

DACH
Europäische Anwaltsvereinigung e.V.

**Sicherung von Forderungen
unter Berücksichtigung der
Rechtsinstitute:
Garantie, Bürgschaft,
Eigentumsvorbehalt, Bauhand-
werkerpfandrecht etc.**

32. Tagung der DACH in Zürich
vom 19. bis 21. Mai 2005

Mit Beiträgen von

Rechtsanwältin lic. iur. Brigitte Umbach-Spahn, Küsnacht-Zürich
Rechtsanwalt Dr. Max Wieland, München
Rechtsanwalt Dr. Lothar Giesinger, Feldkirch
Rechtsanwalt Dr. Joerg Oliver Helfrich, Madrid
Rechtsanwältin Birgitt de Boer-Kühn, Amsterdam
Rechtsanwältin und Avv. Susanne Hein, Mailand
Rechtsanwalt Dr. hab. Andrzej Kubas

2005



Schulthess §

**Sicherung von Forderungen
nach Schweizer Recht**

Brigitte Umbach-Spahn
Rechtsanwältin, Küsnacht-Zürich

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	c) Gült
II. Sicherungsinstitute im Überblick	d) Internationalrechtliche Aspekte
III. Realsicherheiten	2.2 Fahrnispfandrechte
1. Eigentumsvorbehalt	a) Faustpfandrecht
1.1 Ausgangslage: Beispiel Sonnenstoren	aa) Ausgangslage: Beispiel Flugsimulatoren
1.2 Der Eigentumsvorbehalt nach Schweizer Recht	bb) Das Faustpfand nach Schweizer Recht
a) Allgemeines	cc) Beispiel Flugsimulatoren: Lösung
b) Entstehung des Eigentumsvorbehaltes	b) Übrige Fahrnispfandrechte
c) Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes	3. Sicherungsübergang
d) Übertragung und Untergang des Eigentumsvorbehaltes	4. Sicherungszession
e) Internationalrechtliche Aspekte	IV. Personalsicherheiten
1.3 Beispiel Sonnenstoren: Lösung	1. Garantie
2. Pfandrecht	2. Bürgschaft
2.1 Grundpfandrechte	3. Schuldbeitritt
a) Grundpfandverschreibung	V. Fazit
b) Schuldbrief	VI. Literatur

I. Einleitung

Die Wirksamkeit einer Forderungssicherung offenbart sich häufig erst in der Insolvenz des Schuldners. Neben einer summarischen Übersicht über die Sicherungsinstitute nach Schweizer Recht befasst sich der vorliegende Beitrag deshalb primär mit der Konkursresistenz von Sicherungsgeschäften. Im Sinne eines Praktiker-Beitrags werden anhand zweier international gelagerter Fallbeispiele insbesondere der Eigentumsvorbehalt und das Faustpfand aus insolvenzrechtlicher Optik genauer analysiert. Gerade im internationalen Verhältnis bergen diese beiden Sicherungsinstitute wegen spezifischen Anforderungen des Schweizer Rechts besondere Fallstricke. Ausländische Gläubiger wännen sich unter Umständen in falscher Sicherheit.

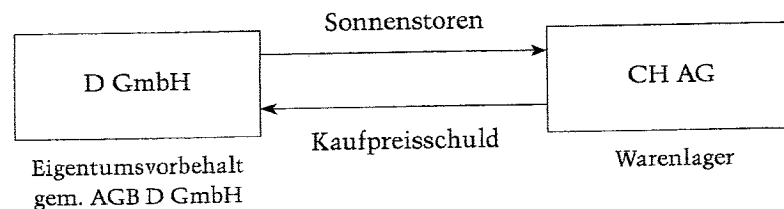
II. Sicherungsinstitute im Überblick

Die Sicherungsgeschäfte lassen sich unterteilen in Real- und Personalsicherheiten. Bei den Personalsicherheiten stehen neben dem Hauptschuldner weitere Personen obligatorisch für die Erfüllung einer Forderung ein. Dagegen sollen mit der Bestellung von Realsicherheiten Rechte an einer Sache Schutz für die Erfüllung von Forderungen bieten. Als Personalsicherheiten kennt das Schweizer Recht insbesondere die Garantie, die Bürgschaft und den Schuldbeitritt, als Realsicherheiten den Eigentumsvorbehalt, Pfandrechte sowie die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession.

III. Realsicherheiten

1. Eigentumsvorbehalt

1.1 Ausgangslage: Beispiel Sonnenstoren



Die deutsche D GmbH verkauft der schweizerischen CH AG Sonnenstoren auf Kredit, welche diese bis zur Verwendung in ihrem Warenlager aufbewahrt. Zur Sicherung der Kaufpreisforderung sehen die anwendbaren AGB der D GmbH einen Eigentumsvorbehalt der D GmbH vor, welcher ohne Registereintrag errichtet wird. Zudem findet sich in den AGB eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts. Nach Lieferung der Ware aus Deutschland in die Schweiz, aber noch vor Zahlung des Kaufpreises, fällt die CH AG in Konkurs.

Besteht ein Aussonderungsanspruch der D GmbH im Konkurs der CH AG betreffend die von ihr in die Schweiz gelieferte Ware?

1.2 Der Eigentumsvorbehalt nach Schweizer Recht

a) Allgemeines

Nach Schweizer Recht geht bei Vorliegen eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts das Eigentum an beweglichen Sachen grundsätzlich mit Übertragung des Besitzes auf den Erwerber über, unabhängig davon, ob dieser den Kaufpreis bereits bezahlt hat oder nicht¹. Bei entgeltlichen Veräußerungsgeschäften führt dies dazu, dass im Konkurs des Erwerbers die Sache in dessen Konkursmasse fällt, auch wenn der Kaufpreis noch nicht bezahlt wurde. Zu seinem Schutz kann sich der Veräußerer deshalb nach Massgabe von Art. 715 ff. ZGB beim Kreditkauf das Eigentum an der Sache vorbehalten.

b) Entstehung des Eigentumsvorbehaltes

Ein Eigentumsvorbehalt kann an beweglichen Sachen, an welchen der Besitz im Rahmen eines Kreditkaufvertrages an den Erwerber übertragen werden soll, errichtet werden². Die schuldrechtliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes kann formlos erfolgen, muss aber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor Übertragung des Besitzes an der Sache getroffen werden³.

