

Elisabeth Moskric / Johannes Bürgi

## **Facetten des Zessionsrechts**

### **Überblick über ausgewählte Rechtsaspekte der Zession unter besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendung im Finanzierungsbereich**

---

Die Autoren zeigen bestehende Hürden bei der Abtretung von Forderungen im Kontext von Finanzierungstransaktionen auf. Es handelt sich dabei insbesondere um Erfordernisse, welche mangels anderweitiger positivrechtlicher Regelung gestützt auf dogmatische Überlegungen entwickelt wurden. Die Autoren weisen darauf hin, dass mittels punktueller, minimalinvasiver Anpassung des Zessionsrechts eine Erhöhung der Rechtssicherheit sowie eine erhebliche Rationalisierung des administrativen Aufwands bei Transaktionen erreicht werden könnte.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Obligationenrecht; Informatik und Recht

Zitiervorschlag: Elisabeth Moskric / Johannes Bürgi, Facetten des Zessionsrechts, in: Jusletter 13. September 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Begriff und Rechtsnatur der Zession
  - 2.1. Definition
  - 2.2. Rechtsnatur der Zession
3. Typischer Anwendungsbereich und Erscheinungsformen der Zession im Finanzierungsbereich
  - 3.1. Sicherungszession als Kreditsicherheit
  - 3.2. «True Sale» Transaktionen
  - 3.3. Covered Bonds
4. Ausgewählte Rechtsfragen
  - 4.1. Die Globalzession
    - 4.1.1. Begriff und Abgrenzung
    - 4.1.2. Gültigkeitsvoraussetzungen
      - 4.1.2.1. Einhaltung der Schriftform
      - 4.1.2.2. Bestimmbarkeit bzw. Bestimmtheit der abzutretenden Forderungen
      - 4.1.2.3. Evidenzhaltung der Zession im Besonderen – Rechtliche Bedeutung von Forderungslisten
      - 4.1.2.4. Persönlichkeitsschutz als Grenze der Globalzession
  - 4.2. Weitere Rechtsfragen
    - 4.2.1. Notifikation des debitor cessus
    - 4.2.2. Einziehungsrecht des Zessionars
    - 4.2.3. Abtretung zukünftiger Forderungen
5. Schlussfolgerungen

### 1. Einleitung

[1] Die vergangenen zwei Jahrzehnte waren geprägt von rasantem technischem und digitalem Fortschritt. Ein Blick auf die Rechtsentwicklung im Zivilrecht des 21. Jahrhunderts zeigt auf, dass sich die schweizerische Gesetzgebung Modernisierungstendenzen nicht verschliesst, sondern diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen sucht. Dies zeigte sich exemplarisch bei der Einführung des Registerschuldbriefs im Rahmen der Partialrevision des Immobiliarsachenrechts, welche auf den 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist. Als weiteres Beispiel sei an dieser Stelle der Erlass des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 zu nennen, im Zuge dessen das (einfache) Wertrecht in das schweizerische Obligationenrecht Eingang gefunden hat, bevor nun mit der Einführung des Bundesgesetzes zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register per 1. Februar 2021 verschiedene bestehende Bundesgesetze punktuell angepasst wurden, wobei insbesondere die Bestimmungen zum Wertpapierrecht um die Kategorie der Registerwertrechte gemäss Art. 973d ff. OR erweitert worden sind.

[2] Der Umsetzung des technologischen Fortschritts unter Beibehaltung von Verkehrs- und Rechtssicherheit als zentralen Maximen der schweizerischen Gesetzgebung dienend, tragen solche Gesetzesrevisionen dazu bei, dass sich die Schweiz als attraktiver und innovativer Marktstandort erfolgreich weiterentwickeln kann. Diese Neuerungen sind daher aus wirtschaftlicher Sicht sehr begrüssenswert, akademisch interessant und für die Praxis von grosser Relevanz. Nichtsdestoweniger spielt das klassische Zessionsrecht im Transaktionsalltag nach wie vor eine zentrale Rolle, indem Forderungen im Sinne von Art. 164 ff. OR Gegenstand mannigfaltiger Finanzierungstransaktionen bilden. Die zessionsrechtlichen Normen im Schweizerischen Obligationenrecht sind seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1912 nicht revidiert worden, obwohl der technische

