

Peter Reetz *

Die Anwendbarkeit von Art. 152 Abs. 3 OR im Rahmen der Sicherungszession ¹

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

II. Begriff und Elemente der Sicherungszession

1. Begriff der Sicherungszession

2. Elemente der Sicherungszession

a) Herrschende Lehre

b) Abweichende Ansicht (eigener Ansatz)

aa) Forderungsabtretung

bb) Fiduziarisches Grundgeschäft

cc) Verdeutlichung

dd) Zusammenfassung

III. Verfügungen des Sicherungszessionars vor Eintritt des „Verwertungsfalles“

1. Herrschende Lehre

2. Abweichende Ansicht (eigener Ansatz)

a) Anwendbarkeit von Art. 152 Abs. 3 OR auf die Sicherungszession

b) Insbesondere: Auseinandersetzung mit den Argumenten der Vertreter der Gegenmeinung

c) Zusammenfassung

IV. Beispiel: Zession der Sicherungsforderung durch den Sicherungszessionar und Schutz des guten Glaubens des Zweitessionars

1. Grundsatz: Wirksamkeit der Verfügung steht unter Vorbehalt des späteren Eintritts des „Rückleistungsfalles“

- a) Resolutiv bedingter Rechtserwerb des Zweitcessionars
 - b) Rechtslage bei Eintritt des „Rückleistungsfalles“
2. Ausnahme: Schutz des guten Glaubens des Zweitcessionars

- a) Vorbemerkungen
- b) Schutzbedürftigkeit des gutgläubigen Zweitcessionars
- c) Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens des Zweitcessionars
- d) Grund für die Schutzbedürftigkeit des gutgläubigen Zweitcessionars
- e) Sorgfaltspflicht des Zweitcessionars

I. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz ² befasst sich mit der *Sicherungszession von Forderungen* und handelt eine der vielen zivilistischen Grundfragen ab, welche sich bei der rechtlichen Beurteilung dieses in der Praxis dominierenden Sicherungsgeschäftes stellen. Im Folgenden geht es um die Frage, ob und bejahendenfalls inwiefern Art. 152 Abs. 3 OR bei der Sicherungszession relevant ist und welche Konsequenzen sich aus der hier dargelegten Auffassung ergeben. Zur Einführung in die Thematik sind zunächst der Begriff der Sicherungszession und die sie ausmachenden Elemente zu erörtern (sub II.). Sodann wird die im Titel erwähnte Hauptthese zunächst vorgestellt, hernach begründet und schliesslich zusammengefasst (sub III., Zusammenfassung am Ende dieses Abschnitts). Die Darstellung schliesst mit der Erörterung des Hauptfalles, in dem die sub III. vorgestellte These praktische Bedeutung erlangen kann, und zeigt, welche Rolle dabei der gute Glaube spielt (sub IV.).

recht-2006-234

II. Begriff und Elemente der Sicherungszession

1. Begriff der Sicherungszession

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition der Sicherungszession. In Lehre und Rechtsprechung hat sich jedoch ein Begriff herausgebildet, der üblicherweise verwendet wird. In diesem *üblichen Sinne* dient die Sicherungszession nach dem Willen der Parteien der Sicherung einer Forderung und damit der Erfüllung einer Schuld. Zu ihren Merkmalen gehört, dass der Schuldner einer *Hauptforderung* seinem Gläubiger eine Forderung abtritt, um diese Hauptforderung zu sichern. Der Sicherungszweck wird in der Weise erreicht, dass der Gläubiger (*Sicherungszessionar*) nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung berechtigt ist, die abgetretene Forderung (*Sicherungsforderung*) bei Eintritt des vereinbarten „Verwertungsfalles“ (vgl. sogleich hinten II. 2. b) bb) lit.c) zu seinen Gunsten zu verwerten, umgekehrt aber verpflichtet ist, die Sicherungsforderung auf den Schuldner (*Sicherungszedent*) zurückzuübertragen, sobald sich der Sicherungszweck durch Tilgung oder anderweitiges Erlöschen der Hauptforderung erledigt hat („Rückleistungsfall“, vgl. sogleich hinten II. 2. b) bb) lit.d). Der Schuldner der Sicherungsforderung wird als *Sicherungsschuldner* bezeichnet. ³

2. Elemente der Sicherungszession

a) Herrschende Lehre

Die Sicherungszession ist eine fiduziarische Zession und gehört damit zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften. ⁴ Sie kennzeichnet sich nach *überwiegender Auffassung* durch die folgenden zwei Merkmale: ⁵

– eine fiduziarische Abrede („pactum fiduciae“), die als Verpflichtungsgeschäft der Abtretung zugrunde liegt. ⁶ Sie ergibt sich unmittelbar aus der Einigung des Sicherungszedenten und des Sicherungszessionars über den Sicherungszweck der Zession. ⁷

– die (Sicherungs-)Übertragung der Gläubigerschaft. ⁸ Sie ist das Verfügungsgeschäft, das auf die fiduziarische Abrede folgt. Durch die Übertragung der Gläubigerschaft an seiner Forderung gegenüber dem Sicherungsschuldner überträgt der Sicherungszedent das Vollrecht an der Sicherungsforderung auf den Sicherungszessionar. ⁹

Die fiduziarische Abrede hat nach *herrschender Auffassung* folgenden Inhalt: ¹⁰ (1) *Causa*. Zunächst bildet die fiduziarische Abrede den Rechtsgrund – die causa – für die (Sicherungs-)Übertragung der Gläubigerschaft an der Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten auf den Sicherungszessionar. (2) *Vereinbarung der rechtlichen Stellung der Parteien*. Sodann vereinbaren der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar in der fiduziarischen Abrede den genauen Inhalt der

recht-2006-235

rechtlichen Stellung des Sicherungszessionars und des Sicherungszedenten. Einerseits wird dabei das „rechtliche Dürfen“ des Sicherungszessionars intern – d.h. im Verhältnis zum Sicherungszedenten – dergestalt (obligatorisch) beschränkt, dass der Sicherungszessionar das ihm übertragene Vollrecht an der Sicherungsforderung im Grundsatz ¹¹ nur dann ausüben darf, wenn die Hauptforderung nicht getilgt wird. Andererseits enthält die fiduziarische Abrede die Verpflichtung des Sicherungszessionars, die Sicherungsforderung im Falle der Tilgung der Hauptforderung wieder auf den Sicherungszedenten zurückzuübertragen. ¹²

Aus dem Gesagten folgt, dass die fiduziarische Abrede (nebst ihrer Funktion als causa für die Sicherungsübertragung der Gläubigerschaft an der Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten auf den Sicherungszessionar) gemäss herrschender Lehre nicht nur den Sicherungszweck der Zession als solchen beinhaltet, sondern darüber hinaus auch die *inhaltliche Ausgestaltung der Sicherung des Sicherungszessionars* durch den Sicherungszedenten enthält. Konkret ergeben sich aus der fiduziarischen Abrede sämtliche Rechte und Pflichten des Sicherungszessionars und des Sicherungszedenten, welche die beiden Parteien im Rahmen der Sicherungszession zu beachten haben.

b) Abweichende Ansicht (eigener Ansatz)

Der herrschenden Lehre ist mit Bezug auf die Umschreibung des Wesens der Sicherungszession als fiduziarische Zession durchaus zu folgen. Der Begriff der fiduziarischen Abrede wird indes im Folgenden nicht mehr verwendet, da er zu eng ist. Stattdessen ist von einem *fiduziarischen Grundgeschäft* zu sprechen, welches sich aus mehreren Bestandteilen zusammensetzt (dazu nachstehend sub II. 2. b) bb). ¹³ Bevor das fiduziarische Grundgeschäft erörtert wird, ist allerdings zunächst auf das Verfügungsgeschäft der Sicherungszession einzutreten (sogleich sub II. 2. b) aa): Anschliessend folgen weitere Ausführungen, welche der Verdeutlichung des Gesagten dienen sollen (dazu sub II. 2. b) cc).

aa) Forderungsabtretung

Jeder Sicherungszession ist eine *Forderungsabtretung* inhärent. Diese Forderungsabtretung bildet den „Verfügungsteil“ der Sicherungszession und ist nichts anderes als eine „gewöhnliche“ Zession i.S.v. Art. 165 Abs. 1 OR. Die Forderungsabtretung bei der Sicherungszession beruht (als Verfügungsgeschäft) auf einem fiduziarischen Grundgeschäft (als Verpflichtungsgeschäft), welches jener vorangeht und durch das die Sicherung des Sicherungszessionars erreicht werden soll. Das *fiduziarische Grundgeschäft* ist die eigentliche Besonderheit der Sicherungszession. Im Einzelnen ist mit Bezug auf das fiduziarische Grundgeschäft Folgendes festzuhalten:

bb) Fiduziarisches Grundgeschäft

Gleich wie bei jeder Zession geht der Forderungsabtretung auch bei der Sicherungszession ein „pactum de cedendo“ i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR voraus (dazu sub lit. a sogleich). Zu diesem „pactum de cedendo“ treten sodann weitere Elemente hinzu, welche für die Sicherungszession charakteristisch sind: Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar sind sich über den Sicherungszweck der Zession einig (dazu sub lit. b sogleich). Sodann treffen die Parteien im Rahmen des fiduziarischen Grundgeschäftes zwei weitere Abreden, durch die sie die Befugnis des Sicherungszessionars zur Verwertung und seine Verpflichtung zur Rückzession der Sicherungsforderung festlegen (dazu sub lit. c und lit. d sogleich). Insgesamt besteht demnach das fiduziarische Grundgeschäft – ein Innominatkontrakt¹⁴ – aus vier Abreden, welche zusammen den fiduziarischen Charakter der Zession ausmachen. Es sind dies die Folgenden:

a) „*pactum de cedendo*“ i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR. Jeder Forderungsabtretung geht grundsätzlich ein „pactum de cedendo“ i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR voraus. So verhält es sich auch bei der Sicherungszession. Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar vereinbaren, dass der Sicherungszedent verpflichtet sein soll, dem Sicherungszessionar eine Forderung – die Sicherungsforderung – in sein Vermögen zu übertragen (Entstehung der Verpflichtungslage).

b) *Einigung über den Sicherungszweck der Zession*. Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar sind sich darüber einig, dass die Zession nur (aber immerhin) Sicherungszwecken dienen soll; der Vertragszweck der Zession besteht ausschliesslich in der Sicherung des Sicherungszessionars. Daraus folgt insbesondere, dass der Sicherungszessionar – anders als ein

recht-2006-236

„gewöhnlicher“ Zessionar – nicht unbeschränkt, sondern nur unter Beachtung des Sicherungszweckes der Zession über die Sicherungsforderung verfügen darf.

