Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 57 (1938)

Artikel: Die Abtretung künftiger Forderungen

Autor: Fromer, Léon

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895976

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Abtretung künftiger Forderungen.*)

Von Dr. Léon Fromer, Basel.

Vorwort.

Unser Wirtschaftsleben steht im Zeichen des Kreditverkehrs. Die Inanspruchnahme fremder Mittel zum Betrieb des eigenen Geschäftes bildet im heutigen Handel die Regel. Doch Kreditieren ist bekanntlich gefährlich. Der Kreditgeber muss mit der Möglichkeit einer späteren Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers rechnen. Gegen diese Gefahr will er sich vorsehen und wird deshalb Sicherheiten verlangen. Zum Schutze des Gläubigers hat die Rechtsordnung das Pfandrecht, den Eigentumsvorbehalt und die Bürgschaft eingehend geregelt.

Wenn aber der Kreditsuchende schon alle bestehenden Vermögensgegenstände mit Pfandrechten überlastet hat und auch keine Bürgen mehr findet, wird er versuchen, Forderungen, die er in der Gegenwart noch nicht hat, deren künftige Entstehung er bloss erwartet, jetzt schon dadurch zu verwerten, dass er sie einem Gläubiger sicherungshalber zediert.

Es erhebt sich nun die Frage, ob man eine noch nicht bestehende Forderung überhaupt abtreten kann, ob eine Verfügung über ein „nonens" nicht ein „nonsens" ist. Diese Frage bildet den Gegenstand des Problems der Abtretbarkeit künftiger Forderungen. Sie ist heftig umstritten. In der Schweiz wurde sie bisher nur wenig erörtert. Hingegen besteht in Deutschland ein umfangreiches Schrifttum.

---

*) Diesem Aufsatz liegt meine Dissertation: Die Abtretung künftiger Forderungen nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht unter teilweiser Berücksichtigung des österreichischen, italienischen und englischen Rechts (Basel 1935, in Maschinenschrift) zugrunde.

In allen Monographien wird aber bloss die prinzipielle Frage der Möglichkeit der Abtretung künftiger Forderungen geprüft und meistens auch bejaht. Nirgends findet sich aber eine Darstellung der auf die Vorauszession anwendbaren Rechtssätze. Dieser Mangel macht sich besonders bei den schwierigen Fragen bemerkbar, die sich im Konkurs des Zedenten ergeben.

Wir werden sehen, dass auch nach schweizerischem Recht die Abtretung künftiger Forderungen theoretisch zwar zulässig ist, dem Zessionar aber keine ausreichende Sicherheit zu gewähren vermag.

§ 1. Der Begriff der künftigen Forderung.

Der Ausdruck „künftige Forderung" wird in schweizerischen Bundesgesetzen nur an zwei Stellen erwähnt. Art. 824 ZGB bestimmt, dass auch eine künftige Forderung durch eine Grundpfandverschreibung[1]) sichergestellt werden kann, und Art. 494 OR lässt die Bürgschaft auch für eine künftige Schuld zu für den Fall, dass die Hauptschuld wirksam werde[2]).

Eine Legaldefinition des Begriffs „künftige Forderung" besteht nicht.

In der Literatur ist der Begriff umstritten. Es werden verschiedene einander widersprechende Ansichten geäussert. Viele Autoren, die sich mit der Frage der Abtretung künftiger Forderungen beschäftigt haben, lassen unerörtert, was sie überhaupt unter einer künftigen Forderung verstehen. Und doch ist eine Festlegung dieses Begriffes erforderlich. Während nämlich die einen, wie z. B. Eccius, der bekannte Gegner der Vorauszession, eine bestimmte Gruppe von Forderungen — die bedingten

[1]) Auch durch eine Schiffsverschreibung. Vgl. Art. 38 der Verordnung über das Schiffsregister. Amtl. Sammlung N. F. Bd. 40 S. 73.

[2]) Für das deutsche Recht vgl. §§ 310, 312 Abs. II, 559, 765 Abs. II, 1113, 1204 Abs. II, 1912 BGB; für das französische Recht vgl. Art. 791 CC.

und befristeten — unter den Begriff der gegenwärtigen Forderung subsumieren und aus diesem Grunde ihre Abtretbarkeit bejahen, die Zession künftiger Forderungen aber ablehnen, kommen andere für dieselben Forderungen, weil sie sie für künftige halten, nur durch die Anerkennung der Vorauszession zu dem gleichen Ergebnis.

I. Die künftige Forderung im Gegensatz zur bestehenden Forderung.

Charakteristisch für das Wesen der künftigen Forderung ist ihr Gegensatz zur gegenwärtig-bestehenden. Künftig ist jede nicht gegenwärtige Forderung. Das besagt schon der gewöhnliche Sprachgebrauch.

Gegen diese Ansicht hat Wisthoff[3]) Stellung genommen. Er ist der Auffassung, dass nicht alle nicht-bestehenden Forderungen, sondern nur eine bestimmte Art — nämlich diejenigen, für deren Entstehung in der Gegenwart noch gar keine rechtliche Grundlage geschaffen ist — als künftige zu bezeichnen sind. Unter zukünftiger Forderung versteht er eine solche, die noch nicht besteht, hinsichtlich deren aber auch noch keine rechtliche Grundlage vorhanden ist, welche sie zur Entstehung bringen wird. Er fasst also den Begriff „künftige Forderung" bedeutend enger als die Anhänger der herrschenden Meinung. Unter Berufung auf Windscheid[4]) behauptet Wisthoff, dass seine Auffassung auch diejenige des BGB sei. Abgesehen davon, dass er die Begründung dafür schuldig bleibt, ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen die bisher unbestrittene Bedeutung des Wortes „künftig" im Sinne von „gegenwärtig noch nicht bestehend" in einer dem allgemeinen Sprachgebrauch widersprechenden Weise geändert werden soll.

---

[3]) Wisthoff, Verfügung über zukünftige Forderungen. Diss. Rostock 1905.

[4]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Bd. I S. 1009 § 225 Note 6.

II. Abgrenzung der künftigen Forderung.

Mit dieser rein negativen Umschreibung des Wortes „künftig" ist jedoch nicht viel gewonnen. Vielmehr erhebt sich die Frage, welche Forderungen als gegenwärtige anzusehen sind. Hier setzt der Streit der Meinungen ein. Sind die bedingten und befristeten Forderungen gegenwärtige oder künftige Forderungen?

Die herrschende Meinung[5]), als deren Exponent von Tuhr[6]) gilt, behauptet, es handle sich bei dieser Gruppe von Forderungen um eine Kategorie der künftigen Forderungen und zieht aus der unbestrittenen Zessionsfähigkeit der bedingten und befristeten Forderungen Schlüsse auf die Möglichkeit der Abtretung aller künftigen Forderungen überhaupt. Von Tuhr, dem seine Anhänger kritiklos folgen, argumentiert folgendermassen:

Als gegenwärtige Forderung kann nur diejenige bezeichnet werden, deren Tatbestand vollständig vorliegt. Fehlt auch nur eine einzige zur Entstehung erforderliche Tatsache, so sei die Forderung eine künftige. Da die suspensiv-bedingten und befristeten Forderungen erst mit Eintritt der „condicio" bzw. des „dies" wirksam werden, und überdies BGB[7]) und OR[8]) keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vermuten, rechnet von Tuhr die suspensiv-bedingten und befristeten zu den künftigen Forderungen.

Logisch ist gegen diese Konstruktion nichts einzuwenden. Allein andere als formal-juristische Erwägungen veranlassen uns, gegen die herrschende Meinung Stellung zu nehmen.

---

[5]) Vgl. Oertmann, Komm. Anm. 1 g zu § 399 BGB; Langheineken, Anspruch und Einrede, Leipzig 1903, S. 51 ff.; und die bei Fromer, Diss. S. 13 zitierte deutsche Literatur; ferner Oser-Schönenberger, Komm., N. 4 zu Art. 164 OR.

[6]) Vgl. DJZ. 1904 S. 426 ff.

[7]) Vgl. § 159 BGB.

[8]) Vgl. Art. 151 II OR.

a) Zunächst einmal widerspricht der Sprachgebrauch des Gesetzes der herrschenden Ansicht. In Art. 494 Abs. 2 OR finden wir eine äussere Nebeneinanderstellung der bedingten und künftigen Forderung[9]), die gegen die Unterordnung der bedingten Forderung unter den Begriff der künftigen spricht. Auch das BGB stellt in verschiedenen Bestimmungen[10]) die bedingten und befristeten Forderungen den künftigen gleich oder ihnen gegenüber. Wenn auch das Gesetz bei diesen Gegenüberstellungen eine scharfe Scheidung keineswegs beabsichtigt haben mag, so geht doch daraus hervor, dass es die bedingten und befristeten Forderungen als gesonderte Begriffe gegenüber den künftigen Forderungen voraussetzt.

b) Nicht nur der gesetzliche Sprachgebrauch allein, sondern auch insbesondere eine nähere Untersuchung der bedingten und befristeten Forderungen lässt erkennen, dass der herrschenden Meinung nicht beigepflichtet werden kann.

aa) Betrachten wir zunächst die suspensiv-bedingten Forderungen[11]).

Sie unterscheiden sich von den künftigen Forderungen dadurch, dass bei ihnen der Parteiwille eine an sich zur Entstehung nicht erforderliche Tatsache zu einer solchen macht.

Zum Begriff der künftigen Forderung hingegen gehört schon ihrer Bezeichnung nach die Zukunft in ihrer vollen Unerforschlichkeit[12]). Hier fehlt ein Tatbestands-

---

[9]) Art. 494 Abs. II OR: „Für den Fall, dass die Hauptschuld wirksam werde, kann die Bürgschaft auch für eine künftige oder bedingte Schuld eingegangen werden."

[10]) Vgl. z. B. §§ 765 Abs. II, 883 Abs. I i. f., 1113 Abs. II, 1204 Abs. II, 1209 BGB.

[11]) Die resolutiv-bedingten Forderungen sind gegenwärtige Forderungen, da sie sofort mit Abschluss des Rechtsgeschäftes entstehen.

[12]) „A la différence de la créance conditionnelle ou éventuelle, la créance future n'a aucune existence, même soumise à l'arrivée d'un événement futur ou incertain; pour mieux dire, cet événe-

stück, welches das Gesetz als notwendiges Erfordernis der Forderungsentstehung verlangt, ein Umstand, von dem die Existenz der Forderung abhängt, auch ohne dass er durch Parteiwillkür zu einer Voraussetzung für das Entstehen der Forderung erhoben worden wäre[13]).

Die Forderung aber, die an sich schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes entstehen könnte, deren Wirksamkeit aber durch Parteiabrede vom Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird, unterliegt schon zur Zeit des Vertragsabschlusses der Verfügungsmacht des Bedingt-Berechtigten, sonst könnte eine Bedingung ja gar nicht gesetzt werden. Deshalb wird die suspensiv-bedingte Forderung vom Gesetz als gegenwärtige Forderung behandelt. Das bedingte Rechtsgeschäft, das die Forderung begründen soll, besteht schon in der Gegenwart, wenn auch der Anspruch erst bei Eintritt der Bedingung existent wird. Auf die zu erwartenden Rechtswirkungen hat der Bedingt-Berechtigte schon vor Entstehung des Vollrechts eine rechtlich gesicherte Aussicht. Es entsteht eine Anwartschaft für den Bedingt-Berechtigten, die zwar mit Ausfall der Bedingung in nichts zusammensinkt, die aber vom Gesetz in weitem Umfang geschützt wird und daher als ein subjektives Wartrecht bezeichnet werden kann. Dieses Wartrecht bildet bereits einen Bestandteil des Vermögens des Be-

---

ment futur et incertain entre dans les prévisions; c'est lui qui donnera naissance à la créance, mais au lieu de donner une existence rétroactive à la créance, il n'opérera qu'à partir du jour où il viendra à s'accomplir; la créance qui est soumise à cet événement n'existe pas en germe, comme une créance conditionnelle; à plus forte raison n'a-t-elle pas, comme la créance à terme, une existence définitive; elle n'existe qu'en projet." So Wahl, Note zu S. 96. 2. 185.

[13]) Vgl. Ohmeyer, Verfügung über künftige Rechte, Wien 1909, S. 17; Wolff, Wesen und Voraussetzung der Zession. Diss. Zürich 1916 S. 209; Graf, Die Verfügung über künftige Rechte. Diss. Basel 1930 S. 28; Esmein in Planiol et Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome VII Obligations, Paris 1931, p. 424 note 2.

dingt-Berechtigten, gehört deshalb als Aktivum zu seiner Konkursmasse,[14]) kann im Konkurs-[15]) und Nachlassverfahren[16]) eingegeben und auch gepfändet[17]) werden; des weitern ist es vererblich[18]), kann erlassen, noviert, durch Bürgschaft, Grundpfandverschreibung oder Faustpfand gesichert werden[19]).

Der Anwartschaft des Bedingt-Berechtigten steht eine Gebundenheit des Bedingt-Verpflichteten gegenüber. Sie äussert sich insbesondere im Verbot, das von der Bedingung abhängige Recht während des Schwebezustandes zu vereiteln oder zu beeinträchtigen[20]) und in der Hinfälligkeit von Zwischenverfügungen insoweit, als diese der bedingten Verfügung entgegenstehen. Der Bedingt-Berechtigte kann bei Gefährdung seines Rechtes nach Art. 152 Abs. II OR dieselben Sicherungsmassregeln verlangen wie ein unbedingter Gläubiger[21]), nämlich Arrest nach Art. 271 Abs. II SchKG und Vormerkung nach Art. 960 Ziffer 1 ZGB.

Dieser positiv-rechtlichen Ausgestaltung wegen sind die suspensiv-bedingten Forderungen m. E. nicht zu den künftigen zu zählen.

bb) Ebenso sind die befristeten Forderungen gegenwärtige Forderungen und scheiden deshalb aus dieser Arbeit aus.

Befristet ist eine Forderung dann, wenn ihre Durchsetzung durch einen Termin hinausgeschoben ist[22]). Von

[14]) Vgl. Art. 197 SchKG.

[15]) Vgl. Art. 210 Abs. I SchKG.

[16]) Vgl. Art. 305 Abs. II SchKG.

[17]) Vgl. Oser-Schönenberger, Komm. N. 2 zu Art. 152 OR; von Tuhr, OR Bd. II S. 651; Wolff, loc. cit. S. 210.

[18]) Vgl. von Tuhr, OR § 85 IV.

[19]) Vgl. Art. 494 Abs. II OR, Art. 824 Abs. I ZGB; §§ 765 Abs. II, 1113 Abs. II, 1204 Abs. II BGB; Art. 2132, 2148 CC fr.

[20]) Vgl. Art. 152 Abs. I OR.

[21]) Vgl. BGE 27 II S. 190.

[22]) Vgl. Art. 1185 CC fr.: „Le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution."

der bedingten Forderung unterscheidet sie sich durch die Gewissheit des Eintritts des Termins. Hier ist die Frage nicht „ob", wie bei der bedingten Forderung, sondern „wann".

Durch eine Zeitbestimmung kann, wie durch eine Bedingung, kraft Parteiwillens sowohl der Anfang (dies a quo) als auch das Ende (dies ad quem) eines Rechtsverhältnisses vom Eintritt des zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht werden. Je nachdem spricht man von aufschiebenden oder auflösenden Befristungen, die in konstruktiver Hinsicht wie die analogen Arten der Bedingung zu behandeln sind. Der Termin kann ein unabänderlich feststehender Kalendertag (dies certus an, certus quando) oder ein Zeitpunkt sein, der erst durch den Eintritt eines künftigen gewissen Ereignisses bestimmt wird, z. B. der Todestag des X (dies certus an, incertus quando)[23]).

