

Vorlesung Obligationenrecht Allgemeiner Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.
Universität Fribourg, 11. April 2017,
13.15-15.00 und 17.15-18.45 Uhr

Weitere Termine der Vorlesung

11.04.2017	13.15-15.00	Konventionalstrafe
11.04.2017	17.15-18.45	Zession
25.04.2017	17.15-18.45	Schuldübernahme
02.05.2017	17.15-18.45	Geschäfts-/Vertragsübernahme

Frage eines Kommilitonen: *Was ist die Folge, wenn ein Richter den Beklagten auf die Möglichkeit der Geltendmachung der Verjährung hinweist?*

Antwort: Es ist total umstritten.

BSK ZPO-Gehri, Art. 56 N 15: *«Eine Bevorzugung einer Partei kann bspw. darin liegen, dass sie, nachdem sie ihre Parteivorträge schlecht vorbereitet hat, durch die richterliche Ausübung der Fragepflicht in die Lage versetzt wird, das Versäumte nachzuholen (...). Das Gericht würde ferner seine Unparteilichkeit einbüßen, wenn es eine Partei auf die Notwendigkeit der Erhebung der Verjährungseinrede aufmerksam machen würde (...).»*

Stahelin/Stahelin/Grolimund: § 10 N 22: *«Erst recht darf es die Parteien nicht auf sonstige Behelfe, z. B. Erhebung der Verjährungseinrede, hinweisen (umstritten). Mit solchen Informationen würde sich das Gericht zum Gehilfen einer Partei machen und seine Unabhängigkeit einbüßen.»*

ZK-Berti, OR 142 N 19: *«Entgegen früher geäußelter Ansicht (...), die an dieser Stelle aufgegeben wird, lässt sich Art. 142 nichts zur Frage entnehmen, ob der Richter im Rahmen seiner Fragepflicht bzw. seines Fragerechts auf die Verjährung hinweisen müsse bzw. dürfe. Eine Befugnis des Richters, nach Massgabe seines Prozessrechtes auf das Vorliegen einer Verjährungslage hinzuweisen, ist mit Art. 142 kompatibel (...).»*

ZK-Berti, OR 142 N 19: «Das ergibt sich einmal daraus, dass die Verjährung nach Möglichkeit auch zur Entlastung der Rechtspflegeinstanzen beitragen soll (...). Die richterliche Befugnis, auf den Tatbestand der vollendeten Verjährung aufmerksam zu machen, ergibt sich aber auch aus der Konzeption einer generellen Aufklärungspflicht zugunsten beider Parteien (...).»

ZK-Berti, OR 142 N 19: «Diese schlägt sich zunächst zugunsten der Klägerin nieder, denn sie bestimmt mit ihrem Rechtsbegehren den Streitgegenstand: "Darf der Richter aber dem Kläger an die Hand gehen, so darf er auch Beklagten auf Möglichkeiten aufmerksam machen, seine prozessuale Stellung zu wahren, also z.B. auf die Möglichkeit, die Verjährungs- und die Verrechnungseinrede zu erheben, und den Kläger wiederum auf Möglichkeiten der Verjährungsunterbrechung (dies mindestens dann, wenn die Verjährung aus Gründen einzutreten droht, die im Verfahren begründet liegen.)" (...).»

Bedingungsfeindlichkeit

- Diverse Geschäfte des ZGB: Adoption, Eheschliessung, Grundbuchanmeldung (vgl. OR 217)
- Gestaltungsrechte wie Kündigung, Rücktritt, Verrechnungserklärung

Bedingungsfeindlichkeit

Ausnahme zur Bedingungsfeindlichkeit vgl. BGE 128 III 129 ff., 135: «Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht, das durch ein einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt wird (...). Weil mit der Kündigung das Rechtsverhältnis einseitig umgestaltet wird, ist sie grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderruflich (...). Bedingungen sind nur zulässig, soweit deren Eintritt ausschliesslich vom Willen des Gekündigten abhängt, so dass sich dieser nicht in einer unsicheren Lage befindet (...).»

Problematische Bedingungen

- Art. 157 OR: «Wird eine Bedingung in der Absicht beigefügt, eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung zu befördern, so ist der bedingte Anspruch nichtig.»
- Was ist mit unmöglichen Bedingungen? Was ist mit anfänglich, was mit nachträglich unmöglichen Bedingungen?

