
Alfred Koller

Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet

(Die Bedeutung des Satzes im Bereich «gewöhnlicher» Forderungen)

Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat. Dieser auf *Ulpian* zurückgehende Satz scheint selbstverständlich, gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Einschränkungen kennen namentlich das Sachenrecht (v. a. Art. 933, 973 ZGB) und das Wertpapierrecht (v. a. Art. 979, 1107, 1143 Z. 5, 1146 OR). Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit der Satz bei «gewöhnlichen» (d. h. andern als Wertpapier-) Forderungen gilt. Näherhin geht es um die Frage, ob jemand durch die Abtretung einer (gewöhnlichen) Forderung mehr Rechte verschaffen kann, als er selbst hat¹. Die grundsätzliche Rechtslage ist klar:

I. Die verschiedenen Teilinhalte des Satzes

Nur der Gläubiger einer Forderung kann diese übertragen, nicht auch ein Dritter; und die Forderung kann nur so übertragen werden, wie sie sich beim Gläubiger vorfindet, mit allen Stärken und Schwächen. Damit ist auch gesagt, dass bei Zession einer nicht existenten Forderung nichts übergeht. «Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet» bedeutet somit in unserem Zusammenhang ein Dreifaches:

- *Niemand kann fremde Forderungen übertragen.* Der Gläubiger einer Forderung muss es sich mit andern Worten nicht gefallen lassen, dass ihm ein Dritter die Forderung entzieht.

¹Die gleiche Problematik kann sich z. B. auch bei der Verpfändung einer Forderung stellen (vgl. z. B. *Oftinger/Bär*, Zürcher Kommentar, N. 104 zu Art. 900 ZGB; *E. A. Kramer*, Berner Kommentar, N. 177 zu Art. 18 OR, *Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar, N. 259 zu Art. 18 OR; *A. Koller*, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985 [unveränderter Nachdruck 1989], Nr. 641; *E. Bircher*, Gutgläubiger Erwerb des Forderungspfandrechts, Diss. Bern 1946, 45 f.; *W. Gaudy*, Die rechtliche Behandlung der Simulation nach OR Art. 18, Diss. Zürich 1927, 70 f.; *M. Ehrenzeller*, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1951, 32). Wenn ich mich im folgenden auf die Zession beschränke, so geschieht dies gleichsam *pars pro toto*, in der Meinung, dass die Ausführungen *mutatis mutandis* auch auf gewisse andere Rechtsgeschäfte (wie eben z. B. die Verpfändung) übertragen werden können.

- *Der Gläubiger einer Forderung kann diese nur so übertragen, wie sie ihm zusteht.* Diese Regel gilt – anders als die eben dargestellte – im Interesse des Schuldners. Dieser muss es sich nicht gefallen lassen, dass seine Rechtslage durch die Zession erschwert wird. Wenn er sich schon gegen die Zession (grundsätzlich) nicht wehren kann (Art. 164 Abs. 1 OR), so soll er dadurch zumindest auch nicht benachteiligt werden (Art. 169 OR)^{2,3}.
- *Die Zession einer nicht existenten Forderung begründet keine Forderung.* Diese Regel bedarf keiner weiteren Begründung.
All das erfährt jedoch Einschränkungen (II. und III.):

II. Ausnahmen von der Regel, dass niemand fremde Forderungen übertragen kann

Die Regel, dass niemand fremde Forderungen übertragen kann, besteht – wie gesagt – im Interesse des Gläubigers. Dieser muss daher die Zession durch einen Dritten jedenfalls dann gelten lassen, wenn er jenen zur Zession bevollmächtigt hatte (Art. 32 OR) oder die Zession nachträglich genehmigt (Art. 38 OR).

² Eingehend zu dieser Bestimmung (neben den einschlägigen Kommentaren): *A. Koller* (Fn. 1), Nr. 705–747. Hier vereinfacht nur was folgt: Der Schuldner kann dem Zessionar alle Einreden und Einwendungen entgegenhalten, die er dem Zedenten entgegenhalten könnte, wenn keine Abtretung erfolgt wäre. Ist beispielsweise die Forderung des Gläubigers verjährt, so geht im Falle der Abtretung die Forderung in verjährtem Zustand über. Der Schuldner braucht somit dem Zessionar nicht zu leisten. Oder wenn der Gläubiger einer auflösend bedingten Forderung diese abtritt, so geht die Forderung samt der Bedingung über, mit der Folge, dass der Schuldner nach Eintritt der Bedingung die Leistung verweigern kann.

