

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2008 – Schweizerische Bankrechtstagung 2008

Kreditsicherheiten

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von

PD Dr. iur. Christina Schmid-Tschirren, Bern

PD Dr. iur. Barbara Graham-Siegenthaler, Rechtsanwältin, Basel

Prof. Dr. iur. Roland von Büren, Universität Bern

Prof. Dr. iur. Eva-Maria Kieninger, Universität Würzburg

Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, Universität Bern

PD Dr. iur. Peter Reetz, Rechtsanwalt, Zürich

Karl Wüthrich, Rechtsanwalt, Zürich

Helbing Lichtenhahn Verlag

Vorwort

Im Kreditsicherungsrecht sind aktuell wichtige Gesetzesänderungen im Gang: PD Dr. iur. CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN präsentiert die Grundzüge des bundesrätlichen Entwurfs für einen neuen Register-Schuldbrief, der für die Banken spürbare Erleichterungen im Hypothekargeschäft bringen wird. Schwierig bleibt hingegen die Absicherung von Krediten im grenzüberschreitenden Bereich: Wie der Beitrag von PD Dr. iur. BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER eindrücklich zeigt, gehören Kreditsicherheiten zu den notorischen Konfliktfeldern des internationalen Rechts. Die Schwierigkeiten bei der Anerkennung und Durchsetzung von Kreditsicherheiten im europäischen Verkehr widersprechen in eklatanter Weise dem Ziel des einheitlichen Binnenmarktes. Prof. Dr. iur. EVA-MARIA KIENINGER untersucht für den Bereich der Mobiliarsicherheiten verschiedene Lösungsansätze, die *de lege ferenda* Abhilfe schaffen könnten. Auch auf der nationalen Ebene bieten die Kreditsicherheiten reichlich Diskussionsstoff. Zu den Dauerbrennern gehören die Fragen rund um die Sicherung von Krediten Dritter im Konzern. Prof. Dr. iur. ROLAND VON BÜREN und lic. iur. BENDICHT LÜTHI beleuchten die vielschichtigen Rechtsfragen dieses Themenkreises, bei dem insbesondere auch steuerrechtliche Aspekte zu beachten sind. Auch die Sicherungszession bietet immer wieder Anlass zu neuen Fragen, aber auch zu kreativen Lösungsansätzen, wie sie PD Dr. iur. PETER REETZ in seinem Beitrag zur Diskussion stellt. Kreative Lösungsansätze sind auch im Zusammenhang mit der Globalzession im Insolvenzfall gefragt. Rechtsanwalt KARL WÜTHRICH greift auf anschauliche Weise die zentralen Fragen auf und gibt klare Antworten. Die Praxis wird es ihm danken. Was schliesslich die Bankgarantie als weitere wichtige Form der Kreditsicherheit angeht, so richten Prof. Dr. iur. SUSAN EMMENEGGER und lic. iur. ANDREA ZBINDEN das Augenmerk auf deren Inanspruchnahme im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Mit der Schweizerischen Bankrechtstagung verfolgt das Institut für Bankrecht der Universität Bern das Ziel, den Dialog zwischen Anwaltschaft, Bankpraxis, Finanzmarktaufsicht und Wissenschaft zu fördern. Dass dies gelang, ist den Referierenden zu verdanken. Dank gebührt auch den Mitarbeitenden des Instituts, insbesondere Herrn lic. iur. FABIAN SCHMID, der für die Organisation der Tagung verantwortlich war, sowie Frau EVA FRIEDL, die für den Tagungsband verantwortlich zeichnet.

Bern, im Juni 2008

Susan Emmenegger

Inhaltsübersicht

Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken.....	1
PD Dr. iur. CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN Bundesamt für Justiz, Bern	
Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland, ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz	19
PD Dr. iur. BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER Rechtsanwältin, Basel	
Sicherung von Krediten Dritter im Konzern.....	55
Prof. Dr. iur. ROLAND VON BÜREN Professor an der Universität Bern lic. iur. BENDICHT LÜTHI, Fürsprecher Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bern	
Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht.....	109
Prof. Dr. iur. EVA-MARIA KIENINGER Professorin an der Universität Würzburg	
Die Inanspruchnahme der Bankgarantie	139
Prof. Dr. iur. SUSAN EMMENEGGER, LL.M. Professorin an der Universität Bern lic. iur. ANDREA ZBINDEN, Rechtsanwältin Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern	
Die Sicherungszession: Aktuelle Rechtsfragen.....	175
PD Dr. iur. PETER REETZ Rechtsanwalt, Küsnacht-Zürich	
Globalzession und Insolvenz.....	213
KARL WÜTHRICH Rechtsanwalt, Zürich	

Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken

Christina Schmid-Tschirren, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	2
Materialien.....	2
I. Einleitung	3
1. Der Register-Schuldbrief als wesentlichste Neuerung der im Gange befindlichen Teilrevision des Immobiliarsachenrechts	3
2. Die Grundzüge der Neuregelung.....	5
3. Die gesetzgeberische Privilegierung des Register-Schuldbriefs	7
4. Der neue Register-Schuldbrief als Buchrecht.....	9
II. Zur Errichtung des Register-Schuldbriefs.....	10
III. Zur Übertragung des Register-Schuldbriefs	11
IV. Zur Verpfändung des Register-Schuldbriefs.....	13
V. Fragen rund um den Schuldner.....	14
1. Erste Frage: Weshalb ist (auch) der Register-Schuldbrief «schuldnerlos»?.....	14
2. Zweite Frage: Braucht es eine Mitteilungspflicht oder gar eine Zustimmung des Schuldners im Falle eines Gläubigerwechsels?	15
VI. Exkurs: Rechtsvergleich und «Eurohypothek»	16
1. Rechtsvergleich.....	16
2. Die «Eurohypothek»	17
3. Zusammenfassende Bemerkungen	17

* Bundesamt für Justiz

Literaturverzeichnis

GRESSER EDMOND, L'eurohypothèque, ZBGR 1993, S. 337 ff.

PFÄFFLI ROLAND, Der papierlose Register-Schuldbrief, Jusletter 9. Juli 2007, Rz 1 ff.

SCHMID JÜRIG, Der «papierlose» Schuldbrief, ZBGR 2006, S. 45 ff.

SCHMID JÜRIG, Kommentierung Art. 55 SchlT, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II Art. 1-456 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2007.

SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, «Papierlose» Wertpapiere ... in: Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), FS für Heinrich Koller, Basel u. a. 2006, S. 183 ff.

- Überblick über den Stand der Gesetzesrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, ZBGR 2006, S. 1 ff.
- Die Botschaft zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, ZBGR 2007, S. 389 ff.

STAEHELIN DANIEL, Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB, BJM 2006, S. 1 ff.

- Kommentierung Art. 843-874 ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II Art. 1-456 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2007.

WIEGAND WOLFGANG/BRUNNER CHRISTOPH, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 39, Basel/Genf/München 2003.

Materialien

Botschaft vom 27. Juni 2007 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007, S. 5283 ff. (Erläuterungen) und S. 5347 ff. (Gesetzestextentwurf).

Botschaft vom 15. November 2006 zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006, S. 9315 ff. (Erläuterungen) und S. 9421 ff. (Gesetzestextentwurf).

I. Einleitung

1. Der Register-Schuldbrief als wesentlichste Neuerung der im Gange befindlichen Teilrevision des Immobiliarsachenrechts

Das Thema der folgenden Ausführungen ist der Register-Schuldbrief, wie er zurzeit als Entwurf in der bundesrätlichen Botschaft vorliegt. Mit diesem neuen Instrument soll den Banken und Wirtschaftskreisen ein aktuelles und attraktives neues Rechtsinstitut für ihr Kreditgeschäft zur Verfügung gestellt werden.

Im Folgenden geht es darum, nach einigen Anfangsbemerkungen die Grundzüge der Neuregelung zu präsentieren, die gesetzliche Privilegierung des Register-Schuldbriefs aufzuzeigen und kurz auf seinen Charakter als Buchrecht einzugehen. Sodann folgen Ausführungen zur Errichtung, Übertragung und Verpfändung, mithin Themen, die die Bankkreise und Praktikerinnen und Praktiker speziell interessieren dürften. Weiter werden Fragen rund um den Schuldner behandelt und die Darlegungen mit einem knappen rechtsvergleichenden Exkurs sowie einem Hinweis auf die sogenannte Eurohypothek abgeschlossen.