Fortschritt und die Entwicklungen von Geschäftspraktiken und -gebräuchen selbstredend auch dieses Rechtsgebiet tangieren.<sup>1</sup> Dies führt in der Praxis insbesondere in Finanzierungstransaktionen zu einem gewissen Spannungsfeld zwischen Praktikabilität und Rechtssicherheit, welches mittels minimalinvasiver positivrechtlicher Regelung erheblich verringert werden könnte, ohne dabei das dogmatisch überzeugend redigierte Zessionsrecht konzeptionellen Änderungen zu unterwerfen. Zur Veranschaulichung dieser Problematik sollen nachfolgend exemplarisch einige Aspekte näher beleuchtet werden, welche im Transaktionsalltag von tragender Bedeutung sind.

## 2. Begriff und Rechtsnatur der Zession

[3] Den weiteren Ausführungen vorangestellt sei an dieser Stelle ein kurzer Abriss über Begriff und Rechtsnatur der Zession.

### 2.1. Definition

[4] Das schweizerische Obligationenrecht enthält keine Legaldefinition der Zession bzw. Abtretung, hält jedoch in Art. 164 Abs. 1 OR fest, dass der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten kann, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Die Abtretung stellt demgemäss die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Forderung durch den Forderungsgläubiger, den Zedenten, an einen Erwerber, den sog. Zessionar, dar.<sup>2</sup>

### 2.2. Rechtsnatur der Zession

[5] Die Zession ist als Verfügungsgeschäft zu qualifizieren, welches den Rechtsübergang der Forderung vom bisherigen Forderungsinhaber auf den betreffenden Rechtsnachfolger bewirkt. Es handelt sich dabei um einen schuldrechtlichen Verfügungsvertrag, den es vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden gilt<sup>3</sup> und der gemäss Art. 165 Abs. 1 OR der Schriftform unterliegt. Das der Zession zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft, das sog. *pactum de cedendo*, ist im Einklang mit Art. 165 Abs. 2 OR demgegenüber formlos gültig.

[6] Die Frage nach der abstrakten oder kausalen Natur der Abtretung wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Das Bundesgericht hat die Frage in neuerer Zeit offen gelassen, nachdem es sich früher für die Abstraktheit ausgesprochen hatte.<sup>4</sup> U.E. ist die abstrakte Natur der Zession klar zu befürworten, indem die Beachtung des dem Sachenrecht entspringenden Kausalitätsprin-

---

<sup>1</sup> Vorbehalten bleiben abweichende Gesetzesbestimmungen in Spezialgesetzen, wie beispielsweise dem Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG, SR 221.214.1) vom 23. März 2001, auf welche an dieser Stelle nicht eingegangen werden soll.

<sup>2</sup> Vgl. dazu anstelle vieler INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, N 90.02.

<sup>3</sup> DANIEL GIRSBERGER/JOHANNES LUKAS HERMANN, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 164 N 15 f. (zit. BSK OR-GIRSBERGER/HERMANN); SCHWENZER/FOUNTOLAKIS (Fn. 2), N 90.06.

<sup>4</sup> Vgl. zum Meinungsstand BSK OR-GIRSBERGER/HERMANN (Fn. 3), Art. 164 N 23 ff. m.w.N.

zips im Kontext der zessionsrechtlichen Regelungen nicht adäquat erscheint.<sup>5</sup> Zudem – und dies sei lediglich am Rande bemerkt – gilt es zu bedenken, dass auch die als abstrakt qualifizierte Zession nicht isoliert im Raum steht, sondern ihrer vertraglichen Natur zufolge den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts hinsichtlich Gültigkeit und Anfechtbarkeit untersteht.<sup>6</sup>

### **3. Typischer Anwendungsbereich und Erscheinungsformen der Zession im Finanzierungsbereich**

[7] Der nachfolgende Überblick soll in der gebotenen Kürze beispielhaft die Omnipräsenz der Zession in der Welt nationaler und multinationaler Finanzierungs- und Refinanzierungstransaktionen aufzeigen.