c) „*Verwertungsabrede*“. Dem auf Sicherung des Sicherungszessionars gerichteten Vertragszweck entsprechend treffen die Parteien sodann eine weitere Abrede folgenden Inhaltes: Der Sicherungszessionar ist (auch in seinem Verhältnis zum Sicherungszedenten) befugt, die Sicherungsforderung zu verwerten (und entsprechende Verfügungen vorzunehmen), wenn er die geschuldete Leistung nicht in demjenigen Zeitpunkt erhält, in dem er sie spätestens erwarten darf (was im Folgenden als „*Verwertungsfall*“ bezeichnet wird): Der „*Verwertungsfall*“ bestimmt sich nach der von den Parteien getroffenen „*Verwertungsabrede*“; ist nichts anderes vereinbart, so gilt der Eintritt des Verzuges des Sicherungszedenten (Art. 102 ff. OR) als „*Verwertungsfall*“. ¹⁵ Verwertet diesfalls der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung, so vollzieht er diese Verfügung – anders als bei einem Einzug der Sicherungsforderung vor dem Eintritt des „*Verwertungsfall*es“ ¹⁶ – nicht als blosser Verwaltungshandlung, sondern für sich (d.h. zu seinen Gunsten). Dies bedeutet, dass er die aus der Verwertung erzielten Vorteile definitiv behalten kann, weshalb die Hauptforderung im Umfang des realisierten Wertes getilgt wird und damit untergeht. ¹⁷

d) „Rückzessionsabrede“. Schliesslich verpflichtet sich der Sicherungszessionar, die ihm übertragene Sicherungsforderung wieder auf den Sicherungszedenten zurückzuübertragen, falls die Hauptforderung (auf andere Weise als durch zulässige Verwertung der Sicherungsforderung durch den Sicherungszessionar) getilgt wird oder sonst wie – sei es mit oder ohne Befriedigung des Sicherungszessionars – erlischt (was im Folgenden als „Rückleistungsfall“ bezeichnet wird). Mangels anderweitiger Abrede schliesst jeder Eintritt des „Rückleistungsfalles“, welcher vor der Verwertung der Sicherungsforderung erfolgt, deren Vornahme durch den Sicherungszessionar aus und lässt die Rückzessionspflicht entstehen – also auch ein Eintritt des „Rückleistungsfalles“ nach dem Eintritt des „Verwertungsfalles“. ¹⁸, ¹⁹ Da der Eintritt des „Rückleistungsfalles“ im Zeitpunkt, in dem die „Rückzessionsabrede“ getroffen wird, eine ungewisse zukünftige Tatsache ist, entpuppt sich die „Rückzessionsabrede“ als aufschiebend bedingte Vereinbarung i.S.v. Art. 151 ff. OR. ²⁰ Zur Verdeutlichung: Im Falle des Eintritts der ungewissen zukünftigen Tatsache „Rückleistungsfall“ entsteht eine Obligation auf Rückzession der Sicherungsforderung, deren Gläubiger der Sicherungszedent und deren Schuldner der Sicherungszessionar ist. ²¹ Tritt der „Rückleistungsfall“ ein (und wird damit die aufschiebende Bedingung erfüllt), so besteht demgemäss die gleiche Rechtslage, wie wenn die Parteien – in Bezug auf die Sicherungsforderung – nach dem Vollzug der Sicherungszession ein „pactum de retrocedendo“ geschlossen hätten, dessen Schuldner der Sicherungszessionar und dessen Gläubiger der Sicherungszedent ist. – In der aufschiebend bedingten Verpflichtung des Sicherungszessionars, die Sicherungsforderung wieder auf den Sicherungszedenten zurückzuübertragen, zeigt es sich, dass die Zession nur zu Sicherungszwecken erfolgt, währenddem seine Befugnis zur Verwertung der Sicherungsforderung bei Eintritt des „Verwertungsfalles“ gewissermassen zeigt, dass die Zession immerhin zu Sicherungszwecken vorgenommen wird.

Die „Verwertungsabrede“ und die „Rückzessionsabrede“ (vgl. soeben lit. c und lit. d), die ebenfalls zum Inhalt des fiduziarischen Grundgeschäftes gehören, werden bisweilen ausdrücklich vereinbart. Häufig aber ergeben sie sich nur mittelbar aus der Einigung über den Sicherungszweck der Zession, in der sie dann als stillschweigend mitverständener Inhalt enthalten sind.

recht-2006-237

cc) Verdeutlichung

Nach dem Gesagten (soeben sub II. 2. b) bb) lit. d) ist die „Rückzessionsabrede“ eine aufschiebend bedingte Vereinbarung, welche sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 151 Abs. 1 OR erfüllt. Insbesondere handelt es sich beim Eintritt des „Rückleistungsfalles“, welcher die Rückzessionspflicht des Sicherungszessionars entstehen lässt, um eine ungewisse zukünftige Tatsache i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR. Den Parteien steht es frei, die *Modalitäten* der „Rückzessionsabrede“ von Fall zu Fall anders festzulegen. So können sie z.B. die Tatbestände präzisieren, deren Erfüllung als Eintritt der Bedingung gelten. ²² oder die Bedingung zeitlich begrenzen, was nicht selten der Fall ist.

Gleich wie bei jeder Zession geht demnach der Forderungsabtretung auch bei der Sicherungszession ein „pactum de cedendo“ i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR voraus (soeben sub II. 2. b) bb) lit. a); insofern unterscheidet sich die Sicherungszession nicht von der „gewöhnlichen“ Zession (hier verstanden als Gesamttatbestand). Hinzu treten jedoch drei weitere Abreden, durch die sich die Sicherungszession von der „gewöhnlichen“ Zession unterscheidet: Die Einigung über den Sicherungszweck der Zession, die „Verwertungsabrede“ und die „Rückzessionsabrede“ (soeben sub II. 2. b) bb) lit. b–d). Im Ergebnis erweisen sich diese drei weiteren Abreden als zwingende Bestandteile der Sicherungszession, welche notwendigerweise zur Forderungsabtretung als solcher und zum „pactum de cedendo“ hinzutreten müssen, um das ganze Rechtsgeschäft zu einer Sicherungszession zu machen. Zusammen mit dem „pactum de cedendo“ bilden die drei genannten weiteren Abreden das fiduziarische Grundgeschäft, welches die Zession zu einer fiduziarischen Zession werden lässt.

Weitere Vereinbarungen, welche die Rechte und Pflichten des Sicherungszessionars und des Sicherungszedenten regeln, können das fiduziarische Grundgeschäft als *Nebenabreden* ergänzen, sofern dem nicht zwingendes Recht entgegensteht²³ – erforderlich ist dies jedoch nicht. Fehlen solche Nebenabreden, so liegt – bei Vorliegen der genannten notwendigen Elemente des fiduziarischen Grundgeschäftes – dennoch eine gültige Sicherungszession vor; von den Parteien nicht geregelte Fragen sind durch Auslegung oder Ergänzung des Vertrages zu beantworten.

Die hier vorgetragene Auffassung, wonach das fiduziarische Grundgeschäft eine aufschiebend bedingte Vereinbarung – die „Rückzessionsabrede“ – beinhaltet, hat zur Folge, dass die Rechtsstellung des Sicherungszedenten und des Sicherungszessionars (teilweise) auch in den Art. 151 ff. OR normiert ist. Dies hat etwa zur Folge, dass die Verpflichtungen des Sicherungszessionars gegenüber dem Sicherungszedenten – zumindest in negativer Hinsicht – (auch) aus Art. 152 Abs. 1 OR abzuleiten sind. Zu beachten ist immerhin, dass der in Art. 152 Abs. 1 OR stipulierte Grundsatz, wonach der Sicherungszessionar bei schwebender Bedingung nichts vornehmen darf, was die gehörige Rückzession der Sicherungsforderung hindern könnte, nur seine Verpflichtungslage betrifft. Die Verfügungsmacht des Sicherungszessionars wird demgegenüber im Grundsatz in Art. 152 Abs. 3 OR normiert. Diese Bestimmung sieht vor, dass Verfügungen, welche der Sicherungszessionar während der Schwebezeit vornimmt, bei Eintritt des „Rückleistungsfalles“ insoweit hinfällig werden, als sie dessen Wirkung beeinträchtigen (siehe dazu sogleich sub III.).

dd) Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Sicherungszession aus einem fiduziarischen Grundgeschäft, welches aus vier Abreden besteht, und einer Forderungsabtretung zusammensetzt. Dies ergibt die folgende Übersicht:

– *Fiduziarisches Grundgeschäft.* Das fiduziarische Grundgeschäft – ein Verpflichtungsgeschäft – besteht (1) aus einem „pactum de cedendo“ i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR, in welchem sich der Sicherungszedent zur Übertragung der Sicherungsforderung auf den Sicherungszessionar verpflichtet, und (2) aus der Einigung der Parteien über den (blossen) Sicherungszweck der Zession. Aus dieser Einigung ergibt sich zunächst (3) die „Verwertungsabrede“, welche den Sicherungszessionar bei Eintritt des „Verwertungsfalles“ zur Verwertung der Sicherungsforderung berechtigt. Sodann folgt daraus (4) die „Rückzessionsabrede“, in welcher sich der Sicherungszessionar zur Rückzession der Sicherungsforderung verpflichtet, falls der „Rückleistungsfall“ eintritt (aufschiebende Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR).

– *Forderungsabtretung.* Die Forderungsabtretung bei der Sicherungszession ist eine „gewöhnliche“ Zession i.S.v. Art. 165 Abs. 1 OR und damit ein Verfügungsgeschäft. Durch diese Forderungsabtretung, welche auch als Sicherungszession i.e.S. bezeichnet wird,

recht-2006-238

überträgt der Sicherungszedent die Gläubigerschaft an der Sicherungsforderung auf den Sicherungszessionar.

