

Zur Gültigkeit von Globalzessionen

Urteilsanmerkung Zivilrecht

BGE 113 II 163

I. Sachverhalt

Im April 1975 eröffnete die Bank A dem Garagisten B einen Kontokorrentkredit über Fr. 40000.-, der später auf Fr. 100000.- erhöht wurde. Zu dessen Sicherung trat B der Bank A sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus seinem Geschäftsbetrieb ab. Die von B unterschriebene Zessionsurkunde enthielt die folgende Klausel:

"Le total de l'état des débiteurs cédés sera communiqué à la banque le 15 de chaque mois. La banque est autorisée à contrôler les livres en tout temps et à exiger une liste détaillée des débiteurs."

B kam dieser Verpflichtung in den folgenden Jahren nach und sandte der Bank A regelmässig – alle zwei Monate, wie inzwischen vereinbart worden war – eine detaillierte, die Rechnungsbeträge sowie Namen und Adressen seiner Schuldner enthaltende Liste zu.

Am 6. März 1984 liess er der Bank die Liste der bis zum 29. Februar 1984 entstandenen Forderungen zukommen, die Zustellung weiterer Debitorenlisten unterblieb. Am 2. Mai 1984 wurde über B der Konkurs eröffnet. Die Bank A machte eine Forderung von ca. Fr. 140000.- geltend. Gestützt auf die Zessionsurkunde aus dem Jahre 1975 behauptete sie, sie sei Gläubigerin sämtlicher *bis zur Konkurseröffnung* aus Bs Geschäftstätigkeit stammender Forderungen. Demgegenüber wollte die Konkursverwaltung nur diejenigen Forderungen als abgetreten gelten lassen, welche bis zum 29. Februar 1984 entstanden waren und für die B der Bank A *eine Debitorenliste ausgehändigt* hatte. Während die Vorinstanz die Auffassung der Konkursverwaltung schützte, hat das Bundesgericht der Bank A auf Berufung Recht hin gegeben.

II. Aus den Erwägungen

"2. – a) Depuis longtemps, jurisprudence et doctrine admettent la validité des cessions de créances futures, pourvu que les créances à céder soient suffisamment déterminées ou tout au moins déterminables (bestimmar) quant à la personne du débiteur cédé, à leur fondement juridique et à leur contenu, et que la cession ne porte pas une atteinte trop grande à la liberté économique et à la personnalité du cédant, au sens de l'art. 27 al. 2 CC (ATF 112 II 434 s. consid. 2; ATF 112 II 243, 84 II 366 consid. 3, 69 II 290 ss., pour la doctrine, cf. les auteurs cités par ZOBL, Berner Komm., Das Fahrmispfand, Syst. Teil, n. 1570). 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 { 12/13 } priori sous le coup de l'art. 27 al. 2 CC (...). La jurisprudence se prononce dans le même sens (cf. ATF 112 II 437, consid. 3 in fine; ...).

b) La jurisprudence n'indique pas nettement si l'exigence de déterminabilité de la créance cédée (quant à la personne du débiteur cédé, à son fondement juridique et à son contenu) doit être réalisée au moment de la

conclusion du contrat de cession, ou s'il suffit qu'elle le soit au moment où la créance prend naissance ou au moment où le cessionnaire fait valoir la cession. Cette dernière solution doit être tenue avec la doctrine dominante, et conformément à ce que le Tribunal fédéral a admis, tout au moins implicitement, dans certains de ses arrêts. Pour qu'une cession de créance future soit valable, il suffit donc que la créance soit déterminable, c'est-à-dire qu'elle puisse être déterminée, au moment où elle prend naissance (VON BÜREN, Allg. Teil, p. 325; ZOBL, op. cit., n. 1570; JEANPRÊTRE, La cession de salaire, in RSJ 63 (1967), p. 20; KLEYLING, Zession – unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession – und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten, p. 76; FROMER, Die Abtretung künftiger Forderungen, in RDS 1938 (N. F. 57), p. 307. Cette manière de voir est en effet la seule qui soit compatible avec l'admission de la validité de la cession de toutes les créances futures découlant d'une activité commerciale ou d'affaires du cédant, puisque dans un tel cas les créances cédées ne sont par définition pas déterminables (quant à la personne du débiteur, etc.) au moment de la conclusion du contrat de cession. Elle est en outre seule compatible avec l'admission des cessions de salaires, dont on ignore souvent le débiteur et la quotité au moment de la cession. Elle a d'ailleurs été adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ATF 75 III 115, où l'absence de précision dans l'acte de cession quant à la personne de l'employeur débiteur a été jugée sans importance dès lors que, tant que le cédant ne travaillerait pas de façon indépendante, le cessionnaire saurait toujours à qui s'adresser. Contrairement à ce que pense JEANPRETRE (op. cit., *ibidem*), cette conception ressort également de l'arrêt ATF 57 II 539, qui a posé l'exigence de la déterminabilité de la créance et admis qu'elle était respectée dans une situation où la déterminabilité n'était survenue que postérieurement à la cession.

c) Dans l'arrêt précité ATF 112 II 433 ss., le Tribunal fédéral a mentionné, sans prendre position à son sujet (p. 435 s.), l'opinion soutenue par Bucher et Wiegand, selon laquelle on doit renforcer l'exigence relative à la détermination des créances cédées soit en vertu du principe de la spécialité (BUCHER, Allg. Teil, p. 491), soit en vertu de la dogmatique de l'acte de disposition (WIEGAND, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1979, p. 283, spéc. 289 n. 25, 295 s.). Ces auteurs estiment qu'il faut distinguer entre l'acte générateur d'obligation (Verpflichtungsgeschäft, *ici pactum de cedendo*) et l'acte de disposition (Verfügungsgeschäft), soit la cession proprement dite; lors de l'accomplissement du second, l'objet de l'acte doit pouvoir être clairement déterminé et identifié; on doit donc pouvoir déterminer la créance, quant à la personne du débiteur, à son fondement juridique et à son contenu, au moment où elle est cédée.

Cette conception, qui n'est certes pas sans valeur théorique, n'est pas en harmonie avec la pratique des cessions globales qui s'est développée en matière de crédit (cf. ZOBL, op. cit., n. 1673 s.), sur la base de la jurisprudence et de la doctrine admettant la validité de la cession si la créance est à tout le moins déterminable, et cela au moment où elle prend naissance. L'acte de cession doit contenir tous les éléments qui permettent de déterminer la créance lorsqu'elle naîtra, mais une fois cette condition remplie, un acte de disposition ou une spécification ultérieure n'est pas nécessaire. De manière générale, la cession de créance est valable, quant à la forme, même si l'un de ses éléments essentiels n'est pas déterminé dans l'acte, pourvu qu'il soit suffisamment déterminable, le cas échéant par l'effet de déclarations subséquentes pouvant même émaner de tiers (ATF 82 II 52), et sans qu'il faille un nouvel acte écrit déterminant avec précision la créance, lorsqu'elle naît. Le principe de la spécialité tel qu'il existe en matière de droits réels, notamment en relation avec la règle de la publicité qui s'applique en cette matière (inscription au registre foncier pour le gage immobilier, art. 799 CC; nantissement pour le gage mobilier, art. 884 CC), ne peut être repris sans autre en droit des obligations. D'ailleurs, même dans le domaine des droits réels, le principe de la spécialité n'est pas appliqué strictement lorsqu'il s'agit non pas du gage, mais de la créance qu'il garantit (ZOBL, op. cit., n. 267, cf. ATF 108 II 47 ss.).