Der Register-Schuldbrief geht auf einen Vorstoss von Ständerat FRITZ SCHIESSER zurück, der mit einer Motion die Ausgestaltung des Schuldbriefs als Registerpfandrecht verlangte.¹ Seiner Ansicht nach braucht es den Register-Schuldbrief, da der Rechtsverkehr mit den papiermässig ausgestalteten Schuldbriefen aufwändig ist, für die Aufbewahrung der Titel heute umfangreiche Sicherheitsanlagen notwendig sind und bei den nicht selten vorkommenden Titelverlusten kostspielige und langwierige Kraftloserklärungsverfahren durchgeführt werden müssen. Der heutige Papiertransfer mit einem Hin- und Herschieben von täglich Hunderten von Schuldbriefen zwischen Banken, Notariaten und Grundbuchämtern entspreche nicht mehr den heutigen Vorstellungen und Bedürfnissen eines raschen und sicheren Rechts

¹ Motion Schiesser vom 19. März 1998 (Geschäftsnr.: 98.3131), Änderung des Zivilgesetzbuches. Ausgestaltung des Schuldbriefs als Registerpfandrecht; als Postulat überwiesen. Wortlaut der Motion: «Der Bundesrat wird beauftragt, dem Parlament eine Vorlage über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zu unterbreiten, mit welcher der Schuldbrief als (papierloses) Registerpfand ausgestaltet wird.»

verkehrs und verursache hohe Kosten. Durch die Schaffung eines Register-Schuldbriefs könnten die Abläufe wesentlich vereinfacht und kostengünstiger ausgestaltet werden.²

In Umsetzung dieses Vorstosses ist der Register-Schuldbrief heute Teil und Herzstück einer laufenden umfangreichen Teilrevision des Immobiliarsachenrechts des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Der Bundesrat verabschiedete die bezügliche Botschaft am 27. Juni 2007.³

Die Botschaft schlägt vor, mit dem Register-Schuldbrief ein modernes und attraktives neues Rechtsinstitut für das Kreditgeschäft der Banken- und Wirtschaftskreise zu schaffen.⁴

Zudem ist in dieser Vorlage als Neuerung im Schuldbriefrecht vorgesehen, die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen im Pfandrechtsbereich (Art. 843 und Art. 844 Abs. 2 ZGB) aufzuheben, um so die weitere Verbreitung des Schuldbriefs und damit die landesweite Geschäftstätigkeit der Banken zu unterstützen.⁵

Weiter soll die Errichtung eines Schuldbriefs nicht mehr vermutungsweise zur Novation der zugrunde liegenden Forderung führen (Art. 855 Abs. 1 ZGB). Vielmehr soll gemäss Botschaft die Schuldbriefforderung neben die Forderung aus dem Grundverhältnis – in der Regel ein Darlehensvertrag – hinzutreten (Art. 842 Abs. 2 E-ZGB) und somit das Konzept der Sicherungsübereignung⁶ entsprechend der bisherigen Bankenpraxis zum Normalfall werden.⁷

Im Parlament hat inzwischen die Behandlung dieser Vorlage begonnen, so dass das Geschäft voraussichtlich im Jahre 2009 fertig beraten sein dürfte.

² Vgl. dazu Botschaft Revision ZGB, S. 5288.

³ Botschaft Revision ZGB, S. 5283 ff. (Erläuterungen) und S. 5347 ff. (Gesetzestextentwurf). Siehe hierzu z. B. auch SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 389 ff.

⁴ Der dritte Abschnitt des zweiundzwanzigsten Titels des ZGB, der neu nur noch «Der Schuldbrief» lauten soll, wird wegen der Einführung des Register-Schuldbriefs und der vorgesehenen Aufhebung der Gült vollständig neu nummeriert; vgl. Botschaft Revision ZGB, S. 5320 ff.

⁵ Botschaft Revision ZGB, S. 5295.

⁶ Allgemein zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen siehe exemplarisch BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 855 N 11 ff., mit zahlreichen Hinweisen; STAEHELIN, BJM 2006, S. 10 ff.

⁷ Botschaft Revision ZGB, S. 5320.

2. Die Grundzüge der Neuregelung

Als Anforderungsprofil an den neuen Register-Schuldbrief wurde vorgängig festgelegt, dass ein Registerpfandrecht ohne Wertpapierausstellung zu schaffen sei, womit auch die mit einem Pfandtitel verbundenen Probleme der Aufbewahrung, des Transfers und des allfälligen Verlustes entfallen würden. Weiter sollte der neue Register-Schuldbrief möglichst nahe an die heutige Ausgestaltung des Schuldbriefs herankommen, um so die Finanzierungsbedürfnisse der Grundeigentümer einerseits und die Sicherungsbedürfnisse der Grundpfandgläubiger andererseits weiterhin optimal erfüllen zu können.⁸

Die Revisionsvorschläge zum Register-Schuldbrief in der bundesrätlichen Botschaft stützen sich auf ein im Auftrag des Bundesamtes für Justiz von Prof. Dr. Wolfgang Wiegand und Dr. Christoph Brunner erstelltes Rechtsgutachten zur Ausgestaltung des Schuldbriefs als papierloses Registerpfand.⁹

Der Register-Schuldbrief, wie er in der Botschaft vorgeschlagen wird, kennzeichnet sich dadurch, dass seine Ausgestaltung allein durch die Einträge im Grundbuch geprägt ist und somit ein Registerpfandrecht geschaffen wird.

Das Konzept, das dem Register-Schuldbrief zugrunde liegt, besteht darin, dass er alle Vorzüge und Merkmale aufweist, die heute den Schuldbrief gemäss ZGB ausmachen, dass jedoch auf das Ausstellen eines Wertpapiers verzichtet wird. Deshalb wird etwa auch vom «papierlosen» Schuldbrief gesprochen. Der jetzige Schuldbrief mit der Pflicht zur Ausstellung eines Pfandtitels – neu Papier-Schuldbrief genannt – soll beibehalten werden. Inskünftig wird also eine Wahl zwischen Papier- und Register-Schuldbrief möglich sein.¹⁰

Diese Neugestaltung und die getroffenen Entscheide werfen verschiedene Fragen auf.

So steht beispielsweise die Frage im Raum, weshalb die Begründung eines Papier-Schuldbriefs weiterhin zulässig bleiben und es neu nicht nur Register-Schuldbriefe geben soll. Dazu ist Folgendes zu sagen: Es ist abzusehen, dass sich der Register-Schuldbrief im Bankgeschäft wahrscheinlich

⁸ Vgl. dazu SCHMID, ZBGR 2006, S. 46.

⁹ WIEGAND/BRUNNER, ZSR Beiheft 39.

¹⁰ Botschaft Revision ZGB, S. 5321. Vgl. dazu z. B. auch SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 398.

rasch zum Normalfall entwickeln wird. In Familien- und Verwandtschaftsverhältnissen hingegen dürfte der Papier-Schuldbrief voraussichtlich noch auf längere Zeit die bevorzugte Pfandart zur Sicherung von Forderungen bleiben. Sodann wird ein Interesse an der Ausstellung eines Wertpapiers auch dann weiterhin bestehen, wenn der Gläubiger anonym bleiben möchte, was nur bei einem Inhaberschuldbrief, nicht aber bei einem Register-Schuldbrief der Fall sein kann. Durch die Beibehaltung des jetzigen Schuldbriefs in Papierform zusätzlich zum neuen Register-Schuldbrief sind die Parteien frei, die ihnen am Besten zusagende Schuldbriefform zu wählen.

Weiter stellt sich die Frage, weshalb man in der Botschaft nicht generell nur noch *eine* Pfandart vorgesehen hat. Die Antwort lautet: Im Privatrecht gilt die *Maxime*, dass grundsätzlich jeder nach seiner *Façon* soll selig werden können. Abgesehen von der Abschaffung der in der Praxis kaum je errichteten Gült¹¹ sollen deshalb nach der Vorlage des Bundesrats alle bestehenden Pfandrechtsarten erhalten bleiben. Die Parteien sollen weiterhin aus einer breiten Palette von Pfandrechtsmodalitäten und Pfandrechtsvarianten auswählen können: Sie können sich für die Grundpfandverschreibung als reines Sicherungspfandrecht, in der Form einer Kapital- oder Maximalhypothek, entscheiden; sie können einen Papier-Schuldbrief errichten; sie werden den neuen Register-Schuldbrief wählen können, und sie können die Errichtung eines Eigentümerschuldbriefs verlangen. Würde man gesetzlich nur noch eine einzige Pfandrechtsart¹² vorschreiben, so wäre eine detaillierte Regelung nötig, die unter anderem ein Umwandlungsverfahren vorsehen müsste, mit entsprechend langen Übergangsfristen, damit die Grundbuchämter die grosse zusätzliche Arbeit bewältigen könnten. Damit wäre ein immenser Aufwand verbunden, und ein echter Gewinn könnte mit einer einzigen Pfandart nicht erzielt werden, weder an Klarheit noch an Rechtssicherheit, und am allerwenigsten würde daraus ein Vorteil für die Parteien resultieren.

