



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII

Kreditsicherheiten



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII

Kreditsicherheiten

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7418-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Pfandrechte in der Insolvenz	7
<i>lic. iur. HSG Marco Häusermann, Rechtsanwalt, LL.M., C.B.A., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Dr. iur. Urs Hofer, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Retentionsrecht	49
<i>Prof. Dr. iur. Roger Giroud, Rechtsanwalt, LL.M., FCIArb, Giroud & Anderes, Küsnacht</i>	
Kreditsicherheiten in der Insolvenz – Zession und Globalzession in der Insolvenz	69
<i>Dr. iur. Adrian Dörig, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei VISCHER AG, Zürich</i>	
Bürgschaft und Garantieverprechen	87
<i>lic. iur. Felix Rutschmann, Rechtsanwalt, Rutschmann Schwaibold Partner, Zürich</i>	
Bankgarantie in der Insolvenz	111
<i>Dr. iur. Marc Russenberger, Rechtsanwalt, Partner bei RKR Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Schuldbeitritt und Schuldübernahme in der Insolvenz	131
<i>lic. iur. Rolf Schuler, Rechtsanwalt, Partner bei Altenburger Ltd legal + tax, Küsnacht</i>	
Der Eigentumsvorbehalt und seine Besonderheiten in der Zwangsvollstreckung	149
<i>Dr. iur. Dominik Vock, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei MME Legal AG, Zürich, und MLaw Luca Hitz, MME Legal AG, Zürich</i>	

Kreditsicherheiten in der Insolvenz – Zession und Globalzession in der Insolvenz

Adrian Dörig*

Inhalt

I.	Einleitung.....	70
II.	Begriffe.....	70
III.	Gültigkeitsvoraussetzungen.....	72
IV.	Bestimmbarkeit.....	73
	1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung.....	73
	2. Andere Lehrmeinungen.....	75
	3. Formulierungen in der Praxis.....	75
V.	Art. 27 Abs. 2 ZGB als Schranke.....	76
VI.	Gesellschaftsrechtliche Schranken.....	77
	1. Gesellschaftszweck.....	78
	2. Gesellschaftsinteresse.....	78
	3. Verdeckte Gewinnausschüttung.....	80
	4. Kapitalrückzahlungsverbot.....	80
	5. Paulianische Anfechtung.....	80
VII.	Durchgangs- und Unmittelbarkeitstheorie.....	81
VIII.	Zessionskredit in der Praxis.....	82
	1. Bedeutung.....	82
	2. Zweck.....	82
	3. Ausgestaltung.....	82
IX.	Auswirkungen des Insolvenzverfahrens.....	83
	1. Insolvenz des Sicherungszedenten.....	84
	2. Insolvenz des Sicherungszessionars.....	84
	3. Zahlung an Sicherungszedenten.....	85

* Ein spezieller Dank gebührt Frau MLaw Isabelle Reding für ihre grosse Mitarbeit. Der Vortragsstil wurde in dieser Publikation beibehalten.

X.	Vorteile der Sicherungszession.....	85
XI.	Nachteile der Sicherungszession	86

I. Einleitung

Wenn wir im Zusammenhang mit Kreditsicherheiten von der Sicherungszession sprechen, befinden wir uns im Bereich der Realsicherheiten. Die Sicherungsübereignung unterscheidet sich nur durch den Gegenstand des Sicherungsobjekts zur Sicherungszession: Bei der Sicherungsübereignung bilden bewegliche Sachen (Fahrnis) und Schuldbriefe das Sicherungsobjekt, das rechtliche Pendant dazu sind unverbriefte Forderungen bei der Sicherungszession. Die nachfolgenden Ausführungen besprechen die Behandlung des Sicherungsobjektes in der Insolvenz nur allgemein, da FRANCO LORANDI dazu in seinem Referat zur Sicherungsübereignung Stellung nimmt. Vorliegend soll der Fokus auf die zivil- und gesellschaftsrechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen der Sicherungszession und deren Bedeutung in der Praxis gelegt und die Vor- und Nachteile der Sicherungszession im Vergleich zu anderen Kreditsicherheiten thematisiert werden.

II. Begriffe

Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Es handelt sich also bei der Abtretung oder Zession nach Art. 164 Abs. 1 OR um die Übertragung einer bestehenden oder künftigen Forderung durch den Gläubiger (Zedent) auf einen Dritten (Zessionar) mittels Verfügungsvertrag. Die Einwilligung oder Genehmigung des Schuldners (*debitor cessus*) ist dafür grundsätzlich nicht erforderlich, da dieser am Verfügungsvertrag auch nicht als Dritter beteiligt ist.¹

¹ HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 1322 ff.