#### **3.1. Sicherungszession als Kreditsicherheit**

[8] Die Sicherungszession stellt ein in der Praxis weit verbreitetes Kreditsicherungsinstrument dar und zeichnet sich dadurch aus, dass ein Sicherungszedent als Sicherungsgeber dem Sicherungszessionar als Sicherungsnehmer Forderungen zu Sicherungszwecken abtritt.<sup>7</sup> Die Sicherungszession, ein fiduziarisches Rechtsgeschäft,<sup>8</sup> charakterisiert sich als pfandrechtsähnliches Sicherungsinstrument, auf welches nebst zessionsrechtlichen Normen insbesondere auch gewisse Regelungen des Forderungspfandrechts analoge Anwendung finden.<sup>9</sup> Obwohl nicht Gegenstand expliziter gesetzlicher Regelungen, ist ihre Zulässigkeit heute unbestritten. Die Sicherungszession hat die Forderungsverpfändung bei weitem überholt und stellt schon seit mehreren Dekaden den Regelfall im Bankgeschäft dar. Dies gilt ohne Ausnahme für Debitorenforderungen im kaufmännischen Bereich, während betreffend Kontokorrentforderungen aus Bankverbindungen kontoführende Banken zuweilen die blossе Verpfändung der betreffenden Forderungen favorisieren.<sup>10</sup>

#### **3.2. «True Sale» Transaktionen**

[9] Die Forderungszession spielt nicht nur als Realsicherheit eine sehr bedeutsame Rolle im kommerziellen Kreditgeschäft, sondern ist insbesondere auch für verschiedene Refinanzierungstech-

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu HANS PETER WALTER, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Mobiliarsicherheiten*, Tagungsband Berner Bankrechtstag 1998, S. 43 ff., S. 64; auch BENEDIKT FÄSSLER, *Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht*, Diss. St. Gallen 2010, S. 116 f. äussert sich zu Recht kritisch betreffend Lösungsansätzen, welche unter Befürwortung der kausalen Natur der Zession den gutgläubigen Forderungserwerb schützen wollen.

<sup>6</sup> Vgl. dazu etwa BSK OR-GIRSBERGER/HERMANN (Fn. 3), Art. 164 N 20.

<sup>7</sup> Dazu eingehend DIETER ZOBL, *Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – eine Standortbestimmung*, SJZ 1989, S. 349 ff. (zit. ZOBL, *Globalzession*).

<sup>8</sup> ZOBL, *Globalzession* (Fn. 7), S. 351.

<sup>9</sup> DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand*, 3. Aufl., Bern 2010, Systematischer Teil vor Art 884–887 N 1093 und 1559 (zit. BK-ZOBL/THURNHERR).

<sup>10</sup> Dies ohne Interdependenz zur Thematik der Konfusion i.S.v. Art. 118 OR.

niken von eminenter Bedeutung. So basiert das klassische Factoring auf der Abtretung von Kundenforderungen an einen sog. *Factor*.<sup>11</sup>

[10] Daneben haben sich in den vergangenen Jahrzehnten in der Schweiz Verbriefungen (sog. *Securitisations*), mittels derer nicht liquide Finanzaktiva eines Unternehmens (sog. *Originator*) von dessen übrigem Vermögen segregiert und in liquide Forderungsrechte umgewandelt werden, als Refinanzierungstechnik etabliert.<sup>12</sup> Die Übertragung der zu transferierenden Vermögenswerte erfolgt im Rahmen einer Verbriefung grundsätzlich mittels Zession. Davon abweichend wird aus Gründen der Insolvenzfestigkeit vom Rechtsinstitut der Vertragsübertragung Gebrauch gemacht, wenn Forderungen Gegenstand der Übertragung bilden, welche potentiell als zukünftige Forderungen zu qualifizieren sind.<sup>13</sup>