Entsprechend dem im Schweizer Sachenrecht geltenden Publizitätsprinzip⁴ gilt gemäss Art. 930 Abs. 1 ZGB die Vermutung, dass der Besitzer einer Sache deren Eigentümer ist. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes führt zu einem Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum und somit zu einer Durchbrechung des Publizitätsprinzips. Als Korrektiv verlangt Art. 715 Abs. 1 ZGB deshalb, dass der vereinbarte Eigentumsvorbehalt zu seiner Wirksamkeit am Wohnort des Erwerbers in ein öffentliches Register eingetragen wird. Es handelt sich hierbei um das sog. Eigentumsvorbehaltsregister, welches vom Betreibungsamt geführt wird. Die Eintragung kann auch nach der Übertragung des Besitzes erfolgen, doch geht in diesem Fall das Eigentum zunächst auf den Erwerber über und erst mit der Eintragung wieder zurück auf den Veräußerer⁵. Der Registereintrag ist für die dingli-

¹ Vgl. Art. 714 Abs. 1 ZGB; zum Kausalitätsprinzip im schweizerischen Sachenrecht vgl. BGE 55 II 302, S. 306 ff. (E. 2) sowie statt vieler BK-Meier-Hayoz, Syst. Teil, N. 88 ff.

² BSK-ZGB II-Schwander, Art. 715, N. 4 ff. m.w.N.

³ BGE 93 III 96, S. 104 (E. 5); Schmid/Hürliemann-Kaup, N. 1102.

⁴ Vgl. BK-Meier-Hayoz, Syst. Teil, N. 57 ff.

⁵ BGE 93 III 96, S. 104 (E. 5), vgl. zu den Formalien auch die Verordnung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 1910 betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte (EigVV, SR 211.413.1).

che Wirkung des Eigentumsvorbehalts notwendig, er vermag aber ein mangelhaftes Veräusserungsgeschäft oder eine mangelhafte Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts nicht zu heilen. Auch kommt ihm – anders als dem Grundbucheintrag nach Art. 973 Abs. 1 ZGB – kein öffentlicher Glaube zu. Ein Dritter darf also gestützt auf den Eintrag nicht auf das Eigentum des Veräusserers schliessen. Schliesslich ist trotz Registereintrag ein gutgläubiger Erwerb der Sache möglich, denn die Kenntnis des Registereintrags wird nicht fingiert⁶.

Soll ein Eigentumsvorbehalt mit Bezug auf eine Sachgesamtheit wie ein Warenlager begründet werden, so muss der Eigentumsvorbehalt an den einzelnen Sachen errichtet werden (Spezialitätsprinzip). Für die Gültigkeit des Eigentumsvorbehalts ist deshalb erforderlich, dass die einzelnen beweglichen Sachen, welche zur Sachgesamtheit gehören, genau spezifiziert werden. Bei einem Warenlager ist somit dessen Inhalt genau zu umschreiben. Um den entsprechenden Spezifikationsanforderungen zu genügen, empfiehlt es sich, vorgängig mit dem zuständigen Registerführer Kontakt aufzunehmen.

c) Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes

Der Eigentumsvorbehalt stellt eine Suspensivbedingung dar⁷, wonach trotz gültigem Verpflichtungsgeschäft und Übertragung des Besitzes an der Sache das Eigentum beim Veräusserer bleibt, solange der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt ist.

Aufgrund seiner Eigentümerstellung kann der Veräusserer vom Vertrag zurücktreten und die Sache vom Erwerber oder einem Dritten⁸ herausverlangen, wenn der Käufer mit der Kaufpreiszahlung in Verzug gerät. Er hat nicht bloss einen obligatorischen Rückgabeanspruch gegen den Käufer wie im Falle des Vertragsrücktritts nach Art. 107 ff. OR i.V.m. Art. 214 Abs. 3 OR⁹.

Der dingliche Herausgabeanspruch ist unverjährbar. Wird die verkaufte Sache beim Erwerber gepfändet, so kann der Verkäufer sein Eigentumsrecht

⁶ Vgl. zu den Wirkungen des Registereintrags BSK-ZGB II-Schwander, Art. 715 N. 6; Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 1107 ff.

⁷ BGE 58 II 347, S. 354 (E. 2); h.L. vgl. BSK-ZGB II-Schwander, Art. 715 N. 5 m.w.N.

⁸ Vorbehalten bleibt der gutgläubige Erwerb der Sache durch den Dritten nach Art. 933 ZGB.

⁹ Ist der Kaufgegenstand vor der Zahlung in den Besitz des Käufers übergegangen, so hat der Verkäufer nur dann ein einseitiges Rücktrittsrecht beim Zahlungsverzug des Käufers, wenn er sich dieses vorbehalten hat. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts stellt [auch ohne Eintrag] einen solchen Vorbehalt dar. Vgl. BGE 90 II 285, S. 292 (E. 2a); BSK-ZGB II-Schwander, Art. 715 N. 9.

im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG geltend machen. Im Konkurs des Erwerbers steht ihm ein Aussonderungsrecht nach Art. 242 Abs. 1 SchKG zu.

d) Übertragung und Untergang des Eigentumsvorbehaltes

Der Eigentumsvorbehalt ist ein Nebenrecht der Kaufpreisforderung und teilt deren Schicksal. So geht im Fall der Zession der Kaufpreisforderung das Eigentum am Kaufgegenstand auf den Zessionar über (Art. 170 Abs. 1 OR)¹⁰.

Hauptgrund für den Untergang des Eigentumsvorbehalts ist das vollständige Erlöschen der Kaufpreisschuld. Als deren Nebenrecht erlischt auch der Eigentumsvorbehalt (Art. 114 OR) und das Eigentum geht durch Besitzwandlung (*brevi manu traditio*) auf den Erwerber über. Auch die unterlassene Neueintragung innerhalb von drei Monaten nach Wohnsitzwechsel des Schuldners führt zum Untergang des Eigentumsvorbehalts (Art. 3 EigVV)¹¹.

e) Internationalrechtliche Aspekte

Wird eine Sache aus dem Ausland in die Schweiz eingeführt, an der nach dem anwendbaren ausländischen Recht ein Eigentumsvorbehalt gültig begründet worden ist, der den Anforderungen des Schweizer Rechts nicht genügt, so bleibt dieser Eigentumsvorbehalt nach Art. 102 Abs. 2 IPRG noch während dreier Monate in der Schweiz gültig. Er kann jedoch einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden (Art. 102 Abs. 3 IPRG). Faktisch wirkt ein solcher ausländischer Eigentumsvorbehalt somit auch während der dreimonatigen Schonfrist nur noch zwischen den Parteien, d.h. zwischen Verkäufer und Käufer. Dem Verkäufer steht es jedoch frei, seinen Eigentumsvorbehalt im zuständigen Schweizer Eigentumsvorbehaltsregister¹² eintragen zu lassen. Vor dieser Eintragung müssen sich die Gläubiger des Schwei-

¹⁰ Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 1113 m.w.N.

¹¹ Weitere Untergangsgründe sind der Verzicht des Veräusserers, der Erwerb des Eigentums an der Sache durch einen Dritten (gutgläubiger Erwerb, Verarbeitung, Vermischung, Verbindung; hierzu: Th. Bühler, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997) sowie die Löschung des Registereintrags von Amtes wegen (Verordnung des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 29. März 1939 betreffend die Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister [SR 211.413.11]).

