beispielsweise durch Zahlung auf das Konto, muss er es als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben.¹³

Frage 4

Es kommt darauf an, ob die Zession als *kausal oder abstrakt* aufgefasst wird. Durch die Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) fällt der Kaufvertrag *ex tunc* weg.¹⁴ Der Kaufvertrag bildete aber das Verpflichtungsgeschäft für die Zession. Ist die Zession *abstrakt*, muss die Forderung unter Beachtung der einfachen Schriftlichkeit (Art. 165 OR) rückzediert werden, weil die Zession als Verfügungsgeschäft vom ungültigen Kauf als Verpflichtungsgeschäft nicht betroffen ist. Wird die Zession hingegen als *kausal* betrachtet, fällt die Zession gleich mit dem angefochtenen Kaufvertrag weg.¹⁵ Das Bundesgericht lässt offen, ob die Zession abstrakt oder kausal ist, nachdem es früher die Abstraktheit bejaht hat.¹⁶

Repetition: In den folgenden vier Situationen ergeben sich aus der Differenzierung zwischen abstrakter und kausaler Zession unterschiedliche Folgen:

- Bleibt der Zedent bei Ungültigkeit des Grundgeschäfts Gläubiger? *Bei Kausalität Ja, bei Abstraktheit Nein.*
- Muss eine Rückzession erfolgen, wenn das Grundgeschäft wegfällt? *Bei Kausalität Nein, bei Abstraktheit Ja.*
- Hat der an den Zessionar leistende Schuldner, der um die Ungültigkeit des Grundgeschäfts weiss, erfüllt, wenn das Grundgeschäft ungültig ist? *Bei Kausalität Nein, bei Abstraktheit Ja.*
- Kann der *debitor cessus* die Leistung an den Zessionar unter Berufung auf das mangelhafte Verpflichtungsgeschäft verweigern? *Bei Kausalität Ja, bei Abstraktheit Nein.*¹⁷
- Wenn A die Forderung dem B zediert, B dem C, C dem D, D dem E, und die *causa* der Übertragung zwischen B und C nichtig war, ist E Gläubiger geworden? *Bei Kausalität Nein, bei Abstraktheit Ja.* Hier zeigen sich die Vorteile der Abstraktheit: „*Die Vorteile des Abstraktionsprinzips zeigen sich auch bei der Kettenzession. Das Kausalprinzip würde auch hier bedeuten, dass das Fehlen einer causa bei nur einer einzigen Transaktion alle späteren Erwerber ausschliesst. Spätere Zessionare müssten sich mit anderen Worten bei*

¹¹ Vgl. Bucher, OR AT, 573; vgl. BGE 90 II 490 ff., 499 und BGE 82 II 522 ff., 523.

¹² BGer 4C.20/2005, E. 2.4: „*Das Handelsgericht hat für das Bundesgericht somit verbindlich festgestellt, dass der Übernahme- und Zahlstellenvertrag nicht nichtig und demnach rechtsverbindlich ist. Auf die gegen diese Feststellung - die im Übrigen vom Kassationsgericht bestätigt wurde und von den Klägerinnen nicht mittels staatsrechtlicher Beschwerde angefochten wird - gerichteten Rügen in der Berufung ist folglich nicht einzutreten. Damit stösst auch die Rüge der Verletzung von Art. 171 Abs. 1 OR in diesem Zusammenhang ins Leere, da eine Haftung nach dieser Norm den Nichtbestand der Forderung zur Zeit der Abtretung voraussetzen würde, wie vom Handelsgericht zu Recht angenommen wurde.*“

¹³ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3499: „*Leistet der Schuldner mit befreiender Wirkung an die Zedentin (...), hat diese (als Nichtgläubigerin) dem Zessionar die Zahlung herauszugeben. Regelmässig verletzt die Zedentin mit der Annahme der Zahlung ihre Verpflichtung aus dem Grundgeschäft mit dem Zessionar; dieser hat daher gegen die Zedentin einen Anspruch auf Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1). Fehlt es an der vertraglichen Grundlage, so kann der Zessionar die Herausgabe gestützt auf ungerechtfertigte Bereicherung verlangen (...).*“

¹⁴ Vgl. Huguenin, N 565.

¹⁵ Vgl. Huguenin, N 1332 ff.