### 3.3. Covered Bonds

[11] Covered Bonds stellen, wie der Name vermuten lässt, pfandbriefähnliche, besicherte Obligationenanleihen dar. Die zur Besicherung genutzten Deckungswerte werden dabei von anderen Assets des Emittenten getrennt, wodurch sich Covered Bonds im Insolvenzfall als besonders anlegerfreundlich erweisen sollen. So wird insbesondere die Werthaltigkeit der zur Besicherung der Anleihe von einer Drittpartei als Garantin gestellten Garantie sichergestellt, indem Vermögenswerte auf sie übertragen werden. Die Übertragung der betreffenden Vermögenswerte auf die Garantin erfolgt dabei in der Praxis u.a. mittels Zession von Hypothekarforderungen, welche zusammen mit den entsprechenden (auf die Garantin zu Vollrecht übertragenen) Schuldbriefsicherheiten den Deckungsstock bilden.<sup>14</sup>

## 4. Ausgewählte Rechtsfragen

[12] Wie dargelegt, kommt der Forderungszession im Kontext von Finanzierungs- und Refinanzierungstransaktionen eine tragende Bedeutung zu. Naturgemäss basieren dabei die meisten Transaktionen nicht auf der Abtretung einer einzelnen oder einiger weniger Forderungen, sondern einer Vielzahl von Forderungen. Entsprechend ist die sog. Globalzession im Rechtsalltag von grösster praktischer Bedeutung. Mangels expliziter gesetzlicher Regelung ist bei der Rechtsanwendung auf Lehre und Rechtsprechung abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre die legislatorische Erfassung der Globalzession angesichts ihrer eminenten praktischen Bedeutung begrüssenswert, wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen.

---

<sup>11</sup> Zu Definition und Erscheinungsformen eingehend FÄSSLER (Fn. 5), S. 5 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu JOHANNES A. BÜRGI/ELISABETH MOSKRIL, Asset-Backed Securitisation in der Schweiz, in: Thomas Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen VIII, Zürich 2014, S. 165 ff., S. 167 m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. dazu unten Abschnitt 4.2.3.

<sup>14</sup> Vgl. dazu JOHANNES A. BÜRGI/ELISABETH MOSKRIL, Pfandbriefbasierte Kreditfinanzierungen, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Tagungsband Schweizerische Bankrechtstagung 2010: Kreditrecht, S. 103 ff., S. 113 ff.

## 4.1. Die Globalzession

### 4.1.1. Begriff und Abgrenzung

[13] Als Globalzession wird die Abtretung sämtlicher bzw. einer Vielzahl von gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen eines Zedenten verstanden, sei dies fiduziarisch zu Sicherungszwecken oder aber zu Veräusserungszwecken.<sup>15</sup> Mit PETER REETZ ist dafürzuhalten, dass für die Definition der Globalzession nicht auf den der Zession zugrunde liegenden Rechtsgrund abgestellt werden sollte, sondern sich diese lediglich nach dem von ihr erfassten Forderungskreis richtet.<sup>16</sup>

[14] Abzugrenzen ist die Globalzession insbesondere von der Mantelzession.<sup>17</sup> Im Rahmen einer Mantelzession verpflichtet sich der Kreditnehmer gegenüber der Kreditgeberin, dieser laufend Forderungen in der Höhe des zu sichernden Kredites abzutreten. Sie stellt damit lediglich ein *pactum de cedendo* dar und bewirkt als solches keinen Forderungsübergang. Entsprechend bedarf es hierfür zusätzlich der Vornahme rechtsgültiger Zessionserklärungen, die in der Praxis auf Debitorenlisten oder Rechnungskopien angebracht werden und der Kreditgeberin in Erfüllung der entsprechenden vertraglichen Verpflichtung im vereinbarten Rahmen zugestellt werden müssen.

[15] Im Bereich der Sicherungszession als klassischer Kreditsicherheit dürfte es angesichts der mittlerweile relativ fein abgestimmten und austarierten Sicherungsverträge im Einzelfall wohl nicht erfolgversprechend sein, diese als blosser Mantelzessionen zu interpretieren. Bei True Sale Transaktionen im internationalen Kontext ist die Abgrenzung indes von grösserer Relevanz, indem die betreffenden Übertragungsverträge, abhängig von dem auf sie anwendbaren Recht, gegebenenfalls keine dem schweizerischen Recht entsprechende Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft aufweisen, was u.a. mit Blick auf deren Auslegung im Rahmen der Kommentierung solcher Verträge zu beachten ist, sofern auch die Übertragung von Forderungen, welche materiellem Schweizer Recht unterstehen, Gegenstand der vertraglichen Regelungen bilden soll.