d) Au regard de ces principes, le point de vue du Tribunal de commerce ne peut pas être suivi. Les créances futures de B. cédées à la demanderesse, liées au déroulement de ses affaires, étaient déterminables dès leur naissance et passaient dès lors au cessionnaire, soit à la demanderesse. Elles pouvaient en effet être individualisées à l'aide de faits et circonstances extérieurs à l'acte de cession (cf. FROMER, op. cit., p. 307, n. 90). Peu importe que le cessionnaire n'ait pas été en mesure de déterminer les créances par les listes qui devaient lui être remises, puisque l'absence de liste n'empêche pas les créances d'être déterminées par d'autres moyens, ne serait-ce que par des demandes de renseignements. Ces listes, certes utiles en tant qu'elles permettent au cessionnaire d'être renseigné et de savoir à qui s'adresser sans avoir à faire des investigations, n'ont qu'un caractère purement déclaratoire (cf. ZOBL, op. cit., n. 1687; SCHÖNLE, Bank- und

Börsenrecht, 2° ed., p. 148), ainsi que la jurisprudence l'a déjà admis en matière de droit de gage sur les créances, où la situation est similaire (ATF 69 II 294 consid. 2b)."

III. Bemerkungen

1. Die aufgeworfene Frage und deren Beantwortung

Bürgschaft und (Fahrnis-) Pfand gehören zu den ältesten rechtlichen Phänomenen überhaupt. Verlieren sich die Ursprünge dieser beiden Typen von Sicherungsgeschäften (Personal- { 13/14 } bzw. Realsicherheiten) im Dunkel der Vorgeschichte, ist die *Globalzession* erst seit wenigen Jahrzehnten ein bedeutungsvolles Phänomen. Nicht nur ist die Forderungsabtretung in heutiger Form eine "Erfindung" der Neuzeit¹; der im vorliegenden Sachverhalt zutage tretende Ablauf (Übertragung aller künftigen Forderungen an einen Kreditgeber zur Sicherung des angestrebten Kredits), zwar seit je wohl ausnahmsweise in der einen oder anderen Form praktiziert, hat den Charakter des Aussergewöhnlichen erst vor kurzem verloren, und erst in den letzten Jahrzehnten ist der "Globalzessions-Kredit" zu einem allgemein verbreiteten Phänomen und zu einem fest etablierten Institut des Kreditwesens geworden.

Das Bezogensein der Sicherung auf künftige Kreditgewährung bedingt, dass bei der Krediterlangung nicht bloss bereits bestehende, sondern insbesondere auch künftige, bloss erhoffte, Forderungen abgetreten werden. Ist seit längerem die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen allgemein und widerspruchlos anerkannt, bestand bisher keine Einhelligkeit in der Frage, in welchem Masse die abzutretenden künftigen Forderungen bei der Abtretung bereits bestimmt sein müssten. Allerdings konnte nie zweifelhaft sein, dass auf der Ebene schuldrechtlicher Verträge die *Zessionsverpflichtung* des Zedenten (das "pactum de cedendo") keineswegs Bestimmtheit (oder Bestimmbarkeit) der künftig abzutretenden Forderungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfordert. Unklar war dagegen bisher, in welchem Masse die Zession selber, d. h. das Verfügungsgeschäft, das nicht eine Pflicht begründet, sondern in Erfüllung dieser Pflicht die Forderung überträgt (und das nach schweizerischem Recht, im Gegensatz zur Zessionsverpflichtung, der Schriftform bedarf, OR 165/I), die zu übertragende Forderung bezeichnen und bestimmen muss; wenn auch niemand bestritt, dass Bestimmtheit (oder, was im Ergebnis hier dasselbe ist, Bestimmbarkeit)² vorausgesetzt ist, war bisher die Frage offen, ob die Forderungs-Identifikation bereits im Zeitpunkt der Vornahme der Abtretung (d. h. des Verfügungsgeschäfts) gegeben sein müsse oder ob Bestimmbarkeit im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung (bzw. bei Geltendmachung der Zession) genüge³. Durch BGE 113 II 164 ist die Frage nun beantwortet: Es genügt die Bestimmbarkeit bei Entstehung bzw. Geltendmachung der abgetretenen Forderung; auf Spezifizierung des Abtretungsobjektes im Zeitpunkt der Vornahme der Zession wird verzichtet, und die "unspezifizierte Abtretung" wird

¹ Die naturrechtlichen Kodifikationen lassen Abtretung zu und regeln diese einlässlich (ALR 1. Teil 11. Titel, §§376-444, franz. CC art. 1689-1701, ABGB §§ 1392-1399).

² "Bestimmtheit" und "Bestimmbarkeit" unterscheiden sich nicht grundsätzlich, sondern nur hinsichtlich des Umfangs der vorausgesetzten Abklärungen und Überlegungen. Selbst die Bezifferung der Höhe einer Forderung auf "Franken 500" ist nicht "Bestimmtheit", sondern bloss "Bestimmbarkeit" insofern, als in gewissem Umfang die äusseren Umstände berücksichtigt werden müssen, um die Währung als französische oder helvetische Franken zu identifizieren.

³ Diese Frage, auch vom Bundesgericht in dieser Form gestellt (S. 165 unten lit. b), wird in der Anwendung (auf den vorliegenden Fall wie generell auf das aufgeworfene Sachproblem) zur Frage, ob eine gegebene Erklärung, alle künftigen Forderungen abzutreten, angesichts der Unbestimmtheit der betroffenen Forderungen bloss als *Verpflichtung* zu künftiger Abtretung (d. h. als "pactum de cedendo") Gültigkeit haben oder aber bereits als die Forderungen tatsächlich übertragende *Zessionsverfügung* qualifiziert werden dürfe.

nicht bloss als "pactum de cedendo", sondern als Zession selber (Verfügungsgeschäft mit Wirkung der Forderungsübertragung) akzeptiert.

Die zur Lösung des gestellten Problems (vorstehend Ziff. 1) vom Gericht vorgetragene Argumente finden sich in E. 2 lit. b und c. dazu folgend Ziff. 2 und 3.

2. Die Pseudoargumente unter lit. b (S. 165, unten S. 166)

a) Das Bundesgericht nimmt die "*doctrine dominante*" für sich in Anspruch: Diese (lediglich statistisches Gewicht aufweisende) Annahme ist nicht zutreffend: Der vom Bundesgericht zitierte JEANPRÊTRE (SJZ 1967 2) plädiert nur im Rahmen der Lohnabtretung für eine Zurückhaltung im Bestimmtheitserfordernis (wogegen der Schreiber nichts einzuwenden hat; dazu unten S. 15). FROMER spricht sich zwar dezidiert für die Anerkennung der Abtretung künftiger Forderungen aus, ohne deshalb darauf zu verzichten, dass die künftige Forderung auch im Zeitpunkt der Abtretungsverfügung (neben jenem der Forderungsentstehung) bereits bestimmt sei⁴. VON BÜREN behandelt a.a.O. das Thema überhaupt nicht, und die weiterhin zitierte Dissertation von KLEYLING gibt nicht mehr als eine Behauptung, die durch keine ernst zunehmende Begründung gestützt wird.