Im OR findet sich keine Regelung der befristeten Forderungen, wohl aber im CC fr. art. 1185 ss. und im BGB § 163, der eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Bedingung bestimmt. In Anbetracht der Wesensverwandtschaft zwischen Bedingung und Befristung ist diese Regelung auch für das schweizerische Recht anzunehmen, freilich mit der Einschränkung, dass im einzelnen Fall zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für die Analogie gegeben sind. In der Regel wird dies der Fall sein. Jedenfalls hat der unter „dies a quo" Berechtigte[24]) ein Anwartschaftsrecht von einem weit höheren Grad der Sicherheit als der Bedingt-Berechtigte in Anbetracht der Gewissheit des Eintritts des „dies"[25]). Die oben angeführten Wirkun-

[23]) Hingegen handelt es sich beim dies incertus an, certus quando (z. B. am 50. Geburtstag des X) oder dem dies incertus an, incertus quando (z. B. am Hochzeitstag des X) nicht um eine Befristung, sondern eine Bedingung, da ja ungewiss ist, ob das Ereignis je eintreten wird.

[24]) Für die auflösend-befristeten gilt dasselbe wie für die auflösend-bedingten Forderungen. Vgl. oben Anm. 11.

[25]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 211.

gen der bedingten Forderungen finden entsprechende Anwendung auf die befristeten Forderungen; „denn wenn das Gesetz einer Anwartschaft, von der es durchaus fraglich ist, ob sie sich je zu einem Vollrecht auswachsen wird, seinen Schutz angedeihen lässt, um wieviel mehr muss es eine solche Anwartschaft als schutzwürdig erachten, deren künftige Entwicklung zum Vollrecht unzweifelhaft sicher ist[26]). " Das Wartrecht als Vorwirkung der befristeten Forderung gehört wie das Wartrecht bei der bedingten Forderung vor Eintritt des Termins zum Vermögen des unter „dies" Berechtigten. Es kann deshalb erlassen, zediert, verbürgt, im Konkurs unter Abzug des Zwischenzinses[27]) angemeldet werden.

Dieser Wirkungen wegen ist die befristete Forderung als gegenwärtige Forderung, gerichtet auf künftige Leistung[28]), zu charakterisieren und ist deshalb nicht zu den künftigen Forderungen zu rechnen.

c) Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass als Gegenstand bei den suspensiv-bedingten und -befristeten Forderungen das Wartrecht des Bedingt- bzw. unter „dies"-Berechtigten anzusehen ist. Die Verfügung über eine bedingte oder befristete Forderung ist deshalb eine Verfügung über ein gegenwärtiges Recht. Somit wird bei der Zession einer bedingten oder befristeten Forderung nicht, wie von Tuhr meint, ein künftiges, sondern ein gegenwärtiges Recht abgetreten. Das ist denn auch der Grund, weshalb die Abtretbarkeit dieser Gruppe von Forderungen von niemand bestritten wird. Von Tuhr, der von der falschen Voraussetzung ausgeht, die bedingten und befristeten seien künftige Forderungen, begeht nun den Trugschluss, aus der allgemein anerkannten Zessibilität der bedingten und befristeten Forderungen auf die Möglichkeit der Abtretung aller künftigen Forderungen

---

[26]) So Stiefel, Über den Begriff der Bedingung im schweiz. Zivilrecht. Diss. Zürich 1918, S. 142.

[27]) Vgl. Art. 208 SchKG.

[28]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 212.

überhaupt zu schliessen. Da er die bedingten und befristeten Forderungen als eine Art der künftigen Forderungen auffasst und sich diese seines Erachtens von den übrigen Kategorien nur quantitativ — d. h. nach der geringeren Anzahl der bis zur Forderungsentstehung noch fehlenden Tatbestandselemente — unterscheiden, könnte man in letzter Konsequenz auch die oben erwähnten Wirkungen der bedingten und befristeten Forderungen per analogiam auf alle übrigen künftigen Forderungen übertragen. So könnte jemand eine bloss tatsächliche Aussicht auf zukünftigen Erwerb einer Forderung, für deren Entstehung in der Gegenwart noch gar keine rechtliche Grundlage vorhanden ist, im Konkurse des künftigen Schuldners anmelden, im Grundbuch vormerken, von ihm Sicherstellung in Form eines Pfandes oder einer Bürgschaft verlangen usw. Diese Ausführungen zeigen, zu welchen unhaltbaren Ergebnissen die herrschende Meinung führt. Auch deshalb ist sie abzulehnen.

III. Definition der künftigen Forderung.

Nachdem nun festgestellt ist, dass die bedingten und befristeten Forderungen nicht zu den künftigen gehören, können wir den Begriff der künftigen Forderung festlegen.

Künftig ist diejenige Forderung, deren Entstehung erst von der Zukunft erwartet wird, und die sich von der befristeten Forderung durch die Ungewissheit ihrer Entstehung und von der bedingten Forderung dadurch unterscheidet, dass bei ihr der Entstehungstatbestand notwendigerweise noch aussteht, nicht nur der Eintritt eines durch Parteiwillkür zur Voraussetzung der Forderungsentstehung erhobenen Umstandes[29]).

[29]) Vgl. Wahl loc. cit.: „La créance future est celle qui n'est pas actuellement dans le patrimoine, mais qui doit ou peut y entrer plus tard.“ Ferner Titulesco, Essai sur une théorie

IV. Arten künftiger Forderungen.

Es lassen sich zwei Kategorien künftiger Forderungen unterscheiden.

1. Künftige Forderungen aus bestehendem Grundverhältnis

Der Entstehungstatbestand der Forderung hat sich bereits teilweise verwirklicht, sodass Eigenart und Umfang der künftigen Forderung bereits bestimmt werden können. Das Rechtsverhältnis, aus dem unter Hinzutritt eines oder mehrerer Tatbestandselemente die künftige Forderung entstehen wird, ist in der Gegenwart bereits vorhanden. Als Beispiele seien erwähnt: Ansprüche auf künftige Miet- oder Pachtzinsen auf Grund eines Miet- bzw. Pachtvertrages, Ansprüche auf künftige Gewinnanteile an einer Gesellschaft, künftige Ansprüche aus einem Lieferungsvertrag, Ansprüche auf Ersatz künftiger Aufwendungen aus einem Mandat, künftige Ansprüche aus Inanspruchnahme eines eröffneten Kredites usw.

Bei dieser Kategorie künftiger Forderungen liegen schon in der Gegenwart jene Tatsachen vor, die den Entstehungsgrund der künftigen Forderung bilden. Jhering[30]) kennzeichnet diese Erscheinung folgendermassen: „Hier ist der konstitutive Akt, der den Grund zur Existenz des Rechts legt, bereits vollzogen, es fehlt nur noch an gewissen Voraussetzungen desselben, deren Eintritt nach Absicht der Parteien von der Zukunft erwartet wird, es ist also eine Rechtserzeugung mit Vorbehalt demnächstiger Vervollständigung des Tatbestandes.“ Das in der Gegenwart vorliegende Rechtsverhältnis begründet die künftige

---

générale des droits éventuels. Thèse Paris 1907, n° 49: „Par créance future il faut entendre celle qui n'existe, pas même en germe, dans le patrimoine du cédant, celle qui n'existe qu'à l'état de projet . . . La créance future n'est donc ni une créance conditionnelle, ni une créance à terme; c'est une créance qui n'existe qu'en prévision.“

[30]) Jhering, Passive Wirkungen der Rechte. Jherings Jahrbücher, Bd. 10 S. 387 ff.

Forderung unter der Voraussetzung, dass sich in der Folge bestimmte andere Tatsachen verwirklichen.

2. *Gehoffte Forderungen.*

Eine zweite Kategorie umfasst diejenigen künftigen Forderungen, für deren Entstehung in der Gegenwart noch gar keine rechtliche Grundlage geschaffen ist. Es bestehen keinerlei rechtliche Beziehungen, die den Eintritt der künftigen Forderung vermitteln. Die Gegenwart operiert hier bloss mit der Hoffnung oder Aussicht auf künftigen Forderungserwerb; der Rechtsgrund aber, der die Forderung zur Entstehung bringt (Rechtsgeschäft, unerlaubte Handlung), ist noch nicht vorhanden. Als Beispiele seien erwähnt: Forderungen eines Kaufmannes aus noch nicht geschlossenen Kaufverträgen, Mietzinsforderungen aus noch nicht abgeschlossenen Mietverträgen, Forderungen auf Abonnementsgelder späterer Quartale, Forderungen eines Bauunternehmers aus noch nicht geschlossenen Werkverträgen, Forderungen aus noch nicht geschlossenen Darlehensverträgen, Schadenersatzforderungen aus der künftig möglichen Beschädigung einer Sache usw. Diese Forderungen entbehren jedes Zusammenhanges mit der Gegenwart. Sie erscheinen als blosse Möglichkeit ohne rechtliche Grundlage. Sämtliche für die Entstehung eines Anspruchs notwendigen Tatbestandselemente liegen noch in der Zukunft.

Dieser Art künftiger Forderungen gibt Regelsberger[31]) die Bezeichnung „künftig mögliche Obligation im absoluten Sinne", während die österreichische Rechtslehre[32]), der wir hier folgen, sie im Anschluss an § 939 ABGB sehr anschaulich „gehoffte Forderungen" nennt.

---

[31]) Regelsberger, Studien zum bayerischen Hypothekenrecht. Erlangen 1872, S. 5.

[32]) Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I § 59; Ohmeyer, loc. cit. S. 23.

§ 2. Die Abtretbarkeit künftiger Forderungen.

Unter Forderungsabtretung versteht man die Übertragung einer Forderung durch Vertrag zwischen dem bisherigen Gläubiger (Zedent) und demjenigen, der nunmehr Gläubiger sein soll (Zessionar).

Mit dem Abschluss des Zessionsaktes geht die Forderung, die sich bisher im Vermögen des Zedenten befand, auf den Zessionar über. Diese Wirkung tritt unmittelbar mit Abschluss des Zessionsaktes ein, ohne dass es einer weiteren Willenserklärung bedarf. Dadurch charakterisiert sich die Forderungsabtretung als Verfügung.

Unter Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar betroffen wird, sei es durch Veräusserung, Belastung, Änderung oder Verzicht[33]). Jede Verfügung ist eine Minderung der Aktiven des Vermögens, im Gegensatz zur Verpflichtung, bei der die Minderung des Vermögens nicht in der Abnahme der Aktiven, sondern in der Zunahme der Passiven besteht.

Aus der Natur der Abtretung als Verfügungsgeschäft ergibt sich, dass die Zession nicht erst einen Anspruch auf Übertragung des Forderungsrechts begründet, sondern dass das Forderungsrecht unmittelbar, ipso iure, mit Abschluss des Zessionsaktes auf den Forderungserwerber übergeht[34]). Der Abtretungsvertrag begründet keineswegs bloss einen Anspruch auf Übertragung; in ihm wird vielmehr bereits die Veräusserung vollzogen, der Übergang des Rechtes unmittelbar bewirkt. Insofern steht er nach

[33]) Eine andere Bedeutung hat der Terminus „Verfügung" im Verwaltungsrecht, wo unter Verfügung die auf die Erledigung bestimmter einzelner Verwaltungssachen gerichtete Tätigkeit eines Verwaltungsorgans verstanden wird, (vgl. Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, I. Band, Allg. Teil, Zürich 1934, S. 66), und im Erbrecht im Sinne einer Anordnung des Erblassers.

[34]) Vgl. BGE 52 III S. 189 ff. = Pr 16 Nr. 9: Si deve „ammettere la possibilità della cessione di un credito futuro e considerarlo, non come la promessa di una cessione, ma come atto anticipato di disposizione."

Inhalt und Wirkung der sachenrechtlichen Einigung gleich; Abtretung ist die dinglich wirkende Verfügung über das Forderungsrecht als Vermögensgegenstand[35]). Deshalb die Abtretung als dinglichen Vertrag zu bezeichnen, wie es im gemeinen Recht üblich war und teilweise heute noch der Fall ist[36]), wäre aber unrichtig, da die Zession keine dinglichen Rechte zum Gegenstand hat.

Charakteristisches Merkmal der Verfügung ist die unmittelbare Änderung der Rechtslage eines Vermögensbestandteils. Durch die Verfügung wird die Rechtslage geändert, ohne dass es einer weiteren Rechtshandlung bedarf.

Es ist wichtig für die Behandlung des Problems, ob künftige Forderungen abgetreten werden können, diese Unmittelbarkeit nicht zu verwechseln mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Wirkung der Verfügung. Dieser ist nämlich kein Charakteristikum der Verfügung. In der Regel fällt zwar dieser Zeitpunkt zusammen mit dem der Vornahme des Verfügungsgeschäftes. Der ganze Tatbestand des Geschäftes verwirklicht sich nämlich in der Mehrzahl der Fälle schon im Moment der Verfügung. Infolgedessen tritt dann auch gleichzeitig die Wirkung der Verfügung ein. Diese Regel erleidet aber eine Ausnahme in all den Fällen, wo nicht alle Tatbestandselemente gleichzeitig entstehen, sondern wo sich die Verwirklichung des Tatbestandes auf einen mehr oder minder grossen Zeitraum erstreckt, indem ein einzelnes Tatbestandsmoment sich nicht gleichzeitig mit den übrigen, sondern erst später realisiert. Das ist der Fall bei den Vorausverfügungen

---

[35]) So Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 7. Aufl., 1900; Allgem. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, S. 864.

[36]) Gerechtfertigt jedoch ist die Auffassung der Zession als eines dinglichen Vertrages, wenn man der originellen Lehre Leonhards über das Eigentum an Forderungen folgt. Vgl. Leonhard, Allgem. Schuldrecht des BGB, 1930 S. 60 ff. Diese Theorie ist aber abzulehnen. Vgl. die zutreffende Kritik Hecks im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 134 S. 361.

über künftige Gegenstände, bei den bedingten und befristeten Verfügungen, ferner bei Verfügungen, die erst durch nachträgliche Genehmigung wirksam werden (z. B. die Verfügung des Ehemannes über das Gesamtgut nach Art. 217 ZGB; Verfügung des Vormundes über Vermögensbestandteile des Mündels unter Vorbehalt der Zustimmung seitens der Vormundschaftsbehörde nach Art. 421 ZGB etc.). In diesen Fällen tritt die Wirkung der Verfügung nicht gleichzeitig mit der Vornahme des Verfügungsgeschäftes ein, sondern erst später, vielleicht auch überhaupt nicht, denn die Wirksamkeit der Verfügung setzt das Vorhandensein aller erforderlichen Tatbestandselemente voraus.

Dem Wesen des Verfügungsgeschäftes widerspricht also der spätere Eintritt seiner Wirkung durchaus nicht. Vielmehr bedeutet das Erfordernis der Unmittelbarkeit lediglich, dass es keiner weiteren Willenserklärung zum Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung bedarf. Wir betonen dies nochmals, da es für die spätere Beantwortung unserer Frage von grosser Bedeutung sein wird.

I. Stand der Kontroverse.

Die Möglichkeit der wirksamen Abtretung künftiger Forderungen, insbesondere der gehofften Forderungen, ist äusserst bestritten.

In der schweizerischen Doktrin wird die Vorauszession jeder Art von künftigen Forderungen zugelassen von Attenhofer[37]), Rossel[38]), Wolff[39]), ebenso von v. Tuhr[40])

---

[37]) Vgl. Attenhofer, Der Gegenstand der Zession, ZschwR NF Bd. 4 S. 224 ff.

[38]) Vgl. Rossel, Code (révisé) des obligations, Tome III du Manuel du Droit Civil Suisse, S. 205.

[39]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 216 ff.

[40]) Vgl. von Tuhr, OR Bd. II S. 733.

Graf[41]) und Guhl[42]), während die Kommentare von Oser-Schönenberger[43]) und Becker[44]) die Vorauszession nur der künftigen Forderungen aus bestehendem Grundverhältnis anerkennen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist schwankend.

Schon unter der Herrschaft des alten Obligationenrechts von 1881 hatte sich das Bundesgericht mit unserem Problem zu befassen. Der erste Entscheid fiel im Jahre 1886 und sprach sich für die Abtretung künftiger Forderungen aus: „Il n'est . . . pas contestable . . . que des créances non encore exigibles, ainsi que même des créances futures peuvent être cédées.“[45])

Im Jahre 1891 schützte das Bundesgericht die Abtretung des Provisionsanspruchs „aus einem noch abzuschliessenden Geschäft“ mit der Begründung, „bekanntlich können auch künftige Forderungen cediert werden“[46]).