³ Der Regel, dass grundsätzlich niemand fremde Forderungen übertragen kann, entspricht im Sachenrecht die Regel, dass niemand fremdes Eigentum übertragen kann. Demgegenüber hat die Regel, dass die Stellung des Schuldners im Zessionsfalle grundsätzlich nicht verschlechtert werden darf, keine Entsprechung bei der Eigentumsübertragung. Das ist eine Folge davon, dass der Eigentümer keinen dem Schuldner vergleichbaren Verpflichteten hat. Ähnliche Probleme wie für den debitor cessus stellen sich jedoch beim Eigentumsübergang für den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts, einen Mieter oder Pächter: Es fragt sich, ob der Eigentumsübergang ihre Rechtsposition verschlechtern kann. Das ist für die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte grundsätzlich zu verneinen, wogegen der Eigentumsübergang obligatorische Berechtigungen wie Miete und Pacht grundsätzlich «bricht». Dieser Grundsatz wird jedoch im eben revidierten Miet- und Pachtrecht erheblich eingeschränkt (Art. 261 und 290; s. demgegenüber noch Art. 259 des jetzt revidierten OR). Für das landwirtschaftliche Pachtrecht galt schon früher «Kauf bricht Pacht nicht» (Art. 14 LPG; dazu *B. Studer* bei *A. Koller* [Hrsg.], *Der Grundstückskauf*, St. Gallen 1989, Nr. 1030ff).

Bei fehlender Vollmacht greift unter Umständen Art. 33 Abs. 3 OR⁴ ein: Teilt der Gläubiger einer Forderung einem Dritten *wahrheitswidrig* mit, er habe jemanden zur Zession bevollmächtigt, so ist der Dritte, der die Forderung im berechtigten Vertrauen auf die (unrichtige) Kundgabe erwirbt, zu schützen. D. h. der angebliche Bevollmächtigte kann die Forderung wirksam zedieren, falls der Zessionar vom Fehlen der Vollmacht keine Kenntnis hat (Erfordernis der Gutgläubigkeit) noch haben muss (Erfordernis der *berechtigten* Gutgläubigkeit, Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Keine Anwendung findet Art. 33 Abs. 3 OR dann, wenn der Gläubiger eine Zessionsvollmacht tatsächlich erteilt hat, die Vollmacht in der Folge erlischt und die Vollmachtskundgabe dadurch unrichtig wird. Für derartige Fälle *nachträglicher* Unrichtigkeit der Kundgabe sieht jedoch Art. 34 Abs. 3 OR Gutgläubensschutz analog Art. 33 Abs. 3 OR vor⁵: Der Zessionar, der die Forderung im berechtigten Vertrauen auf die Kundgabe erwirbt, ist in diesem Vertrauen geschützt.

Bei den Tatbeständen von Art. 32, 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR erwirbt der Zessionar die Forderung im Zeitpunkt der *Abtretung*. Demgegenüber geht die Forderung beim Tatbestand des Art. 38 OR erst *später* (mit der Genehmigung) über. Entsprechendes gilt im Falle der sog. Konvaleszenz⁶: Die Abtretung einer Forderung durch einen Nichtgläubiger entfaltet nachträglich Wirkung, wenn der Nichtgläubiger die Forderung erwirbt⁷. Beispiel: A tritt sicherheitshalber eine Forderung an die Bank B1 ab. Später tritt er die gleiche Forderung an die Bank B2 ab. War die erste Abtretung gültig, ist die zweite unwirksam. Denn diesfalls hat A über eine fremde Forderung (jene der Bank B1) verfügt. Wenn aber die Bank B1 die Forderung an A rückzediert (z. B. weil das Darlehen, dessen Sicherung die Zession diente, zurückbezahlt wurde), so wird die Zession an die Bank B2 voll wirksam. Die Forderung fällt also nicht an A zurück, sondern gelangt ins Vermögen der Bank B2⁸.