Bei der Globalzession wird eine Vielzahl von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen durch ein einziges Rechtsgeschäft an einen Zessionar abgetreten.² Die Gültigkeit von Globalzessionen war nicht unbestritten, wurde jedoch vom Bundesgericht in jüngeren Entscheiden³ vorausgesetzt.⁴

Wird die Globalzession zur Sicherung von Krediten verwendet, welche der Zessionar dem Zedenten gewährt, spricht man von einer Sicherungszession.⁵ Somit sind für die Sicherungszession auch die Grundsätze über die fiduziarische (oder treuhänderische) Zession zu beachten. Bei der fiduziarischen Zession handelt es sich um eine Zession, die mit der Abrede verbunden ist, dass der Zessionar die Forderungen nur vertragsgemäss verwenden darf und dem Zedenten zu gegebener Zeit wieder zurückzedieren muss. Die Sicherungszession ist nicht gesetzlich geregelt, die Zulässigkeit steht jedoch seit geraumer Zeit ausser Frage.⁶ Auf die Sicherungszession finden die Bestimmungen über die Abtretung (Art. 164 ff. OR) und die Vorschriften über das Forderungspfandrecht Anwendung, sofern dies durch eine identische Interessenlage gerechtfertigt ist.⁷

Werden zukünftige Forderungen, also solche, die erst nach der Abtretung entstehen, zediert, spricht man von Vorauszession.⁸

Der Zessionar wird zum voll berechtigten Gläubiger, was insbesondere auch bedeutet, dass er die zessionsweise erworbene Forderung grundsätzlich weiter zedieren kann (sogenannte „Kettenzession“). Im Fall der Sicherungszession kommt dem kreditgebenden Zessionar eine „überschliessende Verfügungsmacht“ zu. Er kann rechtlich mehr als er darf.

² HUGUENIN (FN 1), N 1375.

³ BGer Urteil 4A_164/2010 vom 6. Juli 2010; BGE 136 V 381 ff.

⁴ EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1177.

⁵ HUGUENIN (FN 1), N 1375; ZOBL DIETER, Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – eine Standortbestimmung, SJZ 1989, 349 ff.

⁶ BGE 85 II 97 ff.

⁷ KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011, § 23 N 7 f.

⁸ KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, N 194; KUHN (FN 7), § 23 N 21.

Gegenstand der Abtretung kann sowohl eine Geld- wie auch eine andere Leistung sein. Beispielsweise können an verbrieften Rechten, künftigen Forderungen und Forderungsgesamtheiten Forderungssicherheiten bestellt werden.⁹ Die Abtretung muss zudem nicht eine ganze Forderung erfassen, sondern kann sich auf einen Teilbetrag beschränken.¹⁰

III. Gültigkeitsvoraussetzungen

In Lehre und Rechtsprechung wird meist nicht klar zwischen der Voraus- und der Globalzession unterschieden. Vielmehr werden beide unter denselben Voraussetzungen zugelassen, weshalb die damit verbundenen Problematiken nun auch zusammen erörtert werden.

Damit eine Voraus- oder Globalzession gültig ist, müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Die abgetretenen Forderungen müssen hinsichtlich der Person des Schuldners, des Rechtsgrundes sowie betragsmässig hinreichend bestimmt oder bestimmbar¹¹ sein.
- Sofern es sich um eine Globalzession handelt, darf die Persönlichkeit des Zedenten nicht übermässig beschränkt werden. Dies setzt voraus, dass der Rahmen von Art. 27 ZGB eingehalten wird.¹²

Weitere allgemeine Gültigkeitsvoraussetzungen sind:

- Um die Forderungen gültig abtreten zu können, muss der Zedent die Verfügungsmacht über die Forderungen haben.
- Die Forderungen müssen abtretbar sein, d.h. Gesetz, Vereinbarung oder die Natur des Rechtsverhältnisses, dürfen der Abtretung nicht entgegenstehen.

⁹ KUHN (FN 7), § 23 N 16 ff.

¹⁰ HUGUENIN (FN 1), N 1352.

¹¹ Siehe zur Frage der Bestimmbarkeit unten, IV.

¹² Siehe zu Art. 27 Abs. 2 ZGB als Schranke unten, V.

- Zudem muss wenigstens für die Zessionsverfügung Schriftlichkeit gegeben sein (Art. 165 Abs. 1 OR); das Verpflichtungsgeschäft ist formlos gültig (Art. 165 Abs. 2 OR).

IV. Bestimmbarkeit

Bei der Abtretung bereits bestehender Forderungen ergeben sich bezüglich Bestimmbarkeit grundsätzlich keine Probleme.