¹⁶ Vgl. BGer 4C.75/2006, E. 1.3; BGE 95 II 109 ff., 112; vgl. KGer SG, BO.2011.11, 29.8.2011: „*Hängt die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts vom zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ab, so spricht man von Kausalität (...); hat die Abtretung auch Bestand, wenn die zugrundeliegende causa nicht vorliegt, ungültig ist oder sich nicht verwirklicht hat, so liegt Abstraktheit vor (...). Während bei der Übereignung von Grund- und Fahrniseigentum die Geltung des Kausalitätsprinzips anerkannt ist, ist die Frage bei der Forderungsabtretung umstritten. Das Bundesgericht liess sich in der älteren Rechtsprechung vom Abstraktionsprinzip leiten, konnte die Frage später aber - auch wenn sich eine "erneute Prüfung dieser grundsätzlichen Frage des Zessionsrechtes genügend rechtfertigen" dürfte (BGE 84 II 355 E. 1) - jeweils offen lassen. Die Diskussion wird in der Lehre engagiert geführt; galt einst die Lehre von der abstrakten Natur der Zession geradezu als Dogma, ist heute keine eindeutig herrschende Meinung mehr auszumachen (...).*“

¹⁷ Quelle der vier Beispiele: BSK-Girsberger/Hermann, OR 164 N 23.

*Zugrundelegung des Kausalprinzips Einwendungen aus dem Grundgeschäft aller vorausgehenden Zessionen entgegenhalten lassen. Bei mangelnder causa wären alle anschliessenden Zessionen gegenstandslos und spätere Zessionare würden nicht Gläubiger der Forderung. Da dies für die Verkehrsfähigkeit der Forderung untragbar ist, nimmt man Zuflucht zum gutgläubigen Erwerb. Indessen gibt es – wie ausgeführt – bei der Zession keinen gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten. Der fehlende Gutgläubensschutz im Zessionsrecht wird durch die Abstraktheit der Zession ersetzt.*¹⁸

Exkurs: Liegt hier ein Prätendentenstreit vor? Beim Prätendentenstreit im Sinne von Art. 168 Abs. 1 OR muss strittig sein, wem eine Forderung zusteht. Damit ist aber nicht der Lehrstreit zwischen Abstraktheit und Kausalität gemeint, sondern der Streit der Prätendenten (von lat. praetendere, dt. vorgeben, eine Schuld vorgeben, beanspruchen). Es geht folglich darum, dass dieselbe Forderung von zwei verschiedenen Ansprechern geltend gemacht wird.¹⁹ Es bedarf folglich eines *Streits* (vgl. Art. 168 Abs. 2 OR). Dies setzt voraus, dass mehrere Personen dieselben Gläubigerrechte beanspruchen.²⁰ Der Sachverhalt erwähnt nicht, dass auch Koller die Forderung einziehen will – gemäss Sachverhalt hat Schmid lediglich von der Zession erfahren. Die Voraussetzungen der Hinterlegung sind deshalb *noch nicht gegeben*, können aber noch eintreten.

Sachverhalt Nr. 2

Autohändler Tanner braucht Geld. Moser will ihm Geld leihen, sofern er sich zuerst über die Geschäftsaussichten des Autohauses Gewissheit verschaffen kann. Tanner bittet angesichts der trüben Aussichten seinen Grosskunden Weber, nicht nur wie geplant den Volkswagen (Fr. 70'000) und den Mercedes (Fr. 80'000) zu kaufen, sondern zwei weitere Fahrzeuge *zum Schein* (einen Audi für Fr. 130'000 und einen Porsche für Fr. 120'000). Tanner versichert ihm, dass die Erklärungen lediglich der Beschönigung des Geschäftsgangs und zur Erlangung der Überbrückungsfinanzierung dienen. Weber unterzeichnet vier Kaufverträge, in denen er sich zur Bezahlung der Kaufpreise innert drei Monaten verpflichtet. Tanner muss danach Weber hoch und heilig mündlich versprechen, dass ausser Moser bei der Buchprüfung niemand davon erfahren würde und dass die vier Forderungen nicht abgetreten werden dürfen.

Moser will nach Prüfung der Bücher und der Dokumente Tanners ein Darlehen angesichts der Risiken nur gegen Sicherheiten gewähren – er hat die Schulden Webers mit den Schuldanererkennungen im Visier. Tanner sicherungszediert ihm deshalb die Kaufpreisforderungen für den Volkswagen und den Audi, weil sie zusammen Fr. 200'000 ausmachen und damit die Darlehensvaluta genau decken. Weil Tanner den Kredit nicht zurückzahlen kann, klagt Moser gegen den überraschten Weber auf Bezahlung der mittlerweile fällig gewordenen Forderungen für den Volkswagen und den Audi.