III. Verfügungen des Sicherungszessionars vor Eintritt des „Verwertungsfalles“

1. Herrschende Lehre

Die herrschende Lehre legt der Erörterung der Problematik von Verfügungen des Sicherungszessionars vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ die sog. „Vollrechtstheorie“ zugrunde.²⁴ Nach dieser Theorie erhält der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten zu vollem Recht übertragen und ist diesem gegenüber in dessen Ausübung lediglich obligatorisch beschränkt; bei Verletzung der im

fiduziarischen Grundgeschäft getroffenen Abreden macht er sich bei gegebenen Voraussetzungen schadenersatzpflichtig gegenüber dem Sicherungszedenten.²⁵ Folgerichtig haben die Vertreter der „Vollrechtstheorie“ den folgenden, im Zusammenhang mit fiduziarischen Rechtsgeschäften zum juristischen Gemeingut gewordenen Satz geprägt: „Er [der Sicherungszessionar] kann mehr, als er darf.“²⁶ Des Weiteren gehen die Vertreter der „Vollrechtstheorie“ davon aus, dass dem Sicherungszessionar eine *unbeschränkte Verfügungsmacht* über die Sicherungsforderung zusteht.²⁷ Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Der herrschenden Lehre bzw. der „Vollrechtstheorie“ ist insofern zuzustimmen, als sie davon ausgeht, dass der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten *zu vollem Recht übertragen* erhält und diesem gegenüber in dessen Ausübung obligatorischen Beschränkungen unterliegt. In der Tat wird der Sicherungszessionar auch nach der hier vertretenen Auffassung voll berechtigter Gläubiger der Sicherungsforderung, was insbesondere im Falle einer allfälligen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Sicherungszessionars von erheblicher (nachteiliger) Bedeutung für den Sicherungszedenten sein kann, da sich dieser diesfalls bei Eintritt des „Rückleistungsfalles“ mit einer Konkursdividende begnügen muss.²⁸

Als voll berechtigter Gläubiger der Sicherungsforderung verfügt der Sicherungszessionar sodann über mehr rechtliche Befugnisse, als ihm aufgrund seiner gegenüber dem Sicherungszedenten bestehenden obligatorischen Bindung auszuüben erlaubt sind. Aus diesem Grunde ist auch der Satz „Er kann mehr, als er darf“²⁹ durchaus richtig.

2. Abweichende Ansicht (eigener Ansatz)

a) Anwendbarkeit von Art. 152 Abs. 3 OR auf die Sicherungszession

Nach der hier vertretenen Auffassung nicht zutreffend ist dagegen die von den Vertretern der „Vollrechtstheorie“ ebenfalls geäußerte Ansicht, wonach dem Sicherungszessionar eine „unbeschränkte Verfügungsmacht“ über die Sicherungsforderung zustehen soll. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich unmittelbar aus Art. 152 Abs. 3 OR:

Nach dieser Bestimmung sind Verfügungen während der Schwebezeit einer aufschiebenden Bedingung insoweit hinfällig, als sie – wenn die Bedingung eintritt – deren Wirkung beeinträchtigen. Dementsprechend fallen Verfügungen über die abgetretene Sicherungsforderung dahin, wenn sie der später entstehenden Rückzessionspflicht entgegenstehen. Dies gilt für alle Verfügungen, welche der Sicherungszessionar vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ vornimmt, sofern später der „Rückleistungsfall“ noch vor dem „Verwertungsfall“ eintritt. Durch entsprechende Verfügungen nach dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ geht dagegen die Hauptforderung unter, weshalb der „Rückleistungsfall“ gar nicht mehr eintreten (und damit die Rückzessionspflicht des Sicherungszessionars gar nicht mehr entstehen) kann. Dasselbe gilt, wenn der Sicherungszessionar vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ verfügt hat und sich nachher der „Verwertungsfall“ ereignet, ohne dass zuvor der „Rückleistungsfall“ eingetreten ist.

Unrichtig ist es daher, aus dem Begriff der „Vollrechtstheorie“ eine „unbeschränkte Verfügungsmacht“ des Sicherungszessionars abzuleiten; eine derartige begriffliche Argumentation ist abzulehnen, da dadurch die wahre Fragestellung verkannt wird. Vielmehr gilt Folgendes: Der Begriff der „Vollrechtstheorie“ ist beizubehalten, da er eine wichtige Rechtsfolge – den Vollrechtserwerb des Sicherungszessionars – treffend umschreibt (wobei sich der Vollrechtserwerb des

recht-2006-239

Sicherungszessionars aus den Bestimmungen des OR und nicht aus dem Begriff der „Vollrechtstheorie“ ergibt). Der Grundsatz des vollen Rechtserwerbs des Sicherungszessionars wird allerdings i.S. einer

Ausnahme insoweit eingeschränkt, als er aufgrund von Art. 152 Abs. 3 OR nicht die Bedeutung hat, dass der Sicherungszessionar (vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“) eine geradezu „unbeschränkte Verfügungsmacht“ in Bezug auf die Sicherungsforderung hat. Dass die herrschende Lehre dennoch diese Auffassung vertritt, ist deswegen nicht weiter erstaunlich, da sie sich keine Rechenschaft darüber abgibt, dass es sich bei der „Rückzessionsabrede“ (vorne sub II. 2. b) bb) lit. d) um eine aufschiebend bedingte Vereinbarung i.S.v. Art. 151 ff. OR handelt.

b) Insbesondere: Auseinandersetzung mit den Argumenten der Vertreter der Gegenmeinung

Nach *Bucher*³⁰ ist die Formulierung von Art. 152 Abs. 3 OR verunglückt, da diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut (und gleich wie Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 OR) nicht den Fall der (vorbestehenden) bedingten Verfügung, sondern den Fall der (vorbestehenden) bedingten Verpflichtung betreffe (d.h. den Fall, in dem jemand trotz vorbestehender bedingter Verpflichtung abredewidrige Verfügungen vornimmt). Dies könne jedoch – so *Bucher*³¹ – unmöglich gemeint sein, da doch selbst Verfügungen, welche die Erfüllung *un* bedingter Verpflichtungen vereiteln, uneingeschränkt gültig seien (z.B. die Übereignung einer Sache, obwohl damit die Erfüllung eines früher mit einem Dritten geschlossenen Verkaufsvertrages verunmöglicht wird).

Bucher selbst führt zwar für seine Auffassung keine weiteren Literaturstellen an. Tatsächlich befindet sich *Bucher* jedoch im Einklang mit der herrschenden Lehre,³² derzufolge Art. 152 Abs. 3 OR nur auf (vorbestehende) bedingte Verfügungsgeschäfte, nicht jedoch auch auf (vorbestehende) bedingte Verpflichtungsgeschäfte anwendbar ist. *Bucher* und mit ihm die herrschende Lehre³³ stützen ihre Auffassung auf § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB;³⁴ diese Bestimmung soll Art. 152 Abs. 3 OR als Vorbild gedient haben.

Anders ausgedrückt – und auf die vorliegende Konstellation zugeschnitten – bedeutet dies, was folgt: *Bucher* und die herrschende Lehre³⁵ sind der Auffassung, dass der (aufschiebend bedingt) zur Rückzession der Sicherungsforderung verpflichtete Sicherungszessionar in seinem Verfügungsmässigen Handeln (trotz des – auch von ihnen anerkannten – gegenteiligen Wortlautes von Art. 152 Abs. 3 OR) nicht beschränkt sein könne, da er dies nicht einmal dann wäre, wenn er nicht bloss bedingt, sondern unbedingt zur Rückzession der Sicherungsforderung auf den Sicherungszedenten verpflichtet wäre. Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Die Auffassung von *Bucher* und der herrschenden Lehre³⁶ ist zwar rechtslogisch durchaus richtig (argumentum a fortiori³⁷). Sie widerspricht indes nicht nur dem Wortlaut von Art. 152 Abs. 3 OR (i.V.m. Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 OR), sondern auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, weshalb ihr nicht zu folgen ist. Ausweislich der insoweit eindeutigen Materialien³⁸,³⁹,⁴⁰ ging es dem Gesetzgeber beim Erlass von Art. 152 Abs. 3 OR darum, den aus einem bedingten Verpflichtungsgeschäft Berechtigten besser zu schützen als den aus einem *un* bedingten

recht-2006-240

Verpflichtungsgeschäft Berechtigten. Mithin war es die Absicht des Gesetzgebers, einen speziellen „Gesamtbestand“ des Bedingungsrechts zu schützen; Art. 152 Abs. 3 OR sollte die Rechtslage regeln bei Verfügungen, mit denen vorbestehenden bedingten Verpflichtungslagen zuwidergehandelt wird.⁴¹ Zur Verdeutlichung:

Die durch das bedingte Rechtsgeschäft „Rückzessionsabrede“ hervorgerufene Rechtslage (d.h. die aufschiebend bedingte Verpflichtung des Sicherungszessionars zur Rückzession der Sicherungsforderung auf den Sicherungszedenten) ist Teil eines Gesamtbestandandes (bestehend aus unbedingter Verpflichtung und anschliessender Verfügung). Als Entwicklungsstufe des Vollrechts („Rück“erwerb der Sicherungsforderung durch den Sicherungszedenten) zieht diese Rechtslage eine Teilfolge nach sich.⁴² Diese Teil(rechts)folge

besteht nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 152 Abs. 3 OR darin, den Sicherungszedenten während der Schwebezeit (d.h. bis zum Eintritt des „Verwertungsfalles“) *mit Bezug auf nachteilige Verfügungen des Sicherungszessionars* zu schützen (obwohl er – der Sicherungszedent – bloss bedingt berechtigter Gläubiger ist). Der Gesetzgeber hat demnach den aufschiebend bedingt berechtigten Gläubiger gegenüber dem unbedingt berechtigten Gläubiger *bewusst bevorzugt*, indem Verfügungen des aufschiebend bedingt verpflichteten Schuldners während der Schwebezeit die Wirkung der Bedingung (die als Teil eines Gesamttatbestandes betrachtet wird) nicht beeinträchtigen können.