⁴ Vgl. zu dieser Bestimmung neustens R. Zäch im Berner Kommentar, N. 1 ff., 123 ff. zu Art. 33 OR; ferner A. Koller (Fn. 1), Nr. 203 ff.; Chappuis/Dätwyler, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les art. 33, 34 et 36 CO, Semjud 1987 241 ff.; und F. Gilliard, La représentation directe dans le Code des obligations: un chef-d'œuvre d'incohérence, in der Festschrift für Max Keller, Zürich 1989 161 ff.

⁵ Ausführlich zu dieser Bestimmung R. Zäch, Berner Kommentar, N. 37 ff. zu Art. 34 OR, ferner A. Koller (Fn. 1), Nr. 293 ff.

⁶ Vgl. dazu v. Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, 217, mit weiteren Hinweisen in Anm. 28.

⁷ Von Tuhr/Peter (Fn. 6), 218, erwähnen noch einen weiteren (m. E. zweifelhaften) Fall von Konvaleszenz: Wenn ein Nichtgläubiger über eine fremde Forderung verfüge und nachträglich vom Gläubiger beerbt werde, so trete der Gläubiger «als Erbe in die Rechtsstellung des Verfügenden» ein und müsse sich die Zession entgegenhalten lassen.

⁸ Weiteres Beispiel bei v. Tuhr/Peter (Fn. 6), 217 unten/218.

III. Ausnahmen von der Regel, dass die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtert werden kann

Wie erwähnt, wird durch die Zession einer Forderung die Stellung des Schuldners grundsätzlich nicht erschwert: Der Zedent kann nicht mehr Rechte übergehen lassen, als er selbst hat; hat er überhaupt keine Forderung, so geht auch nichts über. Ausnahmen ergeben sich aus Art. 18 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR. Dazu kommen Tatbestände, auf welche die beiden Bestimmungen analoge Anwendung finden:

1. Art. 18 Abs. 2 OR

Art. 18 Abs. 2 OR betrifft den Fall einer simulierten, vorgetäuschten Forderung⁹. Solche Forderungen sind (selbstverständlich) Nicht-Forderungen. Ihre Abtretung ändert daran grundsätzlich nichts. Hat jedoch der (Schein-) Schuldner über die simulierte Forderung eine Schuldurkunde («schriftliches Schuldbekennnis», Art. 18 Abs. 2 OR) ausgestellt und der Zessionar die Forderung im berechtigten (Art. 3 Abs. 2 ZGB) Vertrauen auf diese Urkunde erworben, so kann ihm «der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen». Der Zessionar erwirbt «vermöge seines guten Glaubens eine Forderung, die dem Abtretenden nicht zustand» (BGE 96 II 390 unten). Dies freilich nur dann, wenn neben der Simulation keine andern Mängel vorliegen, welche die Entstehung der Forderung hindern¹⁰. Stellt also beispielsweise ein Urteilsunfähiger eine simulierte Schuldurkunde aus, so kann er aus der simulierten Forderung zum vornherein nicht in Anspruch genommen werden. Zwar ist ihm unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR der Einwand abgeschnitten, die Forderung sei simuliert; hingegen bleibt ihm trotz Art. 18 Abs. 2 OR die Einwendung gewahrt, schon mangels Urteilsfähigkeit sei keine Forderung entstanden¹¹.

2. Art. 164 Abs. 2 OR

Die Bestimmung von Art. 18 Abs. 2 OR ist zwar nicht nach ihrer systematischen Stellung, wohl aber der Sache nach eine zessionsrechtliche Regel. Sie

⁹ Eingehend zu dieser Bestimmung die in Fn. I zitierten Werke von E. A. Kramer, Jäggi/Gauch, A. Koller, M. Ehrenzeller und W. Gaudy; ferner Tercier/Ducrest, SJK Karte Nr. 606, 10 ff.

¹⁰ A. Koller (Fn. I), Nr. 596 ff., 627 ff.