Ein sehr fundiert eine abweichende Auffassung vertretender Autor wie F. FITTING (*La cession { 14 / 15 } de créances futures et ses effets en droit de poursuite*, in ZSR 1955/74 I 1-18) findet dadurch keine Erwähnung⁵.

b) Der Verzicht auf Spezifizierung der abgetretenen Forderung sei bereits bedingt durch die Zulassung der Globalabtretung künftiger Forderungen ("Cette manière de voir – sc. Verzicht auf Spezifikation – ... est la seule qui soit compatible avec l'admission de la cession de toutes les créances futures ...", S. 166): Ein unklares Argument, das entweder eine *petitio principii* darstellt oder aber dann mit der Doppeldeutigkeit des Wortes Zession spielt (diese nicht bloss als Verfügung, sondern auch als Verpflichtungsgeschäft verstanden): Unbestritten ist, dass eine globale Verpflichtung zur Abtretung aller künftigen Forderungen zulässig ist, was jedoch keinen Rückschluss in der Frage zulässt, welches die Voraussetzungen der Zessionsverfügungen sind, zu deren Vornahme man sich verpflichtet hat.

c) Verzicht auf das "Spezifikationserfordernis" sei allein vereinbar mit der *Zulassung* ("*admission*") der *Lohnabtretung*. Lohnabtretung muss nicht erst "zugelassen" werden; diese Möglichkeit ist im Institut der Zession bereits eingeschlossen. Eher ist die Privatrechtsordnung aufgerufen, diese sozialpolitisch Bedenken erregende Möglichkeit der Anwendung des allgemeinen Prinzips in Schranken zu halten⁶. Das Erfordernis der "Spezifikation", wie vom Schreiber verstanden, wäre im Falle der "Abtretung aller künftigen Lohnguthaben" angesichts der Beschränktheit der in Frage kommenden Forderungen gewahrt; jedenfalls dürfte es nicht als unzulässiger Wertungswiderspruch betrachtet werden, eine derartige Lohnzession als hinreichend spezifiziertes Verfügungsgeschäft anzuerkennen, nicht dagegen die "Abtretung sämtlicher künftiger Kundenguthaben" eines Kaufmanns⁷.

⁴ Vgl. a.a.O. S. 7 ("... künftige Forderung ..., dann genügend individualisiert, wenn im Moment des Vertragsschlusses – sc. der Zessionsverfügung – bestimmt oder bestimmbar ist, welche der künftig entstehenden Forderungen zediert sein soll ..."). Man beachte im übrigen den hier verwendeten Singular, der illustriert, dass der von der 1. Zivilabteilung in Anspruch genommene Autor in seiner Untersuchung die Globalzession nicht im Auge hat.

⁵ Schliesslich müsste auch der Aufsatz von KURT AMONN, in Bl. f. Schuldbetreibung und Konkurs, 43 (1979) 129-139 erwähnt werden, der z. B. S. 133 deutliche Zurückhaltung signalisiert.

⁶ Was der Gesetzgeber in der Revision des Jahres 1971 ansatzweise getan hat: Lohnabtretungen sind im Umfang des betriebsrechtlichen "Existenzminimums" nicht möglich (OR 325). Die Bedenken liegen dort – ganz im Gegensatz zu den hier angestellten Überlegungen, welche die Interessen der nicht gesicherten Gläubiger des Zedenten im Auge haben – vorab in der Person des Zedenten (Arbeitnehmers); Gläubigerschutz-Gesichtspunkte fallen hier ganz ausser Betracht.

⁷ Eine unterschiedliche Behandlung der künftigen Lohnguthaben eines Unselbständigerwerbenden einerseits, der Guthaben eines Unternehmers oder Kaufmanns andererseits rechtfertigt sich schon allein auch deshalb,

3. Die doppelte Peinlichkeit unter lit. c (S. 166/167): die behauptete "pratique des cessions globales"

Einleitend wird unter lit. c zwar auf den Herausgeber dieser Zeitschrift wie auch auf den Schreibenden Bezug genommen; diese werden als Exponenten der vom Bundesgericht abgelehnten Gegenauffassung bezeichnet. Letztere lässt sich dahin zusammenfassen, dass ein gewisses Mindestmass an Bestimmtheit der von der Zession erfassten künftigen Forderungen bereits im Moment der Zessionsverfügung gegeben sein muss⁸, während bei Fehlen dieser Bestimmtheit die fragliche Vereinbarung nur als Verpflichtungsgeschäft qualifiziert werden kann. Im Ergebnis wird jenes Vorgehen postuliert, das in Bankkreisen als "*Mantelzession*" bezeichnet wird, d. h., bei der eine generelle Abtretungsverpflichtung von einzelnen Zessionsverfügungen gefolgt ist (Zustellung mit Zessionsvermerk versehener Rechnungsdoppel, Debitorenlisten o. dgl.), wobei die Wirkungen des Forderungsüberganges auf diesen letzteren Vorgang beschränkt bleiben.

Hier sei die vom Bundesgericht unter Berufung auf die Pfandrechts-Kommentierung von ZOB (ZGB 884-887, Bern 1982, Syst. Teil, N. 1673 f.) andeutungsweise entwickelte Gegenposition untersucht. Das Bundesgericht nimmt nicht alle Argumente, die der genannte Autor a.a.O. entwickelt, im einzelnen auf⁹, fasst aber dessen Ausführungen dahin zusammen, { 15/16 } dass mit der von der Gegenauffassung geforderten Spezifizierung (und überhaupt konsequenter Trennung von Verpflichtung und Verfügung) "*la pratique des cessions globales qui s'est développé en matière de crédit*" nicht zu vereinbaren sei. Dies ist in der Tat die Quintessenz der Position von ZOB wie a.a.O. entwickelt. Diese ohne eigene Argumentation zu übernehmen hätte sich die 1. Zivilabteilung schon deshalb versagen müssen, weil der Verfasser, zur Zeit des Erscheinens seiner Kommentierung, Mitglied der Direktion einer Grossbank war und in eigener Sache geschrieben hatte. Die Peinlichkeit liegt aber auch in der Sache selbst:

a) *Auf die (behauptete) Praxis darf es überhaupt nicht ankommen*, ebensowenig auf Verkehrsanschauungen o. dgl. der direkt Beteiligten: Auf dem Spiele steht vorerst einmal der *Schutz von Allgemeininteressen*, insbesondere der Schutz der übrigen Gläubiger des Zedenten, so dass das, was zwischen Zedenten und Zessionar (Kreditnehmer und seiner Bank), die beide in der hier diskutierten Frage identische Interessen haben, gespielt wird, aus ganz grundlegenden Überlegungen nicht massgeblich sein darf. Zur Diskussion steht nicht, ob die behauptete Praxis bestehe, sondern, ob sie, falls sie bestünde, mit unserem Zessions- wie

weil die Gläubiger des ersteren (in Betracht fallen vor allem die auf Kredit verkaufenden Lieferanten teurerer Konsumgüter – Autos, Fernseher usw. – oder Gläubiger von Kleinkrediten) insgesamt weniger Schutz verdienen als die Gläubiger des Unternehmers, die ihrerseits für das fragliche Unternehmen unentbehrliche Sach- und Dienstleistungen erbringen, wobei im Konkursfall vorab die *Kleingläubiger* zu Schaden kommen (während Grossgläubiger ihre Kreditgewährung durch Sondermassnahmen gesichert haben oder dies hätten tun können bzw. vor der Kreditgewährung hätten tun müssen).

⁸ Diese Bestimmtheit muss durch irgendwelche forderungsbezogenen *positiven* materialen Merkmale wenigstens in Umrissen gegeben sein. Die Angabe, dass alle Forderungen abgetreten werden, ist zwar eindeutig, indes allein aufgrund des *Negativmerkmals*, dass keine nichterfassten Forderungen bestehen.