Huguenin, N 1302: «Anfänglich unmögliche Bedingungen fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 157 OR. Analog zu Art. 482 Abs. 3 ZGB gilt eine solche Bedingung als nicht vereinbart. Im Fall einer anfänglich unmöglichen, aufschiebenden Bedingung wird das Rechtsgeschäft grundsätzlich nie wirksam, bei einer anfänglich unmöglichen, auflösenden Bedingung bleibt es demgegenüber wirksam. Wird eine Bedingung nachträglich unmöglich, liegt ein Ausfall der Bedingung vor.»

Was sind die Folgen für aufschiebende oder resolutive Bedingungen bei nachtr. Unmögl.?

Sicherung von Forderungen



Konventionalstrafe

Beispiel: «*Verletzt der Mitarbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das einjährige Konkurrenzverbot, muss er eine Strafe von sechs Monatslöhnen zahlen.*»

Wirtschaftliche Überlegungen

- Abschreckende Wirkung als *Sicherung* der Verpflichtung (Verhaltenssteuerung)
- Schwierigkeiten bei der Schadensermittlung verhindern
- Nichtvorliegen eines Schadens

Darf man den Vertrag verletzen, wenn man die Konventionalstrafe bezahlt?

- Art. 160 Abs. 1 OR: *Wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so ist der Gläubiger mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern.*
- Also: *Alternativermächtigung für den Gläubiger zwischen Erfüllungsanspruch und Bezahlung der Konventionalstrafe, nicht aber für den Schuldner.*
- *Schuldnerwahl* bei Vorliegen einer *Wandelpön* (OR 160 III; Anwendungsfall OR 340b II).

Art. 160 Abs. 3 OR

Dem Schuldner bleibt der Nachweis vorbehalten, dass ihm gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen sollte.

Art. 340b OR

*1 Übertritt der Arbeitnehmer das Konkurrenzverbot, so hat er den dem Arbeitgeber erwachsenden Schaden zu ersetzen.
2 Ist bei Übertretung des Verbotes eine Konventionalstrafe geschuldet und nichts anderes verabredet, so kann sich der Arbeitnehmer durch deren Leistung vom Verbot befreien; er bleibt jedoch für weiteren Schaden ersatzpflichtig.*

Kann man die Erfüllung und die Strafe vereinbaren?

Dispositive Regelung in Art. 160 Abs. 1 OR.

Wann ist gesetzlich beides geschuldet? Bei entspr. Vereinbarung oder Art. 160 Abs. 2 OR: «*Wurde die Strafe für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen, so kann sie nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden, solange der Gläubiger nicht ausdrücklich Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt.*»

Wie verhält sich die Konventionalstrafe zur Sachgewährleistung?

- Art. 160 Abs. 1 OR
- Ratio: *Für ein und dasselbe rechtliche Interesse soll der Gläubiger entweder nur die Strafe oder nur die Hauptleistung bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen können .*

BGE 122 III 420 ff., 423: «*Die Strafe soll gerade die Mangelhaftigkeit der Hauptleistung sanktionieren (...). Das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung überhaupt und sein Interesse, die Hauptleistung nicht nur irgendwann und irgendwie, ...*

Wie verhält sich die Konventionalstrafe zur Sachgewährleistung?

...sondern ordnungsgemäss und unter Meidung von Begleitschäden zu erhalten, decken sich nicht (...). Dem Kumulationsverbot ist insoweit Rechnung zu tragen, als der Gläubiger nicht zugleich Ansprüche auf Schadenersatz bzw. Mangelfolgeschaden und den Strafanspruch geltend machen kann, wenn die Konventionalstrafe vornehmlich die sich aus der Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrags ergebenden Ansprüche abdecken soll. Der Wert der Hauptleistung ist daher adäquat zu berücksichtigen in dem Sinne, dass der Gläubiger diese entweder bezahlt oder zurückgibt.»

Wie verhält sich die Konventionalstrafe zur Sachgewährleistung?

BGE 122 III 420 ff., 423 f.: «Es erscheint nun durchaus sachgerecht und ist, wie vorne dargelegt, mit der Interessenlage vereinbar, dem Gläubiger zuzugestehen, die Ausübung seiner Mängelrechte aufzuspalten und den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens durch die Einforderung der Konventionalstrafe geltend zu machen, sich für den Minderwert der abgelieferten Anlage auf den Minderungsanspruch zu berufen und diesen Wert an die Konventionalstrafe anzurechnen.»

Ist die Lösung des BGer stimmig?