Mit einem Urteil aus dem Jahre 1899 verliess das Bundesgericht jedoch seine bisherige Praxis und anerkannte Abtretungen künftiger Forderungen „insbesondere nur dann, wenn ein Rechtsverhältnis, aus dem eine bestimmte Forderung entstehen kann, besteht“.[47]) Es liess somit nur die Abtretung der künftigen Forderungen aus bestehendem Grundverhältnis, nicht aber der gehofften Forderungen zu.

Diese Auffassung bestätigte das Bundesgericht im Jahre 1915, indem es die Abtretung zukünftiger Forderungen nur dann als zulässig erklärte, wenn es sich um

---

[41]) Vgl. Graf, Verfügung über künftige Rechte. Diss. Basel 1930, S. 36 ff.

[42]) Vgl. Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht 1934, S. 123 i. f.

[43]) Vgl. Oser-Schönenberger, Komm., Bem. 3—5 zu Art. 164.

[44]) Vgl. Becker, Komm., Bem. 8—11 zu Art. 164.

[45]) Vgl. BGE 12 S. 670 E. 3.

[46]) Vgl. BGE 17 S. 483 ff.

[47]) Vgl. BGE 25 II S. 322 i. f.

eine Forderung handle „dont les éléments sont déjà déterminés ou sont tout au moins susceptibles de l'être d'une manière suffisamment précise, et qui, par conséquent, a pour effet de lier les parties entre elles."[48])

Jedoch in seinem jüngsten Entscheid im Jahre 1931 sprach sich das Bundesgericht wieder für die Abtretbarkeit nicht nur der künftigen Forderungen aus bestehendem Grundverhältnis, sondern auch der gehofften Forderungen aus, wobei es ausführte: „Mit von Tuhr (OR Bd. II S. 732ff) ist... eine Abtretung künftiger Forderungen auch dann als zulässig zu betrachten, wenn im Moment der Abtretung noch keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Zedenten und dem debitor cessus bestehen, insbesondere die Abtretung aus künftigem Warenverkauf. Es ist nicht erfindlich, warum jemand, der eine Ware verkauft, von der er weiss, dass der Käufer sie einem Dritten weiterverkaufen will, sich die Forderungen seines Abnehmers dann soll gültig abtreten lassen können, wenn sein Abnehmer den Vertrag mit dem Dritten bereits — bedingt — abgeschlossen hat, dagegen nicht, wenn ein solcher Weiterverkauf noch nicht abgeschlossen ist. Die Bedürfnisse des Verkehrs erheischen zweifellos die Gleichstellung dieser beiden Fälle, während andererseits weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzes ihm entgegenstehen."[49])

In der deutschen Theorie und Praxis wird die Abtretbarkeit künftiger Forderungen, nachdem sie lange Zeit bestritten war, allgemein anerkannt[50]).

Auch die österreichische Literatur hat sich für die Abtretbarkeit jeder Art künftiger Forderungen ausgesprochen[51]). Hingegen hat der österreichische Oberste Ge-

---

[48]) Vgl. BGE 41 II S. 134 E. 2 = Pr IV Nr. 88 E. 2.

[49]) Vgl. BGE 57 II S. 537 ff. = Pr 21 Nr. 15 = BlZR. Bd. 31, Nr. 85.

[50]) Die deutsche Literatur und Judikatur sind in meiner Dissertation S. 40 ff. zusammengestellt.

[51]) Vgl. Ehrenzweig, System des österr. allg. Privatrechts, 2. Aufl. II. Band 1. Hälfte, Wien 1928, S. 257 und Wolff im Komm. von Klang, Bd. IV, Wien 1932, S. 298, Bem. I 4 zu § 1393.

richtshof erkannt, dass eine gültige Zession nur dann angenommen werden könne, wenn „wenigstens die Elemente, d. h. die Grundlagen der Forderung, vorweg feststehen, das sind die Personen und das grundlegende Verhältnis, aus dem in der Zukunft die Forderung zwischen den Personen entsteht.“[52])

In der französischen Doktrin hat sich die Mehrzahl der Autoren für die Abtretbarkeit auch der gehofften Forderungen ausgesprochen[53]). Hingegen ist die französische Rechtsprechung mit der Anerkennung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen zurückhaltend[54]).

II. Einwände gegen die Abtretbarkeit künftiger Forderungen.

Die Gegner der Abtretbarkeit künftiger Forderungen begründen ihre ablehnende Ansicht entweder überhaupt nicht, wie Oser-Schönenberger, oder übernehmen ein schon von den deutschen Gegnern der Abtretbarkeit vorgebrachtes Argument, wie Becker.

Nach Oser-Schönenberger[55]) sind künftige Forderungen nur dann abtretbar, „wenn bereits der Grund dazu in bindender Weise gelegt ist. Das ist der Fall, wenn wenigstens eine Rechtslage da ist, wo also z. B. die Bedingung oder auch die „Rechtsbedingung“ noch nicht eingetreten ist.“

Begründet wird jedoch die ablehnende Meinung bei Becker[56]): „Die Abtretung ist Verfügung über ein Recht und setzt daher Verfügungsmacht über dieses voraus. Die Verfügung ist Rechtsbedingung der Abtretung. Über ein Recht, das noch nicht durch eine Rechtsbeziehung mit

---

[52]) Vgl. Entscheidungen des Österr. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizstreitsachen, Bd. X Nr. 367.

[53]) Vgl. die bei Fromer loc. cit. S. 43 angeführte Literatur.

[54]) Eine Zusammenstellung der französischen Judikatur findet sich bei Esmein in Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, Tome VII, Paris 1931, n° 1114 p. 424 ss.

[55]) Vgl. Oser-Schönenberger, Komm., Bem. 3 zu Art. 164.

[56]) Vgl. Becker, Komm., Bem. 8 zu Art. 164.

meinem Vermögen verknüpft ist, dessen Erwerb bloss Gegenstand meines Wunsches ist, kann ich nicht verfügen."

Becker bringt damit den schon im deutschen Recht vorgebrachten konstruktiv-juristischen Einwand gegen die Möglichkeit der Abtretung einer künftigen Forderung vor. Dort führt z. B. Eccius, der bekannte Gegner der Abtretbarkeit künftiger Forderungen, aus, dass das Existentsein der Forderung eine begriffliche Voraussetzung der Verfügung sei. Die Verfügung über ein Recht gehe stets darauf hinaus, das betreffende Recht umzugestalten. „Ohne das Vorhandensein des Gegenstandes ist die Begründung eines dinglichen oder dem dinglichen entsprechenden Rechtsverhältnisses zu dem Gegenstand logisch undenkbar. Es muss hiernach dabei bleiben: Verfügung über etwas, was nicht ist, widerspricht dem Wesen der Verfügung. Eine hinausgeschobene Verfügung über ein Nichts bleibt eine dingliche Verfügung über Nichts, auch wenn der gedachte Gegenstand später entsteht. Die Schranken meines Denkvermögens entziehen mir die Möglichkeit der Annahme einer dinglich wirkenden Verfügung über das, was nicht ist. Verfügung über ein nonens erscheint mir als ein nonsens".[57])

Wir halten diesen Einwand für nicht stichhaltig. Er beruht auf einem Streit um Begriffe ohne die praktischen Erwägungen zu berücksichtigen, die dringend die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen gebieten.

Zunächst wollen wir indes die begriffsjuristische Ansicht Beckers mit logischen Gründen widerlegen, wobei wir der im deutschen Recht vorgebrachten Argumentation folgen können, um so eher, als Becker für das schweizerische Recht keine nicht auch schon im deutschen Recht geltendgemachten Gründe gegen die Abtretbarkeit vorbringen kann, und es sich hier um eine rein dogmatische, in allen Rechtskreisen gleich zu beantwortende Frage handelt.

---

[57]) So Eccius in Gruchots Beitr., Bd. 48 S. 470; ähnlich auch Straus, DJZ. 1903 S. 432.

Der Fehler, den die Gegner der Abtretbarkeit begehen, besteht in einer falschen Problemstellung. Die Abtretbarkeit künftiger Forderungen ist, wie wir bereits gesehen haben, eine Vorausverfügung. Grundlegend für die Vorausverfügung ist die Frage, ob eine Verfügung in der Weise getroffen werden kann, dass sie eine in der Zukunft entstehende Forderung bei ihrer Entstehung unmittelbar ergreift. Dagegen verkennen die Gegner der Abtretbarkeit das Problem, wenn sie die Frage stellen, ob eine künftige Forderung schon vor ihrer Entstehung Gegenstand einer Verfügung sein kann. Gegenstand der Verfügung bei der Abtretung künftiger Forderungen ist derselbe wie bei der Abtretung gegenwärtiger Forderungen, nämlich die allerdings erst in der Zukunft entstehende Forderung im Moment ihrer Entstehung. Abtretungsobjekt ist also nicht die nichtexistierende Forderung, die als rechtliches Nichts selbstverständlich nicht Gegenstand einer Verfügung sein kann, denn eine gegenwärtige Wirkung auf einen künftigen Gegenstand ist ein Unding. Die Verfügung über eine künftige Forderung ist eine Verfügung über die in der Zukunft entstehende Forderung. Das Verfügungsgeschäft wird gegenwärtig vollgültig abgeschlossen, nur die Wirkung des Verfügungsgeschäftes ist bis zur Entstehung der Forderung hinausgeschoben. Der Gegensatz zwischen der Abtretung gegenwärtiger und derjenigen künftiger Forderungen besteht lediglich darin, dass im Falle der Abtretung künftiger Forderungen die Verfügung vorweggenommen und erst im Augenblick der Entstehung der Forderung voll wirksam wird. Es wird somit gar nicht über ein nonens verfügt.

Die antizipierte Verfügung ist möglich. Es ist durchaus nicht erforderlich, dass das Objekt der Verfügung im Augenblick der Vornahme des Verfügungsgeschäftes existent ist. Keine Rechtsnorm stellt ein solches Erfordernis auf. Auch nach dem Wesen der Willenserklärung, die für die Verfügung das charakteristische Moment bildet, ist es logisch sehr wohl denkbar, dass eine Erklärung schon

vor dem Existentsein der Forderung mit der Wirkung abgegeben wird, dass sie im Augenblick des Existentwerdens der Forderung wirksam wird und sie unmittelbar ergreift.[58])

Der Einwand, die Abtretung künftiger Forderungen widerspreche dem Wesen der Verfügung, ist somit nicht stichhaltig[59]).

III. Gründe für die Abtretbarkeit künftiger Forderungen.

Wolff[60]) verweist auf die Bestimmungen von Art. 494 Abs. II OR und Art. 824 Abs. I ZGB, welche eine Sicherung künftiger Forderungen durch Bürgschaft oder Pfand anerkennen. Er argumentiert folgendermassen: Wenn das Gesetz eine wirksame Bürgschafts- oder Pfandbestellung für künftige Forderungen expressis verbis für zulässig erachte, so müsse eine solche Bürgschaftsforderung, ein solches Pfandrecht, als Akzessorium der gesicherten Forderung auch wirksam mitübertragen werden können. Erachte aber das Gesetz solchenfalls die künftige Bürgschaftsforderung und das künftige Pfandrecht als taugliches Objekt der Verfügung, so sei damit implicite auch die Wirksamkeit einer Abtretung der durch Bürgschaft oder Pfand gesicherten künftigen Forderungen selbst anerkannt, da die Sicherheitsrechte mit der künftigen Forderung nach Art. 170 Abs. I OR untrennbar verbunden seien.

Diese Beweisführung halten wir für einen Zirkelschluss. Richtig ist zwar, dass eine enge Verbundenheit der Akzessorien mit der gesicherten Forderung besteht, jedoch lässt sich daraus nicht die Zulässigkeit der Abtretung

---

[58]) Vgl. Wenzel, Die Verfügung über künftige Gegenstände. Diss. Königsberg 1913, S. 60.

[59]) Vgl. auch Wolff, loc. cit. S. 216 ff.; Graf, loc. cit. S. 39.

[60]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 219. Gleicher Ansicht auch Lippmann, DJZ. 1904, S. 255 ff., Grünebaum, DJZ. 1905, S. 801 ff., Ohmeyer, loc. cit. S. 170.

künftiger Forderungen beweisen. Denn die Übertragbarkeit der Nebenrechte hängt von derjenigen der künftigen Forderung ab und nicht umgekehrt. Die primäre Frage ist daher die nach der Abtretbarkeit der künftigen Forderung, womit, wegen der Schicksalsgemeinschaft der Nebenrechte mit der Hauptforderung, implicite auch gefragt wird, ob ein Pfandrecht oder eine Bürgschaftsforderung, die für eine künftige Forderung bestellt sind, übertragbar seien. Dabei ist es falsch, die Übertragbarkeit dieser Nebenrechte anzunehmen, um die der künftigen Forderungen zu beweisen.

Das von Wolff angeführte Argument ist deshalb nicht zur Begründung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen tauglich.

Wie wir bereits bei der Untersuchung des Begriffes der künftigen Forderung gesehen haben, fasst von Tuhr[61]) die bedingten und befristeten Forderungen als eine Kategorie der künftigen Forderung auf und zieht aus der allgemein anerkannten Abtretbarkeit der bedingten und befristeten Forderungen den Schluss auf die Möglichkeit der Abtretung aller künftigen Forderungen überhaupt. Da von Tuhr von der irrtümlichen Voraussetzung ausgeht, es handle sich bei den bedingten und befristeten Forderungen um eine Art der künftigen Forderungen, wogegen sie nach richtiger Auffassung zu den gegenwärtigen Forderungen zu rechnen sind, ist seine Argumentation, der auch Wolff[62]) folgt, abzulehnen.

Heuer[63]) findet die Hauptstütze der Zession künftiger Forderungen in der Analogie ähnlicher Rechtssätze und in allgemeinen Gründen, wie dem, dass eine Zession unter jeder beliebigen Bedingung, so auch der, dass die abgetretene Forderung zur Entstehung gelange, vorgenommen werden könne.

---

[61]) Vgl. DJZ. 1904, S. 426 ff.

[62]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 220.

[63]) Vgl. DJZ. 1903, S. 28 ff. Gleicher Ansicht offenbar auch Oertmann, Komm., Bem. 1 g zu § 399 BGB.

Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Bedingung.

Das Entstehen der Forderung bei der Abtretung künftiger Forderungen ist nämlich keine Bedingung im technischen Sinne, sondern eine sogenannte „Rechtsbedingung", eine condicio iuris. Die Rechtsbedingung ist nur dem Namen nach eine Bedingung, in Wirklichkeit aber eine Tatsache, welche kraft gesetzlicher Vorschrift zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten muss, um den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes zu vollenden[64]). Bei der Vorauszession liegt der spätere Eintritt ihrer Wirkung in ihrem Wesen, ohne dass es einer durch Parteiwillkür hinzugefügten Bedingung bedarf. Eine Bedingung dagegen liegt vor, wenn die Parteien eine über die gesetzlichen Erfordernisse hinausgehende Tatsache zur Voraussetzung der Wirksamkeit ihres Vertrages machen. Bei der Abtretung künftiger Forderungen ist das spätere Entstehen der Forderung für die Wirksamkeit der Abtretung ebenso selbstverständliche Voraussetzung wie z. B. der Tod des Erblassers für die Wirksamkeit des Testaments.

Da es sich also bei der Abtretung einer künftigen Forderung nicht um ein bedingtes Rechtsgeschäft handelt, ist die Beweisführung Heuers, die Abtretung künftiger Forderungen aus Gründen der Analogie zuzulassen, falsch.

Wie wir gesehen haben, lassen sich logisch-konstruktive Bedenken gegen das Institut der Vorausverfügung, insbesondere in der Form der Abtretung künftiger Forderungen, nicht vorbringen. Die weitere Untersuchung soll nun dartun, welche Gründe u. E. für die Möglichkeit der Abtretung künftiger Forderungen sprechen.

1. Positiv-rechtliche Anerkennung.

Ein Beweis für die Abtretbarkeit künftiger Forderungen ist die Tatsache, dass verschiedene Gesetze des Kontinents Abtretungen künftiger Forderungen kennen.

---

[64]) Vgl. von Tuhr, OR Bd. I S. 646.