⁹ *Zobl*, a.a.O. N. 1673/4: Die "Globalzession als Verfügungsgeschäft" sei "im Bewusstsein des Volkes (sic) derart stark verwurzelt ..., dass sich deren Zulässigkeit geradezu auf *Gewohnheitsrecht* (sic) stützen" könne. Es wird das *wirtschaftliche Bedürfnis* nach Globalzession angerufen (das jedoch auch unter Beobachtung des Spezialitätserfordernisses gewahrt werden kann). Die Zession stelle nicht einseitiges Rechtsgeschäft, sondern einen *Verfügungsvertrag* dar (was nie jemand bestritten hat), die der *Vertragsfreiheit* unterliege (was falsch ist: "Vertragsfreiheit" bezieht sich nach allgemeinem Verständnis nur auf Verpflichtungsgeschäfte, abgesehen davon könnte – und müsste diesfalls – die Vertragsfreiheit vom Gesetzgeber eingeschränkt werden, behauptet *Zobl* z.B. in seinem Pfandrechtskommentar, die Vertragsfreiheit erlaube den Parteien die Konstituierung eines besitzlosen Pfandes?). Die Behauptung, dass Einzelabtretungen bei den Banken niemals bei Globalzessionen, sondern nur im Rahmen sog. "Mantelzessionen" vorkommen würden, ist ein Spiel mit Worten, aber kein Sachargument in einer Diskussion, die darum geht, ob das von Bankkreisen als "Mantelzession" bezeichnete Vorgehen einer von Einzelzessionen gefolgt Zessionsverpflichtung gefordert, oder unspezifizierte "Globalzession" zulässig sei.

Konkursrecht vereinbar wäre. Der Entscheid des Bundesgerichts bedeutet im Ergebnis nicht mehr und nicht weniger, als dass den Beteiligten die Befugnis zugestanden wird, für den Fall des Konkurses des Kreditnehmers dem Kreditgeber vertraglich eine *konkursrechtliche Privilegierung* (gewissermassen die Plazierung in einer Sonderklasse, den fünf Klassen der Gläubiger i. S. von SchKG 219 vorgehend) einzuräumen, wenigstens soweit es um das (oft genug das einzige Aktivum darstellende) Forderungsvermögen des Konkursiten geht.

b) *Die behauptete Praxis besteht nicht.* Eine solche könnte dann angenommen werden, wenn die an einer "Globalzession" Beteiligten die Überzeugung hätten, dass die erst- und einmalige "Zessionserklärung" nicht bloss eine Pflicht des Zedenten begründe, sondern ein- und für allemal die künftig entstehenden Forderungen auf den Kreditgeber übertrage, so dass sie dementsprechend jede weitere Handlung zur Bewirkung (bzw. Sicherstellung) des Forderungsübergangs (insbesondere eine auf die entstehenden Forderungen bezogene schriftliche Zession) für gegenstandslos halten und daher unterlassen. Sodann wäre zweitens vorausgesetzt, dass diese Form der Sicherungszession wenn nicht die allein vorkommende, so doch die allesbeherrschende ist. Weder das eine noch das andere trifft zu. Für die erste Annahme wird nicht der Schein eines Beweises angeboten, aber auch die letztere Voraussetzung, jene des Vorherrschens der vom Bundesgericht präkonisierten Form der "Globalzession", ist durch nichts belegt. Es dürfte nicht bestritten sein, dass andere Formen der Sicherungszession neben dem hier zur Diskussion stehenden Modell regelmässig ebenfalls vorkommen, möge es sich dabei um *Einzelzessionen* handeln¹⁰ oder um das Phänomen, das Bankkreise als "Mantelzession" bezeichnen¹¹. Soweit der Kreditgeber eine Kontrolle über dies eine Forderung sichernden Ausstände des Kreditnehmers führen will und daher die Zustellung von Doppeln ausgehender Fakturen und periodisch zu erstellender Debitorenlisten sich ausbedingen wird¹², bereitet es keinen nennenswerten zusätzlichen Aufwand, diese die zu übertragenden Forderungen ohnehin mit aller wünschbaren Deutlichkeit spezifizierenden Dokumente mit Zessionsvermerk und Unterschrift auszustatten; es wird die Vermutung erlaubt sein, dass verhältnismässig häufig dieser Weg auch beschritten wird. Damit fällt die Berufung auf eine "Praxis" in sich zusammen, denn zum vornherein vermöchte nur eine *allgemein geltende*, nicht aber eine neben anderen Formen auch vorkommende Praxis eine Abweichung von dem von Gesetzgebung und Rechtstradition vorausgesetzten Zessionsmodell diskussionswürdig zu machen¹³. { 16/17 }

¹⁰ Diese können in einer singulären Zession bestehen, die im Hinblick auf die Finanzierung einer bestimmten Transaktion erfolgt, oder aber auch in einer (evtl. sehr langen) Reihe von Einzelzessionen, die ihrerseits einen Dauerkredit sichern sollen.

¹¹ Im Hinblick auf die Berner Tagung des Jahres 1981 betreffend Kreditsicherung habe ich bei Bankspezialisten Informationen eingeholt, die dahin gingen, dass zumal bei Eröffnung einer Kreditbeziehung und im Falle eines nicht bekannten, vielleicht neu ein Unternehmen eröffnenden Kreditnehmers das Einholen von Einzelzessionen gewissermassen die Regel bildet (vgl. BUCHER, in "Probleme der Kreditsicherung", Bern 1982, S. 1-33, hier bes. S. 17/18), während man von dieser Form (Mantelzession) abgeht und auf Einzelzessionen verzichtet, wenn Kreditwürdigkeit mehr oder weniger etabliert ist.

¹² Ausnahmen von diesem *modus procedendi* mögen sehr häufig sein, aber dann regelmässig Fälle betreffen, in denen der Zedent fast eines Blankokredits würdig ist, eine Globalzession nur als zusätzliche Sicherheit nachgeschoben wird. Das sind nun aber gerade jene Fälle, die für die Kreditgeber nicht in echtem Sinne notwendig sind und im übrigen aber doch den Charakter eines vertraglich begründeten Konkursprivilegs bestätigen. Wer ein echtes Sicherheitsbedürfnis besitzt, dem ist die beschriebene Umständlichkeit von Einzelzessionen sehr wohl zuzumuten.

¹³ Eine Abweichung vom Modell der behaupteten "pratique des cessions globales" wird übrigens durch den zu beurteilenden Sachverhalt selber demonstriert. Wie das bundesgerichtliche Urteil verschweigt, indessen aus dem Urteil der Vorinstanz (das dem Schreibenden freundlicher Weise von Beteiligten zugänglich gemacht wurde) sichtbar wird, waren die Debitorenlisten mindestens teilweise durch Zessionsvermerk und Unterschrift gedeckt, sodann hatten die Parteien, in der Interpretation der Vorinstanz, zum vornherein verabredet, dass die künftigen Forderungen nicht automatisch, sondern nur nach Massgabe der Übersendung von Debitorenlisten auf den Zessionar übergehen sollten. So konnte der (letztmals) eine Debitorenliste zustellende Zedent auf dieser schreiben "en date du 6.3.84 nous vous avons cédé en garantie les créances ..." (wobei das genannte Datum jenes der Unterzeichnung war). Dieser Vermerk kann einerseits als eine

