

Nr. 28 Kreditsicherung durch Zession?

In: "Probleme der Kreditsicherung", Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern (Stämpfli) 1982. In gleicher Publikation: Diskussionsbeitrag zum Referat von Erich Bürgi (Theorie und Praxis des Eigentumsvorbehalts)

S. 9-24 und 150-155

A. Kreditsicherung durch Zession

Übersicht

I. Allgemeines. Fragestellung. Bedeutung der Zession als Sicherungsinstrument

II. Grundzüge des Abtretungsrechts

1. Gegenstand der Abtretung
2. Abgrenzung gegen verwandte Institute
3. Bewirkung des Forderungsüberganges
 - a) Zession als Vertrag; Gegensatz Verpflichtung-Verfügung
 - b) Formvorschrift: Schriftform (ZGB 165)
 - c) Voraussetzung der Verfügungsmacht des Zedenten
4. Umfang der Zessionswirkungen
5. Die Stellung des Schuldners
6. Praktische Bedeutung der Gewährleistung des Zedenten?
7. Ausblick auf nicht behandelte Fragen

III. Erscheinungsformen der Kreditsicherung durch Zession in der Praxis

IV. Die Problematik der Zession künftiger Forderungen

V. Die Problematik der sog. Globalzession

I. Allgemeines. Fragestellung. Bedeutung der Zession als Sicherungsinstrument

In Ihrem Kreise brauche ich weder das Institut der Forderungsabtretung im allgemeinen vorzustellen noch zu sagen, dass es zur Sicherstellung von Forderungen eingesetzt werden kann. Meine Aufgabe dürfte dreierlei umfassen: Eine kurze Darstellung der Grundelemente des Zessionsrechts (im folgenden Ziff. II) und sodann, nach einer Skizzierung der wichtigsten Verhaltensmuster der Bankpraxis (Ziff. III), eine Diskussion von Fragen, die mir ungelöst scheinen, Hinweis auf Probleme, die zur Zeit schlummern, aber unerwartet sich aktualisieren könnten (Ziff. IV und V).

Die praktische Bedeutung der Zession als Instrument der Kreditsicherung lässt sich nicht leicht abschätzen. Die Bedeutung ist sicher grösser als früher; vor allem wird der Rückgang des Wechsels und der Wechseldiskontierung als Kreditinstrumente zusätzliche Bedürfnisse geschaffen haben. Vielleicht ist { 9/10 } aber auch der Höhepunkt bereits überschritten und eine

Ablösung durch andere Sicherungsformen im Gange. Darüber zu urteilen steht dem Juristen nicht an, der auch die betriebswirtschaftlichen Vor- und Nachteile des Zessionskredit-Geschäfts nicht zu debattieren hat. Hier immerhin doch eine Bemerkung:

Wenn der Kreditsuchende nicht blankokreditwürdig ist, aber auch keine Realsicherheiten zu bieten vermag, stellt die Sicherungsabtretung – neben Bürgschaften von institutionellen Bürgschaftsinstituten – gewissermassen einen letzten Ausweg dar, um eine Kreditgewährung zu ermöglichen. Auch wenn dieses Instrument, da vergleichsweise zeitaufwendig, von den Kreditgebern vielleicht nicht besonders geschätzt wird, bildet es doch oft die einzige Möglichkeit, einem jungen Unternehmer den Start zu ermöglichen. Dem hier zu diskutierenden Mechanismus darf damit eine bescheidene gesellschaftspolitische Funktion in einer von Privatinitiative getragenen Wirtschaftsordnung zuerkannt werden.

II. Grundzüge des Abtretungsrechts¹

1. Gegenstand der Abtretung

Zession überträgt ein einzelnes Recht, ist sog. Einzelnachfolge in das abzutretende Recht, nicht Universalsukzession wie der Vermögensübergang kraft Erbgangs oder infolge Vermögens- bzw. Geschäftsübernahme (OR 181). Die Möglichkeit der Zession entwickelt sich spät, setzt ein hochentwickeltes, in abstrakten Begriffen sich ausdrückendes Rechtsdenken voraus. Vor allem wird die begriffliche Unterscheidung Schuldverhältnis einerseits, Recht-Pflicht-Beziehung andererseits vorausgesetzt. Der Abtretung zugänglich ist nur das letztere, die isolierte Recht-Pflicht-Beziehung, nicht aber das diese begründende Vertragsverhältnis: Wenn der Verkäufer seine Kaufpreisforderung seiner Bank abtritt, wird nur die Rechtsbeziehung Gläubiger-Schuldner hinsichtlich der Gläubigerstellung übertragen; die Bank wird zwar zur Forderung des Kaufpreises berechtigt, ohne aber im übrigen in die Rechtsstellung des Verkäufers einzutreten; der abtretende Verkäufer bleibt selbstverständlich nach wie vor Vertragspartner, der gegenüber den Ansprüchen aus kaufrechtlicher Gewährleistung haftet.

Während im öffentlichen Recht die Abtretungsverbote zahlreich sind (Unabtretbarkeit von Ansprüchen aus AHV usw.), gilt im Privatrecht der Grundsatz der Abtretbarkeit, der nur durch ausdrückliche Ausnahmen durchbrochen { 10/11 } werden kann: Von *Gesetzes wegen* sind *nicht abtretbar künftige Lohnforderungen* im Umfang ihrer betreibungsrechtlichen Unpfändbarkeit.²

Die Parteien können jedoch Zedibilität auch *vertraglich* ausschliessen; sollte trotzdem eine Abtretung erfolgen, würde diese wirkungslos (nichtig) sein und nicht bloss eine – vielleicht Schadenersatzpflicht des Zedenten auslösende – Vertragsverletzung darstellen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird in OR 164/II statuiert: Der Zessionar, der auf Grund einer Schuldurkunde eine Forderung erworben hat, wird in seinem Erwerb geschützt und muss sich die vertragliche Wegbedingung der Abtretbarkeit nicht entgegenhalten lassen, wenn nicht die Schuldurkunde selber einen Hinweis auf das Abtretungsverbot enthält.

¹ OR 325, SchKG 93; vgl. weiterhin OR 519/I und 529/I.

² Für Einzelheiten muss auf die als Unterlage an die Tagungsteilnehmer abgegebene Darstellung in BUCHER § 31 p. 481-527 des "Schweizerischen Obligationenrechts – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht" (Zürich 1979) verwiesen werden (im folgenden zitiert "OR AT").

Ergänzend ist festzuhalten, dass der Gegenstand der Abtretung nicht bloss in einer Geldforderung, sondern einer *beliebigen Forderung* (d. h. also auch auf Sach- oder Dienstleistung gerichteten Forderung) bestehen kann. Praktische Bedeutung dürften höchstens Abtretungen von *Sachleistungsforderungen aus Kaufverträgen* besitzen, die aber kein typisches Instrument der Kreditsicherung darstellen³.

Die Abtretung braucht nicht die ganze Forderung zu erfassen, sondern kann sich auf einen *Teilbetrag* beschränken. Der Zessionar wird zum voll berechtigten Gläubiger, was insbesondere auch bedeutet, dass er die zessionsweise erworbene Forderung weiter zedieren kann (sog. *Kettenzession*).

2. Abgrenzung gegen verwandte Institute

Die zessionsweise Übertragung von Forderungsrechten darf nicht verwechselt werden mit der Forderungsübertragung nach *wertpapierrechtlichen* Grundsätzen. Bei Inhaberpapieren ist der Gläubiger nicht persönlich, sondern durch sachenrechtliche Beziehung zu einem Papier bestimmt; die Rechtsübertragung folgt sachenrechtlichen Prinzipien. Bei Orderpapieren tritt neben die Übertragung des Papiers das Indossament. In beiden Fällen der wertpapiermässigen Rechtsübertragung besteht der Unterschied gegenüber der dem Grundsatz nach auch hier möglichen Zession im *Einredeausschluss*: Der Erwerber muss sich, anders als der Zessionar, die gegenüber dem früher Berechtigten bestehenden Einreden nicht entgegenhalten lassen.