M.E. nicht. Eine Konventionalstrafe für mangelhafte Erfüllung deckt m.E. als Mangelstrafe den Schadenersatz wegen Schlechterfüllung ab, nicht aber die Mängelrechte der Wandlung, Nachbesserung oder Minderung. Wenn ich Minderung plus Schadenersatz verlange, muss ich den Minderwert auch nicht an den Schadenersatz anrechnen lassen: Folglich geht es um unterschiedliche Interessen, ohne dass eine Kumulation desselben Interesses vorliegt.

Was ist, wenn kein Schaden eingetreten ist?

Explizite Regelung in Art. 161 Abs. 1 OR: «Die Konventionalstrafe ist verfallen, auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen ist.»

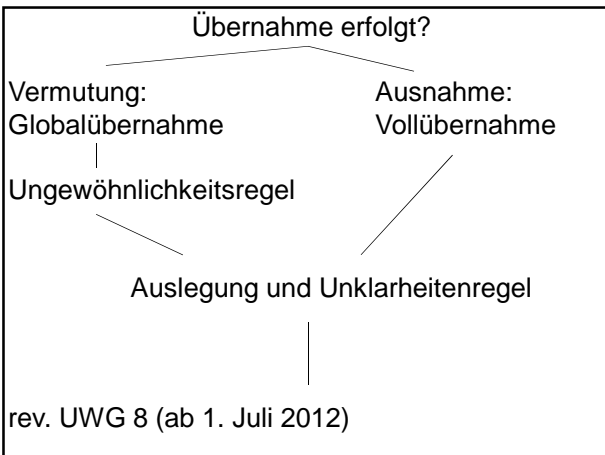
Was ist, wenn der tatsächliche Schaden die Strafe übersteigt?

Art. 161 Abs. 2 OR: «Übersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur so weit einfordern, als er ein Verschulden nachweist.»

Ausnahmen der Leistungspflicht

- Bei Widerrechtlichkeit/Unsittlichkeit oder bei unverschuldeter Unmöglichkeit (Art. 163 Abs. 2 OR)
- Übermässig hohe Konventionalstrafe, Art. 163 Abs. 3 OR
- Kann man eine Konventionalstrafe in AGB verabreden?

Beispiel: Beendet der Student den Kurs nach Kursbeginn, werden die bezahlten Semestergebühren nicht zurückerstattet (BGer 4A_141/2011)



MK-Wurmnest, BGB 309 Nr. 6 N 1: «Die Bedenken gegen Strafklauseln in AGB rühren daher, dass sich hier der Verwender ungerechtfertigte Gewinne verschaffen kann und dass er sich, indem er seine Formulierungsinitiative beim Aufstellen der AGB nutzt, neben der Rolle als Partei die des Schiedsrichters anmasst. Hinzu kommt die Einseitigkeit solcher Klauseln, die regelmäßig nur die Vertragsverletzungen des Vertragspartners, nicht die des Verwenders sanktionieren. Aus ökonomischer Sicht lässt sich ferner einwenden, dass Strafklauseln auch solche Leistungen erzwingen können, die einen gegenüber den Erwartungen bei Vertragsschluss gesteigerten und vielleicht ganz unwirtschaftlichen Aufwand in der Nähe der „Opfergrenze“ verlangen, oder auch Leistungen, die aus sonstigen Gründen bei einer Kosten-Nutzen-Analyse für alle Beteiligten besser unterblieben.»

Haft- und Reugeld

- Worin liegt der Unterschied zur Konventionalstrafe? Das Geld wird schon bei Vertragsschluss bezahlt (Art. 158 Abs. 1 OR)
- Was ist ein **Angeld**? Huguenin, N 1245: «Das Angeld ist auf die vertraglich vereinbarte Hauptleistung des Schuldners anzurechnen. Wird der Vertrag richtig erfüllt, kommt es einer Anzahlung gleich. Wird der Vertrag nicht richtig erfüllt, wird das (bereits geleistete) Angeld vom Schadenersatz abgezogen.»

Haft- und Reugeld

Was ist ein **Draufgeld**? Huguenin, N 1245: «Ein als Draufgeld ausgestaltetes Haftgeld verbleibt der Gläubigerin ohne Abzug von ihrem Anspruch (Art. 158 Abs. 2 OR). Es wird nicht auf die Leistungspflicht des Schuldners angerechnet (...). Bei ordentlicher Erfüllung des Vertrages behält die Gläubigerin somit das Draufgeld zusätzlich zu ihrem vertraglichen Anspruch. Zudem steht der Gläubigerin im Fall einer Leistungsstörung der Schadenersatzanspruch in vollem Umfang zu, und zwar ungeachtet des bereits geleisteten Draufgelds.»