Die Einführung des neuen Instituts des Register-Schuldbriefs wurde im Vernehmlassungsverfahren von allen Kantonen und politischen Parteien sowie von einer grossen Mehrheit der übrigen Vernehmlassungsteilnehmenden

¹¹ Die Gült (Art. 847 ff. ZGB) soll als «alter Zopf» und als Grundpfandart ohne jegliche praktische Relevanz aufgehoben werden; vgl. Botschaft Revision ZGB, S. 5295. Die vor Inkrafttreten des ZGB errichteten Gülten sollen dem damals geltenden kantonalen Recht unterstellt bleiben, und die nach 1912 errichteten Gülten sollen weiterhin den Regeln des heutigen ZGB folgen (Art. 33a E-SchlT ZGB); siehe hierzu Botschaft Revision ZGB, S. 5295 und S. 5364.

¹² Z. B. ein «Einheitsgrundpfand», wie es von STAEHELIN, BJM 2006, S. 18 f. skizziert wird.

den unterstützt. Insbesondere die Bankenkreise äusserten sich sehr positiv zu diesem neuen Rechtsinstitut und forderten die Einführung des Register-Schuldbriefs mit grossem Nachdruck.¹³

Wie sehen die Modalitäten dieses neuen Instruments im Einzelnen aus?

3. Die gesetzgeberische Privilegierung des Register-Schuldbriefs

Das Gesetz privilegiert den Register-Schuldbrief. Damit soll diesem neuen Rechtsinstitut möglichst rasch zur Verbreitung verholfen werden.

Die Privilegierung besteht in einer erleichterten Formvorschrift für die Umwandlung von vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung errichteten Papier-Schuldbriefen in Register-Schuldbriefe. Die Umwandlung soll vom Grundeigentümer und von den am Schuldbrief berechtigten Personen (Gläubiger, Faustpfandgläubiger oder Nutzniesser) gemeinsam in einfacher Schriftform verlangt werden können (Art. 33b E-SchT ZGB).

Der Vorentwurf sah in Artikel 857 VE-ZGB für die Umwandlung von Papier-Schuldbriefen in Register-Schuldbriefe und umgekehrt noch Folgendes vor:

¹ Der Pfandeigentümer, der Schuldner und der Gläubiger können schriftlich verlangen, dass:

1. ein Register-Schuldbrief in einen Papier-Schuldbrief umgewandelt wird; die Umwandlung erfolgt durch Ausstellung eines Pfandtitels und Änderung des Eintrags im Grundbuch.

2. ein Papier-Schuldbrief in einen Register-Schuldbrief umgewandelt wird; die Umwandlung erfolgt durch Änderung des Eintrags im Grundbuch und Entkräftung des Titels durch das Grundbuchamt oder Kraftloserklärung durch das Gericht.

² Verlangt der Gläubiger vom Schuldner und vom Pfandeigentümer die Umwandlung eines Papier-Schuldbriefs in einen Register-Schuldbrief, so trägt er die Kosten.

Diese Bestimmung bezweckte, den Register-Schuldbrief gegenüber dem Papier-Schuldbrief zu fördern.¹⁴

Die Regelung betreffend die Umwandlung von Papier-Schuldbriefen in Register-Schuldbriefe wurde im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren überarbeitet und in der Botschaft in die Schlusstitel eingefügt.

¹³ Vgl. dazu Botschaft Revision ZGB, S. 5292; SCHMID-TSCHIRREN, ZGBR 2006, S. 7. Zum Register-Schuldbrief gemäss Vorentwurf siehe z. B. STAEHELIN, BJM 2006, S. 1 ff.; SCHMID, ZBGR 2006, S. 45 ff.; SCHMID-TSCHIRREN, «Papierlose» Wertpapiere, S. 183 ff.

¹⁴ Siehe hierzu SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 400.

Artikel 33b E-SchlT ZGB lautet nun folgendermassen:

Der Grundeigentümer und die am Schuldbrief Berechtigten können gemeinsam schriftlich verlangen, dass ein vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom ... über den Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht eingetragener Papier-Schuldbrief in einen Register-Schuldbrief umgewandelt wird.

Neu soll nur eine erleichterte Umwandlung von vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen errichteten Papier-Schuldbriefen in Register-Schuldbriefe vorgesehen werden.¹⁵

Sollen nach dem Inkrafttreten der vorliegenden Gesetzesänderung errichtete Papier-Schuldbriefe in Register-Schuldbriefe umgewandelt werden, oder geht es um die Umwandlung von Register-Schuldbriefen in Papier-Schuldbriefe, so wird hierfür eine öffentliche Beurkundung vorgenommen werden müssen.¹⁶

Weshalb sind in der Botschaft nicht andere, noch griffigere Privilegierungsmöglichkeiten vorgeschlagen worden, so beispielsweise ein eidgenössischer Gebührentarif für öffentliche Beurkundungen in diesem Bereich? Dieses Anliegen ist im Vernemlassungsverfahren von der Schweizerischen Bankiervereinigung vorgebracht worden.

Dazu ist zu sagen, dass ein solcher eidgenössischer Gebührentarif für die öffentliche Beurkundung von Schuldbriefen mit der heutigen verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung nicht vereinbar wäre. Die öffentliche Beurkundung ist Teil der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und stellt damit eine hoheitliche Aufgabe dar. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Klienten und der Urkundsperson unterstehen dem kantonalen öffentlichen Recht. Deshalb basiert auch der Gebührenanspruch der Urkundsperson auf kantonalem öffentlichem Recht.¹⁷ Dem Bund fehlt heute die Kompetenz zu einem regulierenden Eingriff in die Gebührenhoheit der Kantone.¹⁸

¹⁵ Botschaft Revision ZGB, S. 5295 u. 5340 f. Vgl. dazu z. B. auch SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 400.

¹⁶ Botschaft Revision ZGB, S. 5341. Siehe hierzu z. B. auch SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 401.

¹⁷ Vgl. dazu z. B. BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT N 6a.

¹⁸ Siehe hierzu aber die insbesondere in BGE 103 Ia 85 ff. vom Bundesgericht festgehaltenen Grundsätze, welche die Kantone bei der Festsetzung der Beurkundungsgebühren zu beachten haben, so namentlich die Beachtung des Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzips.

4. Der neue Register-Schuldbrief als Buchrecht

In einen weiteren rechtlichen Kontext gestellt, bildet der Register-Schuldbrief ein interessantes Beispiel für die aktuell feststellbare Entwicklung vom Wertpapier hin zum Buchrecht, bei welchem Rechte durch Eintragung in ein Register entstehen und bei Übertragung usw. im Register umgebucht werden.¹⁹

Dogmatisch gesehen ist der Register-Schuldbrief nämlich eine neue Art eines Buchrechts. Errichtung, Übertragung und Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgen ausschliesslich durch entsprechende Eintragungen in ein Register, nämlich in das Grundbuch. Ein Wertpapier, ein Papierpfandtitel, wird nicht mehr ausgestellt.

Dieselbe Entwicklung vom Wertpapier hin zum Buchrecht hat bei den auf dem Kapitalmarkt gehandelten Aktien und Obligationen schon seit längerer Zeit stattgefunden.

Neu in diesem Bereich ist das Bucheffektengesetz²⁰. Dieses Gesetz soll die mediatisierte Wertpapierverwahrung auf transparente und verlässliche rechtliche Grundlagen stellen. Es schafft ein neues Vermögenobjekt, die Bucheffekte. Ihr sollen alle funktionellen Eigenschaften eines Wertpapiers zukommen, ohne dass sie aber eine Sache im Sinne der schweizerischen Privatrechtsordnung ist. Für die Entstehung von Bucheffekten, deren Übertragung oder für die Begründung von Rechten daran sieht der Entwurf die konstitutive Wirkung von Gutschriften in Effektenkonten vor.²¹

Zwar wird das Bucheffektengesetz auf den Register-Schuldbrief keine Anwendung finden. Bucheffekten sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber einer Emittentin, die in einem Effektenkonto bei einer Verwahrungsstelle gutgeschrieben sind und über welche die Kontoinhaber nach den Vorschriften des BEG verfügen können (Art. 3 E-BEG). Einige gesetzgeberische Entscheide mit Bezug auf diese neuen Buchrechte sind aber im Wesentlichen die gleichen wie beim Register-Schuldbrief, was im Sinne der Einheit der Rechtsordnung als kohärent und richtig zu werten ist.²²

Deshalb sollen im Folgenden, wo passend, Seitenblicke auf den Entwurf des Bucheffektengesetzes geworfen werden.