¹¹ Tercier/Ducrest (Fn. 9), II unten.

gehört an die Seite von Art. 164 Abs. 2 OR^{12,13}. Diese Bestimmung betrifft den Tatbestand, da eine Forderung abgetreten wird, obwohl die Abtretung von Schuldner und Gläubiger vertraglich ausgeschlossen war. Ein solcher Abtretungsausschluss beschränkt nicht nur das Dürfen des Gläubigers, sondern auch sein Können: Eine verbotswidrige Abtretung bleibt wirkungslos¹⁴. Eine Ausnahme gilt nach Art. 164 Abs. 2 OR für den Fall, dass der Schuldner die Forderung ohne das Abtretungsverbot verurkundet hat und der Zessionar im berechtigten (Art. 3 Abs. 2 ZGB) Vertrauen auf die Urkunde davon ausgeht, er erwerbe eine abtretbare Forderung. Diesfalls geht die Forderung trotz des Abtretungsverbots über, und zwar *ohne* das Abtretungsverbot.

Ähnlich wie beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR erwirbt also der Zessionar auch beim Tatbestand des Art. 164 Abs. 2 OR ein Recht, das der Zedent nicht hatte: Dort ist es die Forderung als solche, die im Zessionar entsteht; hier ist es nur (aber immerhin) das Abtretungsrecht.

Nachzutragen bleibt, dass es unerheblich ist, aus welchen Gründen das Abtretungsverbot nicht verurkundet wurde. Namentlich ist gleichgültig, ob Absicht dahintersteckt oder nur ein Versehen¹⁵. Insoweit unterscheidet sich Art. 164 Abs. 2 OR von Art. 18 Abs. 2 OR, der eine *bewusste* Falschverurkundung (Simulation) voraussetzt.

3. Weitere Tatbestände

Sowohl Art. 18 Abs. 2 als auch Art. 164 Abs. 2 OR schützen das (berechtigte) Vertrauen des Zessionars auf eine Schuldurkunde, welche die von Gläubiger und Schuldner getroffene Vereinbarung unzutreffend wiedergibt. Ob ein derartiger Schutz auch in gesetzlich nicht geregelten Fällen Platz greifen kann – in Analogie zu Art. 18 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR –, ist umstritten. Z. T. wird dies mit dem Argument verneint, die beiden Bestimmungen hätten Ausnahmecharakter, was nach allgemeiner Regel eine analoge Anwendung verbiete¹⁶. Die Auffassung, Ausnahmenvorschriften seien analogiefeindlich, ist indes nach neuerer zutreffender Methodenlehre überholt (BGE 113 II 127, 88 II 153 mit Literaturhinweisen¹⁷). Art. 18 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR

¹² Eingehend zu dieser Bestimmung (neben den einschlägigen Kommentaren) *A. Koller* (Fn. 1), Nr. 649 ff.

¹³ *E. A. Kramer*, Berner Kommentar, N. 170 zu Art. 18 OR.

¹⁴ Sie macht nicht etwa bloss (nach Art. 97 OR) schadenersatzpflichtig; vgl. *Oser/Schönenberger*, Zürcher Kommentar, N. 20 zu Art. 164 OR.

¹⁵ *Oser/Schönenberger* (Fn. 14), N. 23 zu Art. 164 OR; *A. Koller* (Fn. 1), Nr. 655.

¹⁶ So etwa *v. Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974 (Nachdruck 1984), 365 (mit Bezug auf Art. 18 Abs. 2 OR); ZR 1910 36 Nr. 23 (betr. Art. 16 aOR, dem «Vorgänger» von Art. 18 OR).

¹⁷ Aus der neueren Lehre vgl. z. B. *E. A. Kramer*, Berner Kommentar, N. 176 zu Art. 18 OR.

sind daher, obwohl unzweifelhaft Ausnahmenvorschriften¹⁸, einer Analogie zugänglich. Abzulehnen ist allerdings eine *Gesamtanalogie*, welche darauf gerichtet ist, das Vertrauen des Zessionars auf eine Schuldurkunde umfassend zu schützen. Hingegen sind *Einzelanalogien* in gewissem Umfang zulässig^{19,20}:

a) Vorab fällt unter Art. 18 Abs. 2 OR «selbstverständlich auch der Fall eines schriftlichen Schuldbekenntnisses, bei dem nicht die ganze Forderung, sondern nur ein *zu hoher Forderungsbetrag* simuliert ist»²¹. Unter den Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 2 OR erwirbt somit der Zessionar eine «bessere» Forderung, als sie dem Gläubiger und Zedenten zustand. Er erwirbt mehr Rechte, als der letztere hatte.