4. Blick ins Ausland

Im englischen Sprachbereich bestanden lange Zeit gegenüber der Zulassung der Abtretung grundsätzliche Hemmnisse¹⁴, die auch heute nur teilweise überwunden sind und gesamthafte Forderungsübertragungen nach dem hier diskutierten Modell ausschliessen; demgegenüber ist einschränkend immerhin festzuhalten, dass in den USA der Uniform Commercial Code eine *Forderungsverpfändung* in Formen zulässt, die der hier besprochenen Globalzession nahekommen¹⁵. Der *französische Code Civil* ähnlich wie das *österreichische ABGB* lassen die Zession zu, nähern diese aber der Anweisung an und verlangen ursprünglich für Wirksamkeit gegenüber Dritten eine Orientierung des Schuldners (CC art. 1690/II) oder gar dessen Zustimmung (ABGB § 1392). Das Notifikationserfordernis schliesst automatisch Globalzessionen im hier diskutierten Sinne aus¹⁶. Die Tradition des französischen Code Civil dürfte auf weiten Strecken auch für die Szene in den romanischsprachigen Ländern repräsentativ sein¹⁷. Waren bisher in Frankreich künftige Geschäftsguthaben zur Kreditsicherung nur beschränkt zu gebrauchen, ist dies durch eine 1981 bzw. 1984 eingeführte Sondergesetzgebung geändert worden, von Kaufleuten und juristischen Personen kann "par la seule remise d'un bordereau" eine Abtretung oder Verpfändung bewirkt werden, wobei die in der Debitorenliste (bordereau) enthaltenen und zu übertragenden Forderungen den Voraussetzungen "de certitude, de liquidité et d'exigibilité" unterliegen¹⁸.

spezifizierte Zessionsverfügung gedeutet werden, er bringt andererseits im Zusammenhang des Ganzen zum Ausdruck, dass gemäss Abmachung der Parteien, insbesondere in der Sicht des verfügenden Zedenten, der Übergang der einzelnen Forderungen keineswegs mit der Erklärung des Jahres 1975 ein- und für allemal bewirkt werden, sondern von späteren Verfügungshandlungen (in casu die Zustellung der Debitorenlisten als solche deklariert) abhängen sollte. (Sogar wenn man die Zulässigkeit von Globalzessionen i. S. des Bundesgerichts als gegeben hinnimmt, wären deren Voraussetzungen vorliegendenfalls nicht gegeben gewesen.)

¹⁴ An der Wurzel steht wohl die fehlende begriffliche Herauslösung der (durch Zession zu übertragenden) Beziehung Recht (Forderung)Schuld aus dem gesamten Schuld- (Vertrags-) Verhältnis, das zwangsläufig nicht durch einseitige Erklärung übertragbar ist. Vgl. dazu BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, in ZSR 1966/85 I 213 ff., bes. 224 f.

¹⁵ Selbst in den USA, wo die Entwicklung hin zu der hierzulande gewohnten Vorstellung weiter gediehen ist als in England, ist die Abtretung künftiger Forderungen gemeinhin ausgeschlossen, soweit diese nicht aus einer bereits bestehenden Vertragsbeziehung resultiert. Vgl. RESTATEMENT, Contracts 2nd, Vol. 3 1979/81, § 321/II, WILLISTON, on Contracts Bd. 3 §§ 404 ff. bes. § 413, CORBIN, on Contracts §§ 856 ff., A. FARNSWORTH, Contracts, Boston/Toronto 1982, S 745 ff., bes. 766 ff., CALAMARI/PERILLO, The law of contracts, 2. Aufl. St. Paul 1977, S. 631 ff. (Ch. 18, bes. 18-21). – Für die Zulassung einer Verpfändung (security) bezüglich künftiger (bei Vertragsschluss noch nicht spezifizierter) Forderungen unter dem *Uniform Commercial Code (UCC)* vgl. UCC § 9-204 und bes. Comment no. 1, FARNSWORTH, a.a.O. bes. S. 752 f., E. Inderbitzin, Grundriss des Zessionsrechtes der USA, Zürich 1988, bes. S. 63 ff. Dahin steht, welche Bedeutung der Forderungsverpfändung nach UCC gegenüber der traditionellen gemeinrechtlichen Zession der USA zukommt; ebenso bleibt offen, ob diese vom UCC eröffnete Möglichkeit zu dem hierzulande schmerzlich empfundenen Nachteil der Verkürzung aller übrigen Gläubiger des konkursiten Globalzessionars führt.

¹⁶ Die Notifikation muss nach CC sogar auf amtlichem Weg und förmlich erfolgen: vgl. dazu M. FERID, Das franz. Zivilrecht, Bd. I, Frankfurt a. M. etc. 1971, S. 568 (N. 2 E. 126). Darauf kann verzichtet werden, wenn der debitor cessus in einem "acte authentique" dem Forderungsübergang zustimmt (CC art. 1690/II).

¹⁷ Die bisherige ablehnende Haltung Frankreichs gegenüber Global- und Vorauszessionen ist um so beachtlicher, als dort durch Sondererlasse das Verbot besitzlosen Pfandes in Teilbereichen durchbrochen wurde, vgl. dazu FERID/SONNENBERGER, Das franz. Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 695-698, N. 3 D. 161-179. – Im romanischen Sprachbereich ist die Zession wohl überhaupt noch nicht zu einer unseren Verhältnissen vergleichbaren Institution des Kreditwesens geworden. Das Notifikationserfordernis des franz. CC wird allerdings nur ausnahmsweise explizit übernommen (so CC von Kolumbien, Art. 1960); oft wird eine Pflicht zur Übergabe des Schuldscheines statuiert (oder, bei Fehlen eines solchen, die Ausstellung einer Privaturkunde gefordert; vgl. etwa CC von Mexiko, Art. 2033).

¹⁸ Loi n° 1 du 24 janvier 1981, abgeändert durch loi n° 46 du 24 janvier 1984 (bes. art. 61), hier zitiert nach MAZEAUD/JUGLART/CHABAS, Leçons de droit civil, tome II, vol. 1, 7. Aufl. Paris 1985, Note 1268-2.

Die Praxis des *deutschen BGB*, der trotz grundsätzlich abweichender gesetzlicher Grundlage auch jene zum *österreichischen ABGB* weitgehend zu folgen scheint, hat einen Stand erreicht, der bei oberflächlicher Betrachtung als mit der durch BGE 113 II 164 geschaffenen Rechtslage übereinstimmend qualifiziert werden könnte. Dies trifft nicht ganz zu, da vorab in der Theorie, aber teilweise auch in der Judikatur noch eine Zurückhaltung vermerkt werden kann, welche der Entscheid der 1. Zivilabteilung für die Schweiz über Bord wirft¹⁹. Wesentlich ist jedoch, dass die praktische Tragweite der Globalzession entscheidend eingeschränkt wird durch das Institut des "*verlängerten Eigentumsvorbehalts*" (der "Vorbehaltskäufer" darf vereinbarungsgemäss zwar weiterveräussern, jedoch unter Vorbehalt der Abtretung der daraus resultierenden Kaufpreisforderung), in dessen Rahmen nach heute wohl gefestigter Praxis die "Spezialzession" zugunsten des Lieferanten der Globalzession { 17/18 } zugunsten eines Kreditgebers vorgeht, auch wenn sie zeitlich nachfolgt²⁰. In ähnlicher Richtung gehen die Auffassungen anscheinend in Österreich²¹.