Der Gesetzgeber des ZGB hat in Art. 899-906 die *Verpfändung* von Forderungen ausdrücklich zugelassen, wobei in der praktischen Handhabung diese { **11/12** } Form im Falle der Verpfändung von gewöhnlichen Forderungsrechten (d. h. nicht von Beteiligungsrechten u. dgl.) der Zession zum Verwechseln ähnlich sehen kann, so dass wohl auch in bestimmten Fällen, selbst wenn die Parteien von Verpfändung sprechen, diese rechtlich als Zession qualifiziert werden dürfte. Der Unterschied besteht darin, dass der *Pfandnehmer*, anders als der Zessionar, *nicht zum Rechtsträger* wird und zur direkten Verwertung nur auf Grund zusätzlicher vertraglicher Absprache berechtigt ist, während im Falle des Dahinfallens der zu sichernden Forderung automatischer Dahinfall des Pfandrechts eintritt, während im entsprechenden Fall bei der Zession eine Retrozession notwendig ist (falls nicht automatischer Rückfall vereinbart wurde). Alles in allem erscheint die Forderungsverpfändung für den Kreditgeber als weniger interessant als die Abtretung; in der Schweiz scheint diese Sicherungsform wenig Verbreitung gefunden zu haben⁴.

³ Eine Sonderfrage stellt die Abtretung von *Ansprüchen aus Eigentumsvorbehalt* dar, worauf an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann.

⁴ Der Vollständigkeit halber seien die von Gesetzes wegen eintretenden Zessionswirkungen im Rahmen sog. *Legalzessionen* erwähnt. Als Anwendungsbeispiel der "Subrogation" in die Rechtsstellung eines anderen sei hier, neben den Fällen von OR 149 und 110 Ziff. 1 und 2, vor allem der Übergang der Forderung des Bürgschaftsgläubigers auf den zahlenden Bürgen nach OR 507/I genannt.

3. Bewirkung des Forderungsüberganges

a) Zession als Vertrag – Gegensatz zwischen Verpflichtung und Verfügung

Bei den vertraglich bewirkten Rechtsübertragungen ist grundsätzlich der rechtliche Vorgang in zwei Akte zu zerlegen und zwischen *Verpflichtungs-* und *Verfügungsgeschäft* zu unterscheiden. Zu erinnern ist an den Kaufvertrag, bei dem vom Verpflichtungsgeschäft (sc. dem Kauf) das Verfügungsgeschäft zu unterscheiden ist, das erst das Eigentum am Kaufgegenstand bzw. Kaufpreis übergehen lässt. Auch bei der Zession ist diese Unterscheidung, die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorausgesetzt wird, notwendig: Die Verpflichtung, eine Forderung zu übertragen unter Einschluss der Vereinbarung des wirtschaftlichen Hintergrundes (Verkauf der Forderung, Abtretung zahlungs- oder sicherungshalber), ist *eine* Sache, welche als solche die Forderung noch nicht überträgt; eine *andere* Sache ist das Verfügungsgeschäft, welches dann die Forderungsübertragung tatsächlich bewirkt. Der grundlegende Unterschied der Zession gegenüber anderen Verträgen besteht darin, dass bei ihr das Schwergewicht auf dem Verfügungsgeschäft, dem Rechtsübergang liegt, während das Verpflichtungsgeschäft oft im Hintergrund steht, wenn es nicht gar von den Parteien gänzlich übersehen wird. Wenn wir von "Kauf" sprechen, denken wir an die Verpflichtung; sagen wir "Zession", meinen wir dagegen die Verfügung. So selbstverständlich dem Juristen die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung sein sollte, so sind doch, wie wir noch { 12/13 } sehen werden, in Theorie und Praxis fragwürdige Entwicklungen aufgetreten, die ihren Grund im Verkennen eben dieser Unterscheidung haben⁵.

b) Formvorschrift: Schriftform (OR 165)

Der schweizerische Gesetzgeber (anders das deutsche BGB, § 398) statuiert für das Verfügungsgeschäft *Schriftform*, während die *Verpflichtung auch formfrei* gültig ist. Damit soll wohl insbesondere im Hinblick auf den Konkurs von Zedent oder Zessionar die Zuständigkeit zur Forderung klargestellt, ein höheres Mass von Rechtssicherheit erreicht werden. Zum notwendigen Urkundeninhalt gehört die Bezeichnung des Abtretungsgegenstandes, was neben der Bezeichnung des Schuldners wohl auch Spezifikation der Forderung einschliesst. Nach allgemeiner Auffassung genügt die Unterschrift des Zedenten, während jene des Zessionars entbehrt werden kann (analoge Anwendung von OR 13/I). Hingegen wird die Zession erst mit Übergabe oder wenigstens *Versendung* der Urkunde wirksam, da vorher der Geschäftswille des Zedenten trotz erfolgter Unterschrift nicht erwiesen ist.

⁵ Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft führt zwangsläufig zur Frage der "Kausalität" oder "Abstraktheit" der Verfügung, d. h. zur Frage, ob die Verfügung (im Falle der Zession: die Forderungsübertragung) auch dann vorerst wirksam bleibt, wenn das Verpflichtungsgeschäft aus irgendeinem Grund ungültig sein sollte. In BGE 84 II 363/4 wird die bisher vorherrschende "abstrakte" Auffassung von der Geltung der Forderungsübertragung unabhängig vom Grundgeschäft in Frage gestellt. An anderer Stelle wurde gezeigt, dass auf die "Abstraktheit" i. S. der RechtsgrundUnabhängigkeit der Zession nicht verzichtet werden kann, ohne die Rechtssicherheit der Forderungsübertragung in Frage zu stellen. Vgl. BUCHER, OR AT p. 501-506.

c) Voraussetzung der Verfügungsmacht des Zedenten

Gültigkeitsvoraussetzung der Zession ist weiterhin die *Verfügungsmacht* und *Dispositionsfähigkeit* des Zedenten. Die erstere fehlt vor allem im Falle der Mehrfachzession: Die Gültigkeit bestimmt sich nach der zeitlichen Priorität des Verfügungsgeschäfts; die erste Zession ist gültig, alle nachfolgenden nicht mehr, da die Verfügungsmacht dem Zessionar durch die erste Zession konsumiert wurde. Allerdings kann die Verfügung wohl konvaleszieren, wenn der Zedent nachträglich die Verfügungsmacht wieder erlangt, z. B. die Erstzession rückgängig gemacht wird. *Dispositionsfähigkeit* fehlt dem Zedenten vor allem, wenn über diesen der Konkurs eröffnet worden ist.

4. Umfang der Zessionswirkungen

Den Umfang der Zessionswirkungen können die Parteien der Zession bestimmen. OR 170 stellt die Vermutung auf, dass aufgelaufene Zinse mit der abgetretenen { 13/14 } Forderung mitzedeiert sind und statuiert im übrigen, dass Vorzugs- und Nebenrechte mit der Forderung übergehen sollen. Dies sind z. B. pfandrehtliche oder bürgschaftsrechtliche Sicherungen; hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts würde ich mit v. TUHR⁶ annehmen, dass dieser nicht ein zur zedeierten Kaufpreisforderung gehörendes Nebenrecht ist; wenn ich richtig sehe, wird in der Praxis denn auch der Eigentumsvorbehalt in diesem Sinn zum Gegenstand einer eigenen Abtretung gemacht.

Nicht ein Nebenrecht, sondern wesensmässiger Bestandteil der Forderung ist deren *Klagbarkeit*. Im Falle einer *Gerichtsstandsvereinbarung* oder *Schiedsabrede*, welche die Geltendmachung der Forderung betrifft, muss angenommen werden, dass auch der Zessionar sich an diese halten kann und muss. Dies allerdings nicht aus doktrinellen Überlegungen zum Wesen derartiger Absprachen, sondern auf Grund allein der Tatsache, dass sonst infolge der Zession die Klagbarkeit der abgetretenen Forderung verloren gehen würde: Der vor einem unzuständigen Gericht belangte Schuldner könnte die Einrede örtlicher Unzuständigkeit bzw. der Schiedsabrede erheben. Als praktische Folgerung ergibt sich, dass die Schweizer Bank, die sich von einem Ausländer eine Forderung gegen einen hiesigen Schuldner abtreten lässt, keineswegs automatisch Gewissheit besitzt, im Prozessfall ihren Anspruch vor einem schweizerischen Gericht geltend machen zu können.

5. Insbesondere die Stellung des Schuldners

Der Schuldner der abgetretenen Forderung, der in unschöner, wenn auch traditioneller Verkürzung "*abgetretener Schuldner*", "*debitor cessus*", heisst, ist am Vorgang der Abtretung rechtsgeschäftlich nicht beteiligt. Er muss nicht nur nicht zustimmen, auch seine Orientierung ist nach OR nicht Voraussetzung der Gültigkeit der Abtretung. Die sog. Notifikation an den Schuldner dürfte zwar nicht bei "Unikats-Zessionen", wohl aber in der Routinepraxis der Kreditinstitute die unerwünschte Ausnahme sein, während die sog. *stumme Zession* die Regel bildet. Es liegt auch nicht ferne, dass einem Kreditnehmer einmal die formelle Zusicherung abgegeben wird, Notifikationen würden unterbleiben. Ich kann daher v. TUHR und deutschen

⁶ Schweiz. OR Bd. II § 95 bei Anm. 18.