### 4.1.2. Gültigkeitsvoraussetzungen

[16] Da die Globalzession nicht Gegenstand einer expliziten gesetzlichen Regelung bildet, sind die betreffenden Gültigkeitsvoraussetzungen von Lehre und Rechtsprechung gestützt auf rechtsdogmatische Überlegungen herausgearbeitet worden, wobei die rechtlichen Anforderungen an die Globalzession in der Lehre nicht unumstritten sind.

[17] Die wichtigsten Gültigkeitsvoraussetzungen seien nachfolgend kurz dargestellt.

#### 4.1.2.1. Einhaltung der Schriftform

[18] Die Globalzession als Verfügungsgeschäft untersteht gemäss Art. 165 Abs. 1 OR der Schriftform.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Anstelle vieler BSK OR-GIRSBERGER/HERMANN (Fn. 3), Art. 164 N 40.

<sup>16</sup> Vgl. PETER REETZ, die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Habil. Freiburg 2005, N 512.

<sup>17</sup> Dazu BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB N 1688 f.

<sup>18</sup> ZOBL, Globalzession (Fn. 7), S. 351.

#### 4.1.2.2. Bestimmbarkeit bzw. Bestimmtheit der abzutretenden Forderungen

[19] Die Globalzession erstreckt sich regelmässig nicht nur auf bestehende, sondern auch auf zukünftige Forderungen. Die ausreichende Bestimmbarkeit des Abtretungsgegenstandes stellt daher eines der zentralen Gültigkeitserfordernisse der Globalzession dar.

[20] Genügende Bestimmbarkeit liegt grundsätzlich dann vor, wenn im Zeitpunkt der Vornahme der Zession der Entstehungsgrund der Forderung und der Umfang der Abtretung so fixiert sind, dass die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des *debitor cessus*, des Rechtsgrundes und der Höhe bestimmt oder zumindest im Zeitpunkt der Forderungsentstehung bestimmbar ist.<sup>19</sup> Das Bundesgericht folgt konzeptionell dieser Auffassung, wobei höchstrichterliche Entscheide zu dieser Thematik im Kontext von Finanzierungstransaktionen naturgemäss spärlich sind.

[21] Im Schrifttum besteht indes keine Einigkeit darüber, ob diese Anforderungen in der Tat sowohl für das Verpflichtungs- als auch für das Verfügungsgeschäft gelten sollen, indem dafürgehalten wird, dass sachenrechtlichen Grundsätzen folgend zur Perfektion des Verfügungsgeschäfts Bestimmtheit der abzutretenden Forderungen notwendig ist. So vertreten in Analogie zum sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip gewisse Autoren den Standpunkt, blosser Bestimmbarkeit des Abtretungsobjektes sei für die rechtsgeschäftliche Verfügung grundsätzlich ungenügend und halten fest, dass eine Zession nur dann wirksam ist, wenn sie sich auf eine im Zeitpunkt der Vornahme des Verfügungsgeschäfts nicht nur bestimmbar, sondern bestimmte Forderung bezieht.<sup>20</sup> Als Ausfluss dieser Theorie muss der Vollzug der «Globalzession» letztlich durch Einzelzessionen erfolgen. Praktisch betrachtet sind die zu zedierenden Forderungen dabei je einzeln in Forderungslisten aufzuführen, welche vom Zedenten zu unterzeichnen, mit einem Zessionsvermerk zu versehen und dem Zessionar unter Einhaltung der Anforderungen an das Schriftlichkeitserfordernis der Zession zuzustellen sind.

#### 4.1.2.3. Evidenzhaltung der Zession im Besonderen – Rechtliche Bedeutung von Forderungslisten

[22] Unabhängig von dem unter 4.1.2.2 dargestellten Rechtsproblem ist in der Praxis die periodische Übersendung von Debitorenlisten marktüblich, welche die in der betreffenden Zeitperiode *qua* Globalzession abgetretenen Forderungen einzeln auflisten. Über deren rechtliche Bedeutung gehen die Meinungen indes auseinander.