Haft- und Reugeld

Was ist der Unterschied zwischen **Haft- und Reugeld**?

- Art. 158 Abs. 3 OR: Ist ein Reugeld verabredet worden, so kann der Geber gegen Zurücklassung des bezahlten und der Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages von dem Verträge zurücktreten.
- Das Reugeld ist somit eine Vergütung für ein vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht (wie die Wandelpön).
- Das Haftgeld darf die Gläubigerin bei Nichterfüllung behalten.

Beispiel

Kurt schliesst mit Viktor einen Kaufvertrag über einen gebrauchten VW Käfer für Fr. 20'000 ab. Er leistet bei Vertragsschluss eine Zahlung von Fr. 1'000.

Vermutung Nr. 1: Es handelt sich um Haftgeld, nicht um Reugeld. Kurt hat deshalb kein Rücktrittsrecht, das er aus der Zahlung ableiten könnte.

Vermutung Nr. 2: Es ist ein Draufgeld (OR 158 II). Ist das stimmig?

Zession

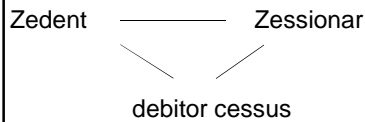
OR 164 I: Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.

Was bewirkt eine Zession? Einen Gläubigerwechsel mitsamt Übergang der Nebenrechte (OR 170 I).

Wie erfolgt eine Zession? Schriftlich, gem. OR 165.

Zession

Terminologie



Was kann man alles zedieren?

- Forderungen
- **Vgl. Art. 216b OR: «Ist nichts anderes vereinbart, so sind vertragliche Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte vererblich, aber nicht abtretbar.»**
- Keine Abtretung bei vertraglichem Ausschluss (Achtung: OR 164 II).
- Gestaltungsrechte?

Kurt würde gerne ein Fahrzeug kaufen, doch hat er kein Geld. Die UBS AG ist aber bereit, ihm ein Fahrzeug im Rahmen eines Leasing zur Verfügung zu stellen. Kurt merkt bald, dass das Fahrzeug mangelhaft ist. Kann die UBS ihre Mängelrechte (Wandlung, Minderung, Ersatzlieferung wahrhafter Ware) an Kurt zedieren?

Muss man den debitor cessus miteinbeziehen?

Nein, aber es ist sinnvoll, ihn zu notifizieren (Art. 167 OR).

Was ist das pactum de cedendo?

- Zwischen dem Zedenten und dem Zessionar besteht eine causa der Zession. Beispiel: Ich (Zedent) möchte Beat (Zessionar) Fr. 500 schenken.
- Ich zediere ihm deshalb die Forderung, die ich gegenüber Carl (debitor cessus) in der Höhe von Fr. 500 habe (Verfügungsvertrag).

Was ist die Folge, wenn *keine causa* bestanden hat?

Ist die Zession kausal oder abstrakt? Das Bundesgericht lässt dies seit BGE 84 II 355 ff. offen. Im Sachenrecht gilt Kausalität. Dort gibt es aber auch den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten (ZGB 714 II i.V.m. 933).

A zediert an B. B zediert an C. C zediert an D. Was ist, wenn das pactum de cedendo zwischen A und B nichtig ist?

- Bei Abstraktheit werden B, C und D dennoch Gläubiger.
- Bei einer allfälligen Rückabwicklung muss eine Rückzession erfolgen.

Was ist die Folge, wenn *keine causa* bestanden hat?

Bucher, OR AT, 555: «Der Unterschied der Auswirkungen tritt vor allem im Konkurs des Zessionars in Erscheinung: der Zedent hat (...) bei abstrakter Konzeption seine Forderung verloren, da der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Rückübertragung in eine Geldforderung umgewandelt wird (SchKG 211).»

GSSE, N 3532: «Im Verhältnis zwischen Zedentin und Zessionar liegt der Nachteil des Kausalitätsprinzips [für den Zessionar bei ungültiger causa] darin, dass die Konkursmasse im Konkurs der Zedentin die zedierte Forderung aus dem Vermögen des Zessionars lösen kann, während eine empfangene Gegenleistung nur im Umfang der Konkursdividende zurückerstattet wird.»