Autoren nicht zustimmen, die für den Fall dieser Vereinbarung eine Ungültigkeit der Zession infolge fehlender Ernsthaftigkeit (Simulation) annehmen⁷.

Diese Auffassung scheint zu übersehen, dass bei der Bezeichnung des Zessionars als Zahlstelle ein praktischer Anlass zur Notifikation vorerst nicht besteht. Sodann darf angenommen werden, dass jede vom Zessionar abgegebene { 14/15 } Zusicherung des Absehens von Benachrichtigung des Schuldners unter dem stillschweigenden Vorbehalt steht, dass dies nur solange gilt, als der Schuldner sich vertragskonform verhält und die zu sichernde Forderung nicht notleidend wird.

Dass im übrigen die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtert werden darf, daher die Forderung durch Abtretung auch nicht besser wird, sondern ihre Mängel behält, versteht sich von selbst, ebenso, dass der Schuldner, falls Notifikation unterblieb, befreiend an den bisherigen Gläubiger leisten kann, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger (Zedent) vertraglich zugesichert hat, keine Direktzahlungen vom Schuldner entgegenzunehmen.

Erfolgt Notifikation, so schneidet dies dem Schuldner vorerst zwar die Möglichkeit ab, befreiend an seinen bisherigen Gläubigern zu leisten, zwingt ihn aber noch nicht zur Zahlung an den Zessionar. Dies setzt vielmehr die Leistung eines Nachweises der Zession voraus, ja, der Zessionar sollte dem Schuldner dokumentarischen Nachweis seiner Gläubigerstellung verschaffen, damit dieser nicht, wenn der Zedent ihn selber belangen sollte, das Risiko nochmaliger Zahlung trägt.

Während das Gesagte unerachtet des Umstandes gilt, ob die Notifikation vom Gläubiger oder Schuldner ausgehe, ist die vom *Zedenten ausgehende Notifikation* ein *Legitimationsgrund eigener Art*, der von der Gültigkeit der Abtretung unabhängig ist, was in der Praxis wohl gelegentlich übersehen wird. Behauptet der alte Gläubiger gegenüber dem Schuldner, er habe abgetreten, dann ist der Schuldner berechtigt, an den angeblichen Zessionar zu leisten (d. h. er wird durch Zahlung an diesen jedenfalls befreit), ganz unerachtet der Gültigkeit der Zession und sogar dann, wenn der Schuldner von der Ungültigkeit der Abtretung Kenntnis haben sollte: Die Behauptung der Abtretung kommt einer Erklärung gleich, man sei bereit, Zahlung an den Zessionar als befreiend anzuerkennen. Die Wirkung ist gleich, wie wenn in einer Faktura eine Bank als Zahlstelle angegeben wird. Rechtliche Begründungen verschiedenster Art sind denkbar (Inkassovollmacht mit direkter Mitteilung an Schuldner, "solutionis causa adiectus" des Gemeinen Rechts, oder Anweisung im Sinn von OR 466), wobei das Resultat unbestreitbar erscheint, wenn auch wohl in der Praxis gelegentlich zu unrecht die Frage, ob der an den Zessionar zahlende Schuldner befreit wird, unter dem Gesichtspunkt der Gültigkeit der Zession statt jener der vom Pseudozedenten ausgehenden Notifikation gesehen wird. { 15/16 }

6. Praktische Bedeutung der Gewährleistung des Zedenten?

Der Zedent haftet bei der entgeltlichen Zession dem Zessionar für den Bestand der abgetretenen Forderung bereits nach Gesetz (OR 171/I), welche Gewährleistung vertraglich auf die Bonität des debitor cessus ausgedehnt werden kann. Banken haben die Tendenz, in ihren

⁷ v. TUHR, OR II § 93/III Anm. 60 mit Hinweis auf RGZ 92 p. 106; dazu auch BUCHER, OR AT p. 496 f. und Anm. 49 und 50.

Abtretungs-Vereinbarungen hier eine Haftung des Zedenten festzuhalten. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, nur muss man sich vor Selbsttäuschung hüten: Handelt es sich um eine Sicherungszession, die per definitionem eine bereits bestehende Schuld sichern soll, gewinnt die Bank damit gar nichts: Der Bankkunde schuldet bereits aus Darlehensgewährung, und dieser Schuld kann eine zusätzliche Haftung aus der Zessionsverpflichtung nichts hinzufügen (bis heute hat, soviel mir bekannt, noch niemand den raffinierten und nicht einmal leicht zu widerlegenden Standpunkt eingenommen, diesfalls könnte die Bank im Konkurs des Schuldners für den – wirtschaftlich gesehen – gleichen Betrag des gewährten Darlehens eine doppelte Forderungseingabe machen, nämlich neben der Darlehensforderung zusätzlich eine Forderung wegen mangelnder Sicherheitsleistung aus der Zessionsverpflichtung).

7. Ausblick auf nicht behandelte Fragen

Im folgenden kann nun nicht versucht werden, alle sich stellenden Probleme anzuschneiden. Ein offener Fragenkomplex knüpft an die Treuhänderstellung der Zessionarsbank an. Ich vermeide es bewusst, die Sicherungszession als *fiduziarisch* / *treuhänderisch* zu bezeichnen, denn sie ist es im eigentlichen Wortsinn nur insoweit, als die erfolgten Zessionen den Bestand der zu sichernden Darlehensforderung übersteigt. Soweit eine Darlehensschuld besteht, erfolgt die Zession erfüllungshalber, und es kann von Treuhanderschaft eigentlich nicht die Rede sein. Auf das Problem der überschüssenden Zessionen mit ihrem in der Tat fiduziarischen Charakter gehe ich nicht allein deshalb nicht ein, weil es in der Schweiz wie andernorts auf dem Kontinent an einer konsistenten Konzeption der Behandlung treuhänderischer Sachverhalte fehlt, sondern vor allem auch, weil sich diese Fragen doch lediglich im Falle des Konkurses des Treugebers aktualisieren; in Ihrem Kreise dürften Probleme, die sich aus der Insolvenz des Kreditgebers ergeben, weniger Interesse finden.

Abschliessend ist die Frage zu stellen, ob vom *juristischen* Standpunkt aus die Kreditsicherung durch Zession *hinreichende Sicherheit* verschafft. Diese Frage kann natürlich nur unter Vorbehalten beantwortet werden: Bejahung { 16/17 } ist erlaubt, wenn Sicherheitsvorkehrungen beachtet werden. Der Schuldner muss von seiner Person her ein gewisses Mass von Kredit verdienen, da täuschende Machenschaften nie ganz verhindert werden können. In diesem Sinn hat man den Zessionskredit als "verstärkten Blankokredit" bezeichnet. Gesamthaft gesehen kann aber ein recht hoher Sicherheitsgrad erlangt werden; absolute Sicherheit ist dem kaufmännischen Kreditwesen (das ja von credere, glauben, seinen Namen hat) nicht wesensgemäss.

III. Erscheinungsformen der Kreditsicherung durch Zession in der Praxis

Der Versuch, einen Überblick über die Phänomenologie der Kreditsicherung durch Zession und die Praxis der Zessionskreditierung zu geben, begegnet der Schwierigkeit, dass ein geschlossenes Erscheinungsbild überhaupt nicht besteht. Zum vornherein können hier die "Unikate" mit Einmaligkeitscharakter nicht betrachtet werden, weil sich nichts Allgemeines sagen lässt, vielmehr jeder Fall seine eigenen Probleme aufweist. Aber auch, wenn wir den

Bereich bankmässiger Routine ins Auge fassen, ist das Bild wohl nicht ganz einheitlich; jede Bank wird so etwas wie eine "Tradition des Hauses" haben, sowohl was die Struktur der Kreditgewährung und -sicherung betrifft als auch den "juristischen Stil" deren Handhabung. – Im folgenden sollen auch hier nur jene Fälle betrachtet werden, bei denen nicht ein einmaliger, sondern ein dauernder Kredit (der regelmässig im Rahmen eines Kontokorrent-Verhältnisses gewährt wird) gesichert werden soll, und dies mit laufender Zession der neu entstehenden Forderungen (sog. revolvingender Zessionskredit). Hier bestehen auch wesentlich mehr offene Fragen und juristische Fallgruben als bei der vergleichsweise problemlosen Bevorschussung einer einzelnen grösseren Forderung des Bankkunden bzw. die Sicherung einer einmaligen Darlehensgewährung an den Kunden durch einmalige Abtretung einer oder mehrerer seiner Ausstände.