Die hier vertretene These, wonach Art. 152 Abs. 3 OR auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen (denen nun durch eine Verfügung zuwidergehandelt wird) anwendbar ist, lässt sich im Übrigen – abgesehen vom (aufgrund der vorliegend äusserst aufschlussreichen Materialien) deutlich erkennbaren gesetzgeberischen Willen – wie folgt begründen:

Erstens spricht der Wortlaut von Art. 152 Abs. 1 OR, auf den sich Art. 152 Abs. 3 OR nach der (auch von *Bucher* und den Vertretern der herrschenden Lehre anerkannten) Gesetzssystematik bezieht, vom *bedingt Verpflichteten* (in den romanischen Gesetzestexten vom *débiteur* bzw. vom *debitore*). Bedingt verpflichtet ist jedoch nur derjenige, der ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen hat, nicht hingegen auch derjenige, der ein bedingtes Verfügungsgeschäft abgeschlossen hat. Der Gesetzeswortlaut bezieht sich demnach ausschliesslich auf die Rechtslage bei Verfügungen, welche vorbestehenden bedingten Verpflichtungen zuwiderlaufen.⁴³

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den vorliegenden Materialien (Amtliches Bulletin, welches die von den Kommissionssprechern in den Räten vorgetragene Kommissionsgedanken enthält) nicht um irgendwelche Materialien handelt, sondern um die bedeutendsten Materialien überhaupt: Mit Bezug auf Art. 152 Abs. 3 OR ging es um die Konzeption eines (neuen) Absatzes, der von der vorberatenden parlamentarischen Kommission als materielle Neuerung zwecks Aufnahme in das revidierte OR konzipiert wurde; die Ausführungen der Kommissionssprecher geben demnach Aufschluss über die Motivierung der Einführung einer neuen Bestimmung. Die Kommissionssprecher sprachen sodann als Vertreter der Kommission zuhanden der Räte, und die Räte akzeptierten die Neuaufnahme von Art. 152 Abs. 3 OR aufgrund der von den drei Kommissionssprechern vorgelegten (identischen) Begründung widerspruchlos.⁴⁴ Legt man der Auslegung

recht-2006-241

die sog. objektiv-historische Methode⁴⁵ als Ausgangspunkt zugrunde, so hat dies die Berücksichtigung des entsprechenden gesetzgeberischen Willens zur Folge. Vom objektiv-historischen Sinn einer Norm, welcher – wie vorliegend – im Wortlaut der Bestimmung seinen Niederschlag gefunden hat, darf ferner nur dann abgewichen werden, wenn a) sich die Verhältnisse bzw. Wertungen geändert haben, b) der Gesetzgeber in einem (offenkundigen) Irrtum befangen war oder c) unbillige Ergebnisse entstehen.⁴⁶ Mit Bezug auf Art. 152 Abs. 3 OR liegt indes keiner dieser drei Fälle vor; insbesondere behaupten auch die Vertreter der herrschenden Lehre nicht, dass durch die Anwendung von Art. 152 Abs. 3 OR auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen unbillige Ergebnisse entstehen würden.⁴⁷

Drittens ist zu bedenken, dass die Auffassung von *Bucher* und der herrschenden Lehre⁴⁸ im Ergebnis dazu führt, dass eine bewusste Risikoverteilung des Gesetzgebers allein aufgrund dogmatischer Überlegungen umgestossen wird. Dies geht indes nicht an, steht es doch dem Gesetzgeber frei, dogmatische Grundsätze (welche vorliegend mit Sicherheit verletzt sind) aufgrund von wertenden Überlegungen im Einzelfall zu missachten; dies hat er auch in anderen Fällen getan.⁴⁹ Die Rechtsanwendenden haben sich – auch bei dogmatischen Bedenken – an vom Gesetzgeber bewusst getroffene Wertungen zu halten. Eine andere Entscheidung würde das Gewaltentrennungsprinzip verletzen und damit auch die Rechtssicherheit stören.

Viertens ist darauf hinzuweisen, dass weder *Bucher* noch die anderen Vertreter der herrschenden Lehre einen Beleg für ihre Auffassung beizubringen vermögen, dass sich der schweizerische Gesetzgeber beim Erlass von Art. 152 Abs. 3 OR an ? 161 Abs. 1 Satz 1 BGB orientiert habe.⁵⁰ Die Materialien enthalten denn auch keine einzige Stelle, aus der dies geschlossen werden könnte; ? 161 BGB wird – soweit ersichtlich – nicht ein einziges Mal erwähnt.⁵¹ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass selbst *Bucher*⁵² in einer anderen Publikation die „Beseitigung oder Neufassung dieser in der Revision von 1911 eingeführten missverständlichen und fragwürdigen Regel“ (gemeint: Art. 152 Abs. 3 OR) gefordert hat. Dieses Anliegen ist nur dann verständlich, wenn man davon ausgeht, dass *Bucher* Art. 152 Abs. 3 OR nicht als durch dogmatische Regeln „korrigierbare“ Norm, sondern schlicht als gesetzgeberische Fehlleistung begreift, die es indes – bis zu einer allfälligen Gesetzesänderung – hinzunehmen gilt.

Fünftens hält die hier vorgeschlagene Auslegung von Art. 152 Abs. 3 OR auch einer ergebnisorientierten Prüfung durchaus stand; die Ergebnisse sind sogar besser als nach Massgabe der von *Bucher* und der herrschenden Lehre vertretenen Auslegung von Art. 152 Abs. 3 OR:⁵³ Zunächst ist festzustellen, dass das Ergebnis, welches die Anwendung von Art. 152 Abs. 3 OR auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen zeitigt, in den allermeisten Fällen ohnehin deckungsgleich ist mit dem Ergebnis, das sich bei einer Beschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 152 Abs. 3 OR auf vorbestehende bedingte Verfügungen ergäbe. Der Grund dafür liegt darin, dass nach der hier vorgetragenen Auffassung – entsprechend der Intention des Gesetzgebers⁵⁴ – der gute Glaube Dritter vorbehalten bleibt bzw. Dritte bei Gutgläubigkeit geschützt werden.⁵⁵ Ist der Dritte demnach gutgläubig und auch berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (was die Regel ist), so wird er geschützt und Art. 152

recht-2006-242

Abs. 3 OR entfaltet keine Wirkungen, weshalb sich diesfalls die Frage nach dem Umfang des Anwendungsbereichs der Bestimmung gar nicht stellt. Ist der Dritte dagegen bösgläubig bzw. nicht berechtigt, sich auf seinen guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB), so verliert er das (zuvor erworbene) Recht, das ihm der (gegenüber einem Vormann) bedingt Verpflichtete verschaffen wollte, nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund von Art. 152 Abs. 3 OR in demjenigen Zeitpunkt, in dem die im Verpflichtungsgeschäft (zwischen dem bedingt Verpflichteten und dessen Vormann) vorbehaltene Bedingung eintritt. – Diese Lösung ist wesentlich sachgerechter als die von den Vertretern der herrschenden Lehre im Ergebnis mitgetragene Lösung, wonach der Bösgläubige auch dann (noch) geschützt wird, wenn nach dessen Rechtserwerb die Bedingung des vorbestehenden bedingten Verpflichtungsgeschäftes eintritt. Es ist wertungsmässig nicht einzusehen, warum diesfalls der Bösgläubige Schutz geniessen soll.⁵⁶ Auf den Schutz des guten Glaubens Dritter ist zurückzukommen, und zwar anhand des *Hauptbeispiels*, bei dem es sich bei diesem Dritten um einen Zweitzessionar handelt, welcher die Sicherungsforderung vom Sicherungszessionar erwirbt (sogleich sub IV.).

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich Art. 152 Abs. 3 OR nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers wie auch nach dem sich aus der Gesetzessystematik (Art. 152 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 OR) ergebenden Wortlaut – entgegen der herrschenden Auffassung – nicht nur auf Verfügungen bezieht, welche einer vorbestehenden bedingten Verfügung zuwiderlaufen. Art. 152 Abs. 3 OR bezieht sich vielmehr auch auf Verfügungen, welche einer vorbestehenden bedingten Verpflichtung widersprechen. Von der herrschenden Auffassung abweichende Ergebnisse ergeben sich jedoch nur für den (in der Praxis seltenen) Fall, in dem der Dritte bösgläubig ist, wobei die hier vorgetragene Auffassung die in Frage stehenden Interessen besser berücksichtigt als diejenige der herrschenden Lehre.

IV. Beispiel: Zession der Sicherungsforderung durch den Sicherungszessionar und Schutz des guten Glaubens

des Zweitzessionars

1. Grundsatz: Wirksamkeit der Verfügung steht unter Vorbehalt des späteren Eintritts des „Rückleistungsfalles“

a) Resolutiv bedingter Rechtserwerb des Zweitzessionars

Verfügungen des Sicherungszessionars über die Sicherungsforderung vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ bewirken einen *resolutiv bedingten Rechtserwerb*, was sich unmittelbar aus Art. 152 Abs. 3 OR ergibt: ⁵⁷ Zediert der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung einem Dritten, so ist diese Verfügung zunächst – vom Zeitpunkt ihrer Vornahme an – voll wirksam, ⁵⁸ der Rechtserwerb demnach gültig. ⁵⁹ Ereignet sich jedoch in der Folge der „Rückleistungsfall“ noch vor dem „Verwertungsfall“ und wird die Bedingung damit erfüllt (was der Normalfall ist), so wird die Zession der Sicherungsforderung im selben Zeitpunkt wieder hinfällig; die Sicherungsforderung fällt ipso iure wieder an den Sicherungszessionar zurück. ⁶⁰

Tritt die Bedingung („Rückleistungsfall“) dagegen nicht noch vor dem „Verwertungsfall“ ein, so ändert sich am bereits erfolgten Rechtserwerb nichts mehr: Der bis anhin resolutiv bedingte Rechtserwerb des Zweitzessionars wandelt sich alsdann infolge des Ausfalls der auflösenden Bedingung in einen unbedingten, definitiven Rechtserwerb. Verfügungen des Sicherungszessionars über die Sicherungsforderung vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ sind demgemäss voll wirksam, wenn der „Rückleistungsfall“ nicht noch vor dem „Verwertungsfall“ eintritt, da es diesfalls an den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 152 Abs. 3 OR gebricht.

b) Rechtslage bei Eintritt des „Rückleistungsfalles“

Nach Art. 152 Abs. 3 OR sind Verfügungen während der Schwebezeit bei Eintritt der Bedingung insoweit hinfällig, als sie deren Wirkung beeinträchtigen. Der Zweck der Bestimmung besteht dabei darin, vor Beeinträchtigungen derjenigen

recht-2006-243

Rechtslage zu schützen, die sich bei Eintritt der Bedingung ergibt ⁶¹. Art. 152 Abs. 3 OR hebt die Wirkung von Verfügungen während der Schwebezeit insoweit auf, als sie die Rechtslage nach Eintritt der Bedingung zu ändern vermöchten, wenn es Art. 152 Abs. 3 OR nicht gäbe. In Bezug auf eine Zession der Sicherungsforderung durch den Sicherungszessionar bei schwebender Bedingung ergibt sich damit, was folgt:

Hat der Sicherungszessionar bei schwebender Bedingung (d.h. vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“) über die Sicherungsforderung verfügt, indem er diese an einen Zweitzessionar weiterveräussert hat, so *verliert diese Verfügung ihre Wirksamkeit*, wenn später (jedoch noch vor dem „Verwertungsfall“) der „Rückleistungsfall“ eintritt. Diesfalls verliert der Zweitzessionar die Sicherungsforderung: Die Verfügung des Sicherungszessionars verliert durch den Eintritt des „Rückleistungsfalles“ deshalb ihre Wirksamkeit, da der Sicherungszedent – gäbe es Art. 152 Abs. 3 OR nicht – die Möglichkeit verlieren würde, bei Eintritt der Bedingung („Rückleistungsfall“) mit Aussicht auf Erfolg die Rückzession der Sicherungsforderung vom Sicherungszessionar zu verlangen. Art. 152 Abs. 3 OR will eine derartige Beeinträchtigung der rechtlichen Lage des Sicherungszedenten bei Eintritt des „Rückleistungsfalles“ verhindern. Anders ausgedrückt:

Würde der Sicherungszessionar über die Möglichkeit verfügen, die Sicherungsforderung auch für den Fall des späteren Eintritts des „Rückleistungsfalles“ rechtsgültig auf einen Zweitzessionar zu übertragen, so hätte sich

der Sicherungszedent nach dem Eintritt des „Rückleistungsfalles“ mit obligatorischen Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Sicherungszessionar zu begnügen. Hier greift Art. 152 Abs. 3 OR und belässt dem Sicherungszedenten die Aussicht, die aufgrund des Eintritts des „Rückleistungsfalles“ resultierende Verpflichtung des Sicherungszessionars, die Sicherungsforderung auf den Sicherungszedenten zurückzuübertragen, erfolgreich *realiter* durchzusetzen.