¹² Zum Eintrag zuständig ist das Betreibungsamt am Wohnsitz des Schweizer Käufers. Verfügt der Käufer nicht über einen Wohnsitz in der Schweiz, so geht die Lehre davon aus, dass eine Eintragung am Ort der gelegenen Sache möglich ist (BSK-IPRG-Fisch, Art. 102 N. 34; ZK-IPRG-Heini, Art. 102 N. 12.).

zer Käufers den im Ausland ohne Registereintrag gültig errichteten Eigentumsvorbehalt nicht entgegenhalten lassen. Vor dem Eintrag im Schweizer Eigentumsvorbehaltsregister bietet ein solcher Eigentumsvorbehalt somit für den Verkäufer keinen Schutz im Schweizer Konkurs des Käufers¹³.

Der Eigentumsvorbehalt an einer zur Ausführung bestimmten beweglichen Sache untersteht gemäss Art. 103 IPRG dem Recht des Bestimmungsstaates.

1.3 Beispiel Sonnenstoren: Lösung

Der nach deutschem Recht ohne Registereintrag gültig begründete Eigentumsvorbehalt verschafft der D GmbH nur dann ein Aussonderungsrecht im Konkurs der CH AG, wenn sie den Eigentumsvorbehalt in der Schweiz im Eigentumsvorbehaltsregister am Sitz der CH AG hat eintragen lassen. Dies gilt auch während der dreimonatigen Schonfrist gemäss Art. 102 Abs. 2 IPRG.

2. Pfandrecht

Die Gesetzessystematik unterscheidet zwischen Grund- und Fahrnispfandrechten. Zu ersteren¹⁴ zählen Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült. Die Fahrnispfandrechte¹⁵ umfassen das Faustpfand, das Retentionsrecht, das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten, das Versatzpfand sowie die Pfandbriefe¹⁶. Diskutiert werden soll vorliegend primär das Faustpfand, dessen spezifische Ausgestaltung im Schweizer Recht im internationalen Kontext spezielle Probleme aufwerfen kann.

Pfandrechte können nur in einer der gesetzlich vorgesehenen Formen begründet werden (numerus clausus, Art. 793 Abs. 2 ZGB). Sie dienen der Sicherung von Forderungen, insbesondere der Kreditsicherung. Sie räumen dem Pfandgläubiger das Recht zur Verwertung des Grundstücks bzw. der verpfändeten beweglichen Sache (oder des verpfändeten Rechts) sowie das Recht zur Schadloshaltung aus dem Verwertungserlös bis zur Höhe der Forderung ein. Bei gültiger Errichtung des Pfandrechts erhält der Pfandgläubiger ein Recht zur Vorabbefriedigung aus dem Erlös der Pfandsache bei Insolvenz des Kreditnehmers.

2.1 Grundpfandrechte

Von den drei in der Schweiz gesetzlich vorgesehenen Grundpfandrechten sind lediglich die Grundpfandverschreibung und der Schuldbrief von prakti-

¹³ BSK-IPRG-Fisch, Art. 102 N. 32.

¹⁴ Art. 793 ff. ZGB.

¹⁵ Art. 884 ff. ZGB.

¹⁶ Diese sind im Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (PfG, SR 211.423.4) geregelt.

scher Bedeutung. Beide dienen der Sicherung von Forderungen. Der Schuldbrief ermöglicht darüber hinaus eine Mobilisierung des Bodenwerts. Formell verlangt das Schweizer Recht zur Errichtung dieser Grundpfandrechte eine öffentliche Beurkundung des Pfandvertrages sowie einen Grundbucheintrag. Letzterer wirkt konstitutiv.

a) Grundpfandverschreibung

Durch die Grundpfandverschreibung (Hypothek) nach Art. 824 ff. ZGB kann eine beliebige, gegenwärtige oder zukünftige oder bloss mögliche Forderung pfandrechtlich sichergestellt werden. Das verpfändete Grundstück braucht dabei nicht im Eigentum des Schuldners zu sein. Die Grundpfandverschreibung wird nicht in einem Wertpapier verbrieft und hat daher lediglich Sicherungsfunktion. Die Hypothek wird regelmässig durch Rechtsgeschäft begründet, kann aber auch von Gesetzes wegen entstehen.

b) Schuldbrief

Durch den Schuldbrief wird nach Art. 842 ff. ZGB eine persönliche Forderung begründet, die durch ein Grundpfand sichergestellt ist und in einem Wertpapier verbrieft wird. Soll durch ein Schuldbrief eine bestehende Forderung nachträglich sichergestellt werden, so geht die sicherzustellende Forderung dabei grundsätzlich durch Novation unter (Art. 855 Abs. 1 ZGB) und wird neu in einem Wertpapier verbrieft. Dieses verkörpert Forderung und Pfandrecht in einer untrennbaren Einheit. Die Einreden des Schuldners werden nach Massgabe von Art. 872 ZGB begrenzt und der Gläubiger genießt einen besonderen Gutgläubensschutz aus dem Grundbucheintrag und dem Pfandtitel. Der Schuldner der sichergestellten Forderung braucht nicht zwingend Eigentümer des belasteten Grundstücks zu sein.

c) Gült

Die Gült ist in der Praxis von marginaler Bedeutung. Sie entspricht in weiten Teilen dem Schuldbrief. Als Hauptunterschied haftet bei der Gült lediglich das belastete Grundstück für die gesicherte Forderung. Schuldner ist stets der Eigentümer des belasteten Grundstücks (Art. 851 Abs. 1 ZGB), womit ein Drittpfand ausgeschlossen ist.

d) Internationalrechtliche Aspekte

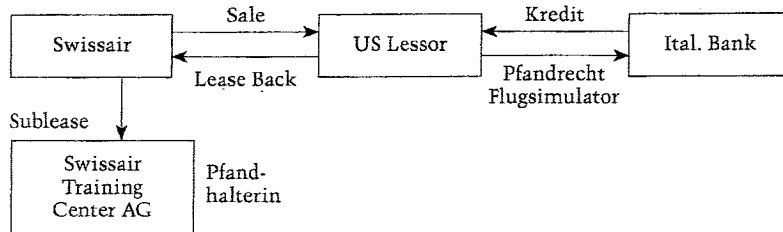
Sowohl die Errichtung als auch Gültigkeit und Wirkung von Grundpfandrechten an Schweizer Grundstücken beurteilen sich ausschliesslich nach