b) Die Ausstellung eines simulierten schriftlichen Schuldbekenntnisses bildet den Hauptfall einer absichtlichen Falschverurkundung einer Schuld (Forderung). Es kommen jedoch auch andere Fälle vor. Auf diese ist Art. 18 Abs. 2 OR analog anwendbar²². Beispiel: Nach Abschluss eines ernstgemeinten Darlehensvertrages bestätigt der Darlehensnehmer schriftlich, das Darlehen erhalten zu haben, obwohl dieses erst in einem späteren Zeitpunkt ausbezahlt werden soll. Eine solche Bestätigung stellt ein schriftliches Schuldbekenntnis dar, nämlich die Anerkennung der Pflicht zur Rückzahlung des

¹⁸ *Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar, N. 158 f. zu Art. 965, N. 186 zu Art. 967 OR.

¹⁹ In den folgenden Ziff. 2–5 übernehme ich weitgehend (z. T. wörtlich) die Auffassungen, die ich in dem in Fn. 1 erwähnten Werk vertreten habe (Nr. 643 ff. und 671 ff.); Ziff. 6 ergänzt die dort gemachten Ausführungen.

²⁰ Die folgende Aufzählung ist nicht abschliessend. Zwei weitere Tatbestände seien hier nur anmerkungsweise erwähnt: 1. Der Zessionar einer simulierten Forderung erwirbt diese nicht im Vertrauen auf eine Schuldurkunde, sondern im Vertrauen auf eine Erklärung des (Schein-) Schuldners, worin ihm dieser direkt mitteilt, dass die Forderung besteht (*E. A. Kramer*, Berner Kommentar, N. 178 zu Art. 18 OR; *Tercier/Ducrest* [Fn. 9], 12, mit Hinweisen). 2. Der Gläubiger einer (wirklichen) Forderung (A) überträgt diese durch simulierten, aber formrichtigen Abtretungsvertrag an einen Dritten (B). B zediert die Forderung an C weiter, wobei die Abtretung zumal von seiten des C ernstgemeint ist. Bei dieser Sachlage ist die Forderung grundsätzlich bei A verblieben: Wegen der Simulation ging sie nicht auf B über; und wegen der Regel «*nemo plus iuris transferre potest quam habet*» konnte sie B nicht an C übertragen. Eine Ausnahme gilt gemäss BGE 23 842 f. dann, wenn C die Forderung im (begründeten) Vertrauen auf den schriftlichen Abtretungsvertrag, den A und B simuliert haben, erworben hat. Diesfalls hat der A in sinngemässer Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR zu seiner Scheinerklärung zu stehen. So auch die Lehre, z. B. *Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar, N. 263 zu Art. 18 OR; *B. v. Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 334. *H.-J. Moecke*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, Diss. Freiburg 1962, 63 ff., will den C in weitergehendem Umfang schützen, dies unter (unzulässiger) Zuhilfenahme sachen- und wertpapierrechtlicher Regeln.

²¹ *E. A. Kramer*, Berner Kommentar, N. 169 zu Art. 18 OR.

²² *A. Koller* (Fn. 1), Nr. 643; anders jedoch *v. Tuhr/Escher* (Fn. 14), 365, ausgehend von der Überlegung, Art. 18 Abs. 2 OR könne «als Ausnahmenvorschrift nicht auf andere Einwendungen (gemeint ist: als die Einwendung, die Forderung sei simuliert) ausgedehnt werden» (vgl. schon Fn. 14).

Darlehens. Lässt sich ein Dritter im Vertrauen auf dieses Schuldbekenntnis die Forderung auf Darlehensrückzahlung zedieren, so wird dem Darlehensnehmer unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR die Einwendung abgeschnitten, er habe das Darlehen nicht erhalten oder erst in einem späteren Zeitpunkt, als in der Bestätigung angegeben. Art. 18 Abs. 2 OR ist unmittelbar anwendbar, wenn die Parteien des Darlehensvertrages mit der zu frühen Bestätigung der Darlehenshingabe Täuschungsabsichten verbanden: es liegt ein Fall von Simulation vor. Fehlten Täuschungsabsichten, so ist Art. 18 Abs. 2 OR analog anzuwenden. Das rechtfertigt sich aufgrund der Überlegung, dass der Darlehensnehmer bewusst eine noch nicht existierende Schuld verkündete²³.