Im schweizerischen Recht kann die Abtretbarkeit künftiger Forderungen mittelbar den Bestimmungen von Art. 533 Abs. I OR und Art. 549 Abs. 1 OR entnommen werden, wo vom Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnanteil und vom Auseinandersetzungsguthaben gesprochen wird.

Der Anspruch auf den Gewinnanteil und auf die Zinsen entsteht erst am Schlusse des Geschäftsjahres. Der Anspruch auf Rückzahlung der Einlage im Falle der Auseinandersetzung oder des Ausscheidens eines Gesellschafters, das sogenannte Liquidationsguthaben, entsteht erst mit der Auflösung der Gesellschaft oder beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft[65]). Vorher sind, dem Prinzipe der Gesamthand entsprechend, die Anteile an den Gesellschaftszweck gebunden und daher der freien Verfügung der einzelnen Gesellschafter entzogen. Beide Ansprüche bestehen also gegenwärtig für den Gesellschafter noch nicht und sind nach Bestand und Höhe noch unbestimmt; sie gelangen erst nach Ablauf eines gewissen Zeitabschnittes (Geschäftsjahres), in der Regel aber erst durch Eintreten eines weiteren Momentes (Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden eines Gesellschafters) zur Entstehung. Sie sind also künftige Forderungen. Die Möglichkeit der Abtretung dieser künftigen Forderungen ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich jedoch auf Grund einer sinngemässen Anwendung des Gesetzes und ist von der Literatur[66]) und Praxis[67]) allgemein anerkannt.

---

[65]) Vgl. Wieland, Handelsrecht. Leipzig 1921, Bd. I S. 556 i. f.

[66]) Vgl. Wieland, loc. cit. S. 613. Ferner Siegwart, Kommentar zum OR, 3. Abt., Zürich 1934, N. 4 zu Art. 542 OR; Becker, N. 6 zu Art. 542 OR; Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, N. 6 zu Art. 542 OR; Vogelsang, Alfred E., Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse. Diss. Lausanne 1931, p. 124.

[67]) Vgl. BGE Bd. 18 S. 511; BGE 25 II S. 332; ZBJV 51 S. 516; SJZ Bd. XII S. 248.

Eine positiv-rechtliche Anerkennung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen lässt sich auch aus Art. 806 ZGB ableiten.

Nach Abs. III dieses Artikels sind Rechtsgeschäfte des Grundeigentümers über noch nicht verfallene Miet- oder Pachtzinsforderungen (sowie die Pfändung durch andere Gläubiger) unwirksam gegenüber demjenigen Grundpfandgläubiger, der vor der Fälligkeit der betreffenden Zinsforderung die Grundpfandbetreibung eingeleitet hat. Rechtsgeschäftliche Verfügungen im Sinne dieser Gesetzesbestimmung sind alle die Grundpfandgläubiger benachteiligenden Verfügungen, also Zahlung, Zession, Verpfändung etc.[68]). Durch argumentum e contrario folgt aus dieser Bestimmung, dass das Gesetz Vorauszessionen über künftige Miet- oder Pachtzinsforderungen gegenüber anderen Personen als demjenigen Grundpfandgläubiger, der rechtzeitig die Verwertung seines Pfandes verlangt hat, an sich als gültig anerkennt.

Andere Beweise für die positiv-rechtliche Anerkennung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen lassen sich für das schweizerische Recht unserer Auffassung nach nicht finden. Die von Wolff[69]) angeführten Gesetzesbestimmungen (Art. 494 Abs. II OR; Art. 824 Abs. I ZGB; Art. 512 Abs. I OR; Art. 760 ZGB und Art. 239 Abs. I OR) sind zwar Beweise für das Vorkommen des Ausdrucks „künftige Forderung" im Gesetz, nicht aber für die gesetzliche Anerkennung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen.

Zahlreicher sind die Beweise für die positiv-rechtliche Anerkennung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen im deutschen Recht. Wir beschränken uns auf die Nen-

---

[68]) Vgl. Wieland, Kommentar zum Sachenrecht, Bem. 4 zu Art. 806 ZGB; Leemann, Hans, Kommentar zum Sachenrecht, Bern 1925, N. 45 zu Art. 806 ZGB; ibid., Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet- und Pachtzinsforderungen (ZGB Art. 806). SJZ Bd. 24 (1927) S. 77 ff. insbes. S. 82.

[69]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 219—220.

nung der in Betracht fallenden Gesetzesbestimmungen: §§ 573, 717 Abs. II, 1126 BGB, 680 V, 891 HGB, 21 Abs. II KO.

Im österreichischen Recht wird in § 939 ABGB ausdrücklich die Abtretung eines gehofften Rechtes erwähnt[70]).

2. *Wirtschaftliches Bedürfnis.*

Für die Bejahung der Möglichkeit der Abtretung künftiger Forderungen spricht ferner ein dringendes wirtschaftliches Bedürfnis.

Das Rechnen mit künftigen Werten ist die Grundlage der Kreditwirtschaft. Der Kreditgeber benötigt zur Verminderung seines Risikos Kreditsicherungen, die vom Schuldner oft nicht in Form von Bürgschaft oder Pfand, wohl aber in Form der Abtretung künftiger Forderungen gegeben werden können. Der heutige Verkehr muss mit Vorausberechnungen und Kalkulationen rechnen können. Im Begriffe des Verkehrs liegt es, dass auch noch das Zukünftige wirtschaftlichen Wert für die Gegenwart hat[71]). Der Kredit in allen seinen mannigfachen Erscheinungsformen und Verzweigungen, die Vorkehrungen, welche der Kreditsicherung dienen (Deckungsgeschäfte), insbesondere aber die bestimmten Vorgänge, welche künftige Werte schon jetzt in Verkehr stellen, wie z. B. das Diskontgeschäft, der Konto-Korrent, die Geschäfte des Check- und Clearingverkehrs und nicht zuletzt die Spekulation, sie alle nehmen mehr oder minder auf die Gestaltung der Zukunft Bezug und bringen deren Ergebnis schon jetzt in Anschlag[72]).

---

[70]) § 939 ABGB. hat folgenden Wortlaut: „Wer auf ein gehofftes, oder wirklich angefallenes, oder zweifelhaftes Recht Verzicht tut, ohne es einem anderen ordentlich abzutreten, oder dasselbe dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung zu erlassen, ist für keinen Geschenkgeber anzusehen."

[71]) Vgl. Lippmann in DJZ. 1904, S. 257.

[72]) Vgl. Ohmeyer, S. 1.

Das Recht darf diesen Wirtschaftsbedürfnissen nicht hemmend entgegentreten, sondern muss ihnen Rechnung tragen. „Es ist eine falsche Vorstellung, dass die Bedürfnisse des Verkehrs in einem wirklichen Widerspruche stehen könnten mit der Rechtstheorie. Wo ein solcher Konflikt zu bestehen scheint, liegt die Schuld nicht am Verkehr, sondern an der Theorie, welche dann schleunigst ihre Begriffe revidieren muss.“[73])

Der Ausschluss der Zession zukünftiger Forderungen würde eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des Forderungsverkehrs zur Folge haben, die der dem modernen Vertragsrecht innewohnenden Tendenz, den Verkehr möglichst zu begünstigen, widersprechen würde[74]).

Die Anerkennung der Abtretbarkeit künftiger Forderungen ermöglicht es, die Gläubiger eines Schuldners bei aussergerichtlichen Sanierungen gegen leichtsinnige Verschleuderung seines künftigen Vermögens dadurch zu schützen, dass die künftigen Werte schon jetzt den Gläubigern zur Sicherheit übertragen werden.

Dass der Abtretung künftiger Forderungen im heutigen Wirtschaftsleben eine nicht geringe Bedeutung zukommt, geht auch aus der grossen Anzahl von Gerichtsentscheiden, die in den verschiedensten Ländern ergangen sind, hervor.

Selbst die Gegner der Abtretbarkeit künftiger Forderungen anerkennen das dringende Verkehrsbedürfnis, das der Vorausverfügung gerufen hat, indem sie auf Umwegen demselben wirtschaftlichen Zweck gerecht werden wollen. So nimmt Eccius[75]) an, dass durch einen Vertrag zugunsten Dritter oder durch einen Zessionsvorvertrag

---

[73]) Vgl. Delbrück, Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht. Berlin 1853, S. 7.

[74]) Vgl. Urteil des Berner Appellationshofes vom 28. Mai 1913, publiziert in SJZ Band 10 (1913) S. 30 Nr. 34; ferner Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 15. Juli 1885, publiziert in ZBJV Band 22 S. 350.

[75]) Vgl. DJZ. 1904 S. 54.

(pactum de cedendo) derselbe wirtschaftliche Zweck erreicht werde wie durch die Abtretung künftiger Forderungen. Diese beiden Wege reichen aber u. E. zur Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses nicht aus.

Hinsichtlich des Vertrages zugunsten Dritter ist zu sagen, dass der kreditbedürftigen Partei (z. B. dem Bauunternehmer) nicht zuzumuten ist, ihrem Vertragsgegner (dem Bauherrn) den Mangel an flüssigen Mitteln dadurch zu offenbaren, dass schon beim Vertragsschluss ein Dritter (der Kreditgeber) als Zahlungsempfänger bezeichnet wird. Der Besteller würde dann Zweifel über die Leistungsfähigkeit des Unternehmers bekommen und deshalb möglicherweise den Werkvertrag nicht mit ihm schliessen. Der kreditbedürftige Unternehmer hat also ein erhebliches Interesse daran, dass sein Vertragsgegner nicht erfährt, in welchem Masse er Kredit in Anspruch nehmen muss, ohne dass in diesem Geheimhalten Unlauterkeit zu liegen braucht. Mit einem Vertrag zugunsten Dritter lässt sich demnach nicht derselbe wirtschaftliche Erfolg wie mit der antizipierten Forderungsabtretung erreichen.

Dasselbe gilt auch für das pactum de cedendo. Durch dieses wird bloss eine obligatorische Verpflichtung zur späteren Vornahme des Zessionsaktes begründet, die dem Kreditgeber nicht die gleiche Sicherheit gewährt wie die absolut wirkende Zession.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, dass logischen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen, selbst wenn solche bestehen würden, keine Beachtung geschenkt werden dürfte in Anbetracht des dringenden Verkehrsbedürfnisses. Denn, so wird mit Recht gefragt[76]), könnte man etwa vertreten, dass Menschen, die sich nur durch Verfügung über künftige Forderungen die Mittel zu ihrer Existenz verschaffen können, verhungern, weil die Vorausverfügung begrifflich unmöglich sein soll? Dem Juristen, der solche Verfügungen

---

[76]) Vgl. Grünebaum im „Recht" 1909 S. 662.

als rechtsunwirksam und deshalb praktisch unmöglich bezeichnet, würde mit Recht der Vorwurf gemacht, er sässe in einem Begriffshimmel und sähe von dort aus das wirkliche Leben nicht.

Aus unserer bisherigen Untersuchung ergibt sich: Die Abtretung künftiger Forderungen ist möglich.

Wir haben darzulegen versucht, dass die begriffsjuristischen Einwendungen, die sich auf die Rechtsnatur der Abtretung als einer Verfügung stützen, nicht stichhaltig sind. Keine Rechtsnorm verbietet einer Partei, eine Forderung vor deren Entstehung auf einen anderen zu übertragen. Als entscheidende Gründe für die Vorauszession konnten die positiv-rechtliche Anerkennung künftiger Forderungen als Gegenstände des Rechtsverkehrs und das dringende wirtschaftliche Bedürfnis angeführt werden.

Es erhebt sich nun die Frage, ob nicht aus rechtspolitischen Gesichtspunkten die theoretisch zwar zulässige Abtretung künftiger Forderungen für die Praxis gewissen Einschränkungen unterworfen werden muss.

Mit Recht führt Oertmann[77]) aus, dass nicht soweit gegangen werden darf, alle möglichen mehr oder minder phantastischen, in Entstehungsgrund, Inhalt und Umfang noch unübersehbaren Zukunftsansprüche zu möglichen Zessionsobjekten zu erheben.

Derartige „Zessionen" erwecken wegen ihres meist völlig unbestimmten Inhalts in der Tat schwere Bedenken. Sie verdienen keinen Rechtsschutz, da sie als spekulative Geschäfte wegen der Unübersehbarkeit ihrer Folgen leicht unvorhergesehene Benachteiligungen der einen oder andern Partei zur Folge hätten.

Das Interesse an der Klarheit der Rechtsverhältnisse verlangt, dass Missbräuche, die infolge einer uneingeschränkten Abtretbarkeit künftiger Forderungen entstehen würden, verhindert werden. Deshalb sind an die

---

[77]) Vgl. Oertmann, loc. cit. S. 444.

Wirksamkeit der Vorauszessionen verschiedene Erfordernisse zu stellen, die wir im folgenden Paragraphen erörtern.

§ 3. Voraussetzungen der Abtretbarkeit künftiger Forderungen.

I. Individualisierung der abgetretenen künftigen Forderung.

Die schweizerische Doktrin und Praxis hat sich mit der Frage, inwieweit die abzutretende künftige Forderung individualisiert sein muss, um den Gegenstand einer gültigen Zession bilden zu können, bisher nur wenig beschäftigt.

In den Kommentaren[78]) ist nur zu finden, dass die Forderung „bestimmt oder wenigstens bestimmbar" sein müsse; es wird aber nicht ausgeführt, wann diesem Erfordernis Genüge getan ist.

Auch von Tuhr[79]) sagt bloss, bei der Abtretung künftiger Forderungen müsse der Gegenstand der Zession mit der nötigen Bestimmtheit bezeichnet sein. Ebenso Graf[80]).

Einzig die Darstellung von Wolff[81]) ist etwas eingehender. Wolff führt aus, der Zessionsvertrag müsse die charakteristischen Merkmale der künftigen Forderung so weit zum vornherein feststellen, dass über die Identität einer nachher begründeten Obligation mit der jetzt ins Auge gefassten rechtlich kein Zweifel aufkommen könne. Dazu gehört nach Wolff das Bekanntsein der Subjekte, zwischen denen, und des Entstehungsgrundes, aus dem die künftige Forderung entstehen soll.

---

[78]) Vgl. Oser-Schönenberger, Komm., N. 6 zu Art. 164 OR; Hafner, Bem. 1a zu Art. 183 a.OR.

[79]) Vgl. von Tuhr, OR Bd. II S. 734.

[80]) Vgl. Graf, loc. cit. S. 45.

[81]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 223.

Das Bundesgericht fordert „genügende" Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit. Während es in seinen früheren Entscheiden[82]) lediglich im konkreten Fall untersucht hat, ob die künftige Forderung hinreichend spezifiziert ist, um abgetreten werden zu können, präzisiert es in seinem letzten Urteil über die Abtretung künftiger Forderungen[83]), das wir später einer eingehenden Prüfung unterziehen werden, seine Ansicht dahin, dass die künftige Forderung dann genügend individualisiert sei, wenn sie hinsichtlich dreier Merkmale, nämlich bezüglich der Person des debitor cessus, des Rechtsgrundes und der Höhe der Forderung hinreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist.

In der deutschen Doktrin hat sich hauptsächlich von Tuhr mit der Frage der Individualisierung der abgetretenen künftigen Forderung beschäftigt.

In seinem im Bankarchiv Bd. 7 S. 277 ff. erschienenen Aufsatz über die „Abtretung künftiger Forderungen" führt er aus, es ergebe sich aus allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre, dass der Gegenstand der Zession mit genügender Präzision bestimmt sein müsse; insbesondere müsse die künftige Forderung bei der Abtretung so genau bezeichnet sein, dass kein Zweifel über ihre Identität bestehe.

Von Tuhr begnügt sich mit diesem allgemeinen Grundsatz, ohne zu fordern, dass bestimmte Forderungsmerkmale individualisiert sein müssen. So ist von Tuhr der Ansicht, dass z. B. die Unbestimmtheit des künftigen Schuldners kein Hindernis für die Wirksamkeit der Abtretung bedeute.

Auch nach Dernburg[84]) ist es nicht notwendig, dass die Person des Schuldners oder der Betrag der Forderung bereits feststehen.

---

[82]) Vgl. BGE 12 S. 666 ff.; BGE 41 II S. 134 E. 2 = Pr IV Nr. 88 E. 2.