5. Würdigung

Der Vergleich mit dem Ausland zeigt, dass die *Schweiz* in der aufgeworfenen Frage durch das hier besprochene Judikat weltweit eine *Extremposition* markiert. Innerhalb des deutschsprachigen Raums geht die Schweiz weiter als ihre Nachbarn, da hierzulande die dortige praktisch bedeutsame Relativierung im Zusammenhang des "verlängerten Eigentumsvorbehalts" entfällt, nicht zu sprechen von allfälligen Differenzen, die in Literatur und Praxis gegenüber dem durch BGE 113 II 164 geschaffenen Rechtszustand sonst noch bestehen mögen. Eine "Differenzierung nach hinten" (statt einer solchen nach vorn) gegenüber unseren Nachbarn wäre um so eher angezeigt, als unser Gesetzgeber an zwei Orten einen deutlichen Unterschied gegenüber BGB und ABGB markiert: Das *Schriftform-Erfordernis für Zessionsverfügungen* (weiche Regel von der 1. Zivilabteilung zur Sinnlosigkeit reduziert wird, wenn man auf das Spezifizierungserfordernis verzichtet), und sodann die *Einführung des Eigentumsvorbehaltsregisters* gemäss ZGB 715, das hinsichtlich der Kreditwürdigkeit das Auseinanderfallen zwischen Sein und Schein in Schranken halten soll, welchem Ziel die jetzt etablierte Zessionspraxis zuwiderläuft.

Schliesslich sollte rechtsvergleichend die Entwicklung in *Frankreich* beachtet werden, einem Land, das durch Zulassung des "nantissement de fonds de commerce" u. dgl. hinreichend Bereitschaft zur Zulassung unkonventioneller Lösungen im Interesse der Kreditbeschaffung gezeigt hat: Die durch die Gesetzgebung der Jahre 1981/84 eröffnete Möglichkeit der gesamthaften Abtretung der Kundenguthaben durch Zustellung von Debitorenlisten ("bordereaux") entspricht (wenn auch mit Verschärfung der Voraussetzungen) dem hier als "Mantelzession" bezeichneten Modell, verwirft jedoch die Lösung der vom Bundesgericht nun sanktionierten "Globalzession".

Die Gründe der im *deutschen Sprachraum insgesamt* anders als andernorts verlaufenen Entwicklung sind derzeit nicht im einzelnen erforscht. Offenkundig ist indessen, dass rechts- bzw. kodifikationsgeschichtliche *Zufälligkeiten* Regie geführt haben. Wie im englischen Sprachbereich vom Begriffsinstrumentarium herkommende Hemmnisse eine Rolle spielten und im romanischen Sprachbereich verwandte Mechanismen gewirkt haben mögen²², sind im deutschen Sprachbereich aus wohl nicht weniger zufälligen Gründen vergleichbare

¹⁹ Vgl. etwa Roth, in Münchener Komm., Bd. 2., 2. Aufl. 1984/5 zu BGB § 398, bes. N. 67; F. Baur, Sachenrecht, 14. Aufl. 1987, § 58/II, S. 588, BGHZ 71 S. 76ff. – Weiterhin ist festzuhalten, dass die nach *Zobl* in der Schweiz angeblich nicht vorkommende "Mantelzession" nach diesem Autor in Deutschland "verbreitet" ist (a.a.O. N. 1688).

²⁰ Dies aufgrund des (fragwürdigen) Arguments der Sittenwidrigkeit der primären Globalzession, Vgl. dazu BAUR, a.a.O. § 59/VI, S. 606 ff., mit Nachweisen; ROTH, in Münchener Komm. BGB § 398, N. 98, 101 ff.

²¹ Vgl. die Hinweise von ERTL, in Rummel, Komm. zum ABGB, § 1392 N. 4.

²² Vgl. oben die Hinweise Fn. 14, 15.

Hemmungen entfallen²³. Entscheidend ist, dass in dieser Tradition bis in unser Jahrhundert hinein die Zession als durch Sonderumstände motivierte *Übertragung einzelner Forderungen* des Zedenten konzipiert war. Weder die verschiedenen Gesetzgeber noch auch die Autoren zu Beginn unseres Jahrhunderts haben die Zession als generelles Kreditsicherungsinstrument verstanden noch gar die heute zur Diskussion stehende Form der Globalzession in Betracht gezogen. Die Kreditbedürfnisse des Unternehmers oder Kaufmanns wurden traditionell durch *das Institut des Wechsels* wahrgenommen, der vorab Kreditinstrument war, mit dem nicht nur dem Akzeptanten bzw. Aussteller Zahlungsaufschub gewährt, sondern insbesondere auch dem Wechselnehmer die Möglichkeit der Refinanzierung gegeben wurde: Die Diskontierung des Wechsels erlaubte die Bevorschussung des in ihm verkörperten Guthabens.

Mangels praktischer Anschauung fehlt in der Literatur des frühen 20. Jahrhunderts denn auch eine Bezugnahme auf die heute als Globalzession bezeichneten Kreditierungsmechanismen. Noch v. TUHR, der mit seiner Stellungnahme zugunsten der Abtretbarkeit künftiger Forderungen die Entwicklung zum heutigen Ergebnis zweifellos gefördert hat, nimmt auf Globalzessionen nicht Bezug und scheint in seinen Überlegungen vom Bild der Einzelzessionen ausgegangen zu sein, wie auch seine Argumente ganz auf die Beziehung zwischen Zedenten und Zessionar ausgerichtet sind, das bei Globalzessionen grundlegende Problem der Stellung des Gläubigers des Zedenten indessen { 18/19 } in keiner Weise berücksichtigen.²⁴ Selbst ein Autor wie FROMER, gelegentlich als Wegbereiter des heutigen Zustandes bezeichnet, richtet im Jahre 1935 seine Überlegungen auf die Abtretung einzelner, nicht sämtlicher künftiger Forderungen aus²⁵. Alle Anzeichen sprechen dafür, dass die zur Diskussion stehende Globalzession sich gewissermassen durch die Hintertür in das geltende Recht eingeschlichen hat. Vom Gesetzgeber weder vorausgesehen noch zugelassen, aber auch von der Literatur niemals in der grundsätzlichen Tragweite erwogen, sondern auf dem Umweg über die Zulassung künftiger Einzelabtretungen (denen keine grundsätzlichen gesellschaftspolitischen Gesichtspunkte entgegenstehen) entstanden, sacht und schrittweise, in einer Entwicklung, die gewissermassen eigengesetzlich abläuft und in der niemand die Verantwortung für das eingetretene Resultat übernehmen muss²⁶.

6. Die unmittelbaren praktischen Auswirkungen

Der Entscheid der 1. Zivilabteilung, infolge des Fehlens aller grundsätzlichen Überlegungen und des Ausserachtlassens jeglicher auf Allgemeininteressen und Gläubigerschutz bezogenen Gesichtspunkte gewiss eine Peinlichkeit, kann immerhin bezüglich der praktischen Tragweite relativiert und im Zustandekommen wenigstens ansatzweise entschuldigt werden:

Wenn die Behauptung des Schreibenden trifft, dass die Beobachtung des Erfordernisses der Spezifizierung der zedierten Forderungen im Akt der Abtretung selber (z. B. Zustellung mit Zessionsvermerk versehener Debitorenlisten) keine unzumutbaren Umtriebe veranlassen und die Praxis damit nicht wesentlich belasten würde, sieht damit umgekehrt auch fest, dass die Statuierung entsprechender Erfordernisse keine grundlegende Sanierung der heutigen desolaten Situation der nicht gesicherten Gläubiger im Konkurs brächte: Es würden dann die

²³ Bereits das ALR lässt Zession ohne Beteiligung des Schuldners zu: "Überhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung ... niemals erschwert werden. – Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners ... nicht notwendig" (ALR 1. Teil 11. Titel, §§ 408, 409). Diese Linie wird fortgesetzt nicht vom ABGB, jedoch von PGB (§§ 1025 ff.) und Dresd. E. Art. 321 ff.