In Fällen *unabsichtlicher* Falschverkündung einer Forderung ist die Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR m. E. abzulehnen²⁴. Denn dass der (mitsimulierende) Schuldner bewusst den falschen Schein einer Forderung schafft, ist ein Wesensmerkmal des Tatbestands von Art. 18 Abs. 2 OR, über das bei analoger Anwendung der Bestimmung nicht hinweggegangen werden kann (hingegen ist unter Umständen Art. 164 Abs. 2 OR analog anwendbar: unten Ziff. 4/5). Wer also beispielsweise in einer Schuldurkunde versehentlich den 1. April statt den 1. Mai als Fälligkeitstermin angibt, der kann nicht gestützt auf Art. 18 Abs. 2 OR bereits ab dem 1. April belangt werden.

c) Von der Falschverkündung einer Forderung ist die *unvollständige* Verkündung zu unterscheiden. Während bei jener etwas aufgezeichnet wird, das nicht vereinbart wurde, wird bei dieser etwas, das vereinbart wurde, nicht aufgezeichnet. Die unvollständige Verkündung einer Forderung ist mit Bezug auf die analoge Anwendbarkeit von Art. 18 Abs. 2 OR wie die Falschverkündung zu behandeln: Bei bewusst unvollständiger Verkündung ist die Analogie zu bejahen, sonst nicht (bei unbewusst unvollständiger Verkündung kann allerdings Art. 164 Abs. 2 OR analog anwendbar sein: unten Ziff. 4/5)²⁵.

Zu beachten ist: Mit der bewusst falschen Verkündung einer Forderung braucht man im redlichen Verkehr nicht zu rechnen, mit einer bewusst unvollständigen Verkündung schon eher (bei langdauernden Vertragsbeziehungen hält man beispielsweise nicht in jedem Einzelvertrag alle wiederkehrenden Vertragsmodalitäten fest). Eine unvollständige Verkündung ist da-

²³ Vgl. in bezug auf das deutsche Recht *C.-W. Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, 99. Canaris bringt auf den Sachverhalt § 405 BGB analog zur Anwendung; die herrschende Lehre lehnt hingegen die Analogie ab (Zitate bei Canaris, S. 100 Anm. 72, ferner *Weber*, Reichsgerichtsrätekomm. RGRK, 12. A., N. 11 zu § 405 BGB).

²⁴ Anderer Auffassung *Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar, N. 264 zu Art. 18 OR; *O. Leumann*, Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1933, 39.

²⁵ Eine bewusst unvollständige Verkündung besonderer Art liegt beim sog. Blankettmissbrauch vor. Hierzu *A. Koller* (Fn. 1), Nr. 647 f.

her öfters erkennbar im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB als eine Falschverurkundung. Das hat zur Folge, dass die Berufung auf Art. 18 Abs. 2 OR bei unvollständiger Verurkundung häufiger ausgeschlossen ist als bei Falschverurkundung.

d) Art. 164 Abs. 2 OR ist bei wörtlicher Interpretation nur anwendbar, wenn das Abtretungsverbot im schriftlichen Schuldbekennnis überhaupt keine Erwähnung gefunden hat (unvollständige Verurkundung). Doch muss die Bestimmung auch (analog) anwendbar sein, wenn das Abtretungsverbot zwar aufgeführt ist, aber anders als vereinbart (Falschverurkundung).