[83]) Vgl. BGE 57 II S. 537 = Pr 21 Nr 15 = BIZR 31 Nr. 85.

[84]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. Halle 1899, II. Band S. 303.

Oertmann[85]) hingegen verlangt das „Vorhandensein eines bestimmten Anspruchsgegners", m. a. W. des debitor cessus.

Der Kommentar von Staudinger[86]) fordert Angabe des Rechtsgrundes.

Das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen[87]) ebenfalls das Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit aufgestellt, dessen Inhalt aber nicht in grundsätzlicher Weise umschrieben, sondern — so wie früher das Bundesgericht — bloss geprüft, ob im konkreten Fall die abgetretene Forderung genügend individualisiert ist.

Gehen wir nunmehr etwas näher auf die Ansicht des Bundesgerichts ein.

Das Bundesgericht schützt die Abtretung einer künftigen Forderung nur dann, wenn im Moment des Abschlusses der Zession die Person des debitor cessus, die causa und die Höhe der abgetretenen Forderung bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind.

Wir können dieser Auffassung nicht folgen. Sie führt, wie uns scheint, zu Konsequenzen, welche die Möglichkeit der Abtretung künftiger Forderungen allzusehr einschränken, was wir anhand einiger Beispiele dartun wollen.

1. A zediert dem B sämtliche Mietzinsforderungen, die ihm entstehen werden, sobald eine im Bau befindliche Liegenschaft vermietet sein wird.

Die Person der Schuldner ist im Moment der Zession noch nicht bekannt. Eine solche Vorauszession würde demnach vom Bundesgericht auf Grund seines letztergangenen Entscheides nicht für zulässig erachtet.

---

[85]) Vgl. Oertmann, „Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs", Archiv f. civ. Praxis, Bd. 113 (1915) S. 77.

[86]) Vgl. Staudinger, Komm., 9. Aufl., 1927 Bd. II, 1. Bem. II 1a zu § 398.

[87]) Vgl. RGE Bd. 67 S. 166, Bd. 74 S. 78, Bd. 75 S. 225, Bd. 90 S. 248, Bd. 92 S. 105, 238, Bd. 98 S. 201, Bd. 136 S. 100, Bd. 140 S. 250.

2. Ein Fabrikant von Radioapparaten verkauft einem Händler Apparate unter Eigentumsvorbehalt. Da diese zur Weiterveräusserung bestimmt sind und der Eigentumsvorbehalt infolge guten Glaubens eines Dritterwerbers erlischt, gestattet der Fabrikant dem Händler den Weiterverkauf im ordentlichen Geschäftsbetrieb. Sicherungshalber lässt er sich die Forderungen, die dem Händler aus dem künftigen Weiterverkauf gegen dessen Kunden erwachsen werden, schon bei Abschluss des Kaufvertrages, also im voraus, zedieren.

Im Moment des Vertragsabschlusses sind die Personen der Käufer, die debitores cessi, noch nicht bestimmbar. Nach der Auffassung des Bundesgerichts wäre eine derartige Abtretung künftiger Forderungen nicht rechtsschutzwürdig. Solche Vorauszessionen sind aber sehr gebräuchlich, besonders in Deutschland[88]); sie finden aber in der letzten Zeit auch in die Schweiz Eingang, da sie das einzige Mittel darstellen, um den Lieferanten von zum Weiterverkauf bestimmten Waren gegen Zahlungsunfähigkeit des Händlers zu schützen[89]).

3. A zediert dem B alle Kaufpreisforderungen, die ihm aus seinem regelmässigen Geschäftsverkehr gegen seinen Stammkunden C in Zukunft entstehen werden.

Die genaue Höhe des zedierten Anspruches, die einerseits vom Bedarf des C, andererseits vom Stand der Preise zur Zeit des Kaufes abhängt, ist im Moment der Zession

---

[88]) Vgl. Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Berlin 1930, S. 39 ff. Stulz, Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht. Diss. Freiburg i. Br. 1930, S. 17 ff.; ibid. in JW 1932, S. 1965 ff. Matthiessen, Der Kampf der Eigentumsvorbehaltslieferanten um die Forderung aus dem Weiterverkauf. Zentralblatt für Handelsrecht, 7. Jahrg. (1932) S. 40 ff. RGE Bd. 136 S. 100 = JW 1932 S. 1965 ff. = Bankarchiv Bd. 31 S. 408 ff.

[89]) Vgl. Stähelin, Felix, Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts. Basler Diss. 1935, erschienen als Heft 11 der „Basler Beiträge zur Rechtswissenschaft", Basel 1937 S. 47 ff., insbes. S. 53.

weder bestimmt noch bestimmbar. Eine solche Zession wäre also nach bundesgerichtlicher Ansicht nicht wirksam.

4. Der Automobilhändler A zediert dem B alle Forderungen, die ihm aus der Vermietung oder dem Verkauf seines Wagens X gegen unbekannte Schuldner in unbestimmbarer Höhe entstehen werden. Das Bundesgericht würde diese Abtretung nicht schützen, da im vorliegenden Fall weder die Person des Schuldners, noch die causa, noch die Höhe der Forderung im Moment der Zession eindeutig bestimmt oder bestimmbar sind.

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass das Bundesgericht Erfordernisse, die zwar in dem von ihm entschiedenen Fall zur Spezifizierung der abgetretenen Forderung dienten, verallgemeinert und zum Inhalt eines Grundsatzes gemacht hat, dessen Anwendung die Zahl wirksamer Vorauszessionen ganz bedeutend beschränken würde.

Wenn vom Bundesgericht einerseits die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen grundsätzlich bejaht wird, dürfen nicht andererseits Gültigkeitsvoraussetzungen gefordert werden, welche das Anwendungsgebiet der Vorauszessionen einengen und überdies keine Grundlagen im positiven Recht haben.

Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen die in obigen Beispielen genannten Fälle keinen Rechtsschutz verdienen sollen, während in Anwendung des vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatzes z. B. die Zession einer Honorarforderung von Fr. 1000.—, die der Student A gegen das Bankhaus X aus einem Mandat, das er von diesem nach Eröffnung seines Advokaturbüros zu erhalten hofft, wirksam sein müsste.

Die bundesgerichtliche These trägt den praktischen Bedürfnissen zu wenig Rechnung. Es ist verkehrt, ein Prinzip aufzustellen, das, vom Einzelfall ausgehend, das Vorhandensein bestimmter, willkürlich ausgewählter Individualisierungsmerkmale allgemein als Gültigkeitsvoraussetzung für alle Abtretungen künftiger Forderungen

verlangt. Vielmehr muss u. E. das Prinzip so weit gefasst werden, dass es einerseits auf alle einem Verkehrsbedürfnis dienenden Vorauszessionen anwendbar ist, andererseits aber auch das Interesse an der Klarheit der Rechtsverhältnisse berücksichtigt.

Wir glauben deshalb, folgenden Grundsatz aufstellen zu können:

Eine künftige Forderung ist dann genügend individualisiert, wenn sowohl im Moment des Vertragsschlusses bestimmt oder bestimmbar[90]) ist, welche der künftig entstehenden Forderungen zediert sein soll, als auch im Augenblick der Entstehung der Forderung Klarheit darüber herrscht, dass die jetzt entstandene Forderung mit der früher zedierten identisch ist.

Es ist nicht unsere Aufgabe, kasuistisches Material zusammenzustellen, um darzutun, wann im Einzelfall die abzutretende künftige Forderung genügend individualisiert ist. Wir müssen uns damit zufrieden geben, einen leitenden Gedanken formuliert zu haben, und es im übrigen dem richterlichen Ermessen überlassen, im Einzelfall unter Anwendung des allgemeinen Grundsatzes zu prüfen, ob die konkrete Vorauszession zu schützen oder ob ihr der Rechtsschutz zu versagen ist.

---

[90]) An die Stelle der Bestimmtheit kann die Bestimmbarkeit treten, da die bestimmte Angabe des Inhalts oder Umfangs einer Verpflichtung nach OR, wie überhaupt nach modernem Vertragsrecht, nur beim Wechsel und ähnlichen Forderungspapieren erforderlich ist. Das ergibt sich auch schon aus Art. 184 Abs. II OR, der den der Verallgemeinerung fähigen Grundsatz formuliert: „Der Preis ist genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist.“ Vgl. Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—67 N. 87 und BGE Bd. 21 S. 843 E. 4. Die Bestimmbarkeit unterscheidet sich von der Bestimmtheit dadurch, dass ein Tatbestandsstück nicht auf Grund des Vertragsinhalts, sondern nur mittels Heranziehung ausserhalb des Vertrages liegender Umstände individualisiert werden kann.

II. Schranken der Vertragsfreiheit.

Die Rücksicht auf die guten Sitten schränkt die Anwendbarkeit von Vorauszessionen, die zwar das Erfordernis der Individualisierung erfüllen, aber eine zu weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Zedenten bedeuten, nicht unerheblich ein.

Man denke sich, dass ein Kaufmann alle Geschäftsforderungen, die ihm durch zukünftige Lieferungen an seine sämtlichen Kunden entstehen werden, zediert.

Eine solche Vorauszession hat bisher den Gegenstand weder einer Entscheidung des Bundesgerichts noch, soweit wir feststellen konnten, eines letztinstanzlichen kantonalen Gerichtes gebildet. Hingegen hat sich das deutsche Reichsgericht schon sehr oft mit einem derartigen Abtretungsvertrag zu beschäftigen gehabt und in langjähriger Praxis[91]) an der Auffassung festgehalten, dass die Abtretung sämtlicher künftiger Forderungen nichtig sei. Es stützt seine Entscheidungen auf den Grundgedanken der §§ 138 und 310 BGB. § 310 verbietet Verträge, durch die sich jemand verpflichtet, sein künftiges Vermögen (im Gegensatz zu einzelnen spezifizierten Vermögensrechten) zu übertragen. Diese Bestimmung ist zwar auf die Abtretung aller künftigen Forderungen nicht direkt anwendbar, da § 310 nur von Verpflichtungsgeschäften redet, die Zession aber eine Verfügung ist. Jedoch lässt sich eine analoge Anwendung dieser Bestimmung sowohl nach dem argumentum a fortiori als auch nach der ratio legis, die einen sozialpolitischen Zweck verfolgt, rechtfertigen. § 138 erklärt sittenwidrige Rechtsgeschäfte für nichtig.

Nach schweizerischem Recht wird die Abtretung aller künftigen Forderungen auf Grund von Art. 20 OR und Art. 27 ZGB als unwirksam zu erachten sein. Die An-

---

[91]) Vgl. die vielen Urteile, zitiert im Kommentar der Reichsgerichtsräte, 8. Aufl. 1934, Bem. 1 A f zu § 138 BGB.

wendbarkeit dieser Gesetzesbestimmungen rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen:

Das gefährliche Moment bei generellen Vorauszessionen liegt darin, dass ihre Wirkungen erst in der Zukunft eintreten. Die gegenwärtige Notlage veranlasst den bedrängten Schuldner, sich der allgemein-menschlichen Hoffnung auf eine bessere Zukunft hinzugeben. Die Möglichkeit ungeahnter Wendungen seiner finanziellen Lage wird für ihn geradezu ausschlaggebend, durch weitgehende Verpflichtungen für die Zukunft die drückende Gegenwart zu erleichtern. Zudringlichen Gläubigern ist er am ehesten ausgeliefert. Die Wucherbestimmung des Art. 21 OR ist hier nicht anwendbar, da ja objektiv kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt; der Gläubiger drängt lediglich auf Befriedigung oder Sicherstellung seiner Forderung. Diese Befriedigung darf aber nicht in einer Weise erfolgen, die einem Verzicht auf die wirtschaftliche Freiheit des Zedenten gleichkommt. Der Zedent leistet durch die Abtretung seiner sämtlichen zukünftigen Forderungen zwar keinen Verzicht auf die wirtschaftliche Betätigung. Er begibt sich aber von vorneherein einer vernünftigen, den kaufmännischen Grundsätzen entsprechenden Tätigkeit. Ist der Zedent Kaufmann, so ist davon auszugehen, dass sein Unternehmen normalerweise die Grundlage seiner ökonomischen Existenz bildet. Wir setzen hier die Gefährdung des Unternehmens der Gefährdung der Existenz gleich, wobei die Ausnahmefälle, in denen der Kaufmann noch andere Existenzquellen oder mehrere Unternehmen besitzt, unberücksichtigt bleiben.

Der Gewerbetreibende darf sich nicht im voraus zu einem den kaufmännischen Grundsätzen derart widersprechenden Verhalten verpflichten, dass sein Unternehmen nur noch als Scheingeschäft weiterbesteht. Das aber ist der Fall, wenn alle künftigen Forderungen zediert sind. Aus diesen Gründen muss eine generelle Vorauszession auf Grund von Art. 20 OR und Art. 27 ZGB nichtig sein.

Von Tuhr[92]) nimmt an, dass die Abtretung aller künftigen Geschäftsforderungen gegen eine bestimmte Person zulässig sei, da durch eine solche Zession die Möglichkeit des künftigen Erwerbes von Forderungen für den Zedenten in so geringem Masse beschränkt wird, dass von einem Verstoss gegen die guten Sitten nicht geredet werden kann.

Weitergehend scheint uns, dass in der Regel auch die Abtretung künftiger Forderungen gegen eine beschränkte Anzahl künftiger Schuldner anzuerkennen ist. Meistens wird darin keine unzulässige Beschränkung in der wirtschaftlichen Betätigung des Zedenten zu erblicken sein. Doch sind die konkreten Umstände des einzelnen Falles massgebend, weshalb sich eine allgemeingültige Regel nicht aufstellen lässt.

Auch der noch nicht verdiente Lohn kann Gegenstand einer Vorauszession bilden. Eine Bestimmung, wie die des § 400 BGB, wonach die Unpfändbarkeit auch die zivilrechtliche Unübertragbarkeit in sich schliesst, ist dem schweizerischen Rechte fremd[93]). Der Lohnempfänger kann deshalb Vorauszessionen über seine künftigen Lohnforderungen abschliessen ohne Rücksicht auf die in Art. 93 SchKG garantierte Unpfändbarkeit des Existenzminimums[94]). Auf die Unpfändbarkeit kann er sich nicht berufen.

Diesen Rechtszustand, durch den sich die Lohnpfändung und damit die Berufung auf das Existenzminimum umgehen lässt, machte sich, wie Brun in SJZ Bd. 23 S. 263 ff. berichtet, ein Abzahlungsgeschäft zunutze, indem es sich vom Käufer von Waren auf Abzahlung einen sogen. „Schuldschein" unterzeichnen liess. Darin war folgende Bestimmung enthalten: „Bei Rückstand von

[92]) Vgl. Bankarchiv Bd. 7 S. 278. Ebenso Wolff, loc. cit. S. 223.

[93]) So BGE 40 II S. 627.

[94]) In der Grossen Expertenkommission zur Beratung des OR hat C. Wieland zu Art. 1190 des Entwurfes den Antrag gestellt, dass unpfändbare Forderungen auch unübertragbar sein sollen. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt.

zwei Raten wird der ganze Restbetrag sofort fällig, und gilt in diesem Falle diese Anerkennung als Salärzession auch ohne Pfändung." Gelangt nun der Käufer mit der Abzahlung in Verzug, so wird seinem Dienstherrn Mitteilung gemacht und von ihm der Abzug vom Lohn des Arbeiters in bestimmten Raten verlangt. Das Gericht schützte diese Vorauszession.[95])

In der Theorie wird versucht, die Abtretung von Lohnforderungen gestützt auf Art. 340 OR nur nach Massgabe der Verrechenbarkeit der Lohnforderung zuzulassen[96]). Allein diese Ansicht ist sehr bestritten. Es erscheint uns auch zweifelhaft, ob in der Praxis diese weitgehende Analogie zu Art. 340 OR gezogen würde; denn für die Einschränkung der Abtretbarkeit von Lohnforderungen fehlt nicht nur die gesetzliche Grundlage, ohne welche eine die Vertragsfreiheit einengende Norm nicht zu Recht bestehen kann, sondern der Abtretung der Lohnforderung, eines keineswegs höchst persönlichen Rechtes, widerspricht auch die besondere Natur des Rechtsverhältnisses nicht.[97])

Zum Schutze des Zedenten soll u. E. jede Abtretung künftiger Lohnforderungen insoweit nichtig sein, als sich der Zedent durch die Vorauszession des zum Lebensunterhalt Notwendigen begibt.[98]) Wie nach bundesgerichtlicher Praxis[99]) der Vorausverzicht auf die Lohnkompetenz als nichtig

---

[95]) Der betreffende Entscheid wird leider von Brun nicht zitiert.