²⁴ v. TUHR, in Deutsche Juristen-Zeitung 9 (1904) 426-431; DERS., in Bankarchiv 7 (1907) 277-279. Nicht anders aber auch noch v. TUHR, Schweiz OR Bd. II § 94/IV.

²⁵ Vgl. den Hinweis oben Fn. 4.

²⁶ Eine (wohl auch die schweizerische wie die österreichische Entwicklung bestimmende) Weichenstellung könnte man vielleicht RGZ 55 334 [dazu ECCIUS, in DJZ 1904 53 ff. und v. TUHR, in DJZ 1904 426 ff.] ansehen. Vgl. ferner RGZ 67 166 [dazu ECCIUS, Gruchots Beitr. 53 1 ff. und v. TUHR, in Bankarchiv 7 (1907), 277 ff.].

ohnehin zuzustellenden (und heute vom Computer auf Knopfdruck gelieferten) Debitorenlisten eben mit Zessionsvermerk und Unterschrift ausgestattet. Die praktische Tragweite der jetzt festgeschriebenen Praxis reduziert sich demnach darauf, dass der kreditgebenden Bank als Zessionar auch die zwischen letzter Debitorenlisten-Zustellung und Konkursöffnung entstandenen Forderungen zufallen (der in BGE 113 II 164 beurteilte Sachverhalt) und überdies, dass in Fällen "unkritischer" Kreditgewährung, in denen die Globalzession nur als zusätzliche Sicherheit dient, im übrigen aber eine Kontrolle der Ausstände des Kreditnehmers/Zessionars sich nicht lohnt, im Falle des wider alles Erwarten eintretenden Konkurses die kreditgebende Bank kraft Absprache mit dem Schuldner vor allen übrigen Gläubigern privilegiert wird.

Grundsätzliche Überlegung bringt in Erinnerung, dass nach allgemeinen Grundsätzen über Verfügungsgeschäfte (die in der Dogmatik des Sachenrechts ihren Ursprung und – abgesehen von der Zession – ihren so gut wie ausschliesslichen Anwendungsbereich haben) über ein Recht erst dann verfügt werden kann, wenn es entstanden ist, insbesondere kann eine noch nicht entstandene Sache, an der noch kein Eigentum entstanden ist, auch nicht übereignet oder verpfändet werden²⁷. Das bedeutet, dass in der Sicht des historischen Gesetzgebers, der sich diesen überlieferten Konzepten unterordnet, Abtretung künftiger Forderungen strictu sensu nicht möglich ist; was zugelassen werden kann, ist eine Voraus- oder Vorwegerkklärung in dem Sinne, dass diese im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung (oder genauer: unmittelbar nach deren Entstehung) wirksam wird. Diese strikte und streng genommen einzig mit dem Gesetz vereinbare Konzeption mochte einerseits praktische Unzukömmlichkeiten aufweisen²⁸; unbestreitbar ist, dass sie jedenfalls bereits zu Beginn unseres Jahrhunderts zugunsten der bis heute weiterlebenden, ihrerseits von inneren Widersprüchen nicht freien Konzeption der Abtretung künftiger Forderungen preisgegeben wurde. In dieser im Grunde systemwidrigen Auffassung sind im Ansatz die mit BGE 113 II 164 verbundenen Probleme, seien sie allgemein gesellschaftlicher Art (Gläubigerschutz) { 19/20 } oder dogmatischer Natur (dazu noch die folgende Ziff. 7) bereits vorprogrammiert, das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid gegen Ende unseres Jahrhunderts die letzten Konsequenzen aus "dogmatischen Sünden" gezogen, die zu dessen Beginn von anderen begangen wurden.

7. Zu befürchtende mittelbare Auswirkungen

a) Der Entscheid der 1. Zivilabteilung, Forderungsübergang an ein Geschäft zu knüpfen, das nur als Verpflichtungsgeschäft, nicht aber als Verfügung qualifiziert werden kann, macht die Unterscheidung zwischen diesen beiden Vorstellungen hinfällig. Da diese Unterscheidung aber das Zessionsrecht überhaupt bestimmt, würde bei einer konsequenten Durchführung des Prinzips das Zessionsrecht in seinen Grundfesten erschüttert. Dies kann nicht der Absicht des hohen Gerichts entsprechen; im folgenden sind daher andeutungsweise Bereiche zu nennen, auf welche das Prinzip der Verschmelzung von Verpflichtung und Verfügung nicht übertragen werden kann. Es wird sich aber auch zeigen, dass selbst innerhalb der "Globalzession" der Grundsatz keineswegs konsequent durchgehalten werden kann, sondern der Relativierung ruft.

b) Wenn bei der Globalzession der Gegensatz Verpflichtung-Verfügung aufgehoben wird, ist die Verfügungswirkung (Forderungsübergang) im Ergebnis rechtsgrundabhängig ("kausal"); das Entfallen der Unterscheidung lässt begrifflich der Frage der Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung keinen Raum mehr, da nur noch ein "Gesamtakt" (mit zwangsläufig einheitlichem Schicksal) vorliegt, Verpflichtung und Verfügung nicht mehr unterscheidbar sind. Konsequenz der neuen Praxis wäre es, das traditionelle Konzept der

²⁷ "L'idée du transfert concret d'une chose inexistante est contradictoire", wie FITTING, in ZSR 74/I (1955) 2 sagt.

²⁸ Die grundsätzliche, dass bis zur Entstehung des Rechts die "Vorausklärung" revoziert werden konnte; die praktische, dass die Bestimmung des Zeitpunkts der Entstehung einer Forderung (und damit des Wirksamwerdens der Zession) Schwierigkeiten bereitet.

Abstraktheit der Zession als gegenstandslos zu betrachten. Da nicht anzunehmen ist, dass die 1. Zivilabteilung mit ihrem Entscheid so nebenbei auch diese Frage präjudizieren wollte, steht zu erwarten, dass in anderen Zusammenhängen als jener der Globalzession es vorerst beim Bisherigen bleibt²⁹.

c) Während die Abtretung einer spezifizierten Forderung die Limitierung ihrer Wirkungen in sich selber trägt, da mit Erlöschen (Erfüllung) der Forderung sie gegenstandslos wird, ist bei der Globalzession im hier Besprochenen ein Ende nicht vorgegeben, da die Zessionswirkungen mit der Entstehung neuer Forderungen sich fortbewegen. Durch *contrarius actus* kann der Sache natürlich ein Ende gesetzt werden; bei Beendigung der Geschäftsbeziehungen, welche Anlass der Globalzession waren, wird aber wohl regelmässig nicht an eine Aufhebung bzw. Retrozession gedacht. Was, wenn der Zessionar später in irgendeinem Zusammenhang die Globalzession zu reaktivieren versucht und sie in eigener Auseinandersetzung mit dem Zedenten oder in solchen Dritter, mit denen er sich verbindet, verwenden will? Bei drohender Zahlungsunfähigkeit des früheren Zedenten könnte der Zessionar sodann seine Globalzession geltend machen, in Ausschaltung der Zessionen zugunsten späterer Geldgeber Guthaben des Schuldners kassieren und gegenüber der Rückforderung billig von Gläubigern erworbene Forderungen einwenden.