¹⁹ Vgl. dazu insbesondere auch STAEHELIN, BJM 2006, S. 5 f.

²⁰ Botschaft BEG, S. 9315 ff. (Erläuterungen) und S. 9421 ff. (Gesetzestextentwurf).

²¹ Siehe hierzu BEG-Botschaft, S. 9316.

²² Vgl. dazu STAEHELIN, BJM 2006, S. 5 f.; SCHMID-TSCHIRREN, «Papierlose» Wertpapiere, S. 183 ff.

II. Zur Errichtung des Register-Schuldbriefs

Der Register-Schuldbrief wird durch einen öffentlich beurkundeten Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner sowie der Anmeldung an das Grundbuchamt errichtet (Art. 799 ZGB).

Neu soll gemäss Botschaft die Pflicht zur öffentlichen Beurkundung auf alle rechtsgeschäftlich begründeten Grundpfandrechte ausgeweitet und sowohl der Pfandvertrag als auch die einseitige Errichtung eines Schuldbriefs beurkundungsbedürftig werden. Somit wird inskünftig das qualifizierte Formerfordernis auch bei der Errichtung von Eigentümerschuldbriefen gelten (Art. 799 Abs. 2 E-ZGB).²³

Damit soll die Diskussion um die Problematik der Errichtung von Eigentümerschuldbriefen beendet und mehr Rechtssicherheit gewährt werden.²⁴ Die Tragweite einer Verpfändung von Grundeigentum ist nämlich nicht allen Grundeigentümern bekannt. Ohne Mitwirkung einer neutralen Urkundsperson, welche Orientierung und Rechtsbelehrung garantiert, könnten die Banken unter Umständen höhere Sicherheiten verlangen als nötig, und die Kunden würden unterzeichnen, da sie das Geld benötigen. Die Banken sind bei der Darlehensgewährung in einer Machtposition bzw. der Grundeigentümer ist in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Geld gebenden Bank. Das Unterzeichnen von von den Banken vorgegebenen Formularverträgen wirft zudem ähnliche Probleme wie diejenigen rund um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auf.

Die in der Botschaft vorgeschlagene neue Formvorschrift wird auch für den Register-Schuldbrief Gültigkeit haben.

Artikel 857 E-ZGB bestimmt:

¹ Der Register-Schuldbrief entsteht mit der Eintragung in das Grundbuch.

² Er wird auf den Namen des Gläubigers oder des Grundeigentümers eingetragen.

Der Register-Schuldbrief entsteht also mit der Eintragung in das Grundbuch (Art. 857 Abs. 1 E-ZGB). Nebst den übrigen Angaben wie Pfandstelle, Zinssatz usw. ist im Grundbuch der Name des Gläubigers anzugeben, oder –

²³ Botschaft Revision ZGB, S. 5315 f. Artikel 799 Absatz 2 E-ZGB lautet: «Das Rechtsgeschäft auf Errichtung eines Grundpfandes bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.»

²⁴ Vgl. dazu z. B. STAEHELIN, BJM 2006, S. 7; SCHMID, ZGBR 2006, S. 47 f. (mit Literaturhinweisen und Hinweis auf den einschlägigen BGE 121 III 97 ff.) und S. 53.

wenn es sich um ein Eigentümerpfandrecht handelt –, der Name des Grundeigentümers (Art. 857 Abs. 2 E-ZGB).²⁵

Beim Register-Schuldbrief wird es also nur den Namensschuldbrief oder den Eigentümerschuldbrief geben. Hingegen ist die Errichtung als Inhaberschuldbrief ausgeschlossen. Es besteht hier ja kein reales Objekt wie der Pfandtitel mehr, aus dessen Besitz die Legitimation als «Inhaber» des Schuldbriefs und damit als Gläubiger des Pfandrechts abgeleitet werden könnte.

Die Eintragung des Gläubigers im Grundbuch ist beim Register-Schuldbrief konstitutiv. Es muss somit notwendigerweise immer ein Gläubiger in das Grundbuch eingetragen werden.

Beim Register-Schuldbrief wird bei der Errichtung – anders als beim Papier-Schuldbrief (Art. 860 Abs. 1 E-ZGB) – kein Pfandtitel ausgestellt. Dadurch entfallen die Kosten für dessen sichere Verwahrung, den Transfer zwischen Banken, Notariatsbüros und Grundbuchämtern sowie das Risiko von Titelverlusten, die doch noch recht häufig vorkommen und aufwändige und langwierige Kraftloserklärungsverfahren zur Folge haben.²⁶

Der Register-Schuldbrief ist somit ein reines Registerpfand. Der Beweis über den Register-Schuldbrief wird – wie dies auch bei der Grundpfandverschreibung der Fall ist (Art. 825 Abs. 2 ZGB) – mit dem Grundbuchauszug geführt.²⁷

III. Zur Übertragung des Register-Schuldbriefs

Wie die Entstehung erfolgt auch die Übertragung des Register-Schuldbriefs über das Grundbuch.

Der Register-Schuldbrief wird durch konstitutive Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch²⁸ rechtsgeschäftlich übertragen. Die Übertragung

²⁵ Botschaft Revision ZGB, S. 5327.

²⁶ Botschaft Revision ZGB, S. 5327.

²⁷ Siehe dazu z. B. SCHMID, ZGBR 2006, S. 52: «Der Gläubiger eines Register-Schuldbriefs wird sich als Nachweis seiner Gläubigereigenschaft, etwa zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, eine Grundbuchauszug über seinen Register-Schuldbrief beschaffen müssen.»

²⁸ Beim heutigen (Papier-)Schuldbrief wird der Übergang des Gläubigerrechts im Grundbuch nicht eingetragen (Art. 66 Abs. 1 GBV). Die Grundbuchämter haben zwar Gläubigerregister zu führen (Art. 108 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 66 GBV), welche jedoch lediglich Hilfsregister ohne Grundbuchwirkungen sind; vgl. dazu statt vieler: BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 869 N 38 ff.

ist, analog zur derivativen Übertragung von Grundeigentum, kausal²⁹. Artikel 858 E-ZGB sieht vor:

¹ Die Übertragung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers.

² Befreiende Wirkung haben nur Leistungen des Schuldners an die Person, die im Zeitpunkt der Zahlung als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist.

Vorbehalten bleibt der ausserbuchliche Übergang durch Aneignung, Universalsukzession, Zwangsvollstreckung usw.³⁰

Die Eintragung des neuen Gläubigers wird gemäss Artikel 858 E-ZGB aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers vorgenommen. Diese Erklärung bildet einerseits die Grundbuchanmeldung, andererseits die materielle Verfügung über den Register-Schuldbrief.

Bei diesem Vorgang handelt es sich nicht um eine Zession, denn das Recht geht erst im Zeitpunkt der Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch über.

Einen ähnlichen Vorgang findet man übrigens auch im Bucheffektengesetz. Dort wird hierfür der Begriff der «Weisung» verwendet (Art. 24 E-BEG).³¹

Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Register-Schuldbriefs ist strikte zwischen dem Verpflichtungsgeschäft (causa) und dem Verfügungsgeschäft zu unterscheiden.

Das Verfügungsgeschäft ist – wie eben ausgeführt – die Anmeldung der Übertragungserklärung an das Grundbuchamt.³²

Das Verpflichtungsgeschäft bedarf gemäss Artikel 11 Absatz 1 OR keiner besonderen Form.³³ Da das Grundbuchamt formlose Vereinbarungen nicht überprüfen kann, wird es bei der Übertragung eines Register-Schuldbriefs bloss prüfen müssen, ob ein formgültiges Verfügungsgeschäft vorliegt, ob also eine entsprechende schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers beim Grundbuchamt angemeldet worden ist.

²⁹ So tendenziell auch STAEHELIN, BJM 2006, S. 8, der sich allerdings eine vertiefte Untersuchung der Frage vorbehält.