1. Muss Weber den Kaufpreis für den Audi und den Volkswagen an Moser bezahlen?
2. Kann Weber gegenüber Moser wahrheitsgemäss geltend machen, dass Tanner ihm gleich nach dem Kauf wegen Mängeln des Volkswagens eine angemessene Kaufpreisminderung von Fr. 5'000 gewährt hat?
3. Haftet Tanner gegenüber Moser für die allfällige Reduktion um Fr. 5'000 *zessionsrechtlich*?
4. Tanners Buchhalter, der von den Machenschaften nichts weiss, klagt im Namen Tanners auf Bezahlung des Porsches. Muss Weber bezahlen?
5. Tanner schuldet Zürcher Fr. 80'000. Auf Drängen Zürchers unterschreibt Tanner folgendes Dokument: „*Ich, Tanner, zediere Zürcher die Kaufpreisforderung gegen Weber in der Höhe von Fr. 80'000 für den Mercedes an Zahlungen statt.*“ Weber kann Zürcher in der Folge jedoch nur Fr. 70'000 bezahlen. Schuldet Tanner Zürcher die restlichen Fr. 10'000 noch?

¹⁸ Honsell, Tradition und Zession - kausal oder abstrakt? ob FN 73, Internet: http://www.honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf (2.5.2018).

¹⁹ Vgl. ZK-Spirig, OR 168 N 9; BGE 105 II 273 ff., 277: „*Als Sonderfall einer Ungewissheit über die Person des Gläubigers (Art. 96 OR) setzt Art. 168 OR lediglich voraus, dass die Frage streitig ist, wem eine Forderung zusteht (BGE 63 II 57, BGE 32 II 60). Davon kann jedoch nur die Rede sein, wenn zwei angebliche Gläubiger die nämliche Forderung beanspruchen (BGE 62 II 346).*“

²⁰ Vgl. ZK-Spirig, OR 168 N 12 f.

Lösungsvorschlag Nr. 2

1. *Muss Weber den Kaufpreis für den Audi und den Volkswagen an Moser bezahlen?*

Tanner hat zwei Forderungen an Weber zediert im Sinne des Art. 164 OR. Es geht um eine Sicherungszession. Weber wird folglich gegenüber der Aussenwelt Gläubiger ohne Einschränkungen – lediglich *inter partes*, also zwischen Tanner und Weber, existieren obligatorische Beschränkungen, wonach er die Forderungen nur geltend machen darf, wenn Tanner die Darlehenszinsen nicht bezahlt oder sich mit der Rückzahlung im Verzug befindet.²¹ Er *könnte* die Forderung sogar schon einziehen, bevor feststeht, ob Tanner wirklich leisten kann.²²

Die Kaufpreisforderung für den Volkswagen existiert tatsächlich, durfte aber aufgrund des mündlichen Abtretungsverbots nicht abgetreten werden (*pactum de non cedendo*). Das lediglich mündliche *pactum de non cedendo* ist im Vertrag folglich auch nicht erwähnt. Zessionar Moser ist nach Art. 164 Abs. 2 OR geschützt, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. *Erstens* muss der Zessionar die Forderung im Vertrauen auf die Urkunde erworben haben, die das Abtretungsverbot nicht enthält und die ihm vorgelegt worden ist.²³ Dies ist angesichts des schriftlichen Vertrags²⁴ ohne Erwähnung des Abtretungsverbots der Fall. Der Sachverhalt erwähnt, dass Moser die vier Forderungen als Sicherheiten „im Visier“ hatte. *Zweitens* muss der Zessionar beim Erwerb bezüglich des Abtretungsverbots gutgläubig im Sinne von Art. 3 ZGB sein.²⁵ Aus dem Sachverhalt sind keine Indizien ersichtlich, die auf ein Wissen Webers um das Abtretungsverbot hindeuten würden. Moser ist deshalb berechtigt, die Kaufpreisforderung gegenüber Tanner geltend zu machen und Weber muss bezahlen.

Die zweite Kaufpreisforderung für den Audi ist *simuliert*, d.h. nur zum Schein eingegangen und hätte deshalb grundsätzlich keinerlei Rechtswirkung.²⁶ Die Schuldanerkennung sollte lediglich dazu dienen, Moser zur Gewährung eines Darlehens zu bewegen. Einschlägig ist Art. 18 Abs. 2 OR. Moser hat wiederum im Vertrauen (Art. 3 ZGB) auf ein schriftliches Schuldbekenntnis im Vertrag eine Forderung durch Zession erworben. Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, dass er von der Simulation gewusst hat oder etwas hätte ahnen müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB) – immerhin ist Weber gemäss Sachverhalt ein „Grosskunde“, was die vier Bestellungen teurer Fahrzeuge plausibel macht. Weber kann deshalb gegenüber Moser nicht einwenden, die Forderung sei bloss simuliert. Bezüglich des *pactum de non cedendo* ist die Situation bei allen vier Forderungen identisch (siehe oben, Art. 164 Abs. 2 OR). Weber muss bezahlen.