[96]) Vgl. Oser-Schönenberger, Komm., N. 13 zu Art. 340 OR und die dort zitierte Literatur.

[97]) Bestritten von Blumenstein und Brun. Nach Blumenstein ergibt sich die Unabtretbarkeit von Besoldungsansprüchen aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses. Vgl. Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bd. 25 (1927) S. 1 ff.

[98]) Ähnliche Vorschläge finden wir bei Wieland, Komm. zum Sachenrecht, Bem. 2 i. f. zu Art. 899 ZGB; von Tuhr, OR Bd. II § 94 Anm. 86; Haab, ZSchwR NF Bd. 44 S. 306.

[99]) BGE 55 III Nr. 28 = Pr 18 Nr. 142.

betrachtet wird, so ist auch der Abtretung künftiger Lohnforderungen, die das Existenzminimum nicht erreichen, der Rechtsschutz zu versagen.

Dagegen wird allerdings eingewendet werden, durch eine solche Zessionsbeschränkung würden der Handlungsfähigkeit und dem Kredit der Arbeitnehmer Schranken gesetzt. Das ist richtig, scheint uns aber auch durchaus geboten, um den in Not geratenen Lohnempfänger vor übereilter Abtretung seines künftigen Arbeitseinkommens, dessen er und seine Familie zum Lebensunterhalt notwendigerweise bedürfen, zu schützen. Ferner spricht für unseren Vorschlag der Umstand, dass nur auf diesem Wege die Umgehung der Unpfändbarkeitsbestimmung des Art. 93 SchKG verhindert werden kann.

III. Vermeintliche Erfordernisse.

Als weitere Voraussetzung für die Gültigkeit einer Vorauszession verlangt Wolff[100]), dass der Zedent im Moment des Abschlusses des Zessionsvertrages berechtigt sei, über die künftige Forderung zu verfügen.

Dieses Erfordernis ist jedoch abzulehnen, da es dem Wesen der Vorauszession widerspricht. Wie soll der Zedent im Moment der Zession, zu einem Zeitpunkt also, in dem die künftige Forderung noch gar nicht entstanden ist, Verfügungsmacht besitzen können? Wie soll er über eine Forderung, die in rerum natura überhaupt noch nicht existiert, zu deren Erwerb noch kein Grund gelegt ist, deren Entstehung bloss erhofft wird, schon die Verfügungsmacht haben können? Stellt man dieses Erfordernis auf, so gibt man allerdings der Ansicht der Gegner der Vorauszession recht, wonach die Verfügung über ein nonens ein nonsens ist.

Ferner fordert die herrschende Meinung, dass der Zedent die Verfügungsmacht über die abgetretene Forderung im Moment ihrer Entstehung besitze. So führt

[100]) Vgl. Wolff, loc. cit. S. 226.

von Tuhr[101]) aus, die Verfügungsmacht des Zedenten müsse in dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Verfügung wirksam werden soll. Auch andere namhafte Autoren sind dieser Ansicht.[102]) Auch von der Gerichtspraxis, einschliesslich derjenigen des Bundesgerichts, wurde sie übernommen.[103])

Diese Frage hat keineswegs bloss theoretischen Wert, sondern ist von eminent praktischer Bedeutung. Infolge dieses Erfordernisses sind nämlich die Abtretungen nur derjenigen künftigen Forderungen wirksam, die vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Zedenten oder nach Schluss des Konkursverfahrens entstehen, nicht aber jener, die während der Dauer des Konkursverfahrens zur Entstehung gelangen, da ja der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung die Verfügungsmacht verliert. Seit 1915 wird aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme gemacht in Bezug auf die Vorauszession künftiger Miet- oder Pachtzinsforderungen, worauf wir später noch zu sprechen kommen werden.

Es scheint uns, die herrschende Meinung begehe durch Aufstellung dieses Erfordernisses einen Denkfehler.

Durch die Vorauszession verliert der Zedent die Verfügungsmacht über die abgetretene Forderung. Im Wesen der Vorausverfügung liegt es, dass der Zedent über die Forderung im Moment ihrer Entstehung nicht mehr ver-

---

[101]) Vgl. von Tuhr, OR Bd. I S. 195 VI 2 und Bd. II S. 734 Anm. 73.

[102]) Vgl. Rossel, Manuel p. 265; Oser-Schönenberger, Komm., Bem. 4 zu Art. 164 OR; Janggen, Sachmiete, S. 65; Leemann, Komm., Bem. 16 zu Art. 835 ZGB und Bem. 14 zu Art. 899 ZGB. Für das deutsche Recht vgl. Kohler, Konkursrecht S. 148 und Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899, S. 433.

[103]) Luzerner Obergericht in Revue der Gerichtspraxis, Bd. V Nr. 39; Bezirksgericht Zürich in BlZR, Bd. III Nr. 114; Zivilgericht Basel in Revue, Bd. 21 Nr. 43; Zürcher Kassationsgericht in handelsrechtl. Entscheidungen, Bd. V S. 311; Berner Obergericht in ZBJV, Bd. 20 S. 379; BGE vom 12. November 1931 in BlZR Bd. 31 S. 170.

fügen kann, da er sie bereits im voraus zediert hat. Im Zeitpunkt der Entstehung der antizipativ zedierten Forderung kann der Zedent gar nicht mehr über sie verfügen. Verlangt man jedoch das Vorhandensein der Verfügungsmacht, so verkennt man den Charakter der Vorauszession. Man käme dazu, in der Vorauszession eine blosse Verpflichtung des Zedenten, ein pactum de cedendo, zu sehen, wonach er gehalten wäre, die Forderung im Augenblick ihrer Entstehung auf den Zessionar zu übertragen. Der Zedent wäre dann auch befugt, in diesem Zeitpunkt die früher zedierte Forderung einem andern durch nochmalige Zession wirksam zu übertragen. Das Wesen der Vorauszession besteht aber eben darin, dass sie auf Grund der antizipierten Zessionserklärung ihre Wirkung im Moment der Forderungsentstehung ipso iure, gleichsam automatisch, entfaltet, ohne dass es in diesem Zeitpunkt einer weiteren Rechtshandlung des Zedenten bedürfte, und ohne dass diese irgendwelche Folgen haben könnte. Der Zedent hat sich eben durch die Vorauszession der künftig entstehenden Forderung im voraus begeben.

Aus diesen Gründen sehen wir im Erfordernis der Verfügungsmacht des Zedenten einen logischen Widerspruch zum Wesen der Vorausverfügung und lehnen deshalb die herrschende Meinung ab.

Die — wie wir später sehen werden — rechtspolitisch durchaus befriedigende Konsequenz der herrschenden Meinung ergibt sich auf logisch einwandfreiem Wege, wenn man wie folgt konstruiert:

Die Forderung geht im Moment ihrer Entstehung auf den Zessionar in dem Umfang über, in dem der Zedent über sie hätte verfügen können, wenn er sie nicht im voraus abgetreten hätte.

Nach dieser Konstruktion, die dem Wesen der Vorausverfügung treu bleibt, kann der debitor cessus dem Zessionar alle Einreden entgegenhalten, die ihm zur Zeit der Entstehung der Forderung gegen seinen Vertrags-

partner, den Zedenten, zustanden. Der Zessionar erwirbt die Forderung einschliesslich derjenigen Nebenrechte, die im Moment der Forderungsentstehung bestanden, nicht aber jener, die in der Zeit zwischen Abschluss und Wirkung des Abtretungsvertrags erloschen sind, hinwiederum aber solcher, die in dieser Periode neu entstanden sind. Der Schuldner kann daher auch mit Gegenforderungen, die ihm in der Zeit zwischen Abtretung und Entstehung der Forderung gegen den Zedenten erwachsen sind, gegenüber dem Zessionar verrechnen. Die nach Eröffnung des Konkurses über den Zedenten entstandene, aber vor Konkursausbruch abgetretene Forderung gehört in die Konkursmasse des Zedenten und kann vom Zessionar nicht ausgesondert werden.

Die Wirkungen der Vorauszessionen wollen wir im einzelnen im folgenden Paragraphen besprechen.

§ 4. Die Wirkungen der Abtretung künftiger Forderungen.

Die Wirkungen der Vorauszession wurden in den bisher erschienenen Monographien nur vereinzelt erörtert. Die uns bekannten Vorarbeiten sind in diesem Punkte sehr dürftig. Auch die Judikatur liefert wenig Material. Es scheint uns indes, dass sich aus der soeben aufgestellten These, wonach die Forderung im Moment ihrer Entstehung unmittelbar in dem Umfang auf den Zessionar übergeht, in dem der Zedent über sie ohne Vorauszession hätte verfügen können, mit Leichtigkeit folgende Konsequenzen ableiten lassen.

I. Unmittelbarer Übergang der Forderung unter Einschluss der Neben- und Vorzugsrechte.

Die Forderung geht im Moment ihrer Entstehung infolge der im voraus erklärten Zession unmittelbar auf den Zessionar über, ohne dass in diesem späteren Zeitpunkt eine weitere Rechtshandlung des Zedenten notwendig wäre. Jetzt äussert die Vorausverfügung ihre gleichsam dingliche Wirkung.

Der Zessionar erwirbt die Forderung einschliesslich der Neben- und Vorzugsrechte, die der Forderung im Augenblick ihrer Entstehung noch anhaften. Art. 170 OR[104]) ist anwendbar. Hingegen erwirbt der Zessionar nicht die Akzessorien, die in der Zeit von der Abtretung bis zur Entstehung der Forderung untergegangen sind, wohl aber diejenigen, die in dieser Periode neu entstanden sind.

II. Unwirksamkeit späterer Übertragungen oder Belastungen.

Eine weitere Rechtshandlung des Zedenten im Zeitpunkt der Forderungsentstehung wäre nicht nur unnötig, sondern vermöchte auch keinen Einfluss auszuüben. Denn nach Abschluss des Zessionsaktes kann der Zedent nicht nochmals die gleiche Forderung zedieren oder verpfänden.

Hat der Zedent ein und dieselbe künftige Forderung mehrmals abgetreten, so gilt das gleiche wie bei der mehrfachen Zession einer bestehenden Forderung: Infolge des im schweizerischen und deutschen Recht geltenden Prioritätsprinzips erwirbt derjenige die Forderung, dem sie am frühesten zediert wurde. Auf einen gutgläubigen Erwerb kann sich der zweite Zessionar nicht berufen, da es einen solchen nur bei dinglichen Rechten, nicht aber bei Forderungen gibt. Spätere Abtretungen seitens des Zedenten sind somit unwirksam[105])[106]).

---

[104]) § 401 BGB; Art. 1692 CC fr.

[105]) Wolff, loc. cit. S. 226 will diese Wirkung durch analoge Anwendung von Art. 152 OR herbeiführen. Wie sich aus dem oben Gesagten ergibt, ist es aber gar nicht notwendig, auf diese Bestimmung zu greifen. Vgl. auch Graf, loc. cit. S. 60 ff.

[106]) Anders in den romanischen und anglikanischen Rechtskreisen. Infolge der obligatorischen Anzeige an den Schuldner („signification", „intimazione", „notice") wird derjenige Zessionar auch Gläubiger des debitor cessus, der als erster diesem die Zession notifiziert hat. Nähere Ausführungen dazu finden sich in meiner Diss., Anm. 91.

Auch eine Verpfändung der früher zedierten künftigen Forderung seitens des Zedenten vermag die Forderung, die der Zessionar im Moment ihrer Entstehung erwirbt, ebensowenig zu belasten wie die Verpfändung einer bestehenden Forderung, die der Verpfänder vor Abschluss des Pfandvertrages bereits zediert hatte.

III. Vereitelung des Forderungserwerbs.

Da sich die Vorauszession immer nur auf einzelne dem zugrunde liegenden Vertrag entspringende Ansprüche, nie aber auf das gesamte Schuldverhältnis beziehen kann, verbleibt dem Zedenten trotz der Vorauszession die Möglichkeit, den Forderungserwerb des Zessionars auf folgende Weise zu vereiteln.

1. Der Zedent begründet das Schuldverhältnis nicht, aus welchem die im voraus zedierte künftige Forderung entstehen soll. Der Verkäufer A schliesst z. B. den Kaufvertrag mit dem B nicht ab, aus dem die dem C anticipando zedierte Kaufpreisforderung erwachsen würde. C ist gegen eine solche Eventualität nicht geschützt, denn er kann die ihm vor Entstehung zedierte Forderung nur dann erwerben, wenn der Zedent ohne Vorausverfügung Gläubiger geworden wäre.

2. Der Zedent begründet zwar das Schuldverhältnis, er vereinbart jedoch bei Vertragsschluss mit dem debitor cessus ein pactum de non cedendo.

Gleich wie die Zession einer bestehenden Forderung, deren Unabtretbarkeit vertraglich vereinbart wurde, nichtig ist, muss auch in unserem Falle die Vorauszession unwirksam sein.

Der Zessionar kann die Forderung auch dann nicht erwerben, wenn das pactum de non cedendo erst nachträglich, d. h. nach Begründung des Schuldverhältnisses, aber noch vor Entstehung der zedierten Forderung, verabredet wurde, und der debitor cessus keine Kenntnis von der Abtretung hatte; denn die Vorauszession äussert ihre Wirkung erst im Augenblick der Forderungsentstehung.

Wer sich eine noch nicht entstandene Forderung abtreten lässt, ist nicht dagegen gesichert, dass der Zedent mit dem Schuldner die Unabtretbarkeit der Forderung vereinbart.

3. Auch durch Auflösung des Vertrages, dessen einzelne Ansprüche im voraus abgetreten waren, kann der Zedent den Forderungserwerb des Zessionars verhindern. Der Vermieter A kann z. B. den Mietvertrag, dessen Mietzinsforderungen er vor Entstehung dem X zediert hatte, kündigen oder das Haus an Y verkaufen. Wenn der Erwerber nach Art. 259 Abs. II OR in das Mietverhältnis eintritt, entstehen die Mietzinsforderungen in seiner Person, und die Vorauszession zugunsten des X kann nicht wirksam werden[107]).

Erfolgt die Aufhebung des Mietvertrages durch Novation lediglich zum Zwecke, den Forderungserwerb des Zessionars zu vereiteln, so scheint es uns auch in diesem Falle richtig, der Vorauszession die Wirksamkeit zu versagen[108]). Ein Grund für die Ungültigkeit des novierten Mietvertrages kann nicht angeführt werden. Auch rechtspolitisch dürfte die Ungültigkeit der Novation nicht gerechtfertigt sein; denn schliesslich hat der Zessionar die Gefahren des Zukunftsgeschäftes zu tragen.

In allen drei Fällen bleiben selbstverständlich Schadenersatzansprüche des Zessionars gegen den Zedenten wegen Verletzung dessen Verpflichtungen nach Massgabe des Kausalverhältnisses vorbehalten.

IV. Stellung des debitor cessus.

Die Stellung des Schuldners bei der Abtretung künftiger Forderungen ist die gleiche wie bei der Abtretung bestehender Forderungen. Der Zessionar einer vor Entstehung zedierten Forderung erwirbt die Forderung im

---

[107]) Vgl. von Tuhr, Bd. I S. 195 und Bd. II S. 734.

[108]) A. M. Lippmann, DJZ 1904, S. 257; Ohmeyer, loc. cit. S. 227 ff. u. a.