³⁰ Botschaft Revision ZGB, S. 5327 f.

³¹ Botschaft BEG, S. 9367 ff.

³² Botschaft Revision ZGB, 5327.

³³ Botschaft Revision ZGB, 5327.

IV. Zur Verpfändung des Register-Schuldbriefs

Mit Bezug auf die Möglichkeit einer Verpfändung von Register-Schuldbriefen ist die Vorlage gegenüber dem Vorentwurf nachgebessert worden.

Der Vorentwurf sah für Register-Schuldbriefe nämlich noch ein Verpfändungsverbot vor. Die Verpfändung eines Register-Schuldbriefs und damit insbesondere die Begründung von Fahrnispfandrechten (Art. 884 ff. ZGB) an Register-Schuldbriefen solle nicht zulässig sein. In der Praxis habe sich die Verpfändung von Schuldbriefen, namentlich von Eigentümer-schuldbriefen, als problematisch erwiesen, was sich anhand der Diskussionen, die zum revidierten Artikel 156 Absatz 2 SchKG³⁴ führten, eindrücklich belegen lasse. Nachdem heute anstelle einer Verpfändung von Eigentümer-schuldbriefen die einfacher zu handhabende Sicherungsübereignung von Schuldbriefen in der Sicherungspraxis im Vordergrund stehe, sei es angebracht, die Verpfändung von Register-Schuldbriefen explizit zu untersagen.³⁵

Dieses Verpfändungsverbot ist im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren nochmals überdacht worden. Insbesondere auf Anregung der Banken sieht nun die Botschaft in Artikel 859 des Entwurfs die Verpfändung oder Pfändung von Register-Schuldbriefen sowie die Begründung einer Nutzniessung an ihnen vor.³⁶

Artikel 859 E-ZGB regelt:

¹ *Die Verpfändung des Register-Schuldbriefs erfolgt durch Eintragung des Fahrnispfandgläubigers in das Grundbuch aufgrund einer schriftlichen Erklärung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers.*

² *Die Pfändung erfolgt durch Einschreibung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch.*

³ *Die Nutzniessung entsteht mit der Einschreibung in das Grundbuch.*

Die Verpfändung eines Register-Schuldbriefs erfolgt, analog zur Übertragung, durch Eintragung des Fahrnispfandgläubigers in das Grundbuch (Art. 859 Abs. 1 E-ZGB).

³⁴ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs; SR 281.1.

³⁵ Vgl. dazu z. B. SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 399.

³⁶ Botschaft Revision ZGB, S. 5328.

Mit der in Absatz 1 von Artikel 859 E-ZGB vorgesehenen Möglichkeit der Begründung von Fahrnispfandrechten auch an Register-Schuldbriefen wird in Zukunft die in der Bankenpraxis (z. B. im Bereich der Refinanzierung des Hypothekengeschäftes) gebräuchliche Verpfändung von Schuldbriefen auch bei Register-Schuldbriefen zulässig sein. Ob allerdings die Bankkreise hiervon inskünftig tatsächlich Gebrauch machen werden, wird sich erst noch zeigen müssen. Auf jeden Fall soll verhindert werden, dass sich der Register-Schuldbrief in der Praxis nicht durchzusetzen vermag, weil ihm gegenüber dem Papier-Schuldbrief eine rechtliche Verwendungsmöglichkeit fehlt.³⁷

Sodann sei darauf hingewiesen, dass auch das Bucheffektengesetz die Verpfändung von Bucheffekten kennt (vgl. Art. 25 E-BEG). Der Entwurf des Bucheffektengesetzes sieht als eine mögliche Verpfändungsart einen analogen Vorgang wie beim Register-Schuldbrief vor, nämlich die Übertragung der als Sicherheiten verwendeten Bucheffekten auf ein auf den Namen des Sicherungsnehmers lautendes Effektenkonto, das entweder bei der Verwahrungsstelle des Sicherungsgebers oder desjenigen des Sicherungsnehmers geführt werden kann.³⁸

V. Fragen rund um den Schuldner

1. Erste Frage: Weshalb ist (auch) der Register-Schuldbrief «schuldnerlos»?

Die Ausgestaltung der Schuldbriefe wurde in den letzten Jahren etappenweise vereinfacht. Ursprünglich musste der Schuldbrief vom Schuldner, vom Grundbuchverwalter und von einer kantonalen Behörde unterzeichnet werden. Heute bedarf es einzig der Unterschrift der Grundbuchverwalterin oder des Grundbuchverwalters (Art. 857 ZGB).³⁹

In vielen Kantonen wird heute der Name des Schuldners auf dem Schuldbrieftitel nicht mehr angegeben. Diese Angabe gehört nämlich ge-

³⁷ Botschaft Revision ZGB, S. 5328. Siehe hierzu z. B. auch SCHMID-TSCHIRREN, ZBGR 2007, S. 399 f.

³⁸ Botschaft BEG, S. 9369 f.

³⁹ Vgl. dazu z. B. PFÄFFLI, Jusletter 2007, Rz 8 f.

mäss Artikel 53 Absatz 2 GBV⁴⁰ nicht zu den bundesrechtlichen Minimalangaben in einem Pfandtitel.

Das Bundesgericht⁴¹ musste sich vor noch nicht allzu langer Zeit zur in der Lehre stark umstrittenen Frage der Angabe des Schuldners im Schuldbrief äussern. Es entschied, dass die Angabe des Schuldners nicht zum notwendigen Inhalt des Pfandtitels gehört und die erwähnte kantonale Praxis demzufolge rechtmässig ist.

Konsequenterweise wird deshalb weder auf dem Papier-Schuldbrief noch im Grundbuch beim Register-Schuldbrief der Schuldner der Schuldbriefforderung angegeben bzw. eingetragen werden.⁴²

2. Zweite Frage: Braucht es eine Mitteilungspflicht oder gar eine Zustimmung des Schuldners im Falle eines Gläubigerwechsels?

Die Frage einer Mitteilungspflicht an den Schuldner oder gar eines Zustimmungsanspruchs des Schuldners im Falle eines Gläubigerwechsels stellt sich namentlich im Zusammenhang mit der sogenannten Verbriefung inländischer Hypothekarkredite («Securitisations»)⁴³, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird.

Die Übertragung des Papier-Schuldbriefs erfolgt bekanntlich nach den für Wertpapiere geltenden Regeln: Der Inhaberschuldbrief wird durch Übergabe des Titels übertragen, der Namensschuldbrief (als gesetzliches Ordrepapier) durch Übergabe des Titels verbunden mit einem Indossament (Art. 869 ZGB). Eine Zustimmung des Schuldners zur Übertragung ist nicht erforderlich. Ist der Schuldbrief zu Sicherungszwecken übereignet worden, so bestimmt der Sicherungsvertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, ob dieser berechtigt ist, den Titel an einen Dritten zu übertragen.

Was den papierlosen Schuldbrief anbetrifft, sieht die Vorlage für den Fall der Übertragung keine besondere Pflicht zur Mitteilung an den Schuldner vor. Die konstitutive Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch er-

⁴⁰ Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch; SR 211.432.1.

⁴¹ BGE 129 III 12 ff. (= Praxis 2003 Nr. 89).

⁴² Dies wird insbesondere von STAEHELIN, BJM 2006, S. 19 ff. heftig kritisiert. Kritisch zum fehlenden Schuldner auf dem Titel auch SCHMID, ZBGR 2006, S. 49 f.

⁴³ Siehe zur «Securitisations» z. B. STAEHELIN, BJM 2006, S. 15 ff., mit weiteren Hinweisen sowie die populärwissenschaftlichen Ausführungen in: NZZ am Sonntag vom 2. Dezember 2007, S. 37.

setzt hier die für Wertpapiere vorgesehenen Übertragungsformen (Übergabe des Titels und Indossament bei Papier-Namenschuldbriefen). Der Gläubigerwechsel könnte dem Schuldner vom Grundbuchamt in Zukunft gestützt auf Artikel 969 ZGB mitgeteilt werden.⁴⁴ Damit könnte dem Orientierungsanspruch des Schuldners Genüge getan werden.

Die Einführung eines Zustimmungsanspruchs des Schuldners stünde hingegen in krassem Widerspruch zur Funktion des Schuldbriefs als Verkehrspfandrecht.

VI. Exkurs: Rechtsvergleich und «Eurohypothek»

1. Rechtsvergleich

Betrachten wir die europäischen Rechtsordnungen, so stellen wir fest, dass der geplante schweizerische Register-Schuldbrief kein Unikum sein wird.