2. *Kann Weber gegenüber Moser wahrheitsgemäss geltend machen, dass Tanner ihm gleich nach dem Kauf wegen Mängeln des Volkswagens eine angemessene Minderung von Fr. 5'000 gewährt hat?*

Bei der Zession bleiben Einreden und Einwendungen nach Art. 169 Abs. 1 OR erhalten. Die Sachgewährleistung – hier die Minderung – bewirkt eine Einwendung.²⁷ Die Einrede muss schon im Zeitpunkt bestanden haben, als Weber von der Zession erfährt. Dies ist der Zeitpunkt der Klage Mosers, denn Weber ist von dieser „überrascht“. Falls die Einwendung der Minderung erst nach Kenntnis der Zession eintritt, tut dies nach h.L. der Anwendung

²¹ Vgl. Bergmaier, Die Sicherungszession, 31.

²² Vgl. Reetz, Die Sicherungszession von Forderungen, N 52, FN 58.

²³ Vgl. BSK-Girsberger, OR 164 N 57 (“...dass die Urkunde dem Zessionar vorgelegt worden ist, oder dass er sonst von der Urkunde Kenntnis hat.”); vgl. Huguenin, N 1360 ff.; vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 164 N 12.

²⁴ Vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 129: “Es muss ein schriftliches Schuldbekenntnis vorliegen. Dabei ist das Merkmal der Schriftlichkeit wesentlich. Es muss sich um eine Erklärung in Schriftform handeln, aus der sich die vermeintliche Verpflichtung des Schuldners ergibt. Infolgedessen genügt es auch, wenn eine solche Verpflichtung aus einer simulierten Vertragsurkunde hervorgeht. Entscheidend ist, dass durch die Erklärung der Anschein der Existenz einer Forderung erweckt wird. Deshalb kann «auch das gegenseitige Schuldversprechen eines synallagmatischen Vertrages ein schriftliches Schuldbekenntnis nach Abs. 2» sein (...). Aus all dem ergibt sich, dass es für die Anwendung von Abs. 2 nicht auf die formelle Anerkennung einer Schuld im Sinne eines Rechtsöffnungstitels, sondern auf die schriftliche Bestätigung einer in Wahrheit nicht existierenden Verpflichtung ankommt. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn die verurkundete Forderung nur teilweise simuliert, der Betrag also höher ist als die wirkliche Forderung.”

²⁵ Vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 164 N 12; vgl. BSK-Girsberger, OR 164 N 57.

²⁶ Vgl. Huguenin, N 199.

²⁷ Vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 169 N 4. Die Einrede bezieht sich auf ein Recht, die Leistung zu verweigern, während die Einwendung sich auf eine Tatsache bezieht, aus der sich ergibt, dass die Forderung nicht entstanden oder untergegangen ist, vgl. BSK-Girsberger, OR 169 N 3 f.

von Art. 169 Abs. 1 OR trotz des klaren Wortlauts keinen Abbruch.²⁸ Einreden, die erst nach Kenntnisnahme von der Abtretung entstehen, sind nicht ausgeschlossen, sofern der Grund für deren Entstehung schon vor der Kenntnis der Zession bestanden hat. Dies ist bei einem Mangel der Fall, weil dieser schon bei Gefahrenübergang *im Keim bestanden haben muss*.²⁹ Weber kann also Fr. 5'000 weniger bezahlen.

3. *Haftet Tanner gegenüber Moser für die allfällige Reduktion um Fr. 5'000 zessionsrechtlich?*

Tanner schuldet das Geld ohnehin aus dem Darlehen – die Frage ist deshalb etwas theoretisch. Die zessionsrechtliche Haftung richtet sich nach Art. 171 OR. Die Sicherungszession erfolgt *entgeltlich*. Der Sachverhalt erwähnt, dass Moser angesichts der trüben Aussichten ein Darlehen nur gegen Sicherheiten gewähren will. Die Sicherungszession erfolgt somit als Gegenleistung für das erhöhte Ausfallrisiko – Tanner hätte ohne Sicherheiten wahrscheinlich *gar kein Darlehen* oder *nur eines zu höheren Zinssätzen* bekommen. Die Entgeltlichkeit der Sicherungszession lässt sich somit gut begründen.³⁰ Im Verwertungsfall wird die Sicherungszession zu einer Zession zahlungshalber gemäss Art. 172 OR, was bedeutet, dass es trotz der Entgeltlichkeit gar nicht zu einer Haftung nach Art. 171 OR kommen kann.³¹ Die Hauptschuld erlischt nicht, sondern bleibt im Umfang der bei der Verwertung der Sicherheitsforderung ausgebliebenen Befriedigung bestehen. *Streng genommen ergibt sich somit zessionsrechtlich keine Haftung nach Art. 171 OR*. Da jedoch viele Autoren auf die Sicherungszession Art. 171 Abs. 1 OR direkt oder analog anwenden, lässt sich *im Ergebnis* dennoch eine Veritäts- und sogar eine Bonitäts-haftung begründen. Besteht die (sicherungs-)zedierte Forderung nicht vollumfänglich, ist dies ein Anwendungsfall der *Veritätshaftung*, der Haftung für den Bestand der Forderung. Hier besteht die Forderung im Umfang von Fr. 5'000 nicht – dafür haftet Tanner zessionsrechtlich.³²