Schweizer Recht (Art. 99 Abs. 1 IPRG¹⁷). Im internationalen Verhältnis ist aus insolvenzrechtlicher Sicht aber zu berücksichtigen, dass die Verwertungen einer Schweizer Liegenschaft eines ausländischen Konkursiten nur im Rahmen eines Schweizer Minikonkursverfahrens gemäss Art. 166 ff. IPRG möglich ist. Das Schweizer Recht erlaubt einem ausländischen Insolvenzverwalter nicht, selber im Rahmen einer Zwangsverwertung ein Schweizer Grundstück des ausländischen Konkursiten in der Schweiz zu verwerten. Der ausländische Insolvenzverwalter hat vielmehr einen Antrag auf Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets an den zuständigen Schweizer Richter am Ort des Schweizer Vermögens zu stellen (Art. 167 IPRG). Soweit diesem Antrag stattgegeben wird, wird für das schweizerische Vermögen des ausländischen Konkursiten ein Schweizer Minikonkursverwalter bestellt, welcher das Schweizer Vermögen gemäss den Bestimmungen des Schweizer Insolvenzrechts verwertet. Den Verwertungserlös stellt er nach Befriedigung der pfandgesicherten Forderungen sowie der privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz dem ausländischen Insolvenzverwalter zur Verfügung, soweit die angemessene Berücksichtigung der nicht privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren gewährleistet ist¹⁸.

2.2 Fahrnispfandrechte

a) Faustpfandrecht

aa) Ausgangslage: Beispiel Flugsimulatoren¹⁹



¹⁷ ZK-IPRG-Heini, Art. 99 N. 3. Das Schweizer Recht bestimmt auch, ob das Verfügungsgeschäft kausal, d.h. von einem gültigen Grundgeschäft (Verpflichtungsgeschäft) abhängig ist. Dagegen untersteht das Verpflichtungsgeschäft selber seinem eigenen Statut (ZK-IPRG-Heini, Art. 99 N. 2).

¹⁸ ZK-IPRG-Volken, Art. 173, N. 1 ff.

¹⁹ Der nachfolgende Sachverhalt orientiert sich an einem real vorgefallenen, wurde aber in einigen Punkten vereinfacht und modifiziert.

Die Swissair Schweizerische Luftverkehr-AG («Swissair») war Eigentümerin von vier Flugsimulatoren, welche sie an ihre Schweizer Tochter Swissair Training Center AG («Training Center») verleast hatte. Im Rahmen einer Sale-and-Lease-Back-Transaktion verkaufte Swissair die Simulatoren an einen amerikanischen Trust, welcher die Simulatoren sogleich an die Swissair zurück verleaste. Diese wiederum überliess die Simulatoren im Rahmen eines Sub-Lease weiterhin der Training Center. Zur Finanzierung des Kaufpreises nahm der amerikanische Trust bei einer italienischen Bank ein Darlehen auf. Zu dessen Sicherung wurde der italienischen Bank ein Pfandrecht an den Simulatoren eingeräumt und die Training Center als Pfandhalterin eingesetzt. Für die gesamte Transaktion wurde zwischen den beteiligten Parteien ein Rahmenvertrag abgeschlossen. Die Transaktion wurde amerikanischem Recht unterstellt.

In der Insolvenz der Swissair stellte sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob das Pfandrecht der Bank an den vier Simulatoren gültig errichtet und gegenüber Drittgläubigern der Swissair Bestand hat.

bb) Das Faustpfand nach Schweizer Recht

(1) Entstehung des Faustpfandes

Nach Schweizer Recht kann ein Faustpfand an bestimmten, beweglichen, körperlichen Sachen errichtet werden²⁰. Zur Entstehung des Faustpfandes bedarf es eines (i) Pfandvertrags, des (ii) Bestands einer Forderung, der (iii) Verschaffung des Besitzes am Pfandobjekt sowie der (iv) Verfügungsbefugnis des Pfandschuldners oder des guten Glaubens des Pfandgläubigers²¹.

Der *Pfandvertrag* ist ein Innominatkontrakt, in dem sich der Verpfänder verpflichtet, dem Pfandnehmer das dingliche Recht an einem Pfandobjekt zur Sicherung einer Pfandforderung zu verschaffen. Der Pfandgläubiger

²⁰ Als *Pfandobjekt* kommen somit einzelne selbständige, verwertbare, bewegliche, körperliche Sachen (ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 16 ff., vgl. auch ausführlich zum Pfandgegenstand BK-Zobl, Art. 884 N. 71 ff.) also Sachen i.S.v. Art. 713 ZGB, in Betracht. Das Erfordernis der Körperlichkeit grenzt das Faustpfand vom Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten nach Art. 899 ff. ZGB ab, in der Beweglichkeit der Pfandsache liegt der Unterschied zum Grundpfand nach Art. 793 ff. ZGB. Selbständigkeit bedeutet, dass der Pfandgegenstand ein eigenes rechtliches Schicksal haben können muss (BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 39). Dies ist insbesondere bei Bestandteilen nicht der Fall. Die Pfandsache muss schliesslich verwertbar sein. Sie muss also einen Vermögenswert haben, und die Verpfänd- und Verwertbarkeit darf nicht durch privat- oder öffentlichrechtliche Normen ausgeschlossen sein (BK-Zobl, Art. 884 N. 143 ff.).

²¹ BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 3.

verpflichtet sich zur Rückgabe des Pfandobjekts bei Untergang des Pfandrechts²². Der Pfandvertrag ist grundsätzlich formlos gültig²³. Dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip²⁴ folgend kann das dingliche Pfandrecht nur an einzelnen Sachen entstehen. Dies schliesst indes nicht aus, dass sich ein Pfandvertrag auf mehrere Gegenstände oder auch auf eine Sachgesamtheit bezieht, solange die Bestimmbarkeit der einzelnen Pfandsachen gewährleistet ist²⁵.

Die zu sichernde *Pfandforderung* muss bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Neben Forderungen auf Geldleistung können auch Unterlassungs- und Duldungsansprüche mit Faustpfand gesichert werden. Der Betrag der Haftung kann unbestimmt bleiben²⁶. Das Pfandrecht ist vom Bestand, Umfang und Schicksal der Pfandforderung abhängig. Diese für das Faustpfand gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Akzessorietät ergibt sich aus dem Zweck des Pfandrechts und der Absicht der Parteien, eine Forderung zu sichern²⁷. Das Akzessorietätsprinzip gilt jedoch nicht absolut. Eine wesentliche Durchbrechung stellt die Möglichkeit dar, ein Pfandrecht für zukünftige oder bedingte Forderungen zu begründen.

Die Übertragung *des Besitzes* am Pfandobjekt ist Kernelement des schweizerischen Faustpfandrechts und – abgesehen von gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen²⁸ – zwingend erforderlich. Dieses sog. Faustpfandprinzip²⁹ ist eine Konkretisierung der sachenrechtlichen Prinzipien der Tradition und

²² Zum Inhalt des Pfandvertrags vgl. BK-Zobl, Art. 884 N. 357 ff.