Gemäss einem den internationalen Rechtsvergleich⁴⁵, den das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung erstellt und darin 28 Rechtsordnungen mit ihren nationalen Besonderheiten in einer Übersichtstabelle zusammengefasst und durch Länderberichte zu 11 Staaten ergänzt hat, präsentiert sich die rechtliche Situation in Europa folgendermassen:

Ein dem neuen Register-Schuldbrief vergleichbares Rechtsinstitut kennt Deutschland mit der sogenannten Buchgrundschuld, die ebenfalls ein nichtakzessorisches, papierloses Grundpfandrecht darstellt. Weiter sieht Estland in seinem Sachenrechtsgesetz aus dem Jahre 1993 die Bestellung einer Buchhypothek vor. Auch in Spanien gibt es offenbar seit rund 20 Jahren den Schuldbrief sowohl in Papier- als auch in Registerform. In Schweden, wo der Pfandbrief aber akzessorisch zur gesicherten Forderung ausgestaltet ist, ist mit der Einführung elektronischer Grundbuchregister im Jahr 1994 die Möglichkeit eines papierlosen EDV-Pfandbriefs eingeführt worden. Ebenso kann

⁴⁴ Die Einzelheiten werden in der Grundbuchverordnung zu regeln sein. Vermutlich wird ein bundesrechtliches Schuldnerregister zu schaffen sein, analog zum heutigen Gläubigerregister (Art. 66 GBV), mit ähnlichen Wirkungen wie dieses: Wer sich als Schuldner in dieses Register einschreiben lässt, erhält die bezüglichlichen Mitteilungen des Grundbuchamts, z. B. über einen Gläubigerwechsel.

⁴⁵ Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (SIR) betreffend Einführung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand vom 12. September 2006, im Internet abrufbar unter der Adresse: <www.isdc.ch/d2wfiles/document/4665/4017/0/ESDC%202007-10%2015.11.2007.pdf>

in England und Wales ein Registerpfandrecht eingetragen werden, das jedoch hinsichtlich seiner rechtlichen Konstruktion nicht dem schweizerischen Schuldbrief entspricht.⁴⁶

2. Die «Eurohypothek»

Im Europäischen Rechtsraum wird seit vielen Jahren geprüft, ob für das grenzüberschreitende Hypothekarkreditgeschäft nicht eine einheitliche Grundpfandrechtsform – eine «Eurohypothek» – eingeführt werden könnte. Als Vorbild für die Eurohypothek sind in der Vergangenheit immer wieder der schweizerische Schuldbrief und die deutsche Grundschuld, mithin nicht akzessorische Sicherungsrechte, genannt worden. Da vor allem der romanische Rechtskreis jedoch nur streng akzessorische Pfandrechte kennt, ist ein Konsens schwierig zu finden und stagnieren deshalb die entsprechenden Arbeiten. Mit der Einführung einer «Eurohypothek» in den nächsten Jahren ist daher kaum zu rechnen.⁴⁷

3. Zusammenfassende Bemerkungen

Der rechtsvergleichende Überblick zeigt auf, dass ein Register-Schuldbrief im europäischen Rechtsraum bislang nur als Ausnahme existiert.

Der neue Register-Schuldbrief wird deshalb den Modellcharakter des schweizerischen Schuldbriefs für eine allfällige «Eurohypothek» wohl noch verstärken.⁴⁸

⁴⁶ Botschaft Revision ZGB, S. 5297.

⁴⁷ Botschaft Revision ZGB, S. 5299; STAEHELIN, BJM 2006, S. 17 f., mit weiteren Literaturhinweisen. Zur «Eurohypothek» siehe auch GRESSER, ZBGR 1993, S. 337 ff.

⁴⁸ Botschaft Revision ZGB, S. 5299.

Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland, ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz

Barbara Graham-Siegenthaler, Basel*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	21
Einleitung.....	22
I. Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland.....	24
1. Eingangsbeispiel: Schweizer Kreditsicherheit im Ausland	24
2. Zum wirtschaftlichen Nutzen der Kreditsicherung.....	24
3. Kreditsicherheiten des schweizerischen Rechts	25
a) Arten von Kreditsicherheiten.....	25
b) Possessorische und nicht-possessorische Kreditsicherheiten.....	25
c) Gesetzliche Regelung der Kreditsicherheiten	26
4. Schranken des schweizerischen Kreditsicherungsrechts.....	27
a) Faustpfandprinzip	27
b) Registrierung beim Eigentumsvorbehalt.....	28
5. Internationale Rechtsgeschäfte und IPR-Regeln.....	29
a) Kollisionsrecht: Situs-Anknüpfung.....	29
b) Mobilität der Güter: Statutenwechsel (sog. conflict mobile).....	30
6. Schwierigkeiten von Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland.....	30
a) Unterschiedliches Sachrecht, numerus clausus und Typengebundenheit.....	31
b) Anwendung der IPR-Kollisionsregel.....	31
c) Konsequenzen.....	33
7. Fazit aus Praktikersicht.....	33

* Beim vorliegenden Text handelt es sich um eine leicht überarbeitete Fassung des mündlichen Vortrages.

a)	1. Fall: Gute Kenntnisse über das ausländische Kreditsicherungsrecht.....	33
b)	2. Fall: Sicherungszession zur Kreditsicherung im Speziellen	34
c)	3. Fall: Alle anderen Fälle.....	34
II.	Ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz.....	34
1.	Kreditsicherungstypen in ausländischen Rechtsordnungen.....	34
a)	Deutschland.....	35
b)	Italien.....	36
c)	Frankreich.....	38
d)	England.....	39
e)	USA.....	40
2.	Schwierigkeiten von ausländischen Kreditsicherheiten in der Schweiz.....	41
a)	Optik des eigenen Rechts bei der Beratung ausländischer Klienten.....	41
b)	Problemkonstellationen beim Eigentumsvorbehalt.....	43
c)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGE 131 III 595	44
d)	Fallbeispiel der italienischen Autohypothek	45
e)	Zwischenfazit.....	46
3.	Zur Sicherungszession im Speziellen.....	48
4.	Richtiges Vorgehen – praktisches Vorgehen.....	49
III.	Ausblick – Wie weiter national und international?	50
1.	Schweizer Optik.....	50
a)	Reformbedarf des Schweizer Kreditsicherungsrechts.....	50
b)	Neuerungen des Bucheffektengesetzes.....	51
c)	Aktuelle Bezüge: Subprime Krise.....	51
2.	IPR-Optik: Zur Rolle der Rechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung.....	52
IV.	Schlussbemerkungen.....	54

Literaturverzeichnis

- AESCHLIMANN LIONEL/FOËX BENEDICT, *Sûretés mobilières: limites et réforme du droit suisse*, in: L. Thévenoz/C. Bovet (Hrsg.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Genève 2006, S. 17–38.
- AUDÉTAT THOMAS, *Die Internationale Forderungsverpfändung nach schweizerischem Recht*, (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 763), Diss. Bern, Bern 2007.
- BERGER BERNHARD, *Registrierung von Mobiliarsicherheiten – Vorschläge zu einer Reform des Kreditsicherungsrechts*, ZBJV 138 (2002) S. 197–256.
- DROBNIG ULRICH, *Vergleichender Generalbericht*, in: Karl F. Kreuzer (Hrsg.), *Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit*, Baden-Baden 1999, S. 9–41, passim.
- EIGENMANN ANTOINE, *L’effectivité des sûretés mobilières – Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives*, Diss. Fribourg 2001.
- FOËX BENEDICT, *Sûretés mobilières: propositions pour une réforme*, Rapport à la Société suisse des juristes, ZSR 2007 II, S. 287–337.
- GIRSBERGER DANIEL, *Die Stellung der gesicherten Gläubiger in der internationalen Insolvenz*, RabelsZ 70 (2006), S. 505–537.
- *Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?*, SJZ 93 (1997), S. 97–109.
 - *Mobiliarhypothek gestern und morgen*, in: Girsberger (Hrsg.), *ZGB, gestern – heute – morgen*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 247–272.
- GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KREN KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004.
- GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, *Das Bedürfnis nach Sicherheit – Möglichkeiten und Schranken des Rechts*, SJZ 102 (2007), S. 449–457.
- *Kreditsicherung bei internationalen Rechtsgeschäften*, AJP/PJA 12/2004, S. 1560–1566.
 - *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung*, Bern 2005.
- HANISCH HANS, *Besitzlose Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, in: Schwander (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Moser*, Zürich 1987, S. 25–52.
- *Eigentumsvorbehalt im Normenkonflikt*, in: Meier (Hrsg.), *Festschrift für Anton Heini*, Zürich 1995, S. 159–177.
- HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI (Hrsg.) in: *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht*, hrsg. von Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, 2. Aufl., Basel 2007.
- KIENINGER EVA-MARIA, *Das Mobiliarsachenrecht als Objekt differenzierter Integrationschritte*, in: Peter Jung/Christian Baldus (Hrsg.), *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, München 2007, S. 187–202.

- Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1996.
 - Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, WM 2005, S. 2305–2352 (Teil 1), S. 2353–2408 (Teil 2).
 - (Hrsg.), Security Rights in Movable Property in European Private Law (The Common Core of European Private Law), Cambridge 2004.
- KRAMER ERNST A., Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts, ZSR 124 (2005), S. 421–433.
- KUHN HANS, More credit at lower rates: Das Versprechen einer Reform des Mobiliarsicherungsrechts, nicht publiziertes Manuskript für die Tagung Tendenzen im internationalen Kreditsicherungsrecht vom 6. Mai 2005 in Bern.
- SIEHR KURT, Eigentumsvorbehalt im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr, IPrax 1982, S. 207–210.
- VENTURINI GIAN C., Property, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Chapter 21, Tübingen/The Hague/Paris 1976, S. 3 ff.
- WALTER GERHARD, Sicherungsrechte heute – Probleme und Lösungsansätze, in: Festschrift Rey, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 141–154.
- WERLEN THOMAS J., The Present and Future of the Use of Colateral in International Financial Transactions, with a Particular Focus on Switzerland, in: Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé, Partie I, Zürich 2002, S. 229–273.
- ZOBL DIETER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888–906 ZGB, Bern 1996.

Einleitung

Kreditsicherheiten gehören zu den *notorischen Konfliktfeldern* des internationalen Rechts.¹ Folgendes *Fallbeispiel* möge diese Tatsache illustrieren: Die anwaltliche Beraterin wird im Rahmen der Redaktion eines Vertrages über die Lieferung von Laborgeräten kurz vor Vertragsschluss mit dem Wunsch der deutschen Lieferantin konfrontiert, man möge einen *Eigentumsvorbehalt* in das Vertragswerk einfügen, unter Verwendung der AGB der *deutschen Lieferantin*. Die schweizerische Käuferin gerät kurz nach der erfolgten Lieferung in Konkurs. Die deutsche Lieferantin möchte nun die gelieferten Laborgeräte sofort vindizieren und beruft sich dabei auf ihren Eigentumsvor-

¹ Vgl. zum Ganzen GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung bei internationalen Rechtsgeschäften, S. 1560 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 13 ff.

behaltstitel. Gestützt auf den geltenden Rechtszustand muss ihr jedoch mitgeteilt werden, dass dieses Begehren *chancenlos* ist.²

Als *zweites Fallbeispiel* folgendes Szenario: Die Beraterin hat stattdessen empfohlen, die Käuferin solle zu Sicherungszwecken Aktien an die ausländische Lieferantin verpfänden oder sicherungsübereignen, was die Parteien dann auch vereinbart haben.

Bevor nun festgestellt werden kann, ob das vereinbarte Kreditsicherungsrecht – im ersten Fall der Eigentumsvorbehalt, im zweiten Fall die Aktienverpfändung bzw. Sicherungsübereignung – rechtlich durchsetzbar ist, stellen sich folgende Rechtsfragen: 1. Die Frage nach der *internationalen Zuständigkeit* (– «*Welches Gericht wird den Fall entscheiden?*»). 2. Die Frage nach dem *anwendbarem Recht* (– «*Welche Rechtsordnung ist die massgebende?*»).

Die Auswirkungen, je nach internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht, können im Einzelfall beachtlich sein: Je nach anwendbarem Recht wird das Kreditsicherungsrecht entweder *völlig wertlos* oder *tatsächlich durchsetzbar* sein.³

Nicht nur bei mobilen Gütern, sondern auch bei *Forderungen*, welche zu Sicherungszwecken verwendet werden, etwa in der Form der *Globalzession*, stellen sich diese Fragen, nämlich diejenige nach der Zuständigkeit, dem anwendbaren Recht und letztlich nach der Durchsetzbarkeit der Kreditsicherheit.⁴

Zunächst seien folgende *Thesen* festgehalten: (1) Grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte, welche eine Kreditsicherung durch mobile Güter oder Forderungen vorsehen, erfordern eine *rechtliche Überprüfung* aufgrund von *allen potentiell tangierten Rechtsordnungen*. (2) Der Grenzübertritt von mobilem Sicherungsgut führt *im Regelfall* dazu, dass die Sicherheit *nicht mehr durchsetzbar* ist.

Diese beiden Thesen werden nachfolgend im Einzelnen erläutert und überprüft. Ausgegangen wird dabei von folgenden Prämissen: Die heutige

² Vgl. zur Begründung unter Ziff. I. 6 nachstehend.

³ Vgl. zu den verschiedenen internationalen Konstellationen ausführlich GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 47 ff. (Import in die Schweiz), 138 ff. (Import nach Deutschland), 241 ff. (Import nach Italien), 334 ff. (Import nach Frankreich), 450 ff. (Import nach England), 551 ff. (Import in die USA).

⁴ Vgl. zur internationalen Sicherungsabtretung GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 130 ff., 145 ff., 245 ff., 340 ff. 471 ff., 656 ff.

Situation der zunehmenden *Internationalisierung* der Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen erfordert dringend eine *Neueinstellung der rechtlichen Optik* in der Schweiz.⁵ Diese Optik sollte es sich zur Aufgabe machen, die heute noch bestehenden Rechtsunsicherheiten im nationalen und vor allem auch im internationalen Recht zu beseitigen.⁶ Die Forderung nach einer *Reform* des schweizerischen Kreditsicherungsrechts wurde von verschiedenen Autoren erhoben⁷ und wurde nun unlängst auch durch den Schweizerischen Juristentag aufgenommen und in Form einer Resolution zu Händen des Bundesamtes für Justiz verabschiedet.⁸

I. Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland

1. Eingangsbeispiel: Schweizer Kreditsicherheit im Ausland

Folgendes *Fallbeispiel*: Es sollen Uhrwerke aus der Schweiz via Rotterdam nach den USA gebracht werden, damit sie dort zu fertigen Uhren verarbeitet werden. Zur Sicherung des Kaufpreises wird an den Uhrwerken ein Sicherungsrecht begründet, welches während des Transports und bis zum Zeitpunkt des Verkaufs der fertigen Uhren wirksam bleiben soll. Die Uhrwerke durchqueren auf ihrem Weg verschiedene nationale Rechtsordnungen.⁹

2. Zum wirtschaftlichen Nutzen der Kreditsicherung

Zunächst kann man sich die Frage stellen, weshalb überhaupt Kreditsicherungsrechte vereinbart werden. Im Bereich der Kreditsicherung zeigt sich ein Spannungsfeld, nämlich dasjenige zwischen Kreditmenge und Kreditsicherung. Die heute vorherrschende Theorie geht davon aus, dass wenn eine Rechtsordnung ein gut ausgebautes Kreditsicherungsrecht zur Verfügung

⁵ Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis nach Sicherheit, S. 449 ff.

⁶ GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis nach Sicherheit, S. 449.

⁷ Vgl. zur Forderung nach einer Reform des schweizerischen Kreditsicherungsrechts BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten, S. 197 ff.; FOËX, Propositions, S. 287 ff.; AESCHLIMANN/FOËX, Sûretés mobilières, S. 17 ff.; GIRSBERGER, Mobiliarhypothek, S. 255 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 724 ff.

⁸ Vgl. FOËX, Sûretés mobilières, S. 287 ff.; GIRSBERGER, Mobiliarhypothek, S. 247 ff.