Was ist die Folge, wenn *keine causa* bestanden hat?

Was ist, wenn der nicht notifizierte debitor cessus an den Zessionar leistet, der Zession aber ein gültiges pactum de cedendo fehlt?

- Bei Kausalität hat der debitor cessus an einen Nichtgläubiger geleistet.
- Bei Abstraktheit hat er dem Gläubiger geleistet.

Abstraktheit und Kausalität: Wie lösbar?

Eugen Bucher, OR AT, 558: «In BGE 67 II 127 wird die ... 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 werden, 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 ist.** 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.»

Abstraktheit und Kausalität: Wie lösbar?

KGer SG, BO 2011.11, E. 3c: «Die Unterscheidung dieser Ebenen führt bei rein abstrakter Sichtweise zum Resultat, dass nur die Verfügung soll in Frage gestellt werden können, nicht aber Verpflichtung und dass die Verfügung unter Umständen gar Gültigkeit behielte, obwohl die Verpflichtung dahin fällt - dieses Resultat wäre nicht nur darum stossend, weil beide Vorgänge in einem Dokument festgehalten wären und sprachlich gar nicht voneinander gesondert werden können, sondern auch deshalb, weil so derselbe Autor, der die von der Vertretungsmacht nicht gedeckte Verpflichtung abschliesst, diese im selben Akt durch die gleichzeitige Verfügung faktisch zu heilen vermöchte. **Fällen wie dem vorliegenden kann nur begegnet werden, wenn man in Anlehnung an vorzitiertes Postulat Spirigs (...) unterstellt, die Verquickung von Verpflichtung und Verfügung berge den Parteiwillen "vernünftiger und redlicher Vertragsparteien" (...) in sich, die beiden Ebenen kausal zu verknüpfen.»**

Abstraktheit und Kausalität: Wie lösbar?

BGer 4A_191/2013, E. 4: «*Si le caractère causal ou abstrait de la cession de créances fait toujours débat et n'a pour l'heure pas été tranché par le Tribunal fédéral (...), il est admis que l'autonomie privée permet aux parties de modifier le caractère abstrait de la cession de créances par convention (...) en précisant la cause de la cession.*»

Gibt es einen Gutgläubensschutz im Zessionsrecht?

- **Art. 164 Abs. 2 OR:** Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.
- **Art. 18 Abs. 2 OR:** Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen.
- **Art. 167 OR:** Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den früheren Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit.

Regeln der Zession

1. **Hauptregel.** Ohne Anzeige darf der debitor cessus mit befreiender Wirkung an den alten Gläubiger leisten.
 2. **Hauptregel.** Der debitor cessus muss den neuen Gläubiger erst nach der Notifikation durch den Zedenten akzeptieren.
1. **Nebenregel.** Die erste und die zweite Hauptregel gilt nur für den gutgläubigen debitor cessus.
 2. **Nebenregel.** Wenn zwei Gläubiger sich melden, besteht ein Prätendentenstreit (Art. 168 OR)

Was ist ein Prätendentenstreit?

- Geregelt in Art. 168 OR
- Zwei Gläubiger machen die Forderung gegenüber dem debitor cessus geltend.
- Die Zahlung erfolgt in diesem Falle auf eigene Gefahr.
- Die Hinterlegung befreit den debitor cessus (Abs. 1), er gelangt gegenüber dem richtigen Gläubiger nicht in Verzug.
- Wie und wo hinterlegt man Geld?

Art. 250 ZPO Das summarische Verfahren gilt insbesondere für folgende Angelegenheiten: a. (...) 6. Hinterlegung eines streitigen Betrages (Art. 168 Abs. 1 OR); (...).

Was passiert, wenn die Zahnarztpraxis in Konkurs fällt?

Nach der Unmittelbarkeitstheorie entsteht die Forderung direkt in der Person des Zessionars.

Nach der Durchgangstheorie entsteht die künftige Forderung beim Zedenten und geht nach einer logischen Sekunde zum Zessionar über.

Weshalb ist das relevant?

Wenn der Zedent in Konkurs fällt, hat er über die Forderung keine Verfügungsberechtigung mehr.