Anders präsentiert sich die Situation jedoch bei der Abtretung künftiger Forderungen, die im Zeitpunkt der Abtretung entweder noch gar nicht entstanden, noch nicht fällig oder vom Eintritt oder Ausfall einer Bedingung abhängig sind. Somit können im Moment der Abtretung oft noch keine Angaben über die Forderung selbst, deren Entstehungsgrund oder den Schuldner gemacht werden.¹³

1. Herrschende Lehre und Rechtsprechung

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kommt das *pactum de cedendo* (Verpflichtungsgeschäft) bei einer Vereinbarung über die Abtretung künftiger Forderungen unabhängig von deren Bestimmbarkeit zustande.¹⁴

Umstritten ist jedoch die Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes. Damit eine sogenannte Vorauszession gültig ist, muss die abzutretende Forderung nach ständiger Rechtsprechung hinsichtlich der Person des Schuldners, des Rechtsgrundes und der Höhe hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar sein.¹⁵ Unter Bestimmbarkeit ist dabei zu verstehen, dass eine bestimmte Forderung als von der Abtretung erfasst identifiziert werden kann. Bestimmbarkeit muss nicht bereits im Zeitpunkt der Abtretung gegeben sein,

¹³ HUGUENIN (FN 1), N 1368.

¹⁴ HUGUENIN (FN 1), N 1370.

¹⁵ BGer Urteil 8C_411/2010 vom 22. November 2010 E. 5.1.1; BGE 135 V 2 E. 6.1.2 S. 9; 113 II 163 E. 2a S. 165; vgl. auch HUGUENIN (FN 1), N 1370.

sondern erst im Zeitpunkt der Entstehung oder der Geltendmachung der Forderung.¹⁶

Für die Globalzession bedeutet dies, dass die Abtretungserklärung selbst alle Elemente aufzuweisen hat, welche die Bestimmung von Inhalt, Schuldner und Rechtsgrund im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung zulassen.¹⁷ D.h. es muss im Zeitpunkt der Entstehung möglich sein, festzustellen, ob die Forderung von der Abtretung erfasst wird oder nicht.¹⁸ Ist dies der Fall, liegt zugleich ein gültiges Verfügungsgeschäft vor und die zusätzliche Übergabe eines Forderungsverzeichnisses ist nicht nötig.¹⁹

Zu beachten bleibt aber, dass die Wirkungen des Verfügungsgeschäftes erst im Zeitpunkt der Entstehung der zukünftigen Forderung eintreten²⁰, was insbesondere dann von Relevanz sein kann, wenn der Zedent vor Entstehung der Forderung die Verfügungsbefugnis verloren hat, wie z.B. durch Konkursöffnung.²¹

Es kann somit das folgende Fazit gezogen werden: Das Bundesgericht und die herrschende Lehre gehen davon aus, dass auch bei zukünftigen Forderungen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammenfallen, sofern die Abtretungserklärung alle nötigen Elemente aufweist. Die Vorauszession zukünftiger Guthaben ist also nicht bloss als Zessionsverpflichtung zu qualifizieren, sondern sie ist mit den Abtretungswirkungen selber ausgestattet, weshalb man bei der Globalzession zukünftiger Forderungen von einem Verfügungsvertrag sprechen kann.²²

¹⁶ HUGUENIN (FN 1), N 1370.

¹⁷ BGE 136 V 381 E. 5.1.1 S. 388; 135 V 2 E. 6.1.2 S. 9 f.

¹⁸ HUGUENIN (FN 1), N 1370; KUHN (FN 7), § 23 N 19.

¹⁹ BGE 113 II 163 E. 2c S. 167; HUGUENIN (FN 1), N 1370; KUHN (FN 7), § 23 N 19.

²⁰ HUGUENIN (FN 1), N 1370.

²¹ KUHN (FN 7), § 23 N 20.

²² EMCH/RENZ/ ARPAGAUS (FN 4), N 1180.

2. Andere Lehrmeinungen

Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass das Bundesgericht und auch die herrschende Lehre die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft relativiert, indem die Meinung vertreten wird, dass es zur Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts reicht, wenn die abgetretenen Forderungen im Zeitpunkt ihrer Entstehung hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind. Dieser Teil der Lehre verlangt verschärfte Anforderungen an die Bestimmtheit und fordert die Berücksichtigung des Spezialitätsprinzips. Nach dem Spezialitätsprinzip sind Verfügungen nur gültig, wenn sie sich auf einen genau bestimmten Verfügungsgegenstand beziehen. Daraus ergibt sich für die Zession künftiger Forderungen, dass es nicht genügt, wenn die Bestimmtheit der Forderungen erst im Zeitpunkt der Geltendmachung bzw. Entstehung der abgetretenen Forderung gegeben ist, vielmehr müsste sie im Zeitpunkt der Zession vorliegen. Nach dieser Ansicht kommt bei der Abtretung künftiger Forderungen nur das Verpflichtungsgeschäft zustande, und die Verfügungsgeschäfte müssen später, wenn die Forderungen bestimmt werden können, einzeln vorgenommen werden.²³

ZOBL und THURNHERR vertreten die Auffassung, dass es sich bei der von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung vertretenen Ansicht nicht um eine Verwischung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft handle, sondern vielmehr um die Frage, ob die Verfügungshandlung und Verfügungswirkung in zeitlicher Hinsicht zusammen fallen müssen oder nicht. Zudem sind sie der Meinung, dass sich das sachenrechtliche Prinzip (Spezialitätsprinzip) nicht ohne weiteres auf die Zession anwenden lasse.²⁴

3. Formulierungen in der Praxis

Zulässig unter dem Gesichtspunkt der Bestimmbarkeit der Forderungen ist eine:

²³ BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht: allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, § 31 S. 544; HUGUENIN (FN 1), N 1366 ff.; vgl. dazu auch BGE 113 II 163 E. 2c S. 166 f.; 112 II 433 E. 2 S. 435 f.