4. *Tanners Buchhalter, der von den Machenschaften nichts weiss, klagt im Namen Tanners auf Bezahlung des Porsches. Muss Weber bezahlen?*

²⁸ Vgl. ZK-Spirig, OR 169 N 80; vgl. auch CHK-Reetz/Burri, OR 169 N 19.

²⁹ Vgl. BSK-Honsell, OR 197 N 11.

³⁰ Folgende Fundstellen bejahen, dass die Sicherungszession generell eine entgeltliche Zession darstellt: BGE 63 II 317 ff., 322; CHK-Reetz/Burri, OR 171 N 5, Guhl/Koller, § 34 N 55; a.M. einzig Koller, OR AT, § 84 N 151, der die Sicherungszession als unentgeltlich erachtet – er übersieht aber, dass wie z.B. in diesem Fall die Sicherungszession als Gegenleistung für das erhöhte Risiko dient.

³¹ Vgl. BGE 63 II 317 ff., 322: „Or, dans la cession à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de la créance, et cela que la cession ait eu lieu en guise de paiement [an Zahlungs statt], en vue de paiement [zahlungshalber] ou même à titre de garantie [als Sicherungszession]. La seule différence c'est que, dans les cessions en vue de paiement ou en garantie, le cédant reste débiteur directement en vertu du rapport d'obligation antérieur qui n'est pas éteint, tandis qu'en cas de datio in solutum, la première obligation étant éteinte, il est garant, en vertu de la cession même, comme un vendeur (...). L'opinion du Tribunal cantonal suivant laquelle, dans la cession en vue de paiement, le cédant n'est pas garant et l'article 171 n'est pas applicable, est peut-être juste au point de vue strictement théorique, en ce sens que le cédant est débiteur direct. Mais en pratique le résultat est le même et la plupart des auteurs admettent sans hésiter l'application de l'article 171, c'est-à-dire la garantie pour l'existence de la créance (...).“; vgl. BGE 55 III 80 ff., 85: „Das gleiche Vorgehen drängt sich auch im Falle der Sicherungszession auf, wo die dem Konkursgläubiger abgetretene Forderung ebenfalls nicht wie ein dem Gemeinschuldner gehörendes Pfand zu dessen Konkursmasse gezogen und von der Konkursverwaltung selbst verwertet werden kann. Gleichwie bei der Abtretung zahlungshalber muss sich der Zessionar diejenige Summe anrechnen lassen, die er vom Drittschuldner erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können“; Bergmaier, Die Sicherungszession, 195 und Reetz, N 236 FN 347 beschreiben die Sicherungszession im Verwertungsfall ebenfalls als Zession zahlungshalber.; vgl. auch Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 3512, die eine Gewährleistung bei der Zession zahlungshalber „nur im Ergebnis“ bejahen: „Da in einem solchen Fall der Gläubiger-Zessionar in jedem Fall Anspruch auf die volle Leistung der Schuldner-Zedentin hat, hat man es in Wahrheit nicht mit Gewährleistung, sondern mit gewöhnlicher Haftung für die Schuld der Schuldner-Zedentin zu tun. Die Besonderheit besteht lediglich darin, dass der Gläubiger zunächst die abgetretene Forderung geltend zu machen hat und dass in Analogie zu Art. 467 Abs. 2 die Schuld der Zedentin vorerst gestundet bleibt. So gesehen trifft im Ergebnis auch der Satz zu, der Schuldner hafte bei Abtretung zahlungshalber auch für die Bonität der Forderung.“