In der Praxis wird meist unterschieden zwischen *Einzelzession* und *Globalzession* je nachdem, ob die ins Auge gefassten Abtretungen einzeln (z. B. im Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftsbeziehung, Krediteröffnung) ausgehandelt und durchgeführt werden oder ob eine generelle Absprache getroffen wird. Auf diesen Gegensatz, der mehr ein scheinbarer als juristisch wirksamer Gegensatz ist, wird noch zurückzukommen sein. Wenn wir den rein äusserlichen Ablauf betrachten, lässt sich vielleicht folgender Bogen auf- und absteigender Vertrauensbeziehung in ihrer praktischen Auswirkung zeichnen:

Zu Beginn der Geschäftsbeziehung wird vielleicht nicht nur Abtretung jeder Buchforderung einzeln gefordert; möglicherweise kann darüber hinaus auch die Versendung der Fakturen durch die Bank (neutral, d. h. auf Papier { 17/18 } und in Briefumschlägen des Bankkunden und damit für den Adressaten nicht erkennbar) erfolgen. Im Lauf der Zeit kann mit steigendem Vertrauen von derartigen Massnahmen abgesehen werden, und man gelangt zur Vereinbarung einer *Globalzession*, welche sämtliche Kundenguthaben des Kreditnehmers umfassen soll, der die Bank in seinen ausgesandten Fakturen als Zahlstelle bezeichnet und der Bank Kopien oder auch bloss monatliche Auszüge der ausgesandten Rechnungen zustellt. Beginnt sich umgekehrt *Gefahr* abzuzeichnen, wird die Bank als erste Massnahme (abgesehen vielleicht vom Bestehen auf Einzelzession) die Methode der bisherigen "stillen Zession" aufgeben und zur *Notifikation an die Schuldner* übergehen, womit nicht bloss Direktzahlungen an den Bankkunden verhindert, sondern insbesondere auch der Gefahr der Behauptung fiktiver Guthaben vorgebeugt werden soll. Dies ist ein Schritt, der dem Kredit des Kunden abträglich ist, woran nicht bloss der zedierende Kreditnehmer, sondern auch die Bank keine Freude haben kann. Ein weiterer Schritt wäre es, von den abgetretenen Schuldnern Bestätigung des Bestandes der Forderung zu verlangen. Abgesehen von der hier noch erhöhten Kreditschädlichkeit muss auch gesehen werden, dass die Schuldner zur Abgabe einer derartigen Erklärung nicht verpflichtet sind und durch entsprechende Aufforderung vielleicht zur Erhebung von Einwendungen geradezu ermuntert werden. Nicht zu gefallen, vermag die Formel, der ich in einem Formularbuch begegnet bin: "Sofern Sie uns innert 10 Tagen nichts Gegenteiliges berichten, gelten sowohl die Forderung als auch die Abtretung als von Ihnen anerkannt." Damit nimmt die fragliche Bank einen rechtlich nicht haltbaren Standpunkt ein, denn der Schuldner, der die durch die Zession geschaffene Unsicherheit nicht veranlasst hat, kann nicht zu einer Erklärung gezwungen bzw. im Falle von Stillschweigen mit irgendwelchen Rechtsnachteilen belastet werden.

Einen Mittelweg würde es darstellen, vom abgetretenen Schuldner lediglich eine Rückbestätigung des Erhalts der Notifikation zu verlangen, wobei ich allerdings die Auffassung

nicht teilen kann, dass diese Rückbestätigung, wenn nicht mit einem ausdrücklichen Vorbehalt verbunden, einen Verzicht auf Einwendungen gegen die Forderung impliziere⁸.

Immerhin noch ein Wort zu einer Finanzierungsmodalität, die, soviel ich sehe, wesentlich auf bestimmte Branchen wie den Autohandel beschränkt ist und vorweg von spezialisierten Instituten gepflegt wird, der zufolge nicht der Unternehmer (Lieferant), sondern dessen Kunde formell zum Kreditnehmer wird. Es wird z. B. ein Lastwagen verkauft, wobei die Forderung auf die Kaufpreisrestanz samt Ansprüchen aus Eigentumsvorbehalt an das Finanzierungsinstitut abgetreten werden, dieses jedoch nicht dem Lieferanten, sondern dem Lastwagenkäufer ein Darlehen gewährt, das seinerseits zur Bezahlung { 18/19 } der Kaufpreisschuld Verwendung findet. Der Lieferant hat sich wahrscheinlich verpflichtet, im Falle notwendiger Rücknahme des Lastwagens diesen zu bestimmten Konditionen zu übernehmen; weiterhin wird vielleicht eine Garantieabsprache betreffend Kaufpreis- und Darlehensforderung getroffen. Die Gewährleistung des Lastwagenlieferanten für die Einbringlichkeit der Kaufpreisforderung ist unproblematisch; OR 171 sieht eine gesetzliche Gewährleistung vor, die vertraglich erweitert werden kann. Indessen ist diese Gewährleistung uninteressant, da bei der vorgesehenen Abwicklung die abgetretene Kaufpreisforderung durch den seinerseits mit einem Darlehen bevorschussten Käufer getilgt wird. Damit hat die zessionsrechtliche Sicherung transitorische Bedeutung; es bleibt das Problem der Sicherung der Darlehensforderung des Kreditinstituts gegen den Käufer. Zessionsrechtliche Aspekte spielen keine Rolle, jedoch muss hier wohl angemerkt werden, dass die Sicherung des Darlehens an den Käufer, besondere Umstände vorbehalten, wohl als *Bürgschaft* zu qualifizieren ist und den bürgschaftsrechtlichen Formvorschriften unterliegt (Angabe Haftungshöchstbetrag in der Urkunde usw.).

IV. Die Problematik der Zession künftiger Forderungen

Früher war die Zulässigkeit der Abtretung künftiger, d. h. im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht bestehender Forderungen im Grundsätzlichen bestritten, heute ist sie es noch hinsichtlich der Voraussetzungen des Eintritts der Zessionswirkungen. Die Diskussion und die Schwierigkeiten der Praxis leben m. E. von der fehlenden Konsequenz im *Auseinanderhalten von Verpflichtung und Verfügung*. Dass die *Verpflichtung* zur Abtretung einer erst für die Zukunft erwarteten Forderung rechtlich möglich und nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unproblematisch ist, hätte eigentlich von jeher gesehen werden können (der Kaufvertrag über ein Flugzeug wird nicht deshalb in Frage gestellt, weil die Lieferung erst in einigen Jahren erfolgen soll und der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar bereits Prototypen, nicht aber die zu liefernde Maschine besitzt). Anders allerdings sieht es bei der *Verfügung*, also der Zession im eigentlichen Sinn, aus: Hier liegt die Vorstellung nahe, dass die Verfügung sich auf einen realen Verfügungsgegenstand beziehen müsse, eine Abtretung nicht existenter Forderungen demnach nicht möglich wäre. Wenn wir uns an das Flugzeug-Beispiel erinnern: Dort ist in der Tat eine Übertragung des Eigentums an der Maschine nicht möglich, bevor das Eigentumsobjekt und damit das Eigentum überhaupt entstanden ist.

Indessen hat in der Schweiz, unter dem Einfluss deutscher Auffassungen, sich längst der Standpunkt der Abtretbarkeit noch nicht entstandener Forderungen wenigstens dem Grundsatz

⁸ Vgl. dazu Hinweise bei BUCHER, OR AT p. 513 und Anm. 114.

nach durchgesetzt, so dass er heute als gesichert gelten kann. Massgebend für diese Entwicklung dürften gleichermassen { 19/20 } praktische Bedürfnisse wie der Umstand gewesen sein, dass Forderungen, als etwas Unkörperliches, anders als sachenrechtliche Verfügungen nicht an die "Existenz" des Verfügungsobjekts gebunden werden dürfen⁹.