Augenblick ihrer Entstehung in dem Zustand, in welchem sie der Zedent ohne Vorausverfügung erworben hätte. Diese sich logischerweise aus unserer These ergebende Konsequenz entspricht auch der Billigkeit, da der Schuldner infolge der Vorauszession nicht schlechter gestellt sein darf als im Falle der Zession einer bestehenden Forderung. Im einzelnen folgt daraus:

1. Art. 167 OR[109]) ist auch bei der Vorauszession anwendbar. Der Schuldner ist gültig befreit, wenn er in gutem Glauben an den früheren Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Zessionar zahlt. Der Gesetzestext spricht nur von Zahlung. Doch muss diese Schutzbestimmung zugunsten des gutgläubigen Schuldners analogerweise auch bei Hingabe an Zahlungsstatt, Erlass, Kündigung, Verrechnungserklärung etc. Geltung haben[110]).

Der gute Glaube des Schuldners wird zerstört durch die Anzeige der Zession. Sie kann bei der Vorauszession schon vor Entstehung der Forderung wirksam erfolgen, da der Zessionar einer künftigen Forderung die Möglichkeit haben muss, sich schon unmittelbar nach Abschluss des Zessionsvertrages gegen eine dolose Einziehung der Forderung durch den Zedenten zu schützen.

2. Auch bei der Vorauszession gilt der Grundsatz: „Nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse.“ Ebensowenig wie durch die Abtretung bestehender Forderungen darf die Lage des Schuldners durch die Abtretung künftiger Forderungen verschlechtert werden. Der debitor cessus kann deshalb dem Zessionar alle Einreden entgegenhalten, die ihm zur Zeit der Forderungsentstehung gegen seinen Vertragspartner, den Zedenten, zugestanden wären, wenn dieser die Vorauszession nicht vorgenommen hätte. Art. 169 OR findet auch bei der Abtretung künftiger Forderungen Anwendung.

---

[109]) § 407 BGB; Art. 1691 CC fr.

[110]) Vgl. von Tuhr, OR Bd. II S. 743 i. f.; Oser-Schönenberger, Komm., Bem. 2 zu Art. 167 OR; BGE 45 II S. 670.

Unser Gesetzestext spricht von „Einreden". Dieser Ausdruck ist jedoch nicht im technischen Sinne zu verstehen. Vielmehr fallen darunter:

a) Einwendungen.

Darunter versteht man die Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die Forderung nicht entstanden oder bereits erloschen ist[111]).

So kann sich der Schuldner dem Zessionar gegenüber auf Mängel in der Entstehung der Forderung berufen (z. B. auf Handlungsunfähigkeit, Willensmangel, Formfehler, noch nicht eingetretene Fälligkeit; ausgeschlossen ist lediglich die Berufung auf Simulation gemäss Art. 164 Abs. II und Art. 18 Abs. II OR); ferner kann er Tatsachen geltend machen, die gegen den Weiterbestand der Forderung sprechen (z. B. Erfüllung, Erlass, Novation, unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung, Verrechnung etc.). Der Schuldner kann daher mit Gegenforderungen, die er bis zur Erlangung der Kenntnis von der Abtretung erworben hat, gegenüber der Forderung des Zessionars verrechnen. Die Kenntnis der Vorauszession beginnt frühestens mit der Entstehung der Forderung. Der debitor cessus hat bei der Vorauszession das Recht der Verrechnung ebensogut, wie wenn die Forderung gegen ihn nicht im voraus abgetreten worden wäre; denn durch die antizipativ erfolgte Abtretung darf er nicht schlechter gestellt werden als durch die normale Abtretung.

b) Einreden i. e. S.

Der Schuldner kann dem Zessionar auch Einreden i. e. S. entgegensetzen, die ihm gegen den Zedenten zustehen.

Zu den Einreden, durch welche der Schuldner eine geschuldete Leistung aus besonderem Grunde verweigert, gehören insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Einrede wegen Mängel der Sache und die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung.

---

[111]) Vgl. von Tuhr, OR Bd. II S. 748.

Diese Einwendungen und Einreden i. e. S. kann der Schuldner dem Zessionar gemäss Art. 169 OR nur dann entgegenhalten, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt. Gilt bei der Vorauszession als „Abtretung" das Datum des Zessionsaktes oder dasjenige der Forderungsentstehung? Billigerweise muss dieser spätere Zeitpunkt gelten. Andernfalls würde der debitor cessus durch eine Vorauszession schwer benachteiligt. Er könnte sämtliche Einreden, die er nach der antizipierten Abtretung bis zur Entstehung der Forderung erwirbt, nicht geltend machen.

§ 5. Die Behandlung der Vorauszession im Konkurs des Zedenten.

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

I. Die vor Konkurseröffnung antizipativ zedierte Forderung entsteht während des Konkursverfahrens.

Gehört die Forderung zur Aktivmasse oder kann sie vom Zessionar ausgesondert werden?

Die Frage wurde besonders bei Vorauszessionen künftiger Mietzinsen aufgeworfen.

Das deutsche Reichsgericht hat in früheren Urteilen, so namentlich in einem Entscheid aus dem Jahre 1882, den es 1894 bestätigte, sich dahin ausgesprochen, dass die Zession der Mietzinsen über die Konkurseröffnung hinaus nicht wirke, nachdem bereits im Jahre 1856 das Stuttgarter Obertribunal ein gleiches Urteil mit Bezug auf die Abtretung künftiger Pachtzinse gefällt hatte[112]). Diese Urteile werden damit begründet, dass die Mietzinsen das Entgelt seien für den Gebrauch der Mietobjekte. Gebrauch und Nutzung aber gewähre vom Augenblick

---

[112]) Vgl. die betreffenden Entscheide in Seufferts Archiv, Bd. 13 Nr. 77, NF Bd. 8 Nr. 87, NF Bd. 20 Nr. 232.

der Konkurseröffnung an nicht mehr der Schuldner, dem ja die Verfügung entzogen sei, sondern die Masse. Also habe sie auch Anspruch auf den Mietzins.

In der deutschen Theorie stützte namentlich Kohler die Praxis, indem er zurückging auf das Wesen des Mietvertrages als einer sich fortwährend erneuernden Obligation und sodann ausführte, dass der Zedent nicht mehr Mietzinsen abtreten könne, als in seiner Person existent werden. Das sei aber dann nicht mehr der Fall, wenn der Zedent nicht mehr über die Mietsache verfügen könne[113]). Ähnlich sprach sich auch Hellwig[114]) aus. Voraussetzung der Gültigkeit einer derartigen Verfügung über künftige Mietzinsen sei, dass die Verhältnisse sich so gestalten, „dass die zedierte Forderung dem Vermieter zustehen würde, wenn die Zession nicht stattgefunden hätte".

Die gegenteilige Auffassung vertraten Oetker und Ernst Jaeger.

Oetker ging davon aus, dass die Masse nicht mehr Rechte beanspruchen könne, als der Schuldner gehabt habe; „wenn mit Vermögensrechten des Gemeinschuldners eine ihren Wert mindernde Last verbunden ist, muss die Masse mit dem Recht auch die anhaftende Last hinnehmen"[115]).

Ernst Jaeger argumentierte folgendermassen: Da die Reichskonkursordnung vorschreibe, dass alle Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkurses vornehme, unwirksam seien, müsse angenommen werden, dass alle Verfügungen, die der Schuldner vor der Konkurseröffnung treffe, den Gläubigern gegenüber wirken, sofern sie nicht etwa die Tatbestände

---

[113]) Vgl. Kohler, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. Stuttgart 1891, S. 148; ibid.: Der Prozess als Rechtsverhältnis, S. 84 ff.

[114]) Vgl. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899, S. 433.

[115]) Vgl. Oetker in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 14 S. 42 ff.

der Anfechtungsklage erfüllen und durch dieses Rechtsmittel aufgehoben werden können[116]).

Im deutschen Recht ist dieser Streit nun beigelegt durch die am 17. Mai 1898 erlassene positive Vorschrift des § 21 Abs. II Konkursordnung, wonach Vorausverfügungen über Miet- oder Pachtzinsforderungen der Konkursmasse gegenüber nur insoweit wirksam sind, als sich die Verfügung auf den Miet- oder Pachtzins für das zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens laufende Kalendervierteljahr bezieht; erfolgt die Konkurseröffnung innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahres, so ist die Verfügung auch insoweit wirksam, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht[117]).

Aus § 21 Abs. II Konkursordnung wird durch argumentum e contrario geschlossen, dass nur die Vorauszession künftiger Miet- oder Pachtzinsforderungen im Konkurs beschränkt unwirksam ist. Hingegen werden nach deutschem Recht die Vorauszessionen aller übrigen Forderungen im Konkurs des Zedenten als gültig angesehen unter Vorbehalt der paulianischen Anfechtung[118]).

Im Gegensatz zum deutschen und in Übereinstimmung mit dem französischen Recht besteht im schweizerischen Recht keine positive Regelung über die Behandlung der Vorauszession im Konkurs des Zedenten.

Die frühere Auffassung des deutschen Reichsgerichts, wonach die Vorauszession den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist, wurde übernommen vom Luzerner Obergericht in seinem Entscheid vom 15. Juli 1885[119]), vom Zivilgericht von Basel-Stadt im Urteil vom 10. Januar

---

[116]) Vgl. Jaeger, Komm. zur Reichskonkursordnung, 1. Aufl., Art. 21 S. 169 ff.

[117]) Vgl. Steinmann, Die Wirksamkeit der Vorausverfügung über den Mietzins. Diss. Heidelberg 1932.

[118]) Vgl. Oertmann, Komm., Bem. 1 g i. f. zu § 399 BGB.

[119]) Vgl. Revue der Gerichtspraxis, Bd. V Nr. 34 = ZBJV Bd. 22 S. 350 ff. Dazu Janggen, Sachmiete, 1889, S. 66 ff.

1903 in Sachen Gregor Stächelin gegen Konkursmasse Sagnol[120]) und vom Bezirksgericht Zürich in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1903[121]). Zur Begründung wird angeführt, der Zedent müsse im Moment der Forderungsentstehung die Verfügungsmacht über die Forderung haben. Da er diese durch die Konkurseröffnung verliere, könne eine Vorauszession in Konkurs keine Wirkung ausüben. Wie wir oben gesehen haben, widerspricht jedoch eine solche Argumentation dem Wesen der Vorausverfügung.

Der gegenteilige Standpunkt findet sich in Urteilen des Zürcher Obergerichts[122]).

Zum gleichen Ergebnis wie die erstere Ansicht gelangt unsere These, jedoch mit einer Begründung, die, im Gegensatz zur herrschenden Meinung, logisch mit dem Wesen der Vorauszession übereinstimmt.

Durch die Konkurseröffnung verliert nämlich der Gemeinschuldner die Verfügungs- und Verpflichtungsfähigkeit hinsichtlich des Vermögens, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens schon gehört oder bis zum Schluss des Verfahrens noch anfällt. Alle Forderungen des Kridaren, die bis zu diesem Zeitpunkt entstehen, gehören gemäss der Vorschrift des Art. 197 Abs. II SchKG in die Konkursmasse[123]). Daran vermag eine vor Konkurs-

---

[120]) Vgl. Revue der Gerichtspraxis, Bd. 21 Nr. 43.

[121]) Vgl. BlZR Bd. III Nr. 114.

[122]) Vgl. BlZR Bd. IV Nr. 154 und dort zitierte Entscheide.

[123]) Anders in der Pfändungsbetreibung, die — im Gegensatz zum Konkurs — eine Spezialexekution darstellt. Hier werden nur im Moment der Pfändung bestehende Vermögensobjekte mit Beschlag belegt (mit Ausnahme der Lohnforderungen), nicht aber jene, die der Schuldner erst nach diesem Zeitpunkt erwirbt. Über später ihm anfallende Aktiven kann er frei verfügen. Deshalb ist auch die vor der Pfändung erklärte Abtretung einer erst später entstehenden Forderung für die Pfändungsgläubiger nicht ipso iure unwirksam, sondern bloss paulianisch anfechtbar, wofern die Voraussetzungen für die Pauliana gegeben sind. Vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel vom 1. Oktober 1908 in Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht, Bd. III Nr. 120, ferner BlZR

ausbruch erfolgte Vorauszession nichts zu ändern. Der Gemeinschuldner kann die nach Konkurseröffnung entstehenden Forderungen nicht dadurch der Masse entziehen, dass er sie vor Konkursausbruch, also noch vor ihrer Entstehung, zediert. Eine solche Vorauszession muss ebenso unwirksam sein wie eine vom Kridaren im Laufe des Verfahrens vorgenommene Zession einer bestehenden Forderung. Die gegenteilige Auffassung würde dem Gemeinschuldner geradezu die Macht einräumen, durch antizipierte Abtretungen Forderungen, die erst nach Konkursausbruch entstehen, einem einzigen Zessionar gültig zu zedieren. Dadurch könnten die gesetzlichen Bestimmungen über die Verfügungsbeschränkung des Kridaren und die Zugehörigkeit der nach Konkurseröffnung entstehenden Aktiven zur Masse durch Rechtsakte des Gemeinschuldners illusorisch gemacht werden.

Die vor Konkurseröffnung erfolgte Abtretung einer erst während des Verfahrens entstehenden Forderung ist somit unwirksam. Die Forderung fällt trotz der Vorauszession in die Konkursmasse und kann vom Zessionar nicht ausgesondert werden.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung ist dieses Ergebnis mit der Konstruktion der Vorausverfügung vereinbar.

Auch dem rechtspolitischen Bedürfnis wird es gerecht. Der Vorauszession haftet eben die Unsicherheit an wie jedem Geschäft, das nur mit Gestaltungen der Zukunft rechnet. Wer Zukunftsgeschäfte abschliesst, muss auch die damit verbundene Gefahr einer ihm ungünstigen Ent-

---

Bd. IV Nr. 154. A. M. BlZR Bd. III Nr. 114, Revue der Gerichtspraxis, Bd. 22 Nr. 63 und Graf, loc. cit. S. 55. Eine Ausnahme besteht lediglich hinsichtlich Abtretungen künftiger Miet- oder Pachtzinsforderungen, die nach Art. 806 Abs. III ZGB unwirksam sind gegenüber einem Gläubiger, dem das betreffende Grundstück verpfändet ist und der vor der Fälligkeit der Zinsforderung Betreibung auf Verwertung des Pfandes angehoben hat

wicklung tragen. Es wäre unbillig, ihm den Vorzug vor den Konkursgläubigern zu gewähren. Denn kein Grund spricht dafür, den Zessionar einer künftigen Forderung im Konkurs des Zedenten besserzustellen als z. B. denjenigen, der vom späteren Gemeinschuldner eine Sache vor Konkursausbruch gekauft und bezahlt hat, das Eigentum aber mangels Tradition noch nicht erworben hat. Ebenso wie der Käufer die Herausgabe der gekauften und bezahlten Sache im Konkurs des Verkäufers nicht verlangen kann, soll der Zessionar die ihm vor Konkurseröffnung antizipativ zedierte, aber erst nach diesem Zeitpunkt entstandene Forderung im Konkurse des Zedenten nicht aussondern können.

Diese Wirkung soll unseres Erachtens bei der Abtretung jeder Art von künftigen Forderungen eintreten.

Anderer Ansicht sind jedoch das Bundesgericht und Karl Jäger. Sie machen eine Ausnahme bei der Vorauszession künftiger Miet- und Pachtzinsforderungen.

Nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 1915[124]) sind Verfügungen des Gemeinschuldners vor Konkursausbruch über den Mietzins für die nach der Konkurseröffnung fallende Zeit nur für die zur Zeit der Konkurseröffnung laufende Periode gültig, für die späteren ungültig. Durch diesen Entscheid wird für das schweizerische Recht der gleiche Zustand herbeigeführt, wie er im deutschen Recht auf Grund von § 21 Abs. II Konkursordnung besteht. Massgebend für diese Sonderregelung der im voraus zedierten Miet- und Pachtzinsforderungen waren Billigkeitserwägungen. „Noch weiter zu gehen und den Mietzins vom genauen Datum der Konkurseröffnung an als Massaforderung zu erklären, verbietet", nach der Ansicht des Bundesgerichts, „die Rücksicht auf die Mieter, die dabei Gefahr laufen würden, einen Teil des bereits an den Gemeinschuldner bezahlten laufenden Zinses (der ja oft als vorauszahlbar stipuliert ist) doppelt bezahlen zu müssen."

[124]) Vgl. BGE 41 III Nr. 47 E. 2 = Pr 4 Nr. 124 E. 2.