³² Die genaue Begründung variiert von Autor zu Autor. Während CHK-Reetz/Burri, OR 171 N 5 und Guhl/Koller, § 34 N 55 die Entgeltlichkeit und die Anwendbarkeit von OR 171 für die Sicherungszession klar bejahen, wendet BK-Zobl, Syst. Teil, N 1624 diese Norm nur analog an: „Der Sicherungszedent haftet sowohl für die Verität als auch für die Bonität der abgetretenen Forderung (Art. 171/172 OR analog...)“; Bergmaier, 196, sieht die Sicherungszession im Verwertungszeitpunkt als Zession zahlungshalber, zieht aber die dazu unpassende Konklusion: „Der Sicherungszedent haftet also sowohl für die Verität und die Bonität der abgetretenen Forderung.“; Bergmaier erwähnt aber, dass die Nennung des Anrechnungsbetrags, die normalerweise bei der Sicherungszession aufgrund des Verbotes der *lex commissoria* unzulässig sei, bei einer gleich hohen Haupt- und Sicherungsforderung zulässig sei, was eine Zession an Zahlungen statt auch im Verwertungsfall ermöglichen würde (vgl. Bergmaier, 144 f. und 196 FN 70), womit eine Haftung nach Art. 171 Abs. 1 OR wiederum denkbar erscheint; BGE 63 II 317 ff., 322 f. nimmt ebenfalls eine Zession zahlungshalber an, aber mit einer Quasi-Haftung nach Art. 171 OR.

Der Kauf des Porsches ist gemäss Sachverhalt simuliert. Der Buchhalter macht die Forderung im Namen Tanners *als Stellvertreter* im Sinne von Art. 32 OR geltend. Der Ausschluss der Einwendung der Simulation gilt gemäss Art. 18 Abs. 2 OR nur gegenüber *Dritten*. Der Vertreter ist jedoch kein Dritter. Der Buchhalter hat als Vertreter auch nicht im Sinne von Art. 18 Abs. 2 OR eine Forderung im Vertrauen auf ein Schuldbekennnis erworben. Zwischen den Simulationsparteien bleibt das simulierte Geschäft ohne Rechtswirkungen.³³ Weber muss folglich nicht bezahlen.

5. *Tanner schuldet Zürcher Fr. 80'000. Auf Drängen Zürchers unterschreibt Tanner folgendes Dokument. „Ich, Tanner, zediere Zürcher die Kaufpreisforderung gegen Weber in der Höhe von Fr. 80'000 für den Mercedes an Zahlungen statt.“ Weber kann Zürcher in der Folge jedoch nur Fr. 70'000 bezahlen. Schuldet Tanner Zürcher die restlichen Fr. 10'000 noch?*

Die Zession erfolgt „an Zahlungen statt“. Tanner hat diese Forderung nicht als Sicherheit zediert, sondern um die Schuld gegenüber Zürcher zu begleichen. An Zahlungen statt bedeutet, dass die Forderung erlischt und nicht bloss der Erlös angerechnet wird, wie dies in Art. 172 OR vorgesehen ist.³⁴ Zürcher kann Tanner nicht mehr auf den Rest belangen. Auch bei der Zession an Zahlungen statt gibt es eine Veritätshaftung, denn die Zession an Zahlungen statt erfolgt *entgeltlich*. Die Veritätshaftung ist jedoch nicht tangiert, denn die Forderung besteht tatsächlich im angegebenen Umfang. Lediglich die Bonität ist vorliegend problematisch. Tanner als Zedent muss für die schlechte Bonität jedoch nur aufgrund einer *speziellen Abmachung* entstehen (vgl. Art. 171 Abs. 2 OR).³⁵ Diese ergibt sich aus dem Sachverhalt und der abgedruckten Erklärung nicht.

Sachverhalt Nr. 3

Die Einzelunternehmung Herbert Gross (ohne Handelsregistereintrag) bietet juristische Vorträge an. Die Einzelunternehmung Schaller (ebenfalls ohne Handelsregistereintrag) schuldet ihm ein Honorar für einen Vortrag in der Höhe von Fr. 5'000. Für diese Schuld besteht ein Pfand, das Dreher bestellt hat. *Welche Möglichkeiten bestehen, einen Gläubigerwechsel bezüglich dieser Forderung auf Gustav Gessler durchzuführen? Wie könnte man einen Schuldnerwechsel von Schaller auf Schmohl durchführen? Was passiert jeweils mit dem Pfand?*

Lösungsvorschlag Nr. 3

Gläubigerwechsel

³³ Vgl. Huguenin, N 199.