Im Falle abredewidriger Verfügungen des Sicherungszessionars befreit demnach Art. 152 Abs. 3 OR den Sicherungszedenten bei Eintritt des „Rückleistungsfalles“ vom Risiko, den Anspruch auf Rückzession der Sicherungsforderung nicht mehr erfolgreich *realiter* durchsetzen zu können. Daraus ergibt sich, dass Art. 152 Abs. 3 OR insoweit auch eine *Risikoverteilungsnorm* ist, indem abredewidrige Verfügungen des Sicherungszessionars nicht dem Sicherungszedenten, sondern dem Dritten (Zweitzessionar) zum Nachteil gereichen; dessen Rechtserwerb fällt dahin, wenn der „Rückleistungsfall“ später eintritt.

2. Ausnahme: Schutz des guten Glaubens des Zweitzessionars

a) Vorbemerkungen

Der Grundsatz, wonach die Wirksamkeit von Verfügungen des Sicherungszessionars über die Sicherungsforderung bei schwebender Bedingung (d.h. vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“) unter dem Vorbehalt des späteren Eintritts des „Rückleistungsfalles“ steht (resolutiv bedingter Rechtserwerb), gilt nicht ohne Ausnahme. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist dann zu machen, wenn der gute Glaube des Zweitzessionars zu schützen ist. Dass der gute Glaube des Zweitzessionars unter bestimmten Voraussetzungen Schutz verdient, ergibt sich nicht nur aufgrund wertender Überlegungen, sondern v.a. auch aufgrund einer analogen Anwendung der sachenrechtlichen Regeln (Art. 933 ff. ZGB), auch wenn es beim Erwerb von Forderungen grundsätzlich (aber eben nur grundsätzlich) keinen Gutgläubensschutz zu Gunsten des Erwerbers gibt.

Die anschliessenden Ausführungen zum Schutz des gutgläubigen Zweitzessionars werden wie folgt gegliedert: Zunächst ist darzulegen, in welcher Konstellation der gutgläubige Zweitzessionar schutzbedürftig ist (sub lit. b). Sodann wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen der gute Glaube des Zweitzessionars zu schützen ist (sub lit. c). Hernach gilt es zu begründen, weshalb der gutgläubige Zweitzessionar zu schützen ist (sub lit. d). Schliesslich ist auf die Sorgfaltspflicht des Zweitzessionars einzutreten (sub lit. e).

b) Schutzbedürftigkeit des gutgläubigen Zweitzessionars

Zunächst fragt es sich, in welcher Konstellation der gutgläubige Zweitzessionar überhaupt schutzbedürftig ist. Auszugehen ist dabei von Art. 164 Abs. 2 OR. Nach dieser auf die „gewöhnliche“ Zession zugeschnittenen Bestimmung kann der Schuldner (gemeint ist der *debitor cessus*) dem Dritten (Zessionar⁶²), der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.

recht-2006-244

Art. 164 Abs. 2 OR setzt demnach im Tatbestand voraus, dass jemand (Zessionar) gutgläubig auf ein schriftliches Schuldbekenntnis vertraut, welches ein tatsächlich zwischen dem Zedenten und dem *debitor cessus* vereinbartes Abtretungsverbot („*pactum de non cedendo*“) nicht enthält. Als Rechtsfolge ordnet Art. 164 Abs. 2 OR an, dass dem *debitor cessus* die Einrede des „*pactum de non cedendo*“, welche richtigerweise

eine Einwendung ist, ⁶³ verwehrt bleibt, wenn er vom Zessionar zur Zahlung aufgefordert wird.

Festzuhalten ist demnach, dass der Zessionar trotz einer vom Zedenten gegenüber dem debitor cessus rechtsgültig eingegangenen Verpflichtung, die Forderung nicht abzutreten, Gläubiger der Forderung wird. Dieser Rechtserwerb tritt allerdings nur dann ein, wenn der Zessionar gutgläubig ist und sein guter Glaube Schutz verdient, d.h., wenn er weder aus dem schriftlichen Schuldbekennnis auf ein „pactum de non cedendo“ schliessen noch anderweitig Kenntnis vom „pactum de non cedendo“ haben muss. Ist dies der Fall, so wird der Zessionar Gläubiger, obwohl die Struktur der Forderung, welche nun abredewidrig doch zediert worden ist, durch das vom Zedenten und dem debitor cessus abgeschlossene „pactum de non cedendo“ gegenüber ihrem naturalen (zediblen) Zustand an sich verändert worden ist.

Unbestritten ist nun zunächst, dass Art. 164 Abs. 2 OR auch auf die Sicherungszession unmittelbar anwendbar ist: Der Sicherungsschuldner kann dem Sicherungszessionar, welcher die Sicherungsforderung gutgläubig – d.h. ohne Kenntnis des „pactum de non cedendo“ – erworben hat, die Einwendung, dass die Abtretung durch Vereinbarung zwischen dem Sicherungszedenten und ihm (dem Sicherungsschuldner) ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen, wenn sich das „pactum de non cedendo“ nicht aus dem schriftlichen Schuldbekennnis ergibt. ⁶⁴

Sodann ist jedoch der *Anwendungsbereich von Art. 164 Abs. 2 OR bei der Sicherungszession weiter zu fassen*, indem Art. 164 Abs. 2 OR analog auch auf einen anderen Sachverhalt anzuwenden ist: Art. 164 Abs. 2 OR wirkt nicht nur zu Gunsten des gutgläubigen Sicherungszessionars, sondern auch zu Gunsten des gutgläubigen Zweitcessionars, ⁶⁵ und zwar in der folgenden, von Art. 164 Abs. 2 OR nicht unmittelbar avisierten Konstellation:

Verfügt der Sicherungszessionar (Erstcessionar) bei schwebender Bedingung abredewidrig über die Sicherungsforderung, indem er diese an einen Zweitcessionar weiterveräussert, *so ist dieser in seinem Rechtserwerb zu schützen, wenn er im Zeitpunkt des Rechtserwerbs gutgläubig ist*. Wird der Zweitcessionar erst nach diesem Zeitpunkt bösgläubig, so ändert dies am bereits erfolgten Rechtserwerb des Zweitcessionars nichts mehr (*mala fides superveniens non nocet*). ⁶⁶

c) Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens des Zweitcessionars

Die vorstehenden Erörterungen führen sogleich zur weiteren Frage, unter welchen Voraussetzungen der gute Glaube des Zweitcessionars zu schützen ist. In dieser Hinsicht ist Folgendes festzustellen:

Der Zweitcessionar ist dann gutgläubig, wenn er nicht weiss, dass es sich bei der ihm abgetretenen Sicherungsforderung um eine Forderung handelt, welche der Sicherungszedent dem Sicherungszessionar ursprünglich nur sicherungshalber zediert hat. Dieser gute Glaube ist in Analogie zum Wortlaut von Art. 164 Abs. 2 OR zu schützen, wenn der Zweitcessionar auf ein schriftliches Schuldbekennnis vertraut, aus dem der Sicherungscharakter der (ersten) Zession nicht hervorgeht. Der Zweitcessionar, der es versäumt, Einsicht in das schriftliche Schuldbekennnis zu nehmen, auf dem die Sicherungszession vermerkt ist, kann sich deshalb nicht auf den guten Glauben berufen. ⁶⁷ Anders ausgedrückt: Ist die Sicherungszession aus dem schriftlichen Schuldbekennnis ersichtlich, so ist dem Zweitcessionar der Einwand abgeschnitten, er habe keine Einsicht in dieses genommen und sein guter Glaube sei daher zu schützen. ⁶⁸

Muss sich jedoch der Zweitcessionar das schriftliche Schuldbekennnis, welches die Sicherungszession festhält, entgeghalten lassen, so ergibt sich daraus per argumentum a fortiori, ⁶⁹

dass er sich auch dann nicht auf seinen guten Glauben berufen kann, wenn sich die Sicherungszession aus der Abtretungsurkunde selbst (Verhältnis Sicherungszedent vs. Sicherungszessionar) ergibt. Diese Wertung rechtfertigt sich deshalb, da von einem vernünftigen und redlichen Zweitcessionar⁷⁰ verlangt werden darf (und muss), dass er sich durch Einsichtnahme in die entsprechende Abtretungsurkunde auch von der Rechtsgültigkeit der ersten Zession überzeugt und sich nicht bloss mit einem Einblick in das schriftliche Schuldbekenntnis begnügt. Dies ist deshalb angezeigt, da der Zweitcessionar aufgrund des schriftlichen Schuldbekenntnisses allein kein Gläubigerrecht an der Sicherungsforderung erwirbt,⁷¹ sondern hierzu auch vorausgesetzt ist, dass zwei gültige Abtretungen von der jeweils berechtigten Person vorgenommen worden sind.⁷²

Der Zweitcessionar ist demnach gutgläubig, wenn er nicht weiss, dass es sich bei der ihm abgetretenen Sicherungsforderung um eine Forderung handelt, welche der Sicherungszedent dem Sicherungszessionar ursprünglich nur sicherungshalber zediert hat. Dieser gute Glaube ist zu schützen, wenn der Zweitcessionar den Sicherungscharakter der (ersten) Zession weder dem schriftlichen Schuldbekenntnis noch der (ersten) Abtretungsurkunde entnehmen kann und er auch anderweitig keine Kenntnis von der Sicherungszession haben muss.^{73, 74}

d) Grund für die Schutzbedürftigkeit des gutgläubigen Zweitcessionars

In diesem Zusammenhang ist auf die ratio legis von Art. 164 Abs. 2 OR zurückzugreifen, welche im *Verkehrsschutz* besteht: Einerseits bezweckt diese Norm, den Verkehrsteilnehmern, welche auf ein schriftliches Schuldbekenntnis vertrauen, einen gewissen Schutz in ihrem Glauben in den abschliessenden Inhalt des schriftlichen Schuldbekenntnisses zu gewähren. Andererseits will der Gesetzgeber durch Art. 164 Abs. 2 OR die Verkehrsfähigkeit von Forderungen in denjenigen Konstellationen aufrechterhalten, in denen die berechtigten Interessen gutgläubiger Dritter den Interessen der anderen beteiligten Parteien vorgehen. Aufgrund dieser Deutung von Art. 164 Abs. 2 OR ergibt sich, dass die Norm *analogieweise* – nicht unmittelbar – auch auf die vorstehend skizzierte Konstellation (abredewidrige Verfügung des Sicherungszessionars über die Sicherungsforderung bei schwebender Bedingung) anzuwenden ist. Zur Verdeutlichung:

Es war die Rede von zwei verschiedenen Konstellationen: Die erste Konstellation wird durch Art. 164 Abs. 2 OR unmittelbar avisiert (im Folgenden als „erster Fall“ bezeichnet; vgl. dazu den Gesetzeswortlaut). Bei der zweiten, soeben (lit. b) geschilderten Konstellation ist Art. 164 Abs. 2 OR *analog* anzuwenden; es geht dabei um abredewidrige Verfügungen des Sicherungszessionars bei schwebender Bedingung, welche im Folgenden als „zweiter Fall“ bezeichnet werden. Warum drängt sich nun diese Analogie auf?