Die gleiche Meinung vertritt Jäger, jedoch ohne Begründung; er verweist lediglich auf die positive Vorschrift des deutschen Rechts[125]).

Dieser bisher unbestrittenen Meinung vermögen wir uns nicht anzuschliessen. Es ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen die Abtretung künftiger Mietzinsen eine Vorzugsstellung einnehmen soll. Die vom Bundesgericht angeführte Billigkeitserwägung zugunsten des vorauszahlenden Mieters hält einer näheren Prüfung nicht stand. Wenn die Vorauszahlung des Mietzinses vertraglich vereinbart worden ist, so ist die Mietzinsforderung schon mit dem Beginn des Gebrauchs der gemieteten Sache entstanden. Die Zahlung des Mietzinses bedeutet dann die Befriedigung einer schon vor Konkursausbruch bestehenden Forderung. Der Mieter erfüllt damit eine vertragliche Vorleistungspflicht. Im Falle einer Zession der Mietzinsforderung wird er durch die Hingabe des Geldes an den ihm notifizierten Zessionar gültig befreit. Die Konkursverwaltung kann nicht nochmals Zahlung des Mietzinses fordern. Von einer Gefahr der Doppelzahlung, wie das Bundesgericht sagt, kann gar keine Rede sein. Die vom Bundesgericht gegebene Begründung für eine Ausnahme zugunsten der im voraus zedierten Mietzinsforderungen ist demnach nicht stichhaltig. Die Abtretung künftiger Miet- und Pachtzinsforderungen soll nach unserer Ansicht ihre Wirksamkeit im Konkurs des Zedenten ebenso verlieren wie die Abtretungen aller übrigen Arten künftiger Forderungen.

---

[125]) Vgl. Jäger, N. 5 b i. f. zu Art. 211 SchKG: „Verfügungen des Gemeinschuldners über die auf die Zeit nach Konkurseröffnung entfallenden Mietzinse (Einziehung, Abtretung, Erlass), die er vor Konkurseröffnung vorgenommen, müssen wohl für die zur Zeit der Konkurseröffnung laufende Mietperiode anerkannt und können nur für die spätern Perioden als unwirksam betrachtet werden (die Anfechtung nach Art. 285 ff. natürlich vorbehalten); vgl. DKO § 21.“ Vgl. auch N. 1 B zu Art. 197 SchKG und N. 8 zu Art. 102 SchKG.

II. Paulianische Anfechtbarkeit einer vor Konkursausbruch abgetretenen und vor Konkursausbruch entstandenen Forderung.

Wir haben soeben die Wirkungen besprochen, welche die Eröffnung des Konkurses ausübt auf eine vor diesem Zeitpunkt vom Zedenten verfügte Abtretung einer erst während des Verfahrens entstehenden Forderung. Nunmehr haben wir die Frage zu erörtern, ob eine vor Konkursausbruch vereinbarte Vorauszession einer noch vor Eröffnung des Verfahrens entstandenen Forderung soll paulianisch angefochten werden können. Entscheidend für die Beantwortung dieser nicht minder schwierigen Frage müssen wiederum rechtspolitisch begründete Billigkeitserwägungen sein.

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Deliktspauliana.

Die Vorauszession erfolgt in der dem Zessionar erkennbaren Absicht des Zedenten, die Gläubiger zu benachteiligen oder den Zessionar zum Nachteil anderer zu begünstigen. Ein derartiger Sachverhalt erfüllt den Tatbestand der Deliktspauliana nach Art. 288 SchKG[126]).

---

[126]) Für das deutsche Recht vgl. § 31 Ziffer 1 Konkursordnung. Für das französische Recht vgl. art. 1167 CC fr., wo die allgemeine rein zivilrechtliche Gläubigeranfechtung im Abschnitt über die Wirkung der Verträge auf Dritte kurz erwähnt ist. Die ausschliesslich zivilrechtliche Natur dieser Klage, genannt „action revocatoire ou Paulienne", zeigt sich darin, dass es zur Einreichung dieser Klage keines vollstreckbaren Titels, ja nicht einmal der Fälligkeit der Forderung des Klägers bedarf. Andererseits aber ist eine individuelle Schädigung des klagenden Gläubigers erforderlich. Neben dieser allgemeinen, gegen jeden Schuldner zulässigen Anfechtungsklage kennt das französische Recht noch eine spezielle konkursrechtliche Anfechtungsklage, geregelt in art. 447 Code de Commerce. Der Konkurs ist im französischen Recht ein Institut des Handelsrechts. Der Nichtkaufmann kann nicht in Konkurs fallen. Einige in den Artikeln 446 und 448 Code de Commerce ausdrücklich genannten Rechtshandlungen des Schuldners, die in der „période suspecte" vorgenommen sind (das ist die Zeit zwischen der gerichtlich festgestellten Zahlungseinstel-

Eine bestimmte Frist für die Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung wird in diesem Fall vom Gesetze nicht verlangt[127]). Das für die Vorauszession wesentliche zeitliche Auseinanderfallen von Verfügungsakt und Eintritt dessen Wirkung ist deshalb bei der Deliktspauliana nicht von Bedeutung.

2. Schenkungs- und Überschuldungspauliana.

Nach Art. 286[128]) bzw. 287[129]) SchKG ist objektive Voraussetzung für die Anfechtbarkeit die Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung durch den Schuldner im Zustand der Überschuldung innerhalb einer Frist von sechs Monaten vor der Pfändung oder Konkurseröffnung.

Bei der Abtretung künftiger Forderungen erhebt sich nun die Frage: Wie verhält es sich mit einer Vorauszession, die früher als sechs Monate vor Konkurseröffnung[130]) vereinbart worden war, aber erst im Laufe der letzten sechs Monate vor Ausbruch des Konkurses wirksam wird? Ist der frühere Zeitpunkt der Vorausverfügung oder der spätere der Forderungsentstehung massgebend? Man denke sich folgendes Beispiel: A zediert dem B am 1. Januar eine künftige Forderung, ob schenkungs-, sicherungs- oder zahlungshalber bleibt gleichgültig. Die Forderung entsteht am 1. April. Am 1. September fällt A in

---

lung und der Konkurseröffnung), werden mit der Konkurseröffnung ipso iure ungültig („nul"). Die anderen in Art. 447 umschriebenen Rechtshandlungen sind bloss anfechtbar („annulable"). Dazu dient nun die konkursrechtliche Anfechtungsklage, die vom Konkursverwalter, genannt „syndic", eingereicht werden muss.

[127]) Immerhin ist die Geltendmachung der Anfechtbarkeit im schweizerischen Recht verwirkt nach fünf Jahren seit der anfechtbaren Rechtshandlung, vgl. Art. 292 SchKG, im deutschen Recht erst nach 30 Jahren, vgl. § 31 I KO.

[128]) Für das deutsche Recht vgl. § 32 Konkursordnung. Im französischen Recht besteht keine besondere Regelung.

[129]) Für das deutsche Recht vgl. § 30 Konkursordnung. Für das französische Recht vgl. das oben Anm. 126 Gesagte.

[130]) Wir sprechen im folgenden nur vom Konkurs. Die Ausführungen gelten analog für die Pfändung.

Konkurs. Kann diese Vorauszession von den Konkursgläubigern des A angefochten werden?

Es scheint uns, dass auch in diesem Fall der spätere Zeitpunkt der Forderungsentstehung entscheidend sein muss, und zwar aus folgenden Gründen:

Ausgehend von der Anfechtbarkeit der Zession bestehender Forderungen sei zunächst festgestellt, dass die innert sechs Monaten vor Konkurseröffnung im Zustand der Überschuldung vorgenommene Abtretung einer gegenwärtigen Forderung eine anfechtbare Rechtshandlung des Gemeinschuldners darstellt. Erfolgt sie in der Absicht, dem Zessionar eine Liberalität zu erweisen, so erfüllt sie den Tatbestand der Schenkungspauliana nach Art. 286 SchKG[131]). Zediert der Gemeinschuldner während der genannten Frist eine gegenwärtige Forderung zum Zwecke der Sicherung, ohne früher dazu verpflichtet gewesen zu sein, oder zahlungshalber, so begeht er damit eine anfechtbare Rechtshandlung nach den Bestimmungen über die Überschuldungspauliana[132]). Neben dieser objektiven Voraussetzung muss bei der letztgenannten Anfechtungsklage auch noch ein subjektives Moment in der Person des Zessionars vorliegen. Er muss zur Zeit der Vornahme der Zession die Überschuldung des Zedenten gekannt haben. Diese Kenntnis wird vom Gesetz vermutet. Dem Zessionar liegt es ob, diese praesumptio iuris durch einen Entlastungsbeweis zu widerlegen. Die in der kritischen Periode vereinbarte Abtretung einer bestehenden Forderung ist also anfechtbar.

Im Falle der Abtretung einer künftigen Forderung kann nun nach der hier vertretenen These der Zessionar die ihm antizipativ abgetretene Forderung im Moment ihrer Entstehung nur dann erwerben, wenn der Zedent sie noch in diesem Zeitpunkt hätte wirksam abtreten können. Da dies aber nicht der Fall ist, kann auch die früher als sechs Monate vor Konkurseröffnung vereinbarte

---

[131]) Vgl. Jäger, N. 3 zu Art. 286 SchKG.

[132]) Vgl. Jäger, N. 6 und 9 zu Art. 287 SchKG.

Abtretung einer erst im Laufe dieser Frist entstehenden Forderung paulianisch angefochten werden. Erfolgte die Vorauszession in Erfüllung eines Schenkungsversprechens, so ist die Klage schon auf Grund des erfüllten objektiven Tatbestandes zu schützen. Wurde jedoch die Vorauszession sicherungs- bzw. zahlungshalber vereinbart, so unterliegt der Zessionar im Prozess nur dann, wenn es ihm nicht gelingt, den Beweis der Unkenntnis der Überschuldung zu erbringen. Er muss überzeugend dartun können, dass er im Moment der Forderungsentstehung die schlechte Vermögenslage des Zedenten nicht hat kennen müssen. Zu diesem Zweck muss er auf den Zeitpunkt des Zessionsabschlusses zurückgehen und nachweisen, dass ihm schon in diesem früheren Moment der Überschuss der Passiven seines Kontrahenten über die Aktiven nicht erkennbar sein musste. Hat er ihn schon damals nicht gekannt und nicht kennen müssen, so spricht die Vermutung dafür, dass sie ihm auch später unbekannt blieb. Diesen Beweis wird er indes in der Praxis nur sehr selten erfolgreich führen können. Denn die missliche Vermögenslage des Zedenten wird dem Zessionar in der Regel bekannt sein im Moment des Abschlusses einer Vorauszession, deren Sicherungs- bzw. Zahlungszweck nicht schon vereinbart worden war bei Abschluss des der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäftes. Sonst könnte der Zedent gewiss gebräuchlichere Sicherungs- oder Zahlungsmittel anbieten.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem rechtspolitischen Bedürfnis. Es schützt die Konkursmasse gegen eine Umgehung der gesetzlichen Fristen über die Gläubigeranfechtung. Wollte man in unserem Falle die paulianischen Klagen nicht gutheissen, so wäre nämlich, wie Karl Jäger treffend sagt, „unlauteren Machenschaften . . Tür und Tor geöffnet.“[133]) Der Gemeinschuldner hätte die Möglichkeit, Zessionen dadurch unanfechtbar zu gestalten, dass er sie in der Form der Vorausverfügung vor der kritischen Zeit

---

[133]) Vgl. Jäger, N. 6 zu Art. 286 SchKG.

vornimmt. Der für das Anfechtungsrecht geltende Grundsatz der „par conditio creditorum" verlangt aber die Unwirksamkeit eines solchen Verhaltens. Diese ratio legis kann mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang gebracht werden, indem man unter der „Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung" die wirksame Vornahme versteht. Eine solche Auslegung ist auch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts vereinbar, das in einem Entscheid ausgeführt hat: „Für die Anfechtung und somit auch für die Berechnung der in Art. 286 vorgesehenen Frist ist der Rechtsakt massgebend, der den Entzug zukünftiger Exekutionsobjekte zum Abschluss bringt."[134])

Gegen die hier vertretene Meinung spricht allerdings der Einwand, dass sie die praktische Bedeutung der Abtretung künftiger Forderungen wesentlich herabmindere. Der Zessionar werde ja im Konkurs des Zedenten gar nicht geschützt! Und doch habe er sich gerade zum Zwecke der Sicherung eine künftige Forderung des späteren Gemeinschuldners zedieren lassen!

Darauf erwidern wir: Der Zessionar einer künftigen Forderung soll im Konkurs des Zedenten gar nicht geschützt werden. Wichtiger als die vorzugsweise Behandlung des Erwerbers einer künftigen Forderung ist die Sicherheit des Rechtsverkehrs und der Schutz der Konkursgläubiger gegen heimliche Begünstigung eines Einzelnen.

Sollte sich aber mit fortschreitendem Kreditverkehr immer mehr das wirtschaftliche Bedürfnis zeigen, neben den bisher positiv-rechtlich geregelten Sicherungsmitteln (Pfandrecht, Eigentumsvorbehalt, Bürgschaft) noch ein weiteres Institut zu schaffen, so soll der Gesetzgeber die Regelung der Vorauszession an die Hand nehmen und dabei zwischen dem individuellen Interesse des Gläubigers nach Sicherung und dem diesem widersprechenden allgemeinen Interesse an der Sicherheit des Rechtsverkehrs vermitteln. Diesem Zwecke sollen die folgenden Hinweise dienen.

---

[134]) BGE 45 III Nr. 39 E. 2 = Pr 8 Nr. 161 E. 2.

Die Tatsache der Abtretung einer oder mehrerer künftiger Forderungen soll in ein öffentliches Register eingetragen werden, das durch das Betreibungsamt am Wohnsitz des Zedenten zu führen ist[135]). Die Anmeldung zur Eintragung hat vom Zedenten, vom Zessionar oder einem Bevollmächtigten zu erfolgen, und zwar innerhalb einer Frist von zehn Tagen seit Abschluss des Zessionsvertrages. Eingetragen sollen werden: der Name des Zedenten, des Zessionars sowie alle Tatsachen, die zur Individualisierung der abgetretenen künftigen Forderung beitragen können, also etwa Name des debitor cessus, Natur und Umfang der zedierten Forderung etc. Die Einsicht in das Register soll jedermann nach Leistung des Interessenachweises gestattet sein.

Man könnte auch an eine Publikation der Vorauszession im Handelsamtsblatt denken. Doch scheint uns diese nicht empfehlenswert. Denn dadurch würde der Umstand, dass der Zedent mangels vorhandener Vermögensobjekte das Mittel der Vorauszession ergreifen muss, offenkundig gemacht. Das hätte einen Ansturm der Gläubiger auf den Zedenten zur Folge, der gewiss nicht im Interesse des Zessionars liegt.

Die Eintragung soll die Vorauszession für Dritte unanfechtbar gestalten. Unter Dritten sind alle Personen ausser den Zessionsparteien und dem debitor cessus zu

---

[135]) Eine Registrierung der Abtretung von Buchforderungen zwecks Vermeidung konkursrechtlicher Nachteile ist vorgesehen im englischen Recht und in den Rechten der Dominions. Im englischen Mutterecht ist nach sect. 43 des Bankrupty Act die Abtretung aller gegenwärtigen und zukünftigen Buchforderungen im Konkurs des Zedenten nur wirksam, wenn sie registriert worden sind. Auch auf sect. 262 des Companies Act ist zu verweisen, wonach zur Vermeidung der Nichtigkeit jede „charge" (das ist Belastung im weitesten Sinne) auf book-debts binnen 21 Tagen nebst der Errichtungsurkunde beim Gesellschaftsregister eingetragen werden muss. Im einzelnen vgl. Arndt, Zessionsrecht. 1. Teil: Rechtsvergleichung, Heft 7 der Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Berlin und Leipzig 1932, S. 49 ff.

verstehen. Die registrierte Abtretung einer künftigen Forderung soll den Zessionar schützen gegen die im Konkurs des Zedenten de lege lata eintretende Unwirksamkeit der Vorauszession. Die Eintragung soll denjenigen gegenüber erfolglos sein, die vor der Registrierung bereits Gläubiger des Zedenten waren.