³⁴ Vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 172 N 12: „Der zedierende Schuldner (Zedent) und der Gläubiger (Zessionar) einigen sich darüber, dass die ursprünglich zwischen ihnen bestehende Schuld durch die Abtretung einer Forderung unmittelbar erfüllt werden soll (...). In diesem Sinne wird die Schuld des Zedenten dem Zessionar gegenüber bereits durch die Abtretung selbst mit sofortiger Wirkung ganz (oder teilweise) getilgt - unabhängig vom tatsächlich vom debitor cessus erhaltenen Betrag (...).“; Huguenin, N 1407: „Die Abtretung zahlungshalber ist von der Abtretung an Zahlungen statt zu unterscheiden. Bei Letzterer vereinbaren die Parteien, dass die abgetretene Forderung die Schuld der Zedentin vollständig tilgt. Die bisherige Forderung des Zessionars gegenüber der Zedentin erlischt damit. Im Gegensatz zur Abtretung zahlungshalber verbleibt bei der Abtretung an Zahlungen statt ein vom Zessionar erzielter Überschuss bei ihm. Die Haftung der Zedentin richtet sich nach Art. 171 Abs. 1 und 173 Abs. 1 OR.“; es kann auch ohne Bemerkung, dass die Forderung an Zahlungen statt oder ohne Anrechnungsbetrag vorkommen, dass eine Forderung an Zahlungen statt abgetreten wird, vgl. BGer 5A_527/2012, E. 2.3.3: „Hat ein Gläubiger seine Forderung zum Zwecke der Zahlung abgetreten ohne Bestimmung des Betrags, zu dem sie angerechnet werden soll, so muss der Erwerber sich nur diejenige Summe anrechnen lassen, die er vom Schuldner erhält oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können (Art. 172 OR). Haben die Parteien demnach nicht vereinbart oder ist streitig, ob eine Abtretung an Zahlungen statt oder zahlungshalber zu erfolgen hat, ist gemäss Art. 172 OR eine Abtretung zahlungshalber zu vermuten. Dies entspricht der allgemeinen Regel, wonach bei strittigem Inhalt einer vertraglichen Absprache diejenige Partei die Beweislast trägt, die den weitergehenden Inhalt, das heisst die Abtretung an Zahlungen statt, behauptet (...). Die Vermutung von Art. 172 OR findet keine Anwendung, wenn die Parteien den Betrag ausdrücklich oder stillschweigend angegeben haben, bis zu dem die abgetretene Forderung auf die ursprüngliche Schuld angerechnet werden soll. Eine stillschweigende Bestimmung des Anrechnungsbetrags, nämlich Abtretung zum Nominalwert, ist anzunehmen, wenn es im Interesse beider Parteien liegt, in dieser Weise die Angelegenheit definitiv zu erledigen. In diesen Fällen liegt folglich eine Abtretung an Zahlungen statt vor (...).“

³⁵ CR-Probst, OR 172 N 10; vgl. auch CHK-Reetz/Burri, OR 172 N 13: „Die Haftung für die Zahlungsunfähigkeit (Bonität) entfällt daher im Grundsatz; vorbehalten bleibt eine gegenteilige Abmachung (...).“; wer eine Bonitätshaftung will, sollte dennoch besser die Zession zahlungshalber wählen, weil es dann gar nicht erst zur Gewährleistung kommt.

Die einfachste Möglichkeit des Gläubigerwechsels wäre *erstens* die Zession (Art. 164 Abs. 1 OR). Gross zedert die Forderung schriftlich (Art. 165 Abs. 1 OR) an Gessler. Die Zustimmung Schallers ist dazu nicht notwendig. Das Drittpfand geht als Nebenrecht auf Gessler über (Art. 170 Abs. 1 OR).³⁶

Zweitens besteht die Möglichkeit der Subrogation (Art. 110 Ziff. 2 OR). Dazu muss Schuldner Schaller dem Gläubiger Gross anzeigen, dass Gessler als Zahlender die Schuld begleichen werde und an seine Stelle treten soll. Auch dies führt zu einem Gläubigerwechsel, doch kann dieser im Unterschied zur Zession auch ohne Einverständnis von Gross erfolgen. Gessler rückt in die Forderung ein, mitsamt deren Sicherung durch das Pfandrecht.³⁷ Gross muss das Pfand an Gessler übergeben.

Ein Gläubigerwechsel kann sich *drittens* ergeben durch Übernahme der Einzelunternehmung durch Gessler (Art. 181 Abs. 1 OR). Damit geht die Gläubigerstellung an der Forderung indes nicht automatisch auf Gessler über – nur Schulden (Passiva) gehen gemäss Art. 181 Abs. 1 OR automatisch über.³⁸ Für den Übergang der Gläubigerstellung ist folglich trotzdem eine Zession nötig.

Ein Gläubigerwechsel kann sich *viertens* ergeben, wenn Gessler einfach so – ohne Wissen Schallers – die Schuld Schallers bei Gross bezahlt. Schaller ist sodann auf Kosten Gesslers ungerechtfertigt bereichert. Dadurch ergibt sich jedoch keine Subrogationswirkung – Gessler tritt so nicht in die Position von Gross ein und kann auch nicht mehr vom Pfand profitieren. Es handelt sich auch nicht mehr um eine vertragliche, sondern eine bereicherungsrechtliche Forderung (Rückgriffskondiktion, Art. 62 OR).