Sowohl im ersten als auch im zweiten Fall geht es um den *Verkehrsschutz*. Währenddem der gute Glaube im ersten Fall die Wirkungen eines *vertraglich vereinbarten* Abtretungsverbot („pactum de non cedendo“) durchbricht, hebt er im zweiten Fall die Wirkungen eines *gesetzlichen Abtretungsverbot* (vgl. Art. 152 Abs. 3 OR) auf, das sich allerdings nur aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung – der im Rahmen des fiduziarischen Grundgeschäftes getroffenen „Rückzessionsabrede“ – ergibt, welche erst die Anwendbarkeit des Bedingungsrechts begründet. Die beiden Fälle gestalten sich damit in Bezug auf die *Interessenlage*, welcher die Methodenlehre bei der Vornahme einer Analogie besonderes Gewicht beimisst,⁷⁵ durchaus ähnlich:

recht-2006-246

Im ersten Fall ist der Dritte, zu dessen Gunsten der gute Glaube wirkt, der Zessionar; der Gesetzgeber gewichtet seine Interessen höher als diejenigen des debitor cessus, der es unterliess, das vertraglich vereinbarte Abtretungsverbot in das schriftliche Schuldbekenntnis aufzunehmen. Für den zweiten Fall hat

unter Berücksichtigung der in Frage stehenden Interessen das Gleiche zu gelten: Der *gutgläubige Zweitessionar verdient mehr Schutz als der Sicherungszedent*, der sich nicht darum bemühte, die Sicherungszession der Sicherungsforderung im schriftlichen Schuldbekenntnis oder in der Abtretungsurkunde vorzumerken.

Diese Wertung ist auch deshalb gerechtfertigt, da es dem Sicherungszedenten ohne weiteres zuzumuten ist, vom Sicherungszessionar zu verlangen, dass die Abtretungsurkunde die Zession als Sicherungszession bezeichnet.⁷⁶ Zudem hat der Sicherungszedent auch das Recht, den Schutz des guten Glaubens eines allfälligen Zweitessionars dadurch zu zerstören, indem er die ins Auge gefasste Sicherungszession auf dem schriftlichen Schuldbekenntnis kenntlich macht:⁷⁷ Da sich der Sicherungszedent als Gläubiger der Sicherungsforderung vor der Sicherungszession regelmässig im Besitz des schriftlichen Schuldbekenntnisses befindet, ist ihm dies auch in praktischer Hinsicht durchaus möglich.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Sicherungszedent in der Lage ist, den Schutz des guten Glaubens des Zweitessionars durch *eigene Handlungen* zu zerstören. Unterlässt der Sicherungszedent solche Handlungen, indem er die Sicherungszession – vorsätzlich oder fahrlässig – weder in der Abtretungsurkunde noch im schriftlichen Schuldbekenntnis kenntlich macht, so verdient nicht er, sondern der gutgläubige Zweitessionar Schutz. Der Grund liegt darin, dass der Sicherungszedent diesfalls zwar nicht Pflichten, wohl aber Obliegenheiten verletzt (indem er diese nicht wahrnimmt). Demgegenüber ist es dem gutgläubigen Zweitessionar unter diesen Umständen auch bei grösster Sorgfalt nicht möglich, zu erkennen, dass die nach aussen als „gewöhnliche“ Zession zu Tage getretene (erste) Abtretung in Wirklichkeit eine Sicherungszession war. In diesem Lichte sowie unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Verkehrsschutzes drängt sich daher eine Analogie zu Art. 164 Abs. 2 OR auf; die Schutzbedürftigkeit des gutgläubigen Zweitessionars, dem keine Unvorsichtigkeit angelastet werden kann, ist höher zu gewichten als diejenige des Sicherungszedenten, der Obliegenheiten missachtet hat.

e) Sorgfaltspflicht des Zweitessionars

Der Zweitessionar, dem der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung abtritt, ist nicht gutgläubig, wenn er von der Sicherungszession entweder durch Einsichtnahme in die Abtretungsurkunde (Verhältnis Sicherungszedent vs. Sicherungszessionar) oder das schriftliche Schuldbekenntnis erfährt. Das Gleiche (fehlende Gutgläubigkeit des Zweitessionars) gilt auch, wenn der Zweitessionar auf anderem Wege von der Sicherungszession erfahren hat. Hat also der Zweitessionar von der Sicherungszession Kenntnis erlangt, so stellt sich die Frage, ob er seine Sorgfaltspflicht erfüllt hat, nicht mehr.

Unterlässt es der Zweitessionar dagegen, in die Abtretungsurkunde *und* in das schriftliche Schuldbekenntnis Einsicht zu nehmen, und weiss er auch sonst nicht um die Sicherungszession, so ist er zwar subjektiv gutgläubig. Diesfalls hat er jedoch Sorgfaltspflichten verletzt; er ist daher im Lichte von Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen, wenn sich die Sicherungszession entweder aus der Abtretungsurkunde oder aus dem schriftlichen Schuldbekenntnis ergibt oder wenn er die Sicherungszession aufgrund der übrigen Umstände hätte erkennen müssen. Insofern ergibt sich eine doppelte Ausprägung der Sorgfaltspflicht des Zweitessionars, wobei sich diese bei Lichte besehen als Obliegenheit entpuppt, da deren Nichtbeachtung keine Schadenersatzpflicht des Zweitessionars auslöst, sondern ihn lediglich daran hindert, sich auf seinen guten Glauben zu berufen.

* PD Dr. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner Rechtsanwälte in Küsnacht/Zürich, Privatdozent an der

Universität Fribourg für Privatrecht, Zivilprozessrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht.

1 Der Autor ist Verfasser der Fribourger Habilitationsschrift „Die Sicherungszession von Forderungen, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme“ aus dem Jahre 2005, erschienen im Schulthess Verlag, Zürich 2006 (zit. Reetz, Sicherungszession). In diesem Aufsatz wird die Hauptthese der Habilitationsschrift dargestellt.

2 Literaturverzeichnis: Zobl Dieter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982; Oftinger Karl/Bär Rolf, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dreiundzwanzigster Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884–918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981; Bergmaier Hans, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1945; Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich 2003; Gauch Peter/Schlupep Walter R./Schmid Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 8. Aufl., Zürich 2003; Kramer Ernst A./Schmidlin Bruno, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, erläutert von Ernst A. Kramer und Bruno Schmidlin, Bern 1986 (zit. nach dem jeweiligem Bearbeiter: Kramer oder Schmidlin); Jäggi Peter/Gauch Peter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 1. und 2. Abteilung, Art. 1–529 OR, Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980; Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III: Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 2e édition, Berne 1996 (zit. Steinauer, Band III); Walter Hans Peter, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Mobiliarsicherheiten, Sicherungszession und -übergang, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht, Berner Bankrechtstag 1998, Bern 1998, 43 ff. (zit. Walter H. P.,

Sicherungszession); Walter Hans Peter, Der Treuhandvertrag, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Sandro Bernasconi/Bernd Stauder/Pierre Tercier/Hans Peter Walter (Hrsg.), temi scelti di diritto contrattuale, Bellinzona 1997, 43 ff. (zit. Walter H. P., Treuhandvertrag); Girsberger Daniel, Kommentar zu Art. 164–174 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003; Bauer Thomas, Kommentar zu Art. 884–894 ZGB und 899–918 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003; Serick Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Monographie in 6 Bänden, Heidelberg 1963–1986 (zit. Serick, Band/Seite); Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. Bucher, OR AT); von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974; von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979; Peter Hansjörg, Das bedingte Geschäft. Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994; Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, Bern 1998 (zit. Kramer, Methodenlehre); Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halbband, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929; Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Bemerkungen zu Art. 1 ZGB, Bern 1962; Schmid Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001 (zit. Schmid, Einleitungsartikel); Bucher Eugen, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? Referat für den Schweizerischen Juristenverein (1983), ZSR n.F. 102 II (1983) 251 ff. (zit. Bucher, Hundert Jahre); Spirig

Eugen, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung: Art. 164–174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993; Gauch Peter, Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in: Das Menschenbild im Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, 177 ff. (zit. Gauch, Mensch); Koller Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Nachdruck Freiburg 1989 (zit. Koller, Glaube).

3 Ähnlich: Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1507; Oftinger/Bär, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 271 ff.; Bergmaier, 21; Schmid/Hürlimann-Kaup, N 2022.

4 Vgl. BGE 71 II 100; Oftinger/Bär, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 271; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1028; Kramer, N 121 zu Art. 18 OR.

5 Kramer, N 124 zu Art. 18 OR; vgl. auch Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1024 ff.; Jäggi/Gauch, N 184 ff. zu Art. 18 OR.

6 Vgl. Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1374.

7 Oftinger/Bär, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 241 und N 274. Vgl. auch Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1028.

8 Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1026.

9 Steinauer, Band III, Nr. 3059c; Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1600 ff. und N 1640 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, N 2025.

10 Vgl. Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1374; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1027; Jäggi/Gauch, N 186 zu Art. 18 OR. Vgl. zum Ganzen auch BGE 117 II 295; 72 II 288 f.; 71 II 100 f.

11 Zum Einzug der Sicherungsforderung ist der Sicherungszessionar allerdings schon vorher verpflichtet, vgl. dazu Reetz, Sicherungszession, N 218 ff.