²⁴ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1671a; vgl. dazu auch BGE 113 II 163 E. 2c S. 167.

- Abtretung aller Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb oder einer Geschäftsaktivität des Zedenten.

„La doctrine admet généralement que la cession de toutes les créances découlant des affaires (Geschäftsbetrieb) ou d’une activité commerciale du cédant est admissible et ne tombe pas a priori sous le coup de l’art 27 al 2 CC [...]. La jurisprudence se prononce dans le même sens [...].“²⁵

Nicht darunter fallen jedoch Forderungen, die keine eigentlichen Debitorenguthaben aus der üblichen Geschäftstätigkeit darstellen (wie z.B. aus der Liquidation des Betriebsinventars).²⁶

- Abtretung von Forderungen beschränkt auf einen bestimmten Geschäftszweig oder Verkauf bestimmter Artikel.²⁷
- Abtretung von Forderungen beschränkt auf einen bestimmten Drittschuldnerkreis (z.B. Schuldner mit Anfangsbuchstaben A-M).²⁸

V. Art. 27 Abs. 2 ZGB als Schranke

Lehre und Rechtsprechung erachten eine Globalzession innerhalb der Grenzen von Art. 27 Abs. 2 ZGB als zulässig.²⁹

Dies setzt voraus, dass die Gültigkeit der Globalzession einerseits zeitlich begrenzt ist. Zwar findet sich in den wenigsten Zessionsverträgen eine ausdrückliche zeitliche Beschränkung der Wirkungen der Globalzession, jedoch impliziert die sachliche Beschränkung hinsichtlich der sicherzustellenden Forderung auch eine zeitliche Limitierung. Denn die Globalzession endet im

²⁵ BGE 113 II 163 E. 2a S. 165.

²⁶ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1666.

²⁷ ZOBL (FN 5), 354; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1667.

²⁸ ZOBL (FN 5), 354; BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1668.

²⁹ HUGUENIN (FN 1), N 1376; ZOBL (FN 5), 354 f.; BGE 112 II 241 E. 2a S. 243; 106 II 369 E. 4 S. 377 f.

Zeitpunkt, wo das entsprechende Kreditverhältnis beendet wird.³⁰ Jedoch kann auch vereinbart werden, dass die Dauer der Globalzession während der Dauer der Geschäftsbeziehung zwischen dem Sicherungszessionar und dem Sicherungszedenten bestehen soll.³¹

Ebenfalls muss die Gültigkeit der Globalzession sachlich begrenzt sein. Der Zedent darf in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht zu stark limitiert werden. Dies setzt voraus, dass auch bezüglich des Abtretungsgegenstandes (z.B. bezüglich Rechtsgrund oder Schuldnerkreis) eine Einschränkung vorliegt.³² Dies wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn der Sicherungszedent durch die Globalzession aller zukünftiger Betriebsmittel und Verdienstmöglichkeiten beraubt würde.

Eine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Verpflichtung zur Abtretung sämtlicher gegenwärtigen und künftigen Forderungen verstösst gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB und zieht die Totalnichtigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) nach sich.³³ Oder anders ausgedrückt: Eine Globalzession ist gültig, wenn sie in zeitlicher und sachlicher Hinsicht eine Beschränkung erfährt. Da diese Schwelle tief liegt, ist die Bedeutung von Art. 27 Abs. 2 als Schranke der Globalzession in der Praxis gering.³⁴

VI. Gesellschaftsrechtliche Schranken

Ein generelles Thema, welches im Folgenden behandelt werden soll, sind die gesellschaftsrechtlichen Schranken bei der Bestellung von Drittsicherheiten (wie einer Sicherungszession) durch Schweizer Gesellschaften. Bei einem sogenannten Interzessionsgeschäft bestellt eine Schweizer Gesellschaft eine

³⁰ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1682.

³¹ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1683.

³² BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1679 ff.

³³ BGE 112 II 433 E. 3 S. 436; KUHN (FN 7), § 23 N 22; vgl. a.M. insbesondere zur Teilnichtigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR und zur flexiblen Ungültigkeit HUGUENIN (FN 1), N 1376 mit Verweis auf N 433.

³⁴ BGE 112 II 433 ist soweit ersichtlich der bisher einzig ergangene Entscheid; vgl. dazu auch KUHN (FN 7), § 23 N 23.

Sicherheit für Schulden ihrer Mutter- (*upstream*) und/oder Schwestergesellschaft (*cross-stream*). Es wird also gegenüber einem Gläubiger die Haftung für Verpflichtungen der oder im Interesse der direkten oder indirekten Anteilseigner übernommen.³⁵ Dieser Vorgang stösst auf verschiedene gesellschaftsrechtliche Schranken.

1. Gesellschaftszweck

Die weite bundesgerichtliche Auslegung des Gesellschaftszwecks³⁶ und damit der Vertretungsmacht (d.h. des rechtlichen Könnens im Aussenverhältnis) erlaubt die Interzession im Interesse des Anteilseigners. Eine Anpassung des Gesellschaftszwecks ist danach nicht nötig³⁷, wird aber in der Finanzierungspraxis regelmässig verlangt, nämlich durch Einfügung einer ausdrücklichen Interzessionsklausel im statutarischen Zweckartikel.

Der Gesellschaftszweck lässt die Interzession im Interesse des Anteilseigners bei Gutgläubigkeit des Dritten hinsichtlich der Vertretungsbefugnis (d.h. des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis/Verfügungsbefugnis)³⁸ zu, sofern solche Rechtsgeschäfte nicht ausdrücklich vom Zweck ausgeschlossen und im Gesellschaftsinteresse sind.

2. Gesellschaftsinteresse

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Interzession im Interesse des Anteilseigners mit dem Gesellschaftsinteresse der Interzedentin (Art. 717 OR) vereinbar ist. Da gesellschaftseigene Vermögenswerte für fremde Schulden als Sicherheit dienen, besteht immer dann ein Interessenkonflikt, wenn die Sicherheit unentgeltlich oder ohne direkten oder indirekten Nutzen für die Ge-

³⁵ RUSCH ARNOLD F., *Interzession im Interesse des Aktionärs*, Diss. Zürich 2004 (ZStP 188), 4.

³⁶ Gemäss GRÜNENFELDER MARC, *Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten*, Diss. St. Gallen 2010 (SSHW 287), 31, hat die Prüfung anhand des statutarischen Zwecks zu erfolgen.

³⁷ RUSCH (FN 35), 36 f., 77; vgl. auch GRÜNENFELDER (FN 36), 31 ff.

³⁸ RUSCH (FN 35), 53.

sellschaft bestellt wird.³⁹ Geschäfte, welche sich als interessen- oder pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen, sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach dem mutmasslichen Willen der Gesellschaft von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen.⁴⁰ Die kreditgebende Bank, die sich des Interessenskonflikts grundsätzlich bewusst ist, muss Vorkehrungen treffen, um den guten Glauben in die Vertretungsbefugnis der für die Interzedentin handelnden Person zu wahren. Dies kann durch die Genehmigung des Geschäfts durch neben- oder übergeordnete Organe der Gesellschaft geschehen.⁴¹ In der Finanzierungspraxis werden solche *up-* und/oder *cross-stream-*Sicherheiten regelmässig durch das oberste Leitungsorgan (bei der Aktiengesellschaft durch einen Verwaltungsratsbeschluss) sowie die Anteilseigner (durch Beschlussfassung an einer ausserordentlichen Generalversammlung) genehmigt. Damit wird die Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft hinsichtlich des konkreten Interzessionsgeschäfts bestätigt. Der Generalversammlungsbeschluss bietet den Organen auch einen gewissen Schutz vor allfälligen Verantwortlichkeitsansprüchen.

Ebenso empfiehlt es sich, eine adäquate Entschädigung der Interzedentin für die Interzession (Interzessionsgebühr) zu vereinbaren, damit sichergestellt ist, dass die Interzession auch vom Gesellschaftsinteresse gedeckt ist. Dies kann durch Vertragsklauseln im Kreditvertrag der Bank mit der Anteilseignerin der Interzedentin geschehen; diese sind so auszugestalten, dass sie als echter Vertrag zugunsten Dritter klagbare Ansprüche begründen.⁴²

Viel häufiger jedoch wird in der Finanzierungspraxis das Haftungssubstrat bzw. die gesicherten Verpflichtungen betragsmässig auf die frei ausschüttbaren Eigenmittel bzw. Reserven limitiert (und zwar durch Einfügung der sogenannten „*Swiss limitation language*“), um eine Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften – insbesondere bei Fehlen von Markt- bzw. Drittkonditionen (sogenannten „*at arm's length terms*“) – auszuschliessen.

³⁹ RUSCH (FN 35), 44.

⁴⁰ BGE 126 III 361 E. 3a S. 363; RUSCH (FN 35), 44.

⁴¹ RUSCH (FN 35), 78.

⁴² RUSCH (FN 35), 78 f.

3. Verdeckte Gewinnausschüttung

Denn es besteht die Gefahr der verdeckten Gewinnausschüttung, sofern die Interzession nicht entschädigt wird (Art. 678 Abs. 2 OR). Damit kein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Leistungen vorliegt, ist ein Handeln zu Drittkonditionen nötig. Für die Beurteilung der Adäquanz der Gegenleistung bzw. für den Drittvergleich⁴³ ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäftes massgebend.⁴⁴

4. Kapitalrückzahlungsverbot

Das Kapitalrückzahlungsverbot (Art. 680 Abs. 2 OR) ist dann nicht anwendbar, wenn die Entschädigung der Interzession zu Drittkonditionen erfolgt, keine Simulation⁴⁵ vorliegt und die Bonität des Anteilseigners eine Rückzahlung der besicherten Schuld erwarten lässt.⁴⁶

5. Paulianische Anfechtung

Die der Gesellschaft entzogenen Vermögenswerte können unter gewissen Umständen durch die paulianische Anfechtung der Zwangsvollstreckung zugeführt werden. Bei der Schenkungsanfechtung ist Art. 286 Abs. 1 SchKG anwendbar, sofern die Sicherheit ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt wurde. Liegt jedoch ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, ist Art. 286 Abs. 2 SchKG einschlägig (gemischte Schenkung).⁴⁷ Rechtshandlungen, die von Art. 286 SchKG erfasst würden, jedoch mehr als

⁴³ Im Herbst 2014 ist das sogenannte Cash Pooling-Urteil des Bundesgerichts (BGer Urteil 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014) ergangen. Danach dürfen *Upstream*- und *Cross-stream*-Darlehen nur zu Drittkonditionen ausgerichtet werden, widrigenfalls eine „de facto-Dividende“ vorliegt, die zu einer entsprechenden Sperrung von frei verfügbarem Eigenkapital führt. Dieses Urteil hat m.E. im vorliegenden Zusammenhang keine unmittelbaren Auswirkungen, am ehesten noch hinsichtlich der generellen Beurteilungskriterien für einen Drittvergleich.

⁴⁴ RUSCH (FN 35), 132 f.

⁴⁵ Vgl. dazu RUSCH (FN 35), 139.

⁴⁶ RUSCH (FN 35), 140 f.; zum Upstream-Darlehen vgl. GRÜNENFELDER (FN 36), 103.

⁴⁷ RUSCH (FN 35), 195; GRÜNENFELDER (FN 36), 155.

ein Jahr zurückliegen, können dennoch unter Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) fallen.⁴⁸

VII. Durchgangs- und Unmittelbarkeitstheorie

Mit der Bejahung der Zulässigkeit der Abtretung einer künftigen Forderung stellt sich auch die Frage, ob die bereits abgetretene künftige Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung dem Zedenten oder dem Zessionar zugerechnet wird. Zur Beantwortung dieser Frage gibt es zwei Theorien, nämlich die Durchgangs- und die Unmittelbarkeitstheorie. Welcher Theorie man folgt, ist insbesondere von Relevanz, wenn über den Zedenten der Konkurs eröffnet wird, bevor die abgetretene Forderung entsteht.⁴⁹

Gemäss der Durchgangstheorie, welcher die herrschende Lehre und auch das Bundesgericht⁵⁰ folgt, fällt die Forderung für „eine logische Sekunde“ in das Vermögen des Zedenten, bevor sie anschliessend ins Vermögen des Zessionars übergeht. Hat der Zedent in diesem Zeitpunkt keine Verfügungsmacht mehr über die Forderung (z.B. im Konkurs), muss eine vorher erfolgte Abtretung als ungültig betrachtet werden.⁵¹

Folgt man der Unmittelbarkeitstheorie, so entsteht die Forderung direkt im Vermögen des Zessionars und fällt somit nicht in die Konkursmasse des Zedenten. Jedoch verlangt auch bei dieser Konstruktion ein Teil der Lehre, dass der Zedent im Zeitpunkt der Entstehung Verfügungsmacht über die bereits früher abgetretene Forderung haben muss.⁵²

⁴⁸ GRÜNENFELDER (FN 36), 161.

⁴⁹ Siehe dazu unten IX.1.

⁵⁰ BGE 130 III 248 E. 4.1 S. 254.

⁵¹ BGE 111 III 73 E. 3a S. 75 f.; HUGUENIN (FN 1), N 1373.

⁵² HUGUENIN (FN 1), N 1372 ff.; BUCHER EUGEN, Kreditsicherung durch Zession?, in: WIEGAND (Hrsg.), „Probleme der Kreditsicherung“, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982, 9 ff., 10.

VIII. Zessionskredit in der Praxis

1. Bedeutung

Die Bedeutung der Globalzession als Sicherungsmittel ist gestiegen, weil in der heutigen Produktion bzw. Dienstleistungserbringung häufig der Einsatz von kapitalintensiven Mitteln notwendig ist und Vermögenswerte (z.B. Gebäude oder Maschinen) oftmals nicht im Eigentum der Gesellschaften stehen und bei der Verpfändung von Mobilien das Faustpfandprinzip praktische Umsetzungsschwierigkeiten bereitet. Die Sicherungszession ist vor allem bedeutend bei kleineren, neu gegründeten Betrieben, weil diese oft nicht die Möglichkeit haben, eine Bürgschaft oder Garantie als Sicherheit anzubieten oder Realsicherheiten zu stellen. Die Sicherungszession stellt dann die einzige Möglichkeit der Kreditbesicherung dar.⁵³

2. Zweck

Die Sicherungszession dient zur Sicherstellung von Krediten verschiedenster Art.⁵⁴ Die Globalzession dient vorwiegend der Sicherstellung von Betriebsmittelkrediten („for general corporate purposes“)⁵⁵, zuweilen aber auch von Akquisitionskrediten – gerade im Private Equity-Umfeld.

3. Ausgestaltung

In Beachtung des Erfordernisses der Bestimmbarkeit künftiger Forderungen bei der Globalzession⁵⁶ sowie der Schranke von Art. 27 Abs. 2 ZGB⁵⁷ verlangt die kreditgebende Bank die Sicherungszession von bestehenden und

⁵³ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1656; KLARER HEINZ, Die Globalzession von Debitorenforderungen als wirksames und notwendiges Sicherungsmittel und ihre Behandlung im Konkurs, SJZ 1988, 354 ff., 354.

⁵⁴ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1653.

⁵⁵ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1661.

⁵⁶ Siehe zur Frage der Bestimmbarkeit oben, IV.

⁵⁷ Siehe zu Art. 27 Abs. 2 ZGB als Schranke oben, V.

künftigen Debitorenausständen aus dem Geschäft oder aus einem bestimmten Geschäftszweig des Kreditnehmers/Zedenten.

Die Bank lässt sich übersichern, Sicherheitsmargen von 50% sind üblich.⁵⁸ Damit übersteigt die Höhe der zedierten Forderungen den effektiv beanspruchten Kredit – oft aber nur bis zur Phase vor der allfälligen Eröffnung des Konkurses über den Kreditnehmer/Zedenten: Dann übersteigt der effektiv beanspruchte Kredit regelmässig die Höhe der – noch vorhandenen – zedierten Forderungen bei Weitem.⁵⁹

Weitere Verpflichtungen des Kreditnehmers/Zedenten dienen dem Erhalt und sogenannten „ringfencing“ (d.h. der Abschottung) des Haftungssubstrats:⁶⁰

- Negative Verpflichtungen wie keine Änderung der Geschäftstätigkeit; Verbot der Aufnahme von weiteren Krediten; keine Gewährung von Sicherheiten; keine Gewährung von Krediten oder Darlehen an Dritte;
- Positive Verpflichtungen wie periodische Einreichung von Debitorenlisten und Verpflichtung zur Ablieferung von an Zedenten direkt geleistete Zahlungen.

Die Bank lässt sich etwa das Recht der jederzeitigen Notifikation der (stillen) Abtretung an Drittschuldner sowie das Recht, die Bücher des Zedenten zu kontrollieren, einräumen.⁶¹

IX. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens

Gewisse Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Sicherungszession werden vorliegend, wie eingangs erwähnt⁶², nur kurz thematisiert. Bezüglich Ausnahmen und weiteren Auswirkungen des Insolvenzverfahrens, insbeson-

⁵⁸ HARTMANN URSINA, Globalzession als Sicherungsmittel beim Bankkredit, IWIR 2003, 101 ff., 102.

⁵⁹ Vgl. dazu HARTMANN (FN 58), FN 12.

⁶⁰ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1660.

⁶¹ BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, N 1660.

⁶² Siehe oben, I.

dere die Behandlung des Sicherungsobjektes in der Insolvenz, die paulianische Anfechtung, die Behandlung der gesicherten Forderung bei der Kollokation und im Nachlassverfahren, wird auf das Referat von FRANCO LORANDI verwiesen.

1. Insolvenz des Sicherungszedenten

Gegenwärtige und künftige Forderungen stehen dem Sicherungszessionar zu, sofern sie vor der Konkurseröffnung entstehen.⁶³

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen jedoch abgetretene künftige Forderungen in die Konkursmasse des Sicherungszedenten, sofern sie erst nach der Konkurseröffnung entstehen.⁶⁴

2. Insolvenz des Sicherungszessionars

Die Sicherungsforderung oder das Surrogat fällt in die Konkursmasse des Sicherungszessionars ungeachtet dessen, wann die Sicherungsforderung entstanden ist oder ob sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eingezogen wurde oder nicht.

Der Fiduziant kann sich nach ständiger Lehre und Rechtsprechung auch nicht auf das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR berufen, da dieses nach dem Wortlaut nur Anwendung findet, wenn der Fiduziar die Sache von einem Dritten erworben hat, nicht jedoch, wenn sie vom Fiduzianten selbst übertragen wurde.⁶⁵

Der obligatorische Anspruch des Sicherungszedenten auf Rückübertragung wandelt sich in eine entsprechende Geldforderung (Art. 211 Abs. 1 SchKG) und diese ist als Kurrentforderung in der dritten Klasse zu kollozieren (Art. 219 Abs. 4 SchKG).⁶⁶

⁶³ WÜTHRICH KARL, Globalzession und Insolvenz, in: EMMENEGGER (Hrsg.), *Kreditsicherheiten*, Schweizerische Bankrechtstagungen 2008, Bern 2008, 214 ff., 218.

⁶⁴ WÜTHRICH (FN 63), 218; BGE 130 III 225, 111 III 75.

⁶⁵ BGE 117 II 431.

⁶⁶ KUHN (FN 7), § 14 N 23 f.

3. Zahlung an Sicherungszedenten

Falls der Schuldner bereits vor der Konkurseröffnung oder vor der Gewährung der Nachlassstundung an den Sicherungszedenten bezahlt hat, so steht dem Sicherungszessionar kein Aussonderungsrecht zu, sondern das Geld steht grundsätzlich dem Sicherungszedenten zu.⁶⁷

Debitorenzahlungen für von der Globalzession erfasste Forderungen, die erst nach der Konkurseröffnung bzw. Gewährung der Nachlassstundung beim Sicherungszedenten respektive der Konkursmasse eingehen, gehören nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Konkurs- oder Nachlassmasse.⁶⁸ Die Masse des Sicherungszedenten ist ungerechtfertigt bereichert (Art. 62 OR) und es besteht eine Rückgabepflicht nach Art. 262 SchKG, da der Sicherungszessionar gegen die Insolvenzmasse einen Herausgabeanpruch bezüglich der bei der Masse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangenen Debitorenzahlung für von der Globalzession erfasste Forderungen hat.⁶⁹

X. Vorteile der Sicherungszession

Die Sicherungszession hat gegenüber der Verpfändung einer Forderung den Vorteil, dass der Zessionar Gläubiger und Vollrechtsinhaber ist, so dass dieser die Forderung direkt geltend machen und einziehen kann – im Gegensatz zur Forderungsverpfändung, wo nur ein beschränktes dingliches Recht am Sicherungsobjekt besteht. Damit entfällt der umständliche, kostspielige und zeitintensive Weg über die betriebsrechtliche Pfandverwertung.⁷⁰

⁶⁷ WÜTHRICH (FN 63), 222.

⁶⁸ BGer Urteil 7B.146/2002 vom 5. September 2002.

⁶⁹ WÜTHRICH (FN 63), 223.

⁷⁰ LARDELLI FLAVIO, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Diss. Zürich 2008 (ZStP 204), 145; BAUEN MARC/ROUILLER NICOLAS, Schweizer Bankkundengeschäft, Einführung für Bankkunden und ihre Berater, Zürich 2010, 252.

XI. Nachteile der Sicherungszession

Als Nachteil der Sicherungszession im Vergleich zur Forderungsverpfändung lässt sich anführen, dass im Konkurs des Zedenten der Zessionar mit seiner durch Globalzession gesicherten künftigen Forderung in der dritten Klasse kolloziert wird – wohingegen die pfandgesicherte Forderung vor den übrigen Klassen gedeckt wird.

Bei der Sicherung durch Bürgschaft oder Garantie kann der Gläubiger auf einen weiteren Schuldner greifen, was bei der Sicherungszession nicht möglich ist.

Zudem ist die Bonität des Schuldners der abgetretenen Forderung häufig ungewiss (insbesondere wenn zukünftige Forderungen abgetreten werden, kennt man nicht einmal die Schuldner, was die Einschätzung der Bonität noch schwieriger macht). Ebenfalls sind mögliche Einreden des Schuldners, die der Forderung des Zedenten entgegenstehen, schwer überprüfbar. Sofern die Einrede schon vorhanden war, als der Drittschuldner von der Abtretung Kenntnis erhielt, kann er sie auch dem Zessionar entgegenhalten, was für diesen ein gewisses Risiko birgt (z.B. Verrechnungseinrede).⁷¹

Bei Sicherungszessionen erfolgt die Abtretung meist, ohne dass sie gegenüber dem Schuldner sofort notifiziert wird. Eine Offenlegung des Zessionskredits hätte für den Zedenten unter Umständen nachteilige Folgen bezüglich seiner Kreditwürdigkeit. Bei solchen sogenannten „stillen“ Zessionen wird der Schuldner durch Leistung an den Zedenten befreit (Art. 167 OR).⁷²

Schliesslich ist die Sicherungszession nicht akzessorisch: Bei Erlöschen der gesicherten Forderung fällt die sicherungsweise abgetretene Forderung nicht *ipso iure* an den Sicherungszedenten zurück, sondern es ist eine Rückzession notwendig.

⁷¹ LARDELLI (FN 70), 81.

⁷² LARDELLI (FN 70), 145.