

## Lösungsvorschlag

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 Gläubiger ohne Einschränkungen.<sup>1</sup> Er könnte die Forderung schon einziehen, bevor feststeht, ob Tanner wirklich leisten kann.<sup>2</sup>

Die Kaufpreisforderung für den Volkswagen existiert tatsächlich, durfte aber aufgrund des mündlichen Abtretungsverbots nicht abgetreten werden (*pactum de non cedendo*). Der Sachverhalt erwähnt, dass die Schuldanerkennung ausser der Anerkennung, den Parteien, Kaufobjekt und –preis keine weiteren Angaben enthalten. Das lediglich mündliche *pactum de non cedendo* ist in den Schuldanerkennungen 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.<sup>3</sup> Dies ist angesichts der schriftlichen Schuldanerkennungen ohne Erwähnung des Abtretungsverbots der Fall. Der Sachverhalt erwähnt, dass Moser die vier Schuldanerkennungen als Sicherheiten „im Visier“ hatte. Zweitens muss der Zessionar beim Erwerb bezüglich des Abtretungsverbots gutgläubig im Sinne von Art. 3 ZGB sein.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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 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 nach Art. 169 Abs. 1 OR erhalten. Die Sachgewährleistung – hier die Minderung – bewirkt eine Einrede.<sup>6</sup> Die Einrede muss schon im Zeitpunkt bestanden haben, als

---

<sup>1</sup> Vgl. Bergmaier, Die Sicherungszession, S. 31.

<sup>2</sup> Vgl. Reetz, Die Sicherungszession von Forderungen, N 52 Fn. 58.

<sup>3</sup> Vgl. BSK-Girsberger, OR 164 N 57; vgl. Huguenin, OR AT, N 1317; vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 164 N 12.

<sup>4</sup> Vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 164 N 12; vgl. BSK-Girsberger, OR 164 N

<sup>5</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 189.

<sup>6</sup> Vgl. CHK-Reetz/Burri, OR 169 N 4. Die Einrede bezieht sich auf ein Recht, 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.

Weber von der Zession erfährt. Dies ist der Zeitpunkt der Klage Mosers, denn Weber ist von dieser „überrascht“. Falls die Einrede der Minderung erst nach Kenntnis der Zession eintritt, tut dies nach h.L. der Anwendung von Art. 169 Abs. 1 OR trotz des klaren Wortlauts keinen Abbruch.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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 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.<sup>9</sup> Im Verwertungsfalle 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.<sup>10</sup> 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 Bonitätshaftung begründen. Besteht die (sicherungs-)zedierte Forderung nicht vollumfänglich, ist dies ein Anwendungs-

---

<sup>7</sup> Vgl. ZK-Spirig, OR 169 N 80; vgl. auch CHK-Reetz/Burri, OR 169 N 19.

<sup>8</sup> Vgl. BSK-Honsell, OR 197 N 11.

<sup>9</sup> 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 und BSK-Girsberger, OR 171 N 1; 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.

<sup>10</sup> 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, S. 195 und Reetz, N 236 Fn. 347 beschreiben die Sicherungszession *im Verwertungsfalle* ebenfalls als Zession zahlungshalber.; vgl. auch Gauch/Schluemp/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.*“

fall der *Veritätshaftung*, der Haftung für den Bestand der Forderung. Hier besteht die Forderung im Umfang von Fr. 5'000 nicht – dafür haftet Tanner zessionsrechtlich.<sup>11</sup>

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

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 Einrede 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 Schuldbekenntnis erworben. Zwischen den Simulationsparteien bleibt das simulierte Geschäft ohne Rechtswirkungen.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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* einstehen (vgl. Art. 171 Abs. 2 OR).<sup>14</sup> Diese ergibt sich aus dem Sachverhalt und der abgedruckten Erklärung nicht.

---

<sup>11</sup> Die genaue Begründung variiert von Autor zu Autor. Während CHK-Reetz/Burri, OR 171 N 5, Guhl/Koller, § 34 N 55 und BSK-Girsberger, OR 171 N 1 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 sieht die Sicherungszession im Verwertungszeitpunkt als Zession zahlungshalber, zieht aber die dazu unpassende Konklusion auf S. 196: „*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, S. 196 Fn. 70 i.V.m. S. 144 f.), 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.

<sup>12</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 189.

<sup>13</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 1365.

<sup>14</sup> 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.