d) Globalzession macht deren *umfangmässige Begrenzung* notwendig. Der Zedent will bloss seinen Kredit decken, nicht aber unbegrenzt abtreten. Eine Begrenzung der Globalzession, sei die Begrenzung eine solche in absoluten Ziffern oder bezogen auf den jeweiligen Debet-Saldo, würde die Bestimmbarkeit der Zession entfallen lassen (Zessionsbegrenzung impliziert ein Abgehen vom Prinzip der Abtretung "aller" Forderungen, was zwangsläufig der Frage ruft, welche Forderungen von der Zession erfasst seien, welche nicht). So jedenfalls die Auffassung von v. TUHR wie auch diejenige des deutschen BGH³⁰. Wird auf eine ziffernmässige Begrenzung verzichtet, kann die Abtretung als fiduziarische qualifiziert werden (das Vorgehen, das v. TUHR a.a.O. empfiehlt). Was aber, wenn der *Zessionar in Konkurs* fällt, in dem, nach traditionellem Verständnis in der Schweiz, der Fiduziant das dem Fiduziar Übereignete nicht aussondern kann? Mit herkömmlichen Grundsätzen lässt sich nicht begründen, dass der Zustand je zu einem Ende kommt, wonach die Konkursmasse die in der Person des Zedenten begründeten Forderungen auch über die Konkursöffnung hinaus kassiert, ohne diesem mehr als eine entsprechende { 20/21 } Kollozierung als Gläubiger offerieren zu können. Dass es nicht dabei bleiben kann, ist offenkundig³¹.

e) Auch im *Konkurs des Zedenten* ist wohl eine Korrektur der Philosophie von BGE 113 II 164 unvermeidlich. Wenn auch der Konkurs die Geschäftstätigkeit zum Erlahmen bringen wird, entstehen doch aufgrund früherer Aktivität auch noch nach Konkursöffnung Forderungen. Wenn man die ursprüngliche Erklärung der Globalzession mit automatischen Übertragungswirkungen ausstattet, würden alle diese Forderungen beim Zessionar anfallen und der Konkursmasse entzogen bleiben. Wenigstens in diesem Zusammenhang wird man sich auf die traditionellen Prinzipien besinnen müssen, wonach es eine Vorauszession in strengem Sinn nicht gibt, sondern bloss die auf Vorrat abgegebene Willenserklärung, welche bei (oder nach) Entstehung der betroffenen Forderung wirksam wird; da Zession Verfügungsmacht (Dispositionsfähigkeit) des Zedenten voraussetzt, diese jedoch durch die Konkursöffnung dem Schuldner entzogen wird, bedeutet das Unwirksamkeit der Vorauszession für alle Forderungen, die erst nach der Konkursöffnung entstehen³². Die partielle Unhaltbarkeit der

²⁹ Die gegen "Kausalität" der Abtretung sprechenden Argumente sind zusammengestellt bei BUCHER, Schweiz. OR, Allg. Teil, § 31/III/4. Angesichts des Ausbleibens von Judikatur kann der Frage allerdings kaum grosses praktisches Gewicht, sondern nur grundsätzliche Bedeutung zuerkannt werden.

³⁰ v. TUHR, in Bankarchiv 7 (1907) 278; BGHZ 1 75 ff., 79.

³¹ In diesem Sinne auch AMONN, Die generelle Debitorenzession im Konkurs, in Bl. f. Schuldbetreibung und Konkurs 43 (1979) 129-139, hier 131.

³² "Entstehen" einer Forderung im strengen Wortsinn heisst *Eintritt der Fälligkeit*, da erst dann irgendwelche aktuellen rechtlichen Wirkungen eintreten (die Gewissheit, dass in späterem Zeitpunkt eine

Vorstellung, dass Zessionswirkungen mit der vorweg erklärten Zession eintreten würden, tritt nicht bloss im Falle der von der 1. Zivilabteilung nun sanktionierten "Globalzession" ein; dasselbe Problem stellt sich bereits schon bei der Zulassung der Abtretung künftiger Forderungen. Die Globalzession weitet nur die Notwendigkeit der Korrektur aus³³.

f) Die vorstehenden Hinweise beanspruchen nicht, die mit BGE 113 II 164 von der 1. Zivilabteilung geschaffenen "Folgeprobleme" abschliessend aufzulisten. Sie sollten aber hinreichend zeigen, dass der Grundsatz der Bewirkung der Forderungsübertragung durch den Akt der Vornahme der Globalzession sich nicht durchhalten lässt und nicht verallgemeinerungsfähig ist, vielmehr nach allen Azimuten der Begrenzung ruft. Insgesamt wird es erstens einmal darum gehen, jenen grundlegenden Sachverhalt, der bereits mit der Zulassung der Zession künftiger Forderungen verschüttet wurde, wieder in Erinnerung zu bringen, dass die Vorauszession als "Vorausklärung" zu verstehen ist, die nicht nur ihre Wirkung erst im Zeitpunkt (nach) der Entstehung der abzutretenden Forderung entfaltet, sondern auch hinsichtlich der Gültigkeitsvoraussetzungen (Dispositionsfähigkeit des Zedenten, Abtretbarkeit der Forderung³⁴) aus der Sicht des Zeitpunkts der Entstehung der Forderung zu beurteilen ist. Damit wird das Problem der Begrenzung der Zessionswirkungen im Konkurs des Zedenten (oben lit. e) klar beantwortet, während die sich bei Konkurs des Zessionars ergebende Problematik (oben lit. d) sich nur dann löst, wenn man die vollständige Abdeckung der Verbindlichkeiten des Zedenten gegenüber dem Zessionar als Rechtfertigung des Widerrufs der Vorweg-Zessionserklärung betrachtet. Im Falle der Geltendmachung einer Globalzession nach Dahinfallen von Entstehungsgrund und Rechtfertigung derselben (oben lit. c) hilft wohl nur die Berufung von ZGB 2 oder eine "Kausalisierung" der Globalzession in dem Sinn, dass deren Weiterdauer vom Weiterdauern des Anlasses der Abtretung abhängig gemacht wird.

Forderung entstehen wird, mag als "Anwartschaft" bezeichnet, darf aber nicht mit der Forderung selber identifiziert werden). Wenn daher der Schuldner vor Konkurseröffnung seine Leistung erbracht, dem Partner aber zur Zahlung ein Ziel von 30 Tagen gesetzt hat, muss, bei Konkurseröffnung vor deren Ablauf, die Forderung in die Konkursmasse fallen.

³³ Vgl. im übrigen AMONN, a.a.O. S. 136/7, der ebenfalls fordert, dass alle nach Konkurseröffnung entstandenen Forderungen, als nicht von der Vorauszession erfasst, in die Konkursmasse fallen. Dieser Autor zeigt, dass auch in der Frage der *paulianischen Anfechtung* als Zeitpunkt der Vornahme der Zessionsverfügung jener der Entstehung der Forderung gelten muss (a.a.O. S. 138).

³⁴ Ein Abtretungsverbot i. S. von OR 164/I mit dem Gläubiger vereinbart, kann natürlich nicht durch eine seitens des Schuldners vorweggenommene Voraus- oder Globalzession in Frage gestellt werden. So ist zwar in BGE 112 II 242 entschieden; zu denken gibt indessen, dass es zur Begründung dieser Selbstverständlichkeit vieler Worte bedurfte, und dass die 1. Zivilabteilung, wenn sie die Wirkungslosigkeit gegenüber dem Abtretungsverbot der Vorausabtretung feststellt, sagt, dies sei "jedenfalls anzunehmen, wenn der Arbeitgeber ... keine Kenntnis hat vom Abtretungsversprechen des Arbeitnehmers" und dabei offenlassend, ob es bei "Wissen" anders sein könnte. (Zu beachten ist übrigens, dass hier noch die Vorauszession des Lohnes zutreffend als "Versprechen" qualifiziert wird, eine Einsicht, die ein Jahr später verlorengeht).