²³ Zum Pfandvertrag allgemein vgl. BK-Zobl, Art. 884 N. 326 ff.; BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 13 ff.; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 87 ff.

²⁴ Vgl. hierzu BK-Meier-Hayoz, Syst. Teil, N. 75.

²⁵ Die dingliche Wirkung des Pfandrechts tritt ernst mit Übertragung des Besitzes an den einzelnen Pfandsachen ein (vgl. BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 44; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 18).

²⁶ Zur Pfandforderung vgl. BK-Zobl, Art. 884 N. 177 ff. und 379 ff.; BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 48 ff.; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 115 ff.

²⁷ BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 51 ff.; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 149 ff.

²⁸ Bei der nur ausnahmsweise zulässigen Mobilhypothek (besitzloses Pfand) übernimmt ein Registereintrag die Publizitätsfunktion, so etwa bei der *Luftfahrzeugverschreibung* (Art. 28 ff. des Bundesgesetzes über das Luftfahrzeugbuch vom 7. Oktober 1959, SR 748.217.1) oder der *Schiffsverschreibung* (Art. 38 ff. des Bundesgesetzes über das Schiffsregister vom 28. September 1923, SR 747.11). Vgl. zu diesen und weiteren zulässigen Mobilhypotheken BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 79 ff.

²⁹ Negativ formuliert bedeutet das Faustpfandprinzip das Verbot der Mobilhypothek.

der Publizität. Es findet seinen Ausdruck in Art. 884 Abs. 1 und 3 ZGB. Es soll sicherstellen, dass die dingliche Berechtigung an der Pfandsache mit der für Dritte (inkl. Gläubiger des Pfandschuldners sowie des Drittpfandgebers) erkennbaren Besitzlage übereinstimmt.

Die Besitzesübertragung erfolgt grundsätzlich nach den Regeln des Besitzrechts gemäss Art. 922 ff. ZGB. Neben der eigentlichen Tradition kommen also auch die Traditionssurrogate in Betracht. Jedoch sind an den Erwerb des Pfandbesitzes im Vergleich zum Eigentumserwerb (Art. 714 ZGB) erhöhte Anforderungen gestellt. Insbesondere ist für die Begründung eines Faustpfands die Besitzesübertragung mittels Besitzeskonstitut nicht ausreichend. Dies ergibt sich aus Art. 884 Abs. 3 ZGB, wonach das Pfandrecht nicht begründet ist, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält³⁰. Massgebend ist somit, dass der Verpfänder nicht mehr selbständig über die Pfandsache körperlich verfügen kann. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Pfandgläubiger die ausschliessliche Gewalt über die Sache erhält. Ein Mitbesitz, bei dem Verpfänder und Pfandnehmer die Sachherrschaft nur gemeinsam ausüben können, ist ausreichend³¹.

Neben der Übertragung des Besitzes an der Pfandsache auf den Pfandgläubiger ist auch die Besitzübertragung auf einen Dritten (einen sog. «Pfandhalter») möglich. Befindet sich der Pfandgegenstand schon vor der Pfandbestellung bei einem Dritten, so kann mit Besitzeinweisung nach Art. 924 ZGB ein Pfandrecht gültig begründet werden, soweit der Dritte entsprechend benachrichtigt wird. Die Anzeige an den Dritten wirkt konstitutiv³².

Für die gültige Pfandbestellung ist schliesslich grundsätzlich erforderlich, dass der *Pfandgeber über die Pfandsache verfügen darf*. Der *gutgläubige Pfandnehmer* wird jedoch geschützt, auch wenn der Verpfänder nicht befugt war, über die Sache zu verfügen. Dieser in Art. 884 Abs. 2 ZGB vorgesehene Gutgläubensschutz gilt jedoch nur, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitze zustehen. Massgebend sind diesbezüglich die Regeln des Besitzrechts (Art. 933 ff. ZGB), wonach der gute Glaube greift, wenn die Sache dem Veräusserer anvertraut worden war, nicht aber – abgesehen von Geld oder Inhaberpapieren – bei abhanden gekommenen Sachen³³.

³⁰ BGE 89 II 314, 319 f.; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 188.

³¹ BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 60.

³² Pra 1983 713, 715; BK-Zobl, Art. 884 N. 684 ff.; BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 64 ff. und insb. 71 ff.; Schmid/Hürliemann-Kaup, N. 1890; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 254 ff.

³³ Zum Schutz des gutgläubigen Pfandnehmers vgl. BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 113 ff.

(2) Wirkungen des Faustpfandrechtes

Nach Art. 891 Abs. 1 ZGB hat der Pfandgläubiger das Recht darauf, sich im Falle der Nichterfüllung aus dem Erlös des Pfandes bezahlt zu machen. Erfüllt der Schuldner die gesicherte und fällige Forderung nicht, so kann der Gläubiger die Verwertung des Pfandes auf dem Weg der Zwangsvollstreckung³⁴ herbeiführen. Eine Verwertung durch den Pfandgläubiger selbst ist möglich, wenn die Parteien dies vereinbart haben³⁵. Hingegen sind Verfallabreden, wonach das Eigentum am Pfandobjekt dem Gläubiger zufallen soll, wenn er nicht befriedigt wird, gemäss Art. 894 ZGB ungültig.

Das Pfandrecht bietet Sicherheit für die Forderung sowie für die Vertrags- und Verzugszinse und die Betreuungskosten (Art. 891 Abs. 2 ZGB). Auch in der Insolvenz des Schuldners verschafft das Pfandrecht dem Pfandgläubiger eine bevorzugte Stellung, indem es ihm einen Anspruch auf Vorabbefriedigung aus dem Pfanderlös vermittelt (Art. 219 Abs. 1 SchKG)³⁶. Als Besitzer der Pfandsache kommt der Pfandgläubiger schliesslich in den Genuss der Schutzbehelfe des Besitzesrechts³⁷.

(3) Übertragung und Untergang des Faustpfandrechtes

Als Nebenrecht geht das Pfandrecht im Falle einer Abtretung der gesicherten Forderung von Gesetzes wegen auf den Zessionar über (Art. 170 Abs. 1 OR)³⁸. Wird umgekehrt die Schuld übernommen, so haftet das Pfand grundsätzlich weiter (Art. 178 Abs. 1 OR). Die Haftung des Drittpfandes fällt je-

³⁴ Der Schuldner seinerseits hat einen Anspruch darauf, dass die Vollstreckung auf dem Weg der Betreuung auf Pfandverwertung durchgeführt wird (*beneficium excussionis realis*), vgl. Art. 41 Abs. 1 f. SchKG.

³⁵ BGE 119 II 344, S. 345 (E. 2a).