Schuldnerwechsel

Der Schuldnerwechsel von Schaller auf Schmohl kann *erstens* durch externe Schuldübernahme erfolgen (Art. 176 Abs. 1 OR). Schmohl geht zu Gross und bietet sich als neuen Schuldner an. Willigt Gross ein, ist Schmohl der neue Schuldner. Das Pfand dient nur dann weiterhin dem Gläubiger, wenn der Drittpfandbesteller Dreher dem Schuldnerwechsel zustimmt (Art. 178 Abs. 2 OR).

Zweitens wäre es möglich, die Einzelunternehmung Schaller an Schmohl zu verkaufen (Art. 181 Abs. 1 OR). Sämtliche Passiven (also auch die Schuld gegenüber Gross) gehen dann automatisch auf Schmohl über. Gemäss Art. 181 Abs. 3 OR erfolgt dieser Schuldübergang wie bei der privativen Schuldübernahme. Dies bedeutet, dass die Zustimmung des Drittpfandbestellers erst nach drei Jahren notwendig ist, denn erst dann wird die kumulative Schuldübernahme gemäss Art. 181 Abs. 2 OR zu einer privativen Schuldübernahme.³⁹ Dies erklärt auch, weshalb die Zustimmung von Gross zu dieser Art des Schuldnerwechsels nicht notwendig ist.

³⁶ BSK OR I-Girsberger/Hermann, Art. 170 N 8: „Der Zedent besitzt das (Faust-) Pfand vom Zeitpunkt des Forderungübergangs an für den Zessionar (...).“

³⁷ BSK-Zellweger-Gutknecht, OR 110 N 30: „In beiden Fällen von Art. 110 bewirkt der Eintritt des Dritten den Wegfall des ursprünglichen Gläubigers. Die Forderung wird jedoch in vollem Umfang auf den Zahlenden übertragen, weshalb der Dritte neu die Gläubigerstellung mit Einschluss aller Nebenrechte einnimmt (BGE 63 II 325). Zwischen Schuldner und subrogierendem Dritten entsteht dieselbe Rechtslage, wie sie zuvor zwischen Schuldner und Gläubiger bestanden hat (Subrogations- bzw. Nachrückwirkung).“

³⁸ BSK-Tschäni, OR 181 N 1: „Für die zu übertragenden Aktiven gilt demnach das Prinzip der Singularsukzession. Das heisst namentlich, dass die Übertragung von Grundstücken die Eintragung in das Grundbuch (Art. 656 ZGB), jene von beweglichen Sachen die Übergabe des Besitzes (Art. 714 ZGB) voraussetzt. Auch bezüglich Wertpapieren, Immaterialgüterrechten und Forderungen sind die besonderen Übertragungsvoraussetzungen zu beachten.“

³⁹ BGE 63 II 14 ff., 15 f. zur identischen Lage bei einer Bürgschaft, die wie das Drittpfand ebenfalls in Art. 178 Abs. 2 OR geregelt ist: „Durch die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven im Sinne von Art. 181 OR ging die Darlehensschuld der Firma Steiger & Cie auf die neugegründete Aktiengesellschaft über; dagegen haftete die alte Schuldnerin von Gesetzes wegen noch während 2 Jahren solidarisch mit der neuen Schuldnerin weiter. Während der 2-jährigen Frist des Art. 181 ist die Schuldübernahme somit kumulativ. Dies hat zur Folge, dass während dieser Frist auch die Bürgen des alten Schuldners weiterhaften. Denn Art. 178 OR, wonach bei einer Schuldübernahme die Bürgen dem Gläubiger nur weiterhaften, wenn sie der Schuldübernahme zugestimmt haben, bezieht sich selbstverständlich nur auf die privative, nicht dagegen auf die kumulative Schulübernahme, da bei dieser ja die Rechtslage des Bürgen nicht verschlechtert, sondern gegenteilig verbessert wird (...). Mit Ablauf der 2 Jahre des Art. 181 OR dagegen wird die Schuldübernahme zur privativen, und insoweit gelangt daher Art. 178 OR zur Anwendung: Der alte Schuldner wird frei, und für den neuen Schuldner haftet der Bürge nur, wenn er der Schuldübernahme zustimmt. Diese Zustimmung kann mit Rücksicht auf die besondere Ordnung des Art. 181 OR innerhalb der zweijährigen Frist formlos erfolgen; denn selbst wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, dass die Zustimmung, um formlos gültig zu sein, spätestens gleichzeitig mit der Schuldübernahme erklärt werden müsse (...), so ist im Sonderfalle des Art. 181 die Zustimmung immer rechtzeitig, wenn sie innerhalb der 2 Jahre erfolgt, bevor die kumulative Schuldübernahme zur privativen wird.“