⁹ Vgl. dazu Ziff. 6 nachstehend.

stellt, das *Volumen der Kredite* grösser wird.¹⁰ Dass das schweizerische System der Kreditsicherheiten hinreichend gut ausgebaut ist, darf mit Fug und Recht angezweifelt werden.¹¹

3. Kreditsicherheiten des schweizerischen Rechts

a) Arten von Kreditsicherheiten

Ausländische Parteien interessiert in der Regel, welche Kreditsicherheitsmöglichkeiten das schweizerische Recht zur Verfügung stellt. Das schweizerische Recht kennt für Private die Kreditsicherung mittels Immobilien, welche statistisch gesehen im Vordergrund steht.¹² Im Bereich der *Mobilien und Forderungen* verfügt das schweizerische Recht im Prinzip über *vier Kreditsicherungstypen*:

- das Pfandrecht,
- die Sicherungsübereignung,
- der Eigentumsvorbehalt und
- die Sicherungsabtretung.¹³

b) Possessorische und nicht-possessorische Kreditsicherheiten

Die Kreditsicherungstypen lassen sich den beiden Kategorien *possessorische* und *nicht-possessorische Sicherungsrechte* zuordnen. Diese Unterteilung richtet

¹⁰ KUHN, *More credit at lower rates*, S. 2 ff. (insbes. 12). So wurde durch wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen nachgewiesen, dass durch Kreditsicherheiten der Zugang zu Kreditquellen verbessert wird (Mengenwirkung). Diese Wirkungen lassen sich damit erklären, dass mittels Kreditsicherheiten die Probleme asymmetrischer Information, adverser Anreize und adverser Selektion, die Kreditverträgen immanent sind, überwunden werden können. Kreditsicherheiten helfen zudem, Kreditrationierung zu überwinden. Vgl. zu den ökonomischen Gründen für die Verwendung von Kreditsicherheiten ferner KIENINGER, *Security Rights in Movable Property*, S. 7 ff.

¹¹ Vgl. ebenso kritisch FOËX, *Propositions*, 287 ff.; AESCHLIMANN/FOËX, *Sûretés mobilières*, S. 17 ff.; GIRSBERGER, *Mobiliarhypothek*, S. 255 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr*, S. 724 ff. Vgl. zum Reformbedarf des schweizerischen Kreditsicherheitsrechts unter Ziff. 3. und 4. nachstehend.

¹² Vgl. etwa M. PEDERGNANA/C. SCHACHT, *KMU-Finanzierung im Wandel*, ST 2003, S. 599–608.

¹³ Die Schnittstellen von Kreditsicherheitsrechten und Escrow werden nachfolgend nicht behandelt. Vgl. zu diesen Kreditsicherungstypen unter Ziff. 3. und 4. nachstehend.

sich danach, ob der Gläubiger den Besitz am Sicherungsgut erhält oder ob dieser beim Schuldner verbleibt.¹⁴

Pfandrecht und Sicherungsübereignung werden in der Schweiz zu den *possessorischen* Sicherungsrechten gezählt, da sie den unmittelbaren Besitz des Gläubigers erfordern.¹⁵ Eigentumsvorbehalt und Sicherungsabtretung werden dagegen zu den *nicht-possessorischen* Sicherungsrechten gerechnet.¹⁶ Rechte und Forderungen wären an sich in einer *selbständigen Kategorie* zu behandeln, da sie als Sicherungsgüter zahlreiche Besonderheiten gegenüber den besitzfähigen Sachen aufweisen.¹⁷ Auch der Eigentumsvorbehalt als Sicherheit des Warenkredits lässt sich nur schwer in diese Kategorisierung einordnen und würde eine separate Behandlung verdienen.¹⁸

c) Gesetzliche Regelung der Kreditsicherheiten

An Mobilien und Forderungen kann ein *Faustpfand*, geregelt in Art. 884–894 ZGB, oder ein Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten, geregelt in Art. 899–906 ZGB, begründet werden.¹⁹

Daneben hat die Rechtsprechung die *Sicherungsübereignung* und die *Sicherungsabtretung* zugelassen.²⁰ Allerdings wird (im Gegensatz etwa zum deutschen Recht) die Sicherungsübereignung in der Form des Besitzkonstituts – also in der Form eines nicht-possessorischen Sicherungsrechts – in der Schweiz nicht zugelassen.²¹ D. h. der Schuldner darf nicht im Besitz des Sicherungsgutes bleiben, ansonsten das Sicherungseigentum unwirksam bleibt. Die Sicherungsabtretung spielt in der Schweiz – insbesondere im *Kreditgeschäft der Banken* – eine bedeutende Rolle. Bei gewerblichen und kom-

¹⁴ Vgl. DROBNIG, Generalbericht, S. 18.

¹⁵ Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 13 ff.

¹⁶ Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 29 ff.

¹⁷ DROBNIG, Generalbericht, S. 18. Vgl. zur Sicherungsabtretung GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 39 ff., 56 ff.

¹⁸ Vgl. DROBNIG, Generalbericht, S. 26 ff.; KIENINGER, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, S. 235; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 740 f. (mit Hinweisen).

¹⁹ Vgl. statt vieler ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 148 ff. und Art. 884 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 13 ff.

²⁰ Vgl. dazu statt vieler ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 1300 ff., 1506 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 21 ff., 39 ff.

²¹ Vgl. statt vieler ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 1408; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 25.

merziellen Krediten gelangt sie regelmässig in Form der Globalabtretung von Buchforderungen als Zessionskredit zur Anwendung.²²

Schliesslich wäre noch der *Eigentumsvorbehalt* zu erwähnen, geregelt in Art. 715/716 ZGB und der Eigentumsvorbehaltsverordnung des Bundesgerichts.²³

4. Schranken des schweizerischen Kreditsicherungsrechts

a) Faustpfandprinzip

Das schweizerische Recht verlangt die *strikte Einhaltung des Faustpfandprinzips*.²⁴ Diese Strenge hat gravierende Auswirkungen auf das schweizerische Kreditsicherungsrecht. Sie bedeutet, dass dem Schuldner, der einen Kredit beanspruchen will, zugemutet wird, auf den unmittelbaren Besitz – und somit auf die Nutzung und den wirtschaftlichen Wert des Sicherungsgutes – zu verzichten.²⁵

Dies führt bereits aus rein praktischen Erwägungen zu einer Einschränkung auf gewisse Sicherungsgüter. So gehören etwa Aktien und Edelmetalle zu den bevorzugten Sicherungsgütern. Dabei handelt es sich um die in der Bankenpraxis bekannten Lombardkredite.²⁶

Für den Finanzsektor äusserst bedeutend ist zudem die *Verwendung von Wertpapieren* zur Kreditsicherung. Um was für Volumen es sich hierbei handelt, zeigt die Statistik der Schweizerischen Nationalbank. Danach sind bei den schweizerischen Banken zurzeit Depotwerte in vierstelliger Milliardenhöhe verbucht. Ende 2007 waren dies Werte in Höhe von CHF 5'289 Milliar-

²² Vgl. zur Globalzession etwa ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 1659 ff. Vgl. zur Sicherungszession im schweizerischen Recht ausführlich PETER REETZ, Die Sicherungszession von Forderungen, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich 2006.

²³ Vgl. dazu nachstehend unter Ziff. 4. b).

²⁴ Vgl. GIRSBERGER, Faustpfandprinzip. S. 97 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 4 f., 16 ff.; ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 284 ff.

²⁵ Vgl. dazu BERGER, Registrierung, S. 205 f.; GIRSBERGER, Faustpfandprinzip. S. 97 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 4 f., 16 ff.; ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 284 ff.

²⁶ Vgl. etwa ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 524, 1184, 1495 f. (auch zum uneigentlichen Lombardgeschäft) sowie E. MOSKRIC, Der Lombardkredit, Zürich 2003 (=SSBR, Bd. 74).

den!²⁷ Damit stehen beachtliche Werte für ein potentiell *Securities Lending* zur Verfügung.²⁸

Bereits die Tauglichkeit von Orientteppichen als *Besitzpfand* kann fraglich sein.²⁹ Der Verpfändung von *Betriebsmitteln*, wie etwa eines Maschinenparks, sind im schweizerischen Recht enge Grenzen gesetzt. Dadurch dass sie dem Kreditgeber überlassen werden müssen, verlieren sie ihre Tauglichkeit als Kreditunterlage weitgehend, da der Kreditnehmer nicht auf sie verzichten kann.³⁰

Ähnliche Schranken wie beim Faustpfand sind auch bei der *Sicherungsübereignung* zu beachten.³¹ Dem schweizerischen Schuldner ist es zwar theoretisch unbenommen, zur Kreditbeschaffung seine werthaltigen Güter der kreditgebenden Bank zur Sicherheit zu übereignen. Doch im Gegensatz etwa zu Deutschland verlangt die schweizerische Rechtsordnung, dass das Sicherungsgut der Bank tatsächlich übereignet wird, wobei die Form