³⁶ Hinsichtlich der Verjährung der pfandgesicherten Forderung gilt Folgendes: Zunächst unterbricht die Begründung des Pfandrechts die Verjährung (Art. 135 Ziff. 1 OR). Im Unterschied zum Grundpfand (siehe Art. 807 ZGB) hindert ein bestehendes Fahrnispfandrecht die Verjährung der Forderung zwar nicht. Der Pfandnehmer ist aber auch nach der Verjährung der Forderung berechtigt, sein Pfandrecht geltend zu machen (Art. 140 OR), was eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips darstellt (BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 102).

³⁷ So kann sich der Pfandbesitzer gegen die widerrechtliche Störung oder Entziehung seines Besitzes mittels verhältnismässiger Selbsthilfe oder Besitzschutzklagen zur Wehr setzen (Art. 926 ff. ZGB). Den abhanden gekommenen Pfandgegenstand kann er von Dritten mit Besitzesrechtsklage (Art. 934 und 936 ZGB) herausverlangen. Daneben hat der Pfandgläubiger vergleichbar zum Eigentümer einen dinglichen, vindikatorischen und negatorischen Anspruch (Art. 641 Abs. 2 ZGB analog), vgl. ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 408; BK-Zobl, Syst. Teil, N. 840 ff.

³⁸ BGE 80 II 109, S. 114 (E. 2); BSK-ZGB II-Bauer, Art. 884 N. 103; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 N. 162.

doch dahin, wenn der Drittpfand Eigentümer der Schuldübernahme nicht zugestimmt hat (Art. 178 Abs. 2 OR).

Grund für den Untergang des Pfandrechts ist regelmässig die vollständige Erfüllung der sichergestellten Forderung, was sich aus der akzessorischen Natur des Pfandrechts ergibt (Art. 114 Abs. 1 OR). Weiter geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger den Besitz am Pfandobjekt verliert und dieses nicht von einem Dritten herausverlangen kann (Art. 888 Abs. 1 ZGB). Ebenso führt die Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder zum Untergang des Pfandrechts, es sei denn, die Rückgabe erfolgt nur für kurze Zeit. Diesfalls geht das Pfandrecht nicht unter, sondern wird lediglich in seiner Wirkung suspendiert (Art. 888 Abs. 2 ZGB)³⁹.

(4) Internationalrechtliche Aspekte

Im internationalen Verhältnis sind insbesondere die Art. 100 ff. IPRG über das auf bewegliche Sachen anwendbare Recht zu beachten. Grundsätzlich ist die *lex rei sitae* massgebend. Als Grundnorm statuiert Art. 100 IPRG, dass Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht desjenigen Staates unterstehen, in dem die Sache im Zeitpunkt des Vorgangs liegt, aus dem der Erwerb oder der Verlust hergeleitet wird (Abs. 1). Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte unterstehen demgegenüber dem Recht am Ort der gelegenen Sache (Abs. 2).

Ein im Ausland gültig errichtetes Mobiliarpfand bleibt somit grundsätzlich auch bei Einfuhr der Pfandsache in die Schweiz bestehen. Die zentrale Bedeutung des Publizitätsprinzips im schweizerischen Sachenrecht setzt dem allerdings Grenzen: ein ausländisches Pfand, bei dem der Pfandgeber die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält, lässt sich ohne Verletzung des Faustpfandprinzips nicht in das schweizerische Recht transponieren. Ein solches, ausländisches Sicherungsgeschäft bleibt deshalb in der Schweiz ohne dingliche Wirkung⁴⁰. Im Konkurs des Schweizer Pfandgebers (Pfandschuldner bzw. Drittpfandgeber) fällt das Pfand, an dem der Schweizer Pfandgeber ausschliesslichen Besitz hat, in dessen Masse. Der Pfandgläubiger hat diesfalls kein Recht auf Vorabbefriedigung aus dem Pfanderlös. Ein im Ausland gültig errichtetes Mobiliarpfand ist somit in der Insolvenz des Schweizer Pfandgebers nicht konkursfest.

³⁹ Vgl. BGE 99 II 34, S. 37 (E. 1); Riemer § 31 N. 19.

⁴⁰ Vgl. BSK-IPRG-Fisch, Art. 100 N. 47 ff.; ZK-IPRG-Heini, Art. 100 N. 43 ff.

cc) Beispiel Flugsimulatoren: Lösung

Sale-and-Lease-Back-Transaktionen in ihrer klassischen Ausgestaltung, bei der der Lessor die Leasingssache vom nachmaligen Leasingnehmer erwirbt und dieser die Sache sowohl vor als auch nach der Transaktion in seinem Besitz hält, geraten unter schweizerischem Recht mit den Vorschriften von Art. 717 und 884 ZGB in Konflikt⁴¹. Nach Art. 717 ZGB bleibt die Eigentumsübertragung mittels Besitzeskonstitut Dritten gegenüber unwirksam, wenn mit dem Geschäft die Benachteiligung der Dritten oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.

Im vorliegenden Fall übte die Swissair jedoch schon vor der Sale-and-Lease-Back-Transaktion nicht unmittelbaren Besitz an den Simulatoren aus. Diese waren und blieben auch nach dem Verkauf bei der Training Center. Da die Besitzesübertragung nicht durch ein Besitzeskonstitut, sondern durch Besitzeanweisung erfolgte, konnte der amerikanische Trust gültig Eigentum erwerben. Als Eigentümer war es dem Trust sodann möglich, die Simulatoren an die italienische Bank zu verpfänden. Mit der Anweisung an die Training Center, den Besitz an den Simulatoren für die Bank als Pfandgläubigerin auszuüben, wurde deren Pfandrecht gültig begründet. Das Pfandrecht der italienischen Bank war somit in der vorliegenden Konstellation konkursfest.

b) Übrige Fahrnispfandrechte

Neben dem Faustpfand kennt das Gesetz das Retentionsrecht (Art. 895 ff. ZGB), das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten (Art. 899 ff. ZGB), das Versatzpfand (Art. 907 ff. ZGB) sowie die Pfandbriefe (Pfandbriefgesetz⁴²). Versatzpfand und Pfandbriefe haben eine sehr geringe praktische Bedeutung⁴³.

⁴¹ BGE 119 II 236, S. 241 (E. 5).

⁴² Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (PfG, SR 211.423.4).

⁴³ Zwei im Gesetz nicht speziell geregelte Sicherungsgeschäfte sind sodann das irreguläre Pfandrecht sowie die Sicherungshinterlegung.