BGE 130 III 248 ff., 254 f.: «A l'ouverture de la faillite, le failli perd le pouvoir d'exercer ses droits patrimoniaux et d'en disposer (art. 204 LP). Aussi tous les actes de disposition du failli effectués postérieurement à l'ouverture de la faillite, sans l'accord de l'administration de la faillite, sont-ils nuls; (...). Qu'advient-il des loyers cédés avant l'ouverture de la faillite du bailleur, mais échus postérieurement? **Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, les créances futures cédées avant l'ouverture de la faillite, mais nées après la déclaration de faillite, tombent dans la masse au sens de l'art. 197 LP (...). En conséquence, sitôt la faillite du bailleur prononcée, le cessionnaire des créances concernant des loyers à échoir ne peut plus prétendre les percevoir (...).** »

Ist eine Blankozession zulässig?

Ich, Tanner, zediere meine Forderung gegen die UBS AG in der Höhe von Fr. 500 an _____.

Sig. Tanner

Relevante Fragen:

- Wann gilt eine Form?
- Was bezweckt die Form?
- Falls gültig, wann wird die Zession wirksam?

BGE 84 II 48 ff., 52: «Es genügt, dass der Zessionar, sei es sofort, sei es später, bestimmbar ist. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Abtretende müsse im Zeitpunkt der Abtretung wissen, wem er die Forderung übertrage. Das Gesetz verlangt die Schriftlichkeit nicht zum Schutze des Zedenten vor übereilter Abtretung, sondern nur im Interesse der Rechtssicherheit. Dritte, insbesondere der Schuldner der abgetretenen Forderung, die Gläubiger des Zedenten oder des Zessionars, und im Streitfalle der Richter, sollen anhand eines deutlich kund gewordenen Vorganges feststellen können, wem die Forderung zusteht.»

BGE 84 II 48 ff., 52: «Es kann daher z.B. die Bezeichnung des neuen Gläubigers in der schriftlichen Abtretungserklärung diesem selbst oder einem Dritten überlassen werden (Blankozession); dies umso mehr als das Gesetz ausdrücklich auch die Übertragung der in Wertpapieren verkörperten Forderungen durch Bankindossament gestattet (siehe insbesondere Art. 1003 Abs. 2 OR), obschon gerade im Wertpapierrecht das Gebot der Rechtssicherheit strenge Einhaltung der Formvorschriften verlangt.»

Gewährleistung bei der Zession

Gleichlauf von Nutzen und Verantwortung: Die Gewährleistung orientiert sich an der Entgeltlichkeit. Es geht um Haftung für *Verität* und *Bonität*.

Art. 171 OR

- 1 Bei der entgeltlichen Abtretung haftet der Abtretende für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung.
- 2 Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners dagegen haftet der Abtretende nur dann, wenn er sich dazu verpflichtet hat.
- 3 Bei der unentgeltlichen Abtretung haftet der Abtretende auch nicht für den Bestand der Forderung.

Gewährleistung bei der Zession

Art. 172 OR Abtretung zahlungshalber

Hat ein Gläubiger seine Forderung zum Zwecke der Zahlung abgetreten ohne Bestimmung des Betrages, 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.

Gewährleistung bei der Zession

Kann man die Haftung für Verität bei der entgeltlichen Zession wegbedingen?

Ja, im Umfang von Art. 100 OR.

Auf welches Interesse haftet man bei der entgeltlichen Zession?

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.*

Die Zahnarztpraxis AG läuft wunderbar. Um sich zu vom Papierkram zu entlasten, schliesst sie mit der Debitoren AG einen Vertrag, wonach die Zahnarztpraxis alle Forderungen aus Zahnbehandlungen auf die Debitoren AG überträgt. Die Debitoren AG zahlt der Zahnarztpraxis dafür jeweils 93% des Betrags und treibt die Forderungen ein.

- *Quid, wenn die Zahnarztpraxis AG von einem Patienten bar kassiert und die Forderung dennoch zediert?*
- *Quid, wenn der Patient heute (11. April 2017) gegenüber der Forderung der Debitoren AG aus Zahnbehandlung vom 7. April 2017 mit einem vertragl. Schadenersatzanspruch gegenüber der Zahnarztpraxis AG verrechnet, der am 7. April 2007 entstanden ist?*
- *Quid, wenn die Zahnarztpraxis AG trotz der Zession an die Debitoren AG von Patient Albert Fr. 500 für eine Behandlung verlangt?*

Wovon muss man die Zession abgrenzen?

- Universalsukzession (Art. 560 ZGB)
- Vertragsübernahme (Beispiel: Art. 263 Abs. 3 OR)
- Legalzession (Art. 166 OR)
- Gerichtliches Urteil, Adjudikation (Art. 166 OR)