Insgesamt wird man zur Vorsicht mahnen müssen. Zurückhaltung ist den Gerichten geboten in der Anerkennung von Vorauszessionen, die sich auf eine im Zeitpunkt der Verfügung (nicht erst der Geltendmachung) hinreichend bestimmte Forderung zu beziehen hat; Vorsicht empfiehlt sich den Banken, sich nicht in trügerischer Sicherheit zu wiegen, wenn Globalzessionen nach dem Schema "Hiermit trete ich alle künftigen Kundenguthaben ab" hereingenommen wurden, die höchstens als Zessionsverpflichtungen Bedeutung haben, jedoch nicht als einen Forderungsübergang auslösend betrachtet werden dürfen und damit keinerlei aktuelle Sicherheit verschaffen.

Mit der grundsätzlichen Bejahung der Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen sind allerdings praktische Fragen aufgeworfen. Zu deren Beantwortung hat die Doktrin zwei Modelle entwickelt: Die sog. *Durchgangstheorie* nimmt an, dass die abgetretene Forderung, wenn sie dereinst einmal zur Existenz gelangt, für eine "logische Sekunde" beim Zedenten entstehe, um dann erst auf den Zessionar überzugehen, während die entgegengesetzte Auffassung der sog. *Unmittelbarkeitstheorie* dahin geht, die Forderung würde bereits von Anfang an "unmittelbar" beim Zessionar entstehen. Ohne besondere Vorliebe für die "logische Sekunde" glaube ich, dass die Dinge überwiegend im Lichte der Durchgangstheorie gesehen werden müssen, jedenfalls die Zessionswirkungen wie auch deren Voraussetzungen auf den Zeitpunkt der Forderungsentstehung, nicht der Zession, zu beziehen sind:

– Nicht bestritten werden kann wohl, dass die Verfügungsmacht des Zessionars bzw. dessen Dispositionsfähigkeit im Zeitpunkt der Forderungsentstehung gegeben sein muss; ist dann bereits Konkurs eingetreten, ist die Zession unwirksam (so auch BGE 57 II 540 Nr. 84, unter Berufung auf v. TUHR II p. 734 Anm. 73).

– Auch ein nachträglich vereinbartes Abtretungsverbot müsste als die Zessionswirkungen hindernd betrachtet werden.

Abstriche vom Konzept der Durchgangstheorie werden gemacht, wenn man mit der wohl zutreffenden Praxis auch unter Abtretungen künftiger Forderungen die *Zeitpriorität* berücksichtigt oder das *Erfordernis der Handlungsfähigkeit* des Zedenten auf den Zeitpunkt der Abtretung der Forderung, nicht deren Entstehung bezieht. Auch hier erweist es sich, dass Sachfragen nicht nach vereinfachenden theoretischen Modellen, sondern in Abwägung der praktischen Gesichtspunkte entschieden werden sollen. { 20/21 }

V. Die Problematik der sog. Globalzession

In der Praxis der sog. rotierenden Zessionskredite lassen sich die Kreditgeber oft nicht bloss laufend einzelne Forderungen abtreten, sondern sie gehen zu einer Globallösung über,

⁹ Vgl. zum Ganzen ECCIUS in Gruchot, 1909 p. 1 ff., F. FITTING in ZSR Bd. 74 p. 1-18, L. FROMER in ZSR Bd. 57 p. 273 ff., M. STUDER in Bl. f. Schuldbetreibung und Konkurs, 1955 p. 129 ff., v. TUHR, in Bankarchiv Bd. 7/1907 p. 277 ff.; aus der Praxis BGE 57 II 528 mit den dort zitierten, 84 II 366 E. 3 sowie die Hinweise bei BUCHER, OR AT p. 491 f.

derzufolge der Kreditnehmer sich verpflichtet, "alle seine künftigen Kundenguthaben dem Kreditgeber sicherungshalber abzutreten". Auch hier handelt es sich regelmässig um die Abtretung *künftiger* Forderungen; zu diesem bereits behandelten Aspekt kommt der weitere hinzu, dass nicht nur einzelne, spezifizierte Forderungen, sondern ein *Forderungskomplex*, ja *alle* dem Kreditnehmer in Aussicht stehenden Forderungen erfasst werden sollen.

Zuerst hier die Feststellung, dass wir mit dieser weitverbreiteten Praxis den gesicherten Boden bundesgerichtlicher Präjudizien verlassen und ein Gebiet betreten, das in der Literatur eine sehr inkohärente Flora doktrинeller Pflanzen hat spriessen lassen. Die Unklarheit der Diskussion rührt auch hier u. a. von fehlender Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung her.

Das *Verpflichtungsgeschäft* (das vielleicht mit der Verfügung äusserlich zusammenfällt) als solches könnte vorerst unter allgemeinen vertragsrechtlichen Gesichtspunkten Bedenken erwecken:

Der Vertragsinhalt ist zwar in einem formellen Sinn meist sehr genau bestimmt ("sämtliche Forderungen"), indessen geht hier der Zedent eine Verpflichtung ein, deren praktische Bedeutung ihm nicht erkennbar ist. Zwar können spekulative Elemente in jeden Vertrag hineingelangen, die Frage geht nur dahin, ob hier dem Zedenten nicht eine allzu unbestimmte Umschreibung seiner Verpflichtung zugemutet wird. Allgemeine Vertragsprinzipien kommen auch mit ZGB 27, dem Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger vertraglicher Bindung, ins Spiel; man hat hier argumentiert, dass die Zession seines gesamten für die Zukunft zu erwartenden Forderungsvermögens persönlichkeitsverletzend sei.

Ich glaube indessen, wenn wir im Bereich echter Sicherungszessionen und auf dem Boden üblicher Bankpraxis bleiben, erledigen sich diese Einwände. Persönlichkeitsschutz ist nicht etwas Formales, sondern muss sich an den praktischen Auswirkungen für den Betroffenen orientieren. Und hier liegen nun die Dinge doch so, dass *Eingänge* aus den zedierten Forderungen zur Abdeckung des bereits empfangenen Darlehens dienen und damit die Dinge wirtschaftlich dem Gläubiger / Zedenten zugute kommen: entweder wird die Bankschuld amortisiert, oder aber die Kreditbeziehung geht weiter und das Geld ist für den Zedenten so gut verfügbar, wie wenn er direkt kassiert hätte. Dabei wird immer davon ausgegangen, dass der Kunde durch Rückzahlung des Kredits die Bankverbindung lösen, die Zessionsverpflichtung gegenstandslos machen könnte. { 21/22 }

Beim *Verfügungsgeschäft*, der Zession im eigentlichen Sinn, würde vorerst der Gesichtspunkt von ZGB 27 ebenfalls zu erwähnen sein. Hier müsste aber der grundsätzliche Sachverhalt berücksichtigt werden, dass eine Verfügung keine Pflichten begründet, die Übertragung von Vermögenswerten, auch für die Zukunft, daher keine Freiheitsbeschränkung darstellt. Wenn diese Betrachtung von ZGB 27 als zu formalistisch erscheint, können im übrigen ähnliche materiale Gesichtspunkte wie bei der Verpflichtung geltend gemacht werden.

Die *Problematik der Globalzession liegt auf anderer Ebene, nämlich jener fehlender Bestimmtheit des Verfügungsobjekts*. In den hier betrachteten Fällen kennt der Kreditnehmer seine potentiellen Kunden und Schuldner höchstens teilweise, ebensowenig sind die Umstände der Entstehung seiner Forderungen, deren Höhe usw. bestimmt. Auch wenn wir hier – im Gegensatz zur Rechtslage beim Kauf eines erst noch herzustellenden Flugzeuges – durchaus annehmen wollen, dass die reale Existenz der Forderung, deren aktuelle Entstehung nicht vorausgesetzt werden soll, weil die Forderung etwas Immaterialiales ist, so ist damit keineswegs gesagt, dass die Forderung als solche nicht wenigstens bestimmt sein muss. Auch künftige

Forderungen können nach ihrem Rechtsgrund genau bestimmt sein (Erträge aus bereits geschlossenen Mietverträgen), oder es kann wenigstens der wirtschaftliche Anlass der Forderungsentstehung bereits bestimmt sein (Forderung aus dem – noch nicht geschlossenen – Weiterverkauf einer bestimmten Maschinenanlage, Mieterträge eines zwar projektierten, aber noch nicht erstellten und vermieteten Gebäudes¹⁰).