Als *irreguläres Pfandrecht* bezeichnet man ein Sicherungsgeschäft, bei dem der Schuldner oder ein Dritter dem Gläubiger vertretbare Sachen unter der Vereinbarung zu Eigentum überträgt, dass der Gläubiger ihm bei Untergang der Forderung nicht die identischen Sachen, sondern Sachen in gleicher Menge und Güte zurückerstatten hat (ZK-Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 183). Während die Rechtsnatur dieses Sicherungsgeschäfts umstritten ist, ist dessen Zulässigkeit anerkannt (BK-Zobl, Syst. Teil, N. 1107 und 1123 ff.). Das irreguläre Pfandrecht dient wirtschaftlich dem gleichen Zweck wie das reguläre Fahrnispfand, weshalb die Bestimmungen über das Fahrnispfand analog angewendet werden (BK-Zobl, Syst. Teil, N.

3. Sicherungsübereignung

Wie ein Pfandrecht dient auch die Sicherungsübereignung der Sicherung von Forderungen. Während beim Pfandrecht dem Gläubiger aber lediglich ein beschränktes dingliches Recht eingeräumt wird, erhält er bei der Sicherungsübereignung eine Sache zu fiduziarischem Eigentum, also zu Vollrecht, übertragen.

Die Sicherungsübereignung ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage im Schweizer Recht als zulässiges Rechtsinstitut anerkannt⁴⁴. Die pfandrechtlichen Vorschriften sind analog anwendbar, soweit dem das Vollrecht des Fiduziars nicht entgegensteht⁴⁵. Insbesondere ist auch hier die Eigentumsübertragung mittels Besitzeskonstitut, bei dem die Sache beim Sicherheitsgeber (Fiduziant) verbleibt, ausgeschlossen⁴⁶.

Aus dem Vollrecht des Fiduziars an der Sache ergibt sich, dass der Fiduziant lediglich einen obligatorischen, im Unterschied zum Pfandgeber also keinen dinglichen Rückgabeanspruch hat. Dies gilt auch in der Insolvenz des Fiduziars, bei der die Sache in dessen Konkursmasse fällt und vom Fiduzianten nicht ausgesondert werden kann. Bei der Sicherungsübereignung führt sodann die Tilgung der gesicherten Forderung grundsätzlich nicht zur Rückübertragung des Eigentums an der Sache. Dies kann jedoch er-

1132). Damit ist insbesondere auch beim irregulären Pfandrecht eine Pfandbestellung mittels Besitzeskonstitut ausgeschlossen.

Die *Sicherungshinterlegung* ist ein Dreiparteiengeschäft. Der Schuldner (Hinterleger) übergibt einem Dritten (Aufbewahrer) zur Sicherung der Forderung des Gläubigers (Begünstigter) eine Sache mit der Weisung, die hinterlegte Sache an den Gläubiger herauszugeben oder für die Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu halten, falls die gesicherte Forderung nicht erfüllt wird. Wird eine nicht vertretbare Sache hinterlegt und bleibt der Hinterleger deren Eigentümer (*reguläre Sicherungshinterlegung*), liegt eine Anwendungsfall des regulären Pfandrechts vor, bei dem lediglich nicht der Gläubiger, sondern der Aufbewahrer den unmittelbaren Besitz an der Pfandsache ausübt. Werden vertretbare Sachen, insb. Geld, hinterlegt (*irreguläre Sicherungshinterlegung*), so ist damit ein irreguläres Pfandrecht begründet. Die *fiduziarische Sicherungshinterlegung* schliesslich stellt einen Anwendungsfall der Sicherungsübereignung oder Sicherungszession dar. Dabei werden die als Sicherheit dienenden Sachen oder Rechte dem Aufbewahrer zu Eigentum übertragen, und dieser verpflichtet, die Sache dem Hinterleger oder Gläubiger herauszugeben, je nach dem, ob die gesicherte Forderung erfüllt wurde oder nicht (vgl. die Übersicht bei Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 2031 ff.).

⁴⁴ BGE 119 II 326, S. 328 (E. 2a); ZK-Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 246 ff.

⁴⁵ BSK-ZGB II-Bauer, vor Art. 884 N. 35; ZK-Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 254.

⁴⁶ BSK-ZGB II-Bauer, vor Art. 884 N. 35 m.w.H. zu anderen Analogien.

reicht werden, indem die Sicherungsübereignung resolutiv bedingt wird⁴⁷. Wird eine solche Resolutivbedingung vereinbart, so steht dem Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars ein Aussonderungsanspruch zu, sofern die gesicherte Schuld getilgt ist⁴⁸.

4. Sicherungszession

Die Sicherungszession entspricht im Wesentlichen der Sicherungsübereignung. Hier dienen jedoch nicht bewegliche Sachen als Sicherheit, sondern Forderungen oder andere übertragbare Rechte. Obwohl auch hier eine gesetzliche Regelung fehlt, ist die Zulässigkeit unbestritten. Der Sicherungszessionar wird voll berechtigter Gläubiger der abgetretenen Forderung. Die Sicherungszession bedingt einen schriftlichen Abtretungsvertrag.

IV. Personalsicherheiten

Eine weitere Möglichkeit, finanzielle Risiken abzusichern, bieten im Bereich der Personalsicherheiten insbesondere die Garantie und die Bürgschaft. Die beiden Institute unterscheiden sich im Wesentlichen durch Formerfordernisse sowie die Frage der Akzessorietät zur Hauptschuld.

1. Garantie

Garantieverträge gemäss Art. 111 OR sind insbesondere in der Form der Bankgarantie von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Beim Garantievertrag verspricht der Garant dem Garantieempfänger, diesem Schadenersatz zu leisten, falls die Leistung eines Dritten, bzw. ein bestimmtes oder bestimmbares Verhalten eines Dritten, ausbleibt⁴⁹.

Garantieverträge treten in zwei Erscheinungsformen auf: Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jeglichem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Bei der *bürgschaftsähnlichen Garantie* bezieht sich das Versprechen des Garanten in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis zwischen dem Begünstigten und einem Dritten. Dabei sichert die bürgschaftsähnliche Garantie die Leistung aber unabhängig davon, ob

⁴⁷ BSK-ZGB II-Bauer, vor Art. 884 N. 34; BK-Zobl, Syst Teil, N. 1373 und 1414 ff.; ZK-Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 243.

⁴⁸ BK-Zobl, Syst Teil, N. 1468.

⁴⁹ BSK-OR I-Pestalozzi, Art. 111 N. 1 f.

sie tatsächlich geschuldet ist⁵⁰. Sowohl bei der reinen Garantie als auch der bürgschaftsähnlichen Garantie besteht somit keine Akzessorietät zwischen der Sicherheit (Garantie) und der Hauptschuld. Dies unterscheidet die Garantie von der Bürgschaft. Im Zweifelsfall ist durch Auslegung des Sicherungsvertrages zu ermitteln, ob ein selbständiges Garantieverprechen oder eine Bürgschaft vorliegt⁵¹. Die Abgrenzung ist nicht zuletzt deshalb bedeutsam, weil der Garantievertrag im Gegensatz zur Bürgschaft formfrei abgeschlossen werden kann. Bei der Ausarbeitung von Garantieverträgen ist deshalb diesem Unterscheidungskriterium besondere Bedeutung beizumessen.