[23] In der Literatur wird teilweise eine Pflicht zur Evidenzhaltung der Zession statuiert und die Meinung vertreten, die Unterlassung der periodischen Einforderung von detaillierten Debitorenlisten könne zur Aufhebung der Globalzession durch konkludentes Verhalten führen.<sup>21</sup> Demgegenüber hält die wohl herrschende Lehre dafür, dass der Zustellung der Debitorenlisten

---

<sup>19</sup> Vgl. BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB N 1570 und N 1671a je m.w.N. auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>20</sup> So insbesondere EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Aufl., Zürich 1988, S. 544; ferner derselbe, Zur Gültigkeit von Globalzessionen; Urteilsanmerkung zu BGE 113 II 163, recht 1989, S. 12 ff.; sowie ebenfalls kritisch WOLFGANG WIEGAND, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 116/1980, S. 537 ff., S. 561 ff. und DERSELBE, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in: Eugen Bucher/Peter Saladin (Hrsg.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, S. 283 ff., S. 285 ff.

<sup>21</sup> So u.a. WOLFGANG WIEGAND/CORINNE GUTKNECHT, in: Max Boemle et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 519.

lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt. Sie teilt die genannte Befürchtung nicht, indem die Aufhebung der Zession durch *contrarius actus* i.S.v. Art. 115 OR ausgeschlossen ist und es zur Rückübertagung einer zedierten Forderung vielmehr einer Rückzession unter Beachtung der zessionsrechtlichen Vorschriften bedarf.<sup>22</sup> In praktischer Hinsicht gilt es jedoch zu bedenken, dass dem Zessionar durch die Zusendung von Debitorenlisten die Möglichkeit verschafft wird, die Forderungsschuldner bei Bedarf ohne Mitwirkung des Zedenten zu notifizieren, was sich insbesondere im Insolvenzfall des Zedenten als äusserst hilfreich erweisen kann.

#### 4.1.2.4. Persönlichkeitsschutz als Grenze der Globalzession

[24] Das Gesetz schützt in Art. 27 Abs. 2 ZGB die Rechtsunterworfenen vor übermässiger Selbstbindung. Entsprechend unterliegt auch die Globalzession den in Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie Art. 19 Abs 2 OR und Art. 20 OR enthaltenen Schranken.<sup>23</sup> Diese Beschränkung bietet in der Praxis jedoch selten Anlass zu Rechtsunsicherheiten, indem Forderungsabtretungen in Finanzierungstransaktionen regelmässig auf bestimmte Kategorien von Finanzaktiven beschränkt sind.

## 4.2. Weitere Rechtsfragen

### 4.2.1. Notifikation des *debitor cessus*

[25] Die Anzeige der Abtretung an den *debitor cessus* stellt gemäss den obligationenrechtlichen Bestimmungen kein Gültigkeitserfordernis für die Zession dar.<sup>24</sup> Entsprechend hält das Gesetz in Art. 167 OR fest, dass der Schuldner, der vor Anzeige der Abtretung in gutem Glauben an den früheren Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, gültig befreit ist. Dies darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Recht zur Notifikation für die Gültigkeit der Zession von eminenter Wichtigkeit ist, auch wenn die Notifikation im schweizerischen Recht – im Unterschied zu anderen Jurisdiktionen – kein Publizitätserfordernis darstellt.<sup>25</sup> So wird von der herrschenden Lehre u.E. zurecht dafürgehalten, dass ein dauernder, vertraglicher Ausschluss des Rechts zur Notifikation die Ungültigkeit der Zession bewirkt, indem dadurch das Recht des Zessionars, die Forderung beim Schuldner im eigenen Namen geltend zu machen, beschnitten wird. Dieses Recht stellt indes ein zentrales Wesensmerkmal der Zession dar, welches vor dem Hintergrund des Zwecks der Zession (d.h. Übertragung der Rechtszuständigkeit an einer Forderung auf einen Rechtsnachfolger) mangels abweichender gesetzlicher Regelung konzeptionell unabdingbar ist. Wird das Recht zur Notifikation nicht dauernd ausgeschlossen, sondern an das Eintreten bestimmter Bedingungen geknüpft, wird die Zession von der herrschenden Lehre als aufschiebend bedingt qualifiziert.<sup>26</sup>

[26] Naturgemäss bildet dieses Thema im Transaktionsalltag Gegenstand häufiger Diskussionen, befürchten Zedenten doch oftmals eine willkürlich erfolgende Notifikation der Drittschuldner

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu eingehend BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB N 1687 m.w.H. zum Meinungsstand.

<sup>23</sup> Vgl. dazu eingehend BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB N 1676 ff.

<sup>24</sup> BSK OR-GIRSBERGER/HERRMANN (Fn. 3), Art. 164 N 21 m.w.N.

<sup>25</sup> BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884 ZGB N 1686.

<sup>26</sup> Vgl. dazu BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB N 1584 und N 1587.



durch den Zessionar. Diese Bedenken sind regelmässig unbegründet, da Finanzinstitute diesen Schritt in der Praxis aufgrund des damit verbundenen Aufwandes nicht ohne Not unternehmen. Nichtsdestoweniger wird im Rahmen entsprechender Vertragsverhandlungen versucht, mittels differenzierter Formulierungen den divergierenden Interessen der Parteien bestmöglich gerecht zu werden. Für die Praxis wäre es indes äusserst hilfreich, wenn das Recht zur Notifizierung des Drittschuldners im Rahmen einer dispositiven Regelung positivrechtlich verankert würde.

#### 4.2.2. Einziehungsrecht des Zessionars

[27] Entsprechend der Regelung zum Notifikationsrecht, darf der Zessionar einer Forderung *de lege lata* vertraglich auch nicht von der Geltendmachung der zedierten Forderung im eigenen Namen ausgeschlossen sein. Die präkaristische Überlassung des Einziehungsrechts an den Zedenten steht dem nicht entgegen, doch muss der Zessionar befugt sein, die abgetretene Forderung jederzeit selber geltend zu machen. Ein Verstoss gegen diese Regelung bewirkt gemäss der herrschenden Lehre die Ungültigkeit der Zession, da diese als nicht ernstlich gewollt erscheint.<sup>27</sup>

[28] Eine positivrechtliche Regelung auch dieses Aspekts des Zessionsrechts wäre wünschenswert, zumal das Fahrnispfandrecht in Art. 906 ZGB bezüglich Forderungsverwaltung und -einziehung eine dispositive Regelung vorsieht, welche *mutatis mutandis* auch in das Zessionsrecht Eingang finden könnte. Dabei wäre jedoch von der Statuierung einer gemeinsamen Rechtszuständigkeit zur Forderungseinziehung<sup>28</sup> u.E. abzusehen.

#### 4.2.3. Abtretung zukünftiger Forderungen

[29] Die Abtretung zukünftiger Forderungen ist gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung zulässig, sofern diese ausreichend bestimmbar sind.<sup>29</sup> Obwohl die Zession als Verfügungsgeschäft zu qualifizieren ist, herrscht in der Lehre Uneinigkeit darüber, ob eine Forderung, die im Zeitpunkt ihrer Abtretung noch nicht entstanden war, bei ihrer Entstehung im Sinne der sog. Unmittelbarkeitstheorie originär dem Zessionar zusteht oder aber, der Durchgangstheorie folgend, beim Zedenten entsteht und erst eine logische Sekunde danach auf den Zessionar übergeht. Von eminenter Bedeutung ist der Unterschied der beiden Theorien insbesondere im Insolvenzfall des Zedenten, sofern er nach erfolgter Abtretung, aber vor Entstehung der Forderung eintritt: Während die Anwendung der Unmittelbarkeitstheorie den Zessionar der Forderung als Forderungsinhaber schützt, fällt die betreffende Forderung der Durchgangstheorie folgend in die Konkursmasse.<sup>30</sup>

[30] Die wohl überwiegende Lehre sowie das Bundesgericht sprechen sich für die Anwendbarkeit der Durchgangstheorie aus.<sup>31</sup>

[31] U.E. sollte diese Frage unter Berücksichtigung der Natur der in Frage stehenden Forderung differenziert beantwortet werden. So vermag die Anwendbarkeit der Durchgangstheorie auf

---

<sup>27</sup> Dazu BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 9), Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB N 1584 f.

<sup>28</sup> Vgl. DIETER ZOBL, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Bern 1996, Art. 906 ZGB N 23.

<sup>29</sup> BSK OR-GIRSBERGER/HERRMANN (Fn. 3), Art. 164 N 36 m.w.N.

<sup>30</sup> Vgl. dazu anstelle vieler BSK OR-GIRSBERGER/HERRMANN (Fn. 3), Art. 164 N 47 f. m.w.N.

<sup>31</sup> Vgl. dazu BSK OR-GIRSBERGER/HERRMANN (Fn. 3), Art. 164 N 48.

Sachverhalte nicht zu überzeugen, bei denen bereits vor Eintritt der Insolvenz ein Rechtsgrund für die Entstehung der zukünftigen Forderungen besteht, wie dies insb. bei Dauerschuldverhältnissen (beispielsweise gestützt auf einen Leasing- oder Darlehensvertrag) der Fall ist. Dogmatisch überzeugend statuiert ein Teil der Lehre in solchen Fällen den Direkterwerb der Forderung durch den Zessionar.<sup>32</sup>

[32] Da die Insolvenzfestigkeit einer Abtretung insbesondere im Rahmen von True Sale-Transaktionen von zentraler Bedeutung ist, wird in der Praxis – sofern im konkreten Kontext unter einer wirtschaftlichen Perspektive zielführend – anstelle der Abtretung eine Vertragsübernahme vorgesehen.<sup>33</sup> Begrüssenswert und sachlich gerechtfertigt wäre indes, wenn *de lege ferenda* die Anwendbarkeit der Unmittelbarkeitstheorie auf (global)zedierte Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen entsprechenden Niederschlag im Gesetz finden würde.

## 5. Schlussfolgerungen

[33] Das Zessionsrecht ist von enormer praktischer Bedeutung. Zahlreiche Rechtsaspekte, welche auf die Ausgestaltung und die Anforderungen an Finanzierungstransaktionen massgebliche Auswirkung zeitigen, sind allerdings nicht Gegenstand expliziter gesetzlicher Regelungen. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich nur punktuell zu einzelnen Fragen geäussert, so dass ein eigentliches *case law* fehlt. Entsprechend orientiert sich die Beratungspraxis an etablierten Marktstandards unter Berücksichtigung der zu wahrenden Gläubigerinteressen. Vor diesem Hintergrund wäre es der Rechtssicherheit sowie der Rationalisierung von Transaktionen sehr zuträglich, wenn namentlich folgende Aspekte *de lege ferenda* explizit geregelt würden:

- Zulässigkeit der Globalzession im Sinne der Wirksamkeit eines einmaligen Verfügungsgeschäfts über eine Vielzahl bestimmbarer gegenwärtiger und/oder zukünftiger Forderungen ohne Erfordernis der Abbildung von Einzelzessionen;
- Dispositive Regelung des Notifikations- und Einziehungsrechts;
- Verankerung der Unmittelbarkeitstheorie im Zusammenhang mit Forderungen aus vorbestehenden Dauerschuldverhältnissen.

---

Dr. iur. ELISABETH MOSKRIC, Rechtsanwältin in Zürich, Konsultantin bei der Walder Wyss AG.

Dr. iur. JOHANNES A. BÜRGI, LL.M., Rechtsanwalt in Zürich, Partner bei der Walder Wyss AG.

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu WALTER (Fn. 5), S. 49 und S. 66; HELMUT KOZIOL, Sicherungszession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Mobiliarsicherheiten, Tagungsband Berner Bankrechtstag 1998, S. 19 ff., S. 33 ff.; DIETER ZOBL, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, 2. Aufl., Bern 1982, Systematischer Teil vor Art 884–887 N 1571 sowie insbesondere (generell die Unmittelbarkeitstheorie befürwortend) ANDREAS VON TUHR/ ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 348 f.

<sup>33</sup> Vgl. dazu BÜRGI/MOSKRIC (Fn. 12), S. 196.