12 Vgl. dazu auch Bergmaier, 21 ff.

13 Einen ähnlichen Begriff verwendet Kramer, N 127 zu Art. 18 OR, der von einem fiduziarischen Zuwendungsgeschäft (*sui generis*) spricht.

14 Gl.M. Walter H. P., Sicherungszession, 45; ders., Treuhandvertrag, 49; Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1376; Bergmaier, 69 ff.

15 Die „Verwertungsabrede“ ist demnach aufschiebend bedingt i.S.v. Art. 151 ff. OR, da im Zeitpunkt, in dem sie getroffen wird, ungewiss ist, ob der „Verwertungsfall“ zukünftig eintreten wird oder nicht.

16 Zieht der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vor dem Eintritt des „Verwertungsfalles“ ein, so hat er das erhaltene Surrogat bei einem allfälligen späteren Eintritt des „Rückleistungsfalles“ (dazu sogleich sub lit. d im Text) dem Sicherungszedenten zurückzugeben (vgl. Reetz, Sicherungszession, N 219 ff.). Es rechtfertigt sich deshalb nicht, für diesen Fall von einer Verwertung des Sicherungszessionars für sich zu sprechen.

17 Vgl. Reetz, Sicherungszession, N 232.

18 Der Grund liegt darin, dass der Sicherungszessionar diesfalls hat, was ihm gebührt. – Befindet sich der Sicherungszedent im Verzug, so hat er immerhin Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten (Art. 103 Abs. 1 OR). Handelt es sich bei der Hauptforderung um eine Geldschuld, so hat der Sicherungszedent überdies Verzugszinsen zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).

19 Ist der „Verwertungsfall“ eingetreten und hat der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung bereits verwertet, so ist dadurch die Hauptforderung im Umfang des erzielten Verwertungserlöses untergegangen (vgl. Reetz, Sicherungszession, N 232 sowie N 264), womit die Verpflichtung des Sicherungszessionars zur Rückzession der Sicherungsforderung (im entsprechenden Umfang) dahinfällt.

20 Ausnahmsweise kann die von den Parteien (Sicherungszedent und Sicherungszessionar) ins Auge gefasste ungewisse zukünftige Tatsache auch (teilweise) anderen Inhalts sein. Beispiel: Es wird vereinbart, dass der „Rückleistungsfall“ (zusätzlich) auch dann als eingetreten gilt, wenn die Hauptforderung anderweitig sichergestellt wird.

21 Vgl. allerdings Reetz, Sicherungszession, N 286 ff., wo der Sonderfall der resolutiv bedingten Sicherungszession behandelt wird.

22 Beispiel: „Du [Y, Sicherungszessionar] bist verpflichtet, im Falle der Tilgung der Hauptforderung zu mindestens 80% die Sicherungsforderung auf mich [X, Sicherungszedent] zurück zu übertragen.“ In diesem Fall liegt eine (bloss) teilweise Sicherung der Hauptforderung vor, vgl. Reetz, Sicherungszession, N 31.

23 Zwingendes Recht ist z.B. Art. 894 ZGB, welcher nach der hier vertretenen Auffassung analog auch auf die Sicherungszession anwendbar ist, vgl. dazu Reetz, Sicherungszession, N 445 ff.

24 Vgl. Bergmaier, 26 ff.; Steinauer, Band III, Nr. 3059c; Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1600 ff. und N 1640 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, N 2025.

25 Bergmaier, 26; Girsberger, N 44 zu Art. 164 OR; vgl. auch Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 1615; Walter H. P., Sicherungszession, 44.

26 BGE 119 II 328; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1029; Bauer, N 33 vor Art. 884–894 ZGB; Kramer, N 119 zu Art. 18 OR; Serick, Band II, 263.

27 Bergmaier, 31.

28 Vgl. dazu im Einzelnen Reetz, Sicherungszession, N 581 ff.

29 BGE 119 II 328; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N 1029.

30 Bucher, OR AT, 511 Fn. 31.

31 Bucher, a.a.O.

32 Von Tuhr/Escher, 267 f.; von Tuhr/Peter, 222; ausführlich: Peter, 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

33 Von Tuhr/Escher, 267 f.; von Tuhr/Peter, 222; ausführlich: Peter, 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

34 ? 161 Abs. 1 Satz 1 BGB hat folgenden Wortlaut: „Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde [Hervorhebung hinzugefügt].“

35 Von Tuhr/Escher, 267 f.; von Tuhr/Peter, 222; ausführlich: Peter, 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

36 Von Tuhr/Escher, 267 f.; von Tuhr/Peter, 222; ausführlich: Peter, 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

37 Vgl. dazu Kramer, Methodenlehre, 151 f.

38 Sten. Bull. 1909, NR, 542 f. (Eugen Huber als deutscher Berichterstatter der vorberatenden Kommission): „Dazu kommen nun aber einige materielle Neuerungen in diesem 29. Titel (...). Unter den Bedingungen finden Sie in Art. 1177 einen Zusatz. Es war schon nach dem geltenden Recht, Art. 172, Vorschrift, dass der bedingt verpflichtete Schuldner nichts unternehmen durfte, was die Erfüllung der bedingten Leistung für die Zukunft erschweren konnte; allein es war nicht gesagt, welche Wirkung es habe, wenn der Schuldner trotz des Verbotes eine solche Handlung vornimmt. Um die Lücke auszufüllen, schlagen wir Ihnen vor, im dritten Absatz des Art. 1177 zu sagen: <Verfügungen während der Schwebezeit sind, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfällig, als sie die Wirkung, die vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde, beeinträchtigen.> Sie sollen hinfällig sein, auch Dritten gegenüber nicht Geltung haben, sofern diese Dritten nicht etwa durch ihren bona fide Erwerb anderweitig genügend geschützt erscheinen (...) [Hervorhebungen hinzugefügt].“

39 Sten. Bull. 1909, NR, 544 (M. Rossel als französischsprachiger Berichterstatter der vorberatenden Kommission): „Le troisième alinéa, que nous insérons dans l’art 1177, renferme une sanction expresse qui ne figurait pas dans le code fédéral et qui était nécessaire. La voici (nous sommes dans le chapitre des obligations conditionnelles): <Tout acte de disposition accompli avant l’avènement de la condition est nul dans la mesure où il en compromet les effets.> ... [Hervorhebungen hinzugefügt].“

40 Sten. Bull. 1910, StR, 183 (Hoffmann als Berichterstatter der vorberatenden Kommission): „Zu Art. 1177 ist folgendes zu sagen: Der geltende Art. 172, Absatz 1, wird im ersten Absatze des Art. 1177 reproduziert. Dagegen enthält das Obligationenrecht keine Lösung darüber, wie es zu halten ist, wenn dieser Verpflichtung entgegengehandelt wird; das wird im dritten Absatz geregelt wie folgt: <Verfügungen während der Schwebezeit sind, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfällig, als sie die Wirkung, die vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde, beeinträchtigen.> [Hervorhebung hinzugefügt].“

41 Auch indem Eugen Huber ausdrücklich von materiellen Neuerungen sprach (die es einzuführen galt; siehe Anm. 159), zeigt es sich, dass Art. 152 Abs. 3 OR (entspricht dem von Eugen Huber zitierten Art. 1177 Abs. 3) auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen anwendbar ist: Wäre Art. 152 Abs. 3 OR (im Sinne von Bucher und der herrschenden Lehre) tatsächlich nur auf vorbestehende bedingte Verfügungen anwendbar, so hätte die Aufnahme von Art. 152 Abs. 3 in das OR gerade keine materielle Neuerung dargestellt. Dies deshalb nicht, da vorbestehende bedingte Verfügungen bereits im alten OR (getreu der ganzen pandektistisch-gemeinrechtlichen Doktrin) die Verfügungsmacht desjenigen, der bereits bedingt verfügt hat, beschränkten. Dass derjenige, der bedingt verfügt hat, bei einer zweiten, nachfolgenden Verfügung in seiner Verfügungsmacht durch die vorbestehende bedingte Verfügung beschränkt ist, ergab und ergibt sich bereits aus dem Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen („nemo plus iuris transferre potest quam ipse habe[re]t“). Hätte durch Art. 152 Abs. 3 OR nur dies (Einschränkung der Verfügungsmacht durch eine vorbestehende bedingte Verfügung) festgehalten werden sollen, so hätte dessen Aufnahme in das OR am bestehenden Rechtszustand gar nichts geändert, weshalb Eugen Huber, dem der

zitierte Grundsatz bestens bekannt war (vgl. etwa Eugen Hubers Regelung der Art. 933 ff. ZGB), diesfalls nicht von einer „materiellen Neuerung“ gesprochen hätte. – ? 161 Abs. 1 Satz 1 BGB hält an sich nichts fest, was sich nicht bereits aus dem Grundsatz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habe[re]t“ ergibt, weshalb die Bestimmung wenn auch nicht überflüssig, so doch entbehrlich wäre (obwohl sie der Klarheit dienen mag).

42 Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 152 OR.

43 Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 152 Abs. 3 OR jedoch auch auf vorbestehende bedingte Verfügungen anwendbar (denen nun durch eine zweite Verfügung zuwidergehandelt wird); dies indes nicht aufgrund einer unmittelbaren Anwendung der Norm, sondern lediglich aufgrund eines Analogieschlusses.

44 Die vorliegende Konstellation ist damit nicht vergleichbar mit dem Fall, in dem sich ein einzelnes Ratsmitglied in einem bestimmten Sinn zu einer bestimmten Frage äussert. Zu beachten ist nämlich, dass es sich bei der vorberatenden parlamentarischen Kommission um ein von der Verfassung und vom Gesetzgeber vorgesehenes Organ handelt, welches mit bestimmten Aufgaben (Ausarbeitung von Gesetzen und Begründung derselben in den Räten) betraut ist, weshalb den entsprechenden Ausführungen dieses (durch die Kommissionssprecher vertretenen) Organs höchstes Gewicht zuzumessen ist, wenn diese – wie vorliegend – unwidersprochen geblieben sind. Demgegenüber äussert ein einzelner Parlamentarier anlässlich eines Votums grundsätzlich nur seine eigene (persönliche) Meinung. Bleibt diese indes unangefochten, so kann allenfalls auch sie Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers zulassen; dies gilt es allerdings im Einzelfall zu prüfen.

45 Die objektiv-historische Methode (zumindest als Ausgangspunkt jeder Auslegung) ist in der Schweiz immer noch vorherrschend, vgl. dazu BGE 121 III 225; 123 III 26; Meier-Hayoz, N 151 ff. zu Art. 1 ZGB; Schmid, Einleitungsartikel, N 129.