Beispiel: Eine Forderung, die nach der Parteivereinbarung bis 31. Dezember 1991 unabtretbar ist, wird verurkundet. Auch das Abtretungsverbot wird in die Urkunde aufgenommen, als Endtermin wird jedoch irrtümlicherweise der 31. Dezember 1990 (statt 1991) angegeben. Erwirbt jemand die Forderung vor dem 31. Dezember 1991, aber nach dem 31. Dezember 1990 im berechtigten Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekennnis, so ist er in seinem Erwerb nach dem analog anwendbaren Art. 164 Abs. 2 OR geschützt.

e) Auf andere Verurkundungsmängel als die Nicht- oder Falschverurkundung eines Abtretungsverbots ist Art. 164 Abs. 2 OR nur mit Zurückhaltung analog anzuwenden. Die Analogie rechtfertigt sich bloss in den (Ausnahme-) Fällen, in denen das Abstellen auf die verurkundete statt die vereinbarte Rechtslage für den Schuldner nicht schwerer wiegt als der Gläubigerwechsel trotz eines Abtretungsverbots. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, wonach eine «rechtliche Regelung auf einen von dieser Regelung nicht erfassten» und «auch sonst rechtlich nicht geregelten» Tatbestand nur angewendet werden darf, wenn der nicht geregelte Tatbestand dem geregelten «gleichwertig» ist²⁶. Die Lehre setzt sich allerdings über dieses Prinzip teilweise hinweg. So etwa, wenn sie²⁷ Art. 164 Abs. 2 OR analog auf den Fall anwenden will, da das schriftliche Schuldbekennnis eine Bedingung, von deren Eintritt die Entstehung der verurkundeten Forderung abhängt, unerwähnt lässt. Richtigerweise ist hier die Analogie abzulehnen, weil durch ein Absehen von der Bedingung die Rechtsstellung des Schuldners ungleich schwerer beeinträchtigt würde als durch einen Gläubigerwechsel bei Zession einer nicht zessiblen Forderung.

f) Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich durchwegs auf *vereinbarungswidrige Schuldverurkundungen*: Die Schuldurkunde entspricht nicht der zwischen Gläubiger und Schuldner getroffenen Vereinbarung. Davon zu *unterscheiden* sind folgende zwei Fälle:

– Der Schuldner stellt eine zutreffende (vereinbarungsgemässe) Schuldurkunde aus. Im nachhinein ändert sich jedoch der Schuldinhalt, was Un-

²⁶ A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 346 f. zu Art. 1 ZGB.

²⁷ Z. B. P. Jäggi/J. N. Druey/Ch. v. Greyerz, Wertpapierrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1985, 30.

richtigkeit der Schuldurkunde bewirkt. Wird in der Folge die «verbrieft» Forderung zediert, so stellt sich wiederum die Frage, ob der Zessionar in seinem Vertrauen auf die Schuldurkunde zu schützen ist. Das ist grundsätzlich zu verneinen. Bei absichtlicher Nichtanpassung der Schuldurkunde wird man allerdings unter Umständen Art. 18 Abs. 2 OR analog heranziehen dürfen.

Beispiel: X schuldet dem Y Fr. 1000.– und hat diese Schuld korrekt verurkundet. In der Folge bezahlt X Fr. 500.– zurück. Damit ist die ursprünglich zutreffende Schuldurkunde unzutreffend geworden. Tritt nun Y die Forderung gegen X an Z ab, so erwirbt dieser bloss eine Forderung über Fr. 500.–. Dabei bleibt es im Prinzip auch dann, wenn X die Urkunde absichtlich nicht richtiggestellt hatte. Anders ist – in Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR – immerhin dann zu entscheiden, wenn X und Y die Richtigstellung zwecks Täuschung Dritter (z. B. um eine erhöhte Kreditwürdigkeit des Y vorzuspiegeln) unterlassen hatten.

- Von der vereinbarungswidrigen Schuldverurkundung zu unterscheiden ist sodann der folgende Fall: Der Schuldner verurkundet die Schuld wie vereinbart, indes besteht die Schuld von Gesetzes wegen überhaupt nicht (z. B. wegen Widerrechtlichkeit, Art. 20 OR) oder zumindest nicht so, wie vereinbart. Wie ist die Rechtslage hier? Wenn der Schuldner unabsichtlich einen von der gesetzlichen Rechtslage abweichenden Schuldinhalt verurkundet hat, so ist weder Art. 18 Abs. 2 noch 164 Abs. 2 OR analog anwendbar. Handelt demgegenüber der Schuldner absichtlich, so ist es zu halten wie bei der absichtlich vereinbarungswidrigen Schuldverurkundung: Art. 18 Abs. 2 OR ist analog heranzuziehen.