Der Garantievertrag untersteht bei Fehlen einer Rechtswahl dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. Der engste Zusammenhang besteht vermutungsweise mit dem Staat, in dem der Garant seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Niederlassung hat (Art. 117 IPRG, insb. Abs. 3 lit. e.). Der Vertrag ist formgültig, wenn er dem auf den Vertrag anwendbaren Recht oder dem Recht am Abschlussort entspricht (Art. 124 Abs. 1 IPRG). Schreibt das auf den Vertrag anwendbare Recht jedoch die Beachtung einer Form zum Schutz einer Partei vor, so richtet sich die Formgültigkeit ausschliesslich nach diesem Recht, es sei denn, dieses lasse die Anwendung eines anderen Rechts zu (Art. 124 Abs. 3 IPRG).

2. Bürgschaft

Im Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen (Art. 492 Abs. 1 OR). Der Bürge verpflichtet sich zu einer eigenen Leistung, doch muss hier – im Gegensatz zur Garantie – stets eine Hauptschuld eines Dritten bestehen. Jede Bürgschaft ist akzessorisch⁵².

Als Warnung an den potentiellen Bürgen sind beim Bürgschaftsvertrag die Formvorschriften des Art. 493 OR zu beachten. Insbesondere muss die Erklärung des Bürgen stets schriftlich erfolgen und der Höchstbetrag der Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst angegeben werden. Strengere Formerfordernisse gelten bei Bürgschaften natürlicher Personen: diese müssen

⁵⁰ BGE 113 II 434, S. 436 f. (E. 2a).

⁵¹ BGE 113 II 434, S. 437 (E. 2c); zur Abgrenzung des Garantievertrages zu verwandten Rechtsgeschäften s. BSK-OR I-Pestalozzi, Art. 111 N. 21 ff. m.w.N. sowie die tabellarische Übersicht mit Indizien für Garantie und Bürgschaft bei Guhl, § 57 N. 10.

⁵² BGE 122 III 125, S. 127 (E. 2b).

bei Bürgschaften bis CHF 2000 den Höchstbetrag und eine allfällige Solidarhaftung eigenhändig in der Bürgschaftsurkunde anmerken. Bei höheren Beträgen ist die öffentliche Beurkundung nötig. Für weitere Einzelheiten wird auf das Gesetz verwiesen.

Das schweizerische Obligationenrecht kennt verschiedene Arten von Bürgschaften (vgl. Art. 495 ff. OR), wobei in der Praxis vor allem die Solidarbürgschaft (Art. 496 OR) häufig vorkommt.

In internationalprivatrechtlicher Hinsicht gilt das zur Garantie Gesagte⁵³ für die Bürgschaft analog.

3. Schuldbeitritt

Der Schuldbeitritt, auch kumulative Schuldübernahme genannt, ist gesetzlich nicht geregelt. Dabei verpflichtet sich ein Dritter die Schuld eines anderen solidarisch mit zu übernehmen. Der Gläubiger kann sich somit an zwei Schuldner halten. In der vertraglichen Ausgestaltung ist es einerseits möglich, dass der Beitretende sich gegenüber dem Gläubiger verpflichtet. Andererseits ist auch eine Vereinbarung des Beitretenden mit dem Schuldner im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter denkbar.

Von der formbedürftigen Bürgschaft grenzt sich der Schuldbeitritt dadurch ab, dass bei letzterem der beitretende Schuldner ein gewichtiges eigenes Interesse an der Erfüllung des Geschäftes hat, für dessen Erfüllung er einzustehen verspricht⁵⁴.

V. Fazit

Im internationalen Verhältnis ist es mit Blick auf die Konkursresistenz von Sicherungsrechten unerlässlich zu prüfen, ob das gewählte Sicherungsinstitut nach allen betroffenen Rechtsordnungen gültig errichtet worden ist und Bestand hat.

Mit Bezug auf die Schweiz ist das hier geltende Faustpfandprinzip von besonderer Bedeutung. Danach darf der Pfandgeber nicht die alleinige Herrschaft über die Pfandsache behalten. Besondere Gefahr besteht somit dann, wenn ein ausländisches Recht die gültige Bestellung einer Realsicherung mittels Besitzeskonstitut erlaubt. Gelangt die als Sicherheit dienende Sa-

⁵³ Siehe IV./1. am Ende.

⁵⁴ Vgl. BGE 101 II 323, S. 325 f. (E. 1a).

che alsdann in die Schweiz, entfällt die dingliche Sicherungswirkung. Das betreffende Faustpfand ist in der Insolvenz des Schweizer Pfandgebers nicht konkursresistent. Die Pfandsache fällt in die Masse des Pfandgebers. Der Pfandgläubiger hat kein Recht auf Vorabbefriedigung aus dem Pfanderlös. Bei Eigentumsvorbehalten, die im Ausland bisweilen formfrei (ohne Registereintrag) begründet werden können, ist bei der Einfuhr der Sache in die Schweiz an den Registereintrag zu denken. Vor dem Eintrag im Schweizer Eigentumsvorbehaltsregister bietet ein solcher Eigentumsvorbehalt für den Verkäufer keinen Schutz in der Schweizer Insolvenz des Käufers.

VI. Literatur

BSK-IPRG-Bearbeiter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basel/Frankfurt 1996 [zit.: BSK-IPRG-Bearbeiter]

BSK-OR I-Bearbeiter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 [zit.: BSK-OR I-Bearbeiter]

BSK-ZGB II-Bearbeiter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003 [zit.: BSK-ZGB II-Bearbeiter]

Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 [zit.: Guhl]

Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641–654 ZGB, 5. Aufl. Bern 1981 [zit.: BK-Meier-Hayoz]

Oftinger, Karl/Bär, Rolf: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Das Fahrnispfand, 3. Aufl., Zürich 1981 [zit.: ZK-Oftinger/Bär]

Riemer, Hans Michael: Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2000 [zit.: Riemer]

Schmid, Jörg/Hürilmann-Kaup, Bettina: Sachenrecht, 2. Aufl.,
Zürich/Basel/Genf 2003 [zit: Schmid/Hürilmann-Kaup]

ZK-IPRG-Bearbeiter: Zürcher Kommentar zum Internationalen Privat-
recht, Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2004
[zit.: ZK-IPRG-Bearbeiter]

Zobl, Dieter: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,
Bd. IV, Das Sachenrecht, Die Beschränkten dinglichen Rechte,
Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Artikel 884–887 ZGB,
2. Aufl. Bern 1982 [zit.: BK-Zobl]