46 Meier-Hayoz, N 155 ff. zu Art. 1 ZGB, mit Verweisen; Schmid, Einleitungsartikel, N 129. Soweit ersichtlich ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis anhin noch nie vom objektiv-historischen Sinn einer Norm (d.h. vom für die seinerzeitigen Rechtsunterworfenen [auch aufgrund der Materialien] nach Treu und Glauben erkennbaren Sinn einer Norm) abgewichen, wenn dieser auch im Wortlaut der Norm seinen Niederschlag gefunden hatte. Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 122 III 474; Schmid, Einleitungsartikel, N 150.

47 Beizufügen ist, dass sich die Verhältnisse seit der Revision des OR von 1911 in der fraglichen Hinsicht nicht geändert haben. Zudem scheidet ein Irrtum des Gesetzgebers aufgrund der eindeutigen Materialienlage vorliegend aus.

48 Von Tuhr/Escher, 267 f.; von Tuhr/Peter, 222; ausführlich: Peter, 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

49 Vgl. etwa Art. 974 Abs. 2 ZGB, wo sich der Gesetzgeber – entgegen der dazumal herrschenden Tradition – bewusst für das Kausalitätsprinzip entschieden und damit eine andere Wertung als die damalige Doktrin vorgenommen hat.

50 Dies überrascht nicht besonders, weiss man doch zumindest von Eugen Huber, dass er dem BGB gegenüber ziemlich skeptisch eingestellt war. Tatsächlich bestanden die Aufträge des schweizerischen OR-Revisionsgesetzgebers denn auch einzig darin, a) das OR an das ZGB von 1907 anzupassen, b) Versehen im alten OR zu beheben und c) dort, wo Revisionsbedarf bestand, korrigierend einzugreifen. Eine „Anpassung“ des OR an das BGB von 1896 war demgegenüber nicht Gegenstand des Revisionsauftrages des schweizerischen Gesetzgebers.

51 Soweit ersichtlich war der deutsche Andreas von Tuhr der erste, der in Art. 152 Abs. 3 OR – zu Unrecht – eine Übernahme von ? 161 Abs. 1 Satz 1 BGB sah, vgl. von Tuhr/Escher, 267 Fn. 32 (ohne Belegstelle mit Bezug auf die schweizerischen Gesetzesmaterialien). Von von Tuhr ist heute bekannt, dass er zu Hause schrieb und zudem die Materialien in seinen Schriften nie zitierte, was die Vermutung nahe legt, dass er diese gar nicht besass.

52 Bucher, Hundert Jahre, 375.

53 Von Tuhr/Escher, 267 f.; von Tuhr/Peter, 222; ausführlich: Peter, 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

54 Sten. Bull. 1909, NR, 542 f. (Eugen Huber als deutscher Berichterstatter der vorberatenden Kommission): „(...) Sie sollen hinfällig sein, auch Dritten gegenüber nicht Geltung haben, sofern diese Dritten nicht etwa durch ihren bona fide Erwerb anderweitig genügend geschützt erscheinen (...) [Hervorhebung hinzugefügt].“

55 Siehe dazu Reetz, Sicherungszession, N 152 ff. und N 206 ff.

56 Wollte man im Sinne von Bucher und der herrschenden Lehre entscheiden (und Art. 152 Abs. 3 OR nur auf vorbestehende bedingte Verfügungen anwenden), so bedürfte es in methodischer Hinsicht einer teleologischen Reduktion. Eine teleologische Reduktion darf jedoch nur dann Platz greifen, wenn bei Nichtvornahme derselben unbillige Ergebnisse zutage träten. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall; tatsächlich sind die Ergebnisse nach der hier vertretenen Auffassung sogar besser als nach der von der herrschenden Lehre vertretenen Deutung von Art. 152 Abs. 3 OR (siehe dazu die Ausführungen im Text).

57 Vgl. auch Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 152 OR. Vgl. dazu im Übrigen Reetz, Sicherungszession, N 148 ff.

58 Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 4238.

59 Die Sicherungsforderung geht also im Zeitpunkt der Verfügung auf den Zweitcessionar über, vgl. von Tuhr/Escher, 269; Bucher, OR AT, 512; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 4244.

60 Ein Rückübertragungsakt (Rückzession) ist nicht notwendig, vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 4238.

61 Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 4233.

62 Als Dritter gilt auch jeder spätere Erwerber der Forderung, vgl. von Tuhr/Escher, 347 Fn. 51; Spirig, N 193 zu Art. 164 OR.

63 Zu den bedeutsamen Unterschieden zwischen Einrede und Einwendung vgl. von Tuhr/Peter, 27 ff.

64 Darüber hinaus ist präzisierend festzuhalten, dass Art. 164 Abs. 2 OR nicht nur zu Gunsten des gutgläubigen Sicherungszessionars (Erstzessionar), sondern auch zu Gunsten des gutgläubigen Zweitcessionars unmittelbar wirkt: Dies insofern, als dem Sicherungsschuldner nicht nur dem Sicherungszessionar, sondern auch dem Zweitcessionar gegenüber die Einwendung eines „pactum de non cedendo“ verwehrt ist, wenn dieser die Sicherungsforderung gutgläubig erworben hat, d.h. im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekennnis, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält.

65 ... sowie zu Gunsten jedes späteren gutgläubigen Erwerbers der Forderung.

66 So auch Jäggi/Gauch, N 248 zu Art. 18 OR.

67 Anzumerken ist, dass der Zweitcessionar einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des schriftlichen Schuldbekenntnisses gegenüber dem Sicherungszessionar hat (Art. 170 Abs. 2 OR).

68 Setzt sich das schriftliche Schuldbekenntnis aus mehreren Schriftstücken zusammen, ist jedoch die Sicherungszession nur auf einem dieser Schriftstücke vermerkt, so ist der Zweitcessionar allerdings dann berechtigt, sich auf seinen guten Glauben zu berufen, wenn ihm dieses eine Schriftstück vom Sicherungszessionar nicht ausgehändigt worden ist und er aus den übrigen Schriftstücken nicht auf deren Unvollständigkeit schliessen musste.

69 Vgl. dazu Kramer, Methodenlehre, 151 f.

70 Zum Begriff des vernünftigen Menschen im Allgemeinen vgl. Gauch, Mensch, 177 ff.

71 Das schriftliche Schuldbekenntnis i.S.v. Art. 164 Abs. 2 OR ist kein Wertpapier i.S.v. Art. 965 OR – namentlich kein Inhaberpapier i.S.v. Art. 978 ff. OR – und verschafft dessen Besitzer daher kein Gläubigerrecht, falls die im schriftlichen Schuldbekenntnis ausgewiesene Forderung nicht nach den Regeln des Zessionsrechts (Art. 164 ff. OR) auf ihn übertragen worden ist.

72 Der Zedent muss Gläubiger der Forderung sein, da es beim Erwerb von Forderungen grundsätzlich keinen Gutglaubensschutz zu Gunsten des Erwerbers gibt. Vgl. zu diesem Grundsatz: BGE 56 II 363; Spirig, N 41 zu Art. 167 OR; Koller, Glaube, N 674; Bergmaier, 148; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 3689 f.; Bauer, N 8 zu Art. 900 ZGB.

73 Der Zweitcessionar ist auch dann nicht gutgläubig bzw. darf sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, wenn zwar aus dem schriftlichen Schuldbekenntnis oder der Abtretungsurkunde nicht hervorgeht, dass es sich bei der nun zum zweiten Mal abgetretenen Forderung um eine ursprünglich sicherungshalber zederte Forderung handelt, er aber anderweitige Kenntnis von diesem Umstand hat oder haben muss. Dies ergibt sich unmittelbar aus der ratio legis von Art. 3 ZGB, der nur berechtigtes Vertrauen schützt. Vertrauen auf ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal („schriftliches Schuldbekenntnis“ oder „Abtretungsurkunde“, vgl. Art. 164 Abs. 2 OR analog) ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn man weiss oder wissen muss, dass dieses die wahre Rechtslage nicht oder nur unvollständig wiedergibt. Vgl. auch Oser/Schönenberger, N 22 zu Art. 164 OR. Zum Begriff des berechtigten Vertrauens vgl. im Übrigen Jäggi/Gauch, N 247 f. zu Art. 18 OR.

74 Händigt der Sicherungszessionar dem Zweitcessionar ein gefälschtes schriftliches Schuldbekenntnis und/oder eine gefälschte (erste) Abtretungsurkunde aus, so ist der Zweitcessionar auch bei Nichterkennbarkeit der Fälschung nicht (definitiver) Gläubiger der Sicherungsforderung geworden. Der Grund liegt darin, dass Art. 164 Abs. 2 OR nur das „Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis“ bzw. – per argumentum a fortiori – das Vertrauen auf die Abtretungsurkunde selbst schützt, was jedoch stillschweigend die Echtheit dieser Urkunden voraussetzt: Eine Fälschung ist kein

schriftliches Schuldbekenntnis bzw. keine Abtretungsurkunde i.S.v. Art. 164 Abs. 2 OR analog, weshalb die Norm nicht zur Anwendung kommt (auch nicht analogieweise) und sich die Frage des Schutzes des guten Glaubens des Zweitcessionars diesfalls gar nicht stellt.

75 Kramer, Methodenlehre, 148, spricht in diesem Zusammenhang zu Recht davon, dass der zu beurteilende, nicht geregelte Sachverhalt dem gesetzlich geregelten Fall wertungsmässig (teleologisch) entsprechen muss. – Genau dies trifft regelmässig zu, wenn sich die jeweiligen Interessenlagen (wie vorliegend) kaum voneinander unterscheiden.

76 Es ist nicht ersichtlich, welches Interesse ein vernünftiger und redlicher Sicherungszessionar daran haben könnte, die Sicherungszession in der Abtretungsurkunde als „gewöhnliche“ Zession zu bezeichnen, wenn dies

dem Wunsch des Sicherungszedenten widerspricht. Weigert sich der Sicherungszessionar, die Sicherungszession in der Abtretungsurkunde kenntlich zu machen, so wäre im Einzelfall zu prüfen, ob bezüglich des Sicherungscharakters der Zession überhaupt ein Konsens vorliegt.

77 Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Sicherungszedent dem schriftlichen Schuldbekenntnis ein neues, von ihm unterzeichnetes Blatt voranstellt („Titelblatt“), auf dem er angibt, dass er die Sicherungsforderung dem Sicherungszessionar sicherungshalber zediert. Die Unterschrift des Sicherungsschuldners ist für einen derartigen Vermerk nicht erforderlich, wie auch seine Zustimmung zur Sicherungszession nicht notwendig ist.