Meine Aufgabe ist hier wohl eine doppelte: Einmal muss ich als *Wissenschaftler* betonen, dass Ansatzpunkt einer juristischen Beschränkung der Globalzessionen nicht Überlegungen aus ZGB 27 und OR 20 sein können, also Gesichtspunkte der Übermässigkeit und Sittenwidrigkeit vertraglicher Bindung, sondern – immer bezogen auf die geläufige Bankpraxis der Globalzessionen mit revolvingem Zessionsbestand – *Probleme mangelnder Bestimmtheit* des Zessionsobjekts. Als Praktiker, der zu *Praktikern* spricht, muss ich Sie darauf aufmerksam machen, dass die Ihnen geläufigen Übungen sich in einem rechtlich nicht gesicherten Rahmen insofern bewegen, als das Bundesgericht bisher zwar eindeutig die Abtretung erst künftig entstehender Forderungen zugelassen hat, diese Zulassung jedoch in die Formel kleidet, dass verlangt wird, "dass die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des debitor cessus, Rechtsgrund und Höhe hinreichend bestimmt wird oder { 22/23 } wenigstens bestimmbar ist"¹¹. Nun ist mir durchaus klar, dass auch diese Formel, so klar sie sich präsentiert, einen breiten Auslegungsspielraum zulässt. Indessen wäre eine Lesart in dem Sinn, dass ja in jedem Fall durch Globalzession die erfasste Forderung klar bezeichnet wird – wenn alles abgetreten, ist eben jede Forderung erfasst – und dass die Bestimmbarkeit wenn nicht im Moment der Abtretung, so doch im Zeitpunkt der Geltendmachung der Zession (oder im Zeitpunkt der Konkurseröffnung) klar gegeben ist. Dies ist nicht die Meinung des Bundesgerichts in den fraglichen Entscheidungen, und dies war nicht die Vorstellung des Gesetzgebers, der für die Zessionsverfügung Schriftlichkeit verlangt, damit aber offenkundig die Bestimmbarkeit des von Forderungsabtretungen erfassten Forderungsbestandes in der Zessionsurkunde selber beabsichtigt. Wenn ich daher z. B. vorschlage, dass die Abtretung der Mieterträge, die nur durch das Mietobjekt, jedoch nicht auch durch vorliegende Mietverträge präzisiert sind, noch als hinreichend bestimmt zu betrachten, bewege ich mich wohl bereits etwas ausserhalb der von den Absichten des Gesetzgebers wie auch der vom Bundesgericht gewiesenen Linie.

Wenn ich Ihnen sagen musste, dass eine weitverbreitete Praxis sich auf recht dünnem Eis bewegt, darf Sie das doch auch wieder nicht im Grundsätzlichen verunsichern. Dass die Risiken sich in Grenzen halten, wird schon dadurch erwiesen, dass sich diese verbreitete Praxis bisher ohne Verluste halten können. Wenn ich im folgenden nun Hinweise in Richtung einer besseren juristischen Abstützung anbringe, so nicht bloss darum, um jenen *einen* vor Verlust zu schützen, der der erste sein sollte, dessen Kreditsicherungsmodalitäten im Konkurs des Schuldners von den Gerichten nicht geschützt wird. Es geht wohl – für alle hier Anwesenden – viel eher darum, die Dinge in einem von juristischer Fragwürdigkeiten möglichst gereinigten Rahmen zu halten, um zu verhindern, dass nicht die Gerichtspraxis eines

¹⁰ Eine einlässliche Begründung des Satzes, dass eine Zession (Verfügung) nur gültig ist, insoweit sie sich auf eine hinreichend spezifizierte Forderung bezieht, kann hier nicht gegeben werden. Es sei hier (neben OR AT p. 491 f.) auf die grundlegende, auf die Entstehungsgeschichte zurückgehende Untersuchung von WOLFGANG WIEGAND über "Kreditsicherung und Rechtsdogmatik", in Berner Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1979 (Bern / Stuttgart 1979) – auch als Tagungsunterlage abgegeben – hingewiesen (bes. Ziff. III/IV p. 292-297).

¹¹ So BGE 57 II 539 (1931); seither wiederholt zitiert, so BGE 84 II 366 (1958).

Tages, als Reaktion auf Bräuche, die als Missbräuche verstanden werden, zu Lösungen und Prinzipien gelangt, die in der Tat zu einer echten Erschwerung führen könnten.

Der Ratschlag ist sehr einfach und ergibt sich gewissermassen automatisch aus dem Postulat möglichst genauer Bestimmtheit der zedierten Forderungen in der Zessionsurkunde selbst: Betrachten Sie die Vereinbarung, welche die Globalzession vorsieht, nicht als die Zession selber, sondern lediglich als die *Verpflichtung* hiezu, und lassen Sie sich mit Bezug auf die einzelnen Forderungen separierte formgerechte – d. h. unterzeichnete – Einzelzessionen geben. Das tönt kompliziert, wird in den meisten Fällen aber in der Praxis bloss wenig Zusatzaufwendungen verlangen. Am saubersten sind die Verhältnisse geordnet, wenn die Bank sich von jeder abgetretenen Forderung ein mit einem { 23/24 } Zessionsvermerk versehenes Rechnungsdoppel zustellen lässt. Aber der gleiche Dienst wird auch erreicht, wenn die ja meist ohnehin verlangten periodischen Debitorenborderaux vom Kreditnehmer unterzeichnet werden: Es gilt dann die Einreichung der Debitorenliste als Zession – mit dem eingestandenem Nachteil, dass die in der Zwischenzeit aufgelaufenen Forderungen nicht erfasst sind. Ich gebe also den genau umgekehrten Ratschlag als er anscheinend vor vielen Jahren von der Bankiervereinigung formuliert wurde und der dahin ging, dass man, wenn eine Globalzession vorliegt, nicht noch Einzelunterzeichnung verlangen solle, da dies die Globalzession als generelle Debitorenzession in Frage stellen könnte. Dieser Rat ist solange richtig, als die Globalzession als zweifelsfrei betrachtet wird, welche Auffassung, wie ich hier festzuhalten hatte, in der höchststrichterlichen Rechtsprechung keine Basis besitzt. Zusammenfassend muss der Ratschlag dahin gehen, die Praxis der Globalzession durch das, was in der BRD "*Mantelzession*" genannt wird, zu ersetzen: Generell zu fassen ist die Zessionsverpflichtung, während die eigentliche Forderungsübertragung durch Zessionsverfügungen, die hinsichtlich des Zessionsgegenstandes möglichst genau spezifiziert sind, bewirkt wird.

B. Diskussionsbeitrag zum Referat von Erich Bürgi (Theorie und Praxis des Eigentumsvorbehalts)

{ S. 150-155 }

Prof. BUCHER (zum Referat von Dr. E. BÜRGI): Die Unentbehrlichkeit der Einrichtung des Eigentumsvorbehalts als gegeben voraussetzend, möchte ich begründen, weshalb ich die Einrichtung des Eigentumsvorbehaltsregisters nach ZGB 715, eine gesetzgeberische Fehlleistung schon im Jahre 1907 und infolge der Entwicklung seither noch mehr sinnentleert, für unglücklich halte. Wenn schon ein Ausbau des Registers zu einem effizienten (und auch angrenzende Erscheinungen wie Leasing erfassenden) Register derzeit anscheinend politisch (noch) nicht realisierbar ist, würde dieses besser ganz aufgegeben durch ersatzlose Streichung von ZGB 715 und damit Rückkehr zum Zustand der Jahre 1883-1911 unter der Herrschaft des aOR und gleichzeitig zum heute in Deutschland geltenden System, wo allenfalls empfundene Nachteile der Eigentumsvorbehalts-Ordnung nicht auf den Verzicht auf das Institut eines

Publizitätsinstruments, sondern die gegenüber der Schweiz erweiterten Möglichkeiten des Eigentumsvorbehalts zurückzuführen sind. { 150/151 }

Eine bewährte Lebensweisheit besagt, dass alles, was man unternimmt, mit Entschiedenheit und vollem Einsatz geschehen soll und Halbherzigkeiten sich nicht lohnen. Daran hat sich der Gesetzgeber nicht gehalten. Wenn er schon glaubt, als Korrektiv zu einem durch den Besitz geschaffenen Schein von Hablichkeit und damit Kreditwürdigkeit ein Register einrichten zu sollen, müsste dieses Register ganz anders aussehen, als dies heute der Fall ist. Zuallererst dürfte es nicht eine nachträgliche beliebig lange Eintragung zulassen, sondern müsste Eintragung binnen kurzer Frist nach Besitzübertragung vorschreiben. Dass hier wenigstens die Praxis eine Grenze noch zulässiger Eintragung im Zeitpunkt der Konkursöffnung gesetzt hat, ist unerachtet der fehlenden ausdrücklichen Gesetzesgrundlage selbstverständlich richtig, weil sachlich zwingend notwendig, soll die Vorschrift von ZGB 715 wenigstens einen Rest praktischer Wirksamkeit behalten.¹

Man muss klar sehen, dass in den zahlenmässig wohl überwiegenden Fällen der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts eine Eintragung bis auf weiteres – d. h. solange als die geschuldeten Raten vertragskonform eingehen und sich nicht aus Unregelmässigkeiten bei der Tilgung der Kaufpreisrestans Verdachtsmomente ergeben – unterbleibt, wobei bei kleinen Beträgen das Bestreben des Vermeidens von Umtrieben, bei grösseren Beträgen Entgegenkommen gegenüber dem Kunden ausschlaggebend sein mögen. Der Verfälschung des im Eigentumsvorbehaltsregister gezeigten Bildes aus diesem Grund stellen sich in zunehmenden Mass andere Auswirkungen zur Seite. Die *Miete* von Produktionsmitteln dürfte angesichts zunehmender Komplizierung und Spezialisierung des Maschinen- und Geräteparks (so etwa im Baugewerbe) immer grössere Bedeutung erlangen, die Bedeutung des *Leasing* braucht hier gar nicht erst erwähnt zu werden.

Man bräuchte sich nicht lange bei ZGB 715 aufzuhalten, wenn das Eigentumsvorbehaltsregister einfach den ihm vom Gesetzgeber zgedachten Zweck nicht erreichen, im übrigen aber keinen Schaden stiften würde. Die *sozialen Kosten* dieser Einrichtung, denen kein Nutzen gegenübersteht, sind jedoch beträchtlich: Die Kosten der Registerführung einerseits, die den Vorbehalts-Verkäufern andererseits überbundenen Umtriebe dürften der schweizerischen Volkswirtschaft, wenn die landesweit aufgewendeten Arbeitsstunden zu einem realistischen Kostenansatz angeschlagen werden, eine jährliche Belastung von einigen – vielleicht gar nicht so wenigen – Millionen verursachen.

Schwerer scheint mir noch der nicht in Franken zu fassende Nachteil zu wiegen, dass das Register, wenn es überhaupt vor der Kreditgewährung konsultiert { 151/152 } wird, ein täuschendes Bild geben kann und vielleicht zu ebenso vielen unangebrachten Kreditgewährungen verleitet, weil Eintragungen nicht vorhanden sind, wie es durch den Ausweis von Eintragungen von Kreditgewährung abhält. Für den Juristen steht aber der Gesichtspunkt im Vordergrund, dass es in vielen Konkursen von Zufälligkeiten abhängen wird, welche der Gläubiger, die den Eigentumsvorbehalt ursprünglich überwiegend nicht eingetragen

¹ In diesem Zusammenhang bedaure ich, vor fünfzehn Jahren, in ganz anderem Kontext, d. h. einem Vortrag über "Begriffsjurisprudenz"; ZBJV 102 p. 294 – an die mir auch heute noch richtig scheinende Feststellung, dass aus der "Rechtsnatur" der Verkäuferbefugnis der Eintragung im Register nicht der Schluss auf deren Erlöschen im Konkursfall gezogen werden könne, nicht die andere, heute nachgeholte Feststellung angeschlossen zu haben, dass dasselbe Resultat jedoch aus anderen, materialen Überlegungen gefolgert werden muss.

hatten, noch rechtzeitig von drohender Insolvenz des Erwerbers Kenntnis erhielten und darum in den letzten Wochen oder Tagen vor Konkurseröffnung noch die Eintragung nachholten, während die weniger glücklichen unter ihnen zu spät kommen.

Die vorstehenden Bemerkungen sollen illustrieren, dass aus heutiger Optik eine Rechtfertigung der Einrichtung des Eigentumsvorbehalts-Registers nicht erkannt werden kann. Es sollen damit kritische Untersuchungen angeregt werden, die vorab zweierlei empirisch abzuklären hätten: Wird erstens das Register seinem Zweck dadurch gerecht, dass es in erheblichem Umfang *vor* Kreditgewährung eingesehen wird? und zweitens erfolgen die Eintragungen in einem überwiegenden Teil der Fälle – wie es der Registerzweck verlangt – binnen nützlicher Frist (d. h. wohl etwa in den ersten drei Monaten nach Besitzübertragung)? Nur wenn beide Fragen befriedigend beantwortet werden können, d. h. wenn erstens eine ernst zu nehmende Informationsfunktion vom Register ausgeht, da dieses konsultiert wird, und zweitens wenn die Auskunft einen einigermaßen vernünftigen Näherungswert gibt (in einer ganz groben Näherung: Wenn deutlich mehr als die Hälfte aller je erfolgenden Eintragungen kurz nach Besitzübertragung vorgenommen wird), kann der bestehende Zustand als gerechtfertigt betrachtet werden².

Zu den Nachteilen von ZGB 715 rechne ich auch, dass mit dieser Vorschrift, die nur ein Publizitätsinstrument schaffen, nicht aber die Grundzüge der Fahrnisübereignung antasten wollte, eine *enorme theoretische Verwirrung* verursacht wurde, die auch zu praktisch ganz unbefriedigenden Fehlfolgerungen verleitet. Wenn man die Dinge richtig sehen will, muss man sich das sachenrechtliche Grundprinzip in Erinnerung rufen, dass Eigentumsübertragung (gleich wie die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte, z. B. eines Fahrnispfandes) im wesentlichen an zwei Voraussetzungen geknüpft ist: faktische Sachübertragung einerseits, Willenseinigung der Parteien hinsichtlich { **152/153** } der Rechtswirkung des Eigentumsübergangs andererseits. Das letztere Element tritt oft genug nicht ins Bewusstsein, muss aber trotzdem juristisch ernst genommen werden: Nur wenn beide Parteien willens sind, insbesondere auch der Veräußerer / Verkäufer den Willen hat, durch faktischen Sachübergang auch Eigentum übergehen zu lassen, kann Eigentum übertragen werden: Weder wird der gekaufte Hund, der seinem neuen Herrn spontan zuläuft, Eigentum des Käufers, noch gar das Auto, das vom Käufer nach Abschluss des Kaufvertrages kurzerhand abgeholt wird; in beiden Fällen kann nur der Eigentumsübergangswille des Veräußerers Eigentum übergehen lassen³.

² Nicht einlässlich erörtert werden kann der Nachteil, der sich erst in Gestalt einer Gefahr am Horizont abzeichnet auf Grund des neuesten Entscheides vom 28.1.1981 (BGE 107 II 42), wonach unter besonderen Verhältnissen der Käufer einer Ware sich vergewissern muss, ob nicht eine Eintragung im Eigentumsvorbehaltsregister besteht, will er nicht als nicht-gutgläubig i. S. von ZGB 933 gelten. Auch wenn man das Ergebnis im zu beurteilenden Tatbestand freudigen Herzens annehmen will, ist doch die Gefahr einer allgemeinen Entwicklung in Richtung der Annahme einer gutgläubens-zerstörenden Wirkung des EV-Registereintrags zu sehen, was ganz weitreichende Folgen für die Sicherheit des Mobiliarverkehrs hätte. Die Gefahr ist um so ernster, als die Praxis auch in anderen Zusammenhängen zur Überdehnung der nach ZGB 3/II zu stellenden Anforderungen neigt.

³ Dieser Sachverhalt wird allerdings durch den sehr unzulänglichen, weit fragmentarischen Wortlaut von ZGB 714/I verdunkelt.

Diese Bestimmung, die eine keinerlei Innovationsabsicht enthaltende Umformulierung von aOR 199 darstellt, muss vor dem Hintergrund des mühseligen Streites um die Translativwirkung schuldrechtlicher Verträge nach dem Muster des französischen CC gesehen werden (der übrigens auch Anlass zu OR 185, der Gefahrtragung des Käufers, darstellte; vgl. BUCHER, Skriptum OR BT, p. 40 mit Hinweisen); der Satz "Soll infolge eines Vertrages Eigentum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich" (aOR 199)

An diesem Erfordernis des (unabhängig vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft, Kauf oder Schenkung, gebildeten) Eigentumsübertragungswillens muss festgehalten werden, soll nicht im praktischen Leben Eigenmacht und Willkür sanktioniert und im übrigen auf theoretischer Ebene die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft verwischt werden, nichts macht es dagegen aus, ob man die geforderte, auf Eigentumsübertragung gerichtete Willensübereinstimmung der Parteien als "dinglichen Vertrag" bezeichnen will oder nicht.

Wollen wir diesen unabdingbaren Grundsatz durchhalten, bringt uns ZGB 715, was das Verständnis der Rechtslage zwischen Tradition der verkauften Sache einerseits und andererseits der Eintragung des Eigentumsvorbehalts – der oft mit Verspätung oder überhaupt nicht erfolgt –, in grösste Verlegenheit: Der Erwerber ist nicht Eigentümer geworden, weil die Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nicht gegeben sind (es fehlt am nicht zu entbehrenden Willen der Eigentumsübertragung des Veräusserers), andererseits ist mangels Registereintrags auch der Eigentumsvorbehalt ungültig. Man versucht sich mit der Theorie des suspensiv (so durch Registereintrag) bedingten Eigentumsvorbehalts oder aber des (durch Registereintrag) resolutiv bedingten Eigentumserwerbs zu helfen⁴. Beide "Konstruktionen", d. h. Versuche, die durch ZGB 715 geschaffene Rechtslage in allgemeine Kategorien privatrechtlicher Denkformen zu fassen, kranken am selben Übel: Es wird der Eigentumsbegriff "absolut" aufgefasst in dem Sinn, dass zu einer Zeit entweder { 153/154 } nur der eine oder andere Partner Eigentümer sein könne⁵, während die singuläre Rechtslage, wie durch ZGB 715 geschaffen, nur mit der Vorstellung eines "relativen" Eigentums erfasst werden kann, derzufolge Eigentum i. S. der Zugriffsmöglichkeit auf die Sache nur relativ, d. h. bezüglich der jeweiligen klagenden Person, zu- oder aberkannt werden darf⁶.

Lässt man alles "konstruktive Denken" beiseite und verzichtet auf die Vorstellung, dass es zu jeder Zeit nur das einer einzigen Person zustehende ungeteilte Eigentum geben dürfe, so ist das durch ZGB 714 und 715 geschaffene Modell in seinen praktischen Auswirkungen sehr einfach zu beschreiben⁷:

1. Nach dem Allgemeingrundsatz der Eigentumsübertragung bleibt der unter Eigentumsvorbehalt verkaufende Veräusserer Eigentümer bis zur Erfüllung der vertraglichen Eigentumsübertragungs-Bedingungen (d. h. in der Regel bis zur Bezahlung des Kaufpreises)

ist der erleichterte Seufzer, dass der Streit endlich i.S. des Traditionssystems entschieden sei, ohne dass damit auf das nie umstrittene, dem Gesetzgeber völlig selbstverständliche und deshalb auch nicht erwähnte *Erfordernis der willensmässigen Einigung* als Voraussetzung des Eigentumsübergangs verzichtet werden sollte.

⁴ Vgl. dazu LIVER in SPR V/1 p. 340 f. Ziff. IV.

⁵ Eine Vorstellung, die allerdings der Sicht des historischen Gesetzgebers entspricht, der aber selber anscheinend für die in letzter Phase der Gesetzgebung improvisierte Einrichtung des Eigentumsvorbehaltsregisters nicht ein adäquates Modell der "Konstruktion" gefunden hat.

⁶ Dieser "relative" Eigentumsbegriff gehört mit zum Bestand der romanistischen Doktrin zur Beschreibung des älteren römischen Rechts, wobei allerdings das naturrechtlichnormative Eigentumsverständnis, wie es unserer Kodifikationen und unserem Rechtsdenken entspricht, auch hier in die Quere kommen mag. Vgl. dazu etwa MAX KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. 2. A. Köln / Graz 1956, passim und bes. p. li ff., 22/23 und dazu BUCHER, *Das Subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen 1965, p. 162 lit. b; KASER, *Das Röm. Privatrecht*, 1. Abschn., 2. A. München 1971 § 97 p. 400 ff. (mit zahlreichen Literaturhinweisen).

⁷ Vgl. auch BUCHER, *Skriptum OR BT* p. 37/38.

Eigentümer der Kaufsache auf Grund des negativen Sachverhalts, dass bis dahin kein den Eigentumsübergang auslösender Tatbestand vorliegt.

2. Durch ZGB 715 will obiger Grundsatz nicht aufgehoben, sondern nur dessen Auswirkungen in bestimmten Fällen ausgeschaltet werden: Gegenüber Dritten vermag der Veräußerer sein Eigentum nicht durchzusetzen, falls er nicht vor dem Konkursfall (in dem sich einzig die Frage der "Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts" stellt) den Registereintrag veranlasst hat. Auf Grund des (vorläufig oder überhaupt) fehlenden Registereintrags den Erwerber (vorläufig oder überhaupt) auch im Verhältnis zum Veräußerer als Eigentümer zu betrachten, besteht kein sachlicher Anlass, will doch das Eigentumsvorbehaltsregister nur Publizitätsfunktionen erfüllen und damit die Rechtsverhältnisse gegenüber Dritten, nicht aber zwischen den Vertragsparteien beschlagen.

Die hier vorgeschlagene "atheoretische", d. h. rein auf die Klagemöglichkeiten abstellende Betrachtungsweise soll die Entbehrlichkeit der herkömmlichen "Konstruktionsmodelle" des Eigentumsvorbehalts und der Vorstellung hin- und herhüpfenden Eigentums illustrieren und im übrigen zeigen, dass Eigentumsvorbehalt, bezogen auf die Rechtsverhältnisse inter partes des Veräußerungsvertrages, { 154/155 } ganz ohne Rücksicht auf den Registereintrag betrachtet werden sollte⁸.

Nur so kann auch die in Judikatur wie Literatur eingebügte "kranke" Vorstellung der Registereintragung als "Gültigkeitsvoraussetzung des Eigentumsvorbehalts" entbehrlich werden: Für den Eigentumsvorbehalt als etwas rein Negatives kann es keine Gültigkeitsvoraussetzungen geben, da schon die Vorstellung der Gültigkeit logisch ausgeschlossen ist (bezogen auf Nicht-Eigentumsübertragung kann so wenig wie bei Nicht-Vertragsschluss, Nicht-Testament usw. von Gültigkeit gesprochen werden). Inter partes bleibt das Eigentum des Vorbehalts-Verkäufers bei diesem zurück, weil die Eigentumsübertragungsvoraussetzung des Übereignungswillens fehlt, kann der Registereintrag nicht als Voraussetzung der Eigentumsübertragung gelten, so bleibt er Voraussetzung davon, dass der Veräußerer seinen Eigentumsanspruch gegenüber den Gläubigern des Erwerbers durchsetzen kann, wenn dieser Pfändung erduldet oder in Konkurs fällt.

Die hier vorgeschlagene "doppelbödige" Betrachtungsweise, die je danach unterscheidet, ob das Rechtsverhältnis des Veräußerers zum Vorbehaltskäufer in Frage steht (in welcher Beziehung das Eigentumsvorbehaltsregister vergessen werden kann), oder ob es um die Auseinandersetzung zwischen Veräußerer und Gläubigern des Vorbehaltskäufers geht (wo allerdings der Registereintrag die Voraussetzung des Aussonderungsanspruchs des Veräußerers bildet), ist nicht nur einfacher als bisherige Konstruktionsversuche, sie hat vor allem den Vorteil, nicht verfälschend auf die Lehre der Fahrnisübereignung zurückzuwirken. Sie ist um so naheliegender, als im Immobiliarsachenrecht die Registerwirkungen in einem ähnlichen Sinne "zweigesichtig" geregelt sind und mühelos verstanden werden: Der Rechtsschutz, den alle sich gutgläubig auf den Registereintrag verlassende Dritte genießen, hindert keineswegs, im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer allein auf die zwischen ihnen spielenden Fakten abzustellen und dementsprechend (in Anwendung des Kausalitätsprinzips) im Falle der Vertragungültigkeit den Verkäufer entgegen dem

⁸ Insbesondere stellt das Zivilrecht kein Hindernis dar, die Verfügung über die verkaufte Sache als Veruntreuung i. S. von StGB 140 Ziff. 1 Abs. 1 auch dann zu qualifizieren, wenn der Registereintrag derzeit fehlt. Anders die bisherige Praxis; vgl. BGE 90 IV Nr. 38 p. 182 E. 2; Nr. 39 p. 192 E. 1.

Registereintrag als Eigentümer zu betrachten, während für alle sich auf das Register verlassende Dritte der Erwerber praktisch die Stellung des Eigentümers hat.