

- Kreditsicherheiten in der
Insolvenz: Zession und
Globalzession



23. Juni 2015

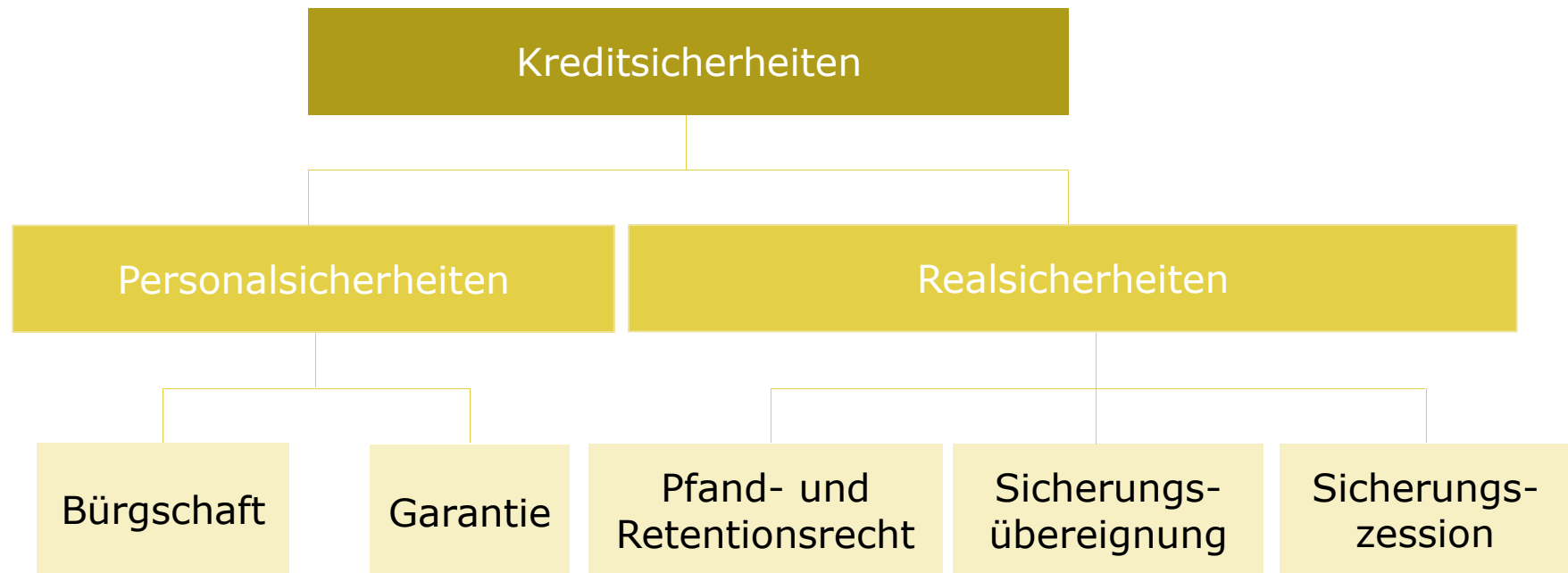
EuropaInstitut an der Universität Zürich

Dr. Adrian Dörig LL.M., Rechtsanwalt, VISCHER AG

● Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Begriffe
- III. Gültigkeitsvoraussetzungen und Gegenstand der Zession
 - Bestimmbarkeit
 - Handlungsfreiheit als Grenze (ZGB 27 II)
 - Gesellschaftsrechtliche Schranken
 - Durchgangs- bzw. Unmittelbarkeitstheorie
- IV. Zessionskredit in der Praxis
- V. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens
- VI. Vor- und Nachteile der Sicherungszession

●
I. Einleitung



● II. Begriffe

Zession	<ul style="list-style-type: none">• OR 164 I• Übertragung einer bestehenden oder künftigen Forderung• vom Gläubiger (Zedent) an einen Dritten (Zessionar)• mittels Verfügungsvertrag• Einwilligung/Genehmigung des Schuldners (debitor cessus) grundsätzlich nicht nötig
Globalzession	<ul style="list-style-type: none">• Übertragung einer Vielzahl von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen• durch ein einziges Rechtsgeschäft
Sicherungs- zession	<ul style="list-style-type: none">• Globalzession dient zur Sicherung von Krediten, welche der Zessionar dem Zedenten gewährt → Grundsätze der fiduziarischen Zession beachten
Vorauszession	<ul style="list-style-type: none">• Abtretung zukünftiger Forderungen → entstehen erst nach ihrer Abtretung

Der Zessionar wird an den abgetretenen Forderungen voll berechtigt und kann die Forderungen in eigenem Namen und auf seine Rechnung einziehen.

● III. Gültigkeitsvoraussetzungen

Voraussetzungen für Gültigkeit der Voraus- und Globalzession:

- Abgetretene Forderungen müssen im Zeitpunkt der Abtretung genügend bestimmt oder bestimmbar sein bzgl.
 - der Person des Schuldners
 - des Rechtsgrundes
 - der Höhe
- Keine übermäßige Persönlichkeitsbeschränkung des Zedenten
- Verfügungsmacht des Zedenten
- Abtretbarkeit der Forderungen (OR 164 I)
- Schriftlichkeit der Zessionsverfügung (OR 165 I)

● III. Bestimmbarkeit (1/2)

Rechtsprechung und h.L.:

- Vorauszession: Zukünftige Forderung **bestimmt** oder **bestimmbar** bzgl. Person des Schuldners, Rechtsgrund und Höhe (BGer 8C_411/2010 vom 22. November 2010 E. 5.1.1; BGE 135 V 2 E. 6.1.2; 113 II 163 E. 2a)
 - **Bestimmbarkeit:** Bestimmte Forderung kann als von der Abtretung erfasst identifiziert werden
 - **Zeitpunkt der Bestimmbarkeit:** Zeitpunkt der Entstehung/ Geltendmachung \neq Zeitpunkt der Abgabe der Abtretungserklärung
- **Pactum de cedendo** bei der Globalzession: Alle Elemente nötig, welche die Bestimmung von Schuldner, Rechtsgrund und Höhe im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung erlauben
 - Ist dies der Fall, liegt zugleich ein gültiges Verfügungsgeschäft vor
 - die Übergabe eines Forderungsverzeichnisses ist nicht nötig
 - Eintritt der Wirkungen: Im Zeitpunkt der Entstehung der zukünftigen Forderung (BGE 117 III 52 E. 3c) \rightarrow Konkurs

● III. Bestimmbarkeit (2/2)

Zulässig ist:

- 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 [...]» (BGE 113 II 163 E. 2a)
- Abtretung von Forderungen beschränkt auf bestimmten Geschäftszweig oder Verkauf bestimmter Artikel
- Abtretung von Forderungen beschränkt auf bestimmten Drittschuldnerkreis (z.B. Schuldner mit Anfangsbuchstaben A-K)

● III. Handlungsfreiheit als Grenze (ZGB 27 II)

- Gültigkeit der Globalzession muss **zeitlich** begrenzt sein
 - Sicherungszession: Beschränkung auf Dauer des Kreditverhältnisses oder der Geschäftsbeziehung
- Gültigkeit der Globalzession muss **sachlich** begrenzt sein
 - Zedent darf in wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit nicht zu stark limitiert werden
 - Abtretungsgegenstand: Einschränkung der abgetretenen Forderungen bzgl. Rechtsgrund oder Schuldnerkreis
- Zeitlich und gegenständlich unbegrenzte Abtretung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen verstösst gegen ZGB 27 II
 - H.L. und Rsp.: Totalnichtigkeit nach OR 20 I (BGE 112 II 433 E. 3; 84 II 355 E. 3)

● III. Gesellschaftsrechtliche Schranken (1/2)

Interzession: Bestellung von Sicherheiten für Schulden der Anteilseigner (Mutter- (*upstream*) und/oder Schwestergesellschaft (*cross-stream*))

- Einhaltung des **Gesellschaftszwecks**
 - Weite bundesgerichtliche Auslegung (OR 718a I); Praxis verlangt Interzessionsklausel im statutarischen Zweckartikel
 - Zweck lässt Interzession zu, sofern Dritter hinsichtlich Vertretungsbefugnis gutgläubig (OR 718a II)
- Vereinbarkeit mit **Gesellschaftsinteresse** (OR 717)
 - Interessenkonflikt bei unentgeltlicher Interzession
 - Interessen- oder pflichtwidriges Vertreterhandeln von Vertretungsbefugnis ausgeschlossen (BGE 126 III 363)
 - Guter Glaube der kreditgebenden Bank in Vertretungsbefugnis der für Interzedentin handelnde Person
 - Genehmigung des Geschäfts durch neben- oder übergeordnete Organe der Gesellschaft
 - Durch Gesellschaftsinteresse gedeckt, sofern adäquate Entschädigung der Interzedentin vereinbart

● III. Gesellschaftsrechtliche Schranken (2/2)

- Gefahr der **verdeckten Gewinnausschüttung**, sofern Interzession nicht entschädigt wird (OR 678 II)
 - Offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistungen
 - Handeln zu Drittkonditionen (*dealing at arm's length terms*) / Drittvergleich unabdingbar
- **Kapitalrückzahlungsverbot** (OR 680 II) nicht anwendbar, wenn
 - Entschädigung der Interzession zu Drittkonditionen
 - keine Simulation
 - Wille des Anteilseigners, Schuld zurückzuzahlen
- Gesellschaft im Konkurs: Interzession im Interesse des Anteilseigners ohne adäquate Gegenleistung des Aktionärs
 - Paulianische Anfechtung nach SchKG 286 und 288 möglich

● III. Durchgangs- bzw. Unmittelbarkeitstheorie

Wird die abgetretene künftige Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung dem Zedenten oder dem Zessionar zugerechnet? → relevant im Konkurs

- **Durchgangstheorie (BGer):** BGE 130 III 248 E. 4.1
 - Forderung fällt für «eine logische Sekunde» in das Vermögen des Zedenten, anschliessender Übergang ins Vermögen des Zessionars
 - Hat Zedent in diesem Zeitpunkt keine Verfügungsmacht über die Forderung (z.B. im Konkurs), muss eine vorher erfolgte Abtretung als ungültig betrachtet werden
- **Unmittelbarkeitstheorie:**
 - Forderung entsteht direkt im Vermögen des Zessionars und fällt somit nicht in die Konkursmasse des Zedenten
 - Teil der Lehre: Zedent muss im Zeitpunkt der Entstehung Verfügungsmacht über die bereits früher abgetretene Forderung haben

● IV. Zessionskredit in der Praxis (1/2)

Bedeutung

- Gestiegen, da heutige Produktion/Dienstleistungserbringung kapitalintensiv, Vermögenswerte häufig nicht im Eigentum und Schranken des Faustpfandprinzips bei Verpfändung von Mobilien
- Insbesondere für kleinere, neu gegründete Betriebe gross
 - einzige Möglichkeit der Kreditbesicherung

Zweck

- Sicherstellung von Krediten verschiedenster Art
 - Globalzession: Vorwiegend Sicherstellung von Betriebskrediten

● IV. Zessionskredit in der Praxis (2/2)

Ausgestaltung

- Beschränkung auf bestehende und künftige Debitorenausstände aus Geschäft oder Geschäftszweig → ZGB 27 II / Bestimmbarkeit
- Bank lässt sich regelmässig übersichern
 - Sicherheitsmargen von 50% üblich
 - Meistens übersteigt Höhe der zedierten Forderungen effektiv beanspruchten Kredit
 - Phase vor Konkurseröffnung: Effektiv beanspruchter Kredit übersteigt Höhe der zedierten Forderungen deutlich
- Weitere Verpflichtungen der Kreditnehmer/Zedenten (Auswahl)
 - Keine Änderung der Geschäftstätigkeit; Verbot der Aufnahme von weiteren Krediten; keine Gewährung von Sicherheiten; keine Gewährung von Krediten oder Darlehen an Dritte; periodische Einreichung von Debitorenlisten; Ablieferung von an Zedenten direkt geleistete Zahlungen
- Rechte der Bank
 - Notifikation der Abtretung an Dritte; Recht, Bücher des Zedenten jederzeit zu kontrollieren

● V. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens (1/2)

Insolvenz des Sicherungszedenten

Abgetretene **gegenwärtige und künftige** Forderungen, die bereits **vorher** entstanden sind:

- Stehen dem Sicherungszessionar zu

Forderungen, die erst **nach** der Konkurseröffnung entstehen:

- Stehen dem Sicherungszedenten zu
- Fallen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in die Konkursmasse (BGE 130 III 225; 111 III 75)

Insolvenz des Sicherungszessionars

- Sicherungsforderung oder Surrogat fällt in die Konkursmasse des Sicherungszessionars, da er die volle Rechtszuständigkeit hat (SchKG 197 I)
- Grundsätzlich kein Aussonderungsrecht nach OR 401 III
- Anspruch auf Rückübertragung wandelt sich in entsprechende Geldforderung (SchKG 211 I) und diese ist als Kurrentforderung in der 3. Klasse zu kollozieren (SchKG 219 IV)

● V. Auswirkungen des Insolvenzverfahrens (2/2)

Debitorenzahlung an Sicherungszedenten

- **Vor** Konkurseröffnung/Gewährung der Nachlassstundung
 - Grundsätzlich kein Aussonderungsrecht des Sicherungszessionars
 - Geld steht dem Sicherungszedenten zu
- **Nach** Konkurseröffnung/Gewährung der Nachlassstundung
 - Gehört nach bundesgerichtlicher Rsp. nicht zur Konkurs- oder Nachlassmasse (BGer 7B.146/2002 vom 5.09.2002)
 - Masse ist ungerechtfertigt bereichert (OR 62), Rückgabepflicht (SchKG 262)

Siehe zu Ausnahmen und weiteren Auswirkungen des Insolvenzverfahrens Referat von Franco Lorandi:

- Behandlung des Sicherungsobjektes in der Insolvenz
- Paulianische Anfechtung
- Behandlung der gesicherten Forderung bei der Kollokation
- Behandlung im Nachlassverfahren

● VI. Vorteile der Sicherungszession

Zessionar ist Gläubiger und Vollrechtsinhaber

- Einfacheres und flexibleres Verfahren im Sicherungs- und Verwertungsfall im Vergleich zur Forderungsverpfändung
 - Forderung kann direkt geltend gemacht und eingezogen werden
 - Betreibungsrechtliche Pfandverwertung entfällt
- Sicherungszession hat daher Forderungsverpfändung in Bankenpraxis weitgehend verdrängt

● VI. Nachteile der Sicherungszession

- Konkurs des Zedenten: Kollokation der durch Globalzession gesicherten Forderung in 3. Klasse
 - Pfandgesicherte Forderung wird vor übrigen Klassen gedeckt
- Kein weiterer Schuldner ≠ Sicherung durch Bürgschaft oder Garantie
- Häufig ungewisse Bonität des Schuldners der abgetretenen Forderung
- Schwere Überprüfbarkeit möglicher Einreden des Schuldners
- Problem der stillen Zession: Befreiung durch Leistung an Zedenten (OR 167)
- Keine Akzessorietät der Sicherungszession: Rückübertragung bei Erlöschen der gesicherten Forderung notwendig

VISCHER



Herzlichen
Dank.

Zürich

Schützengasse 1
Postfach 1230
CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00
Fax +41 58 211 34 10

Basel

Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00
Fax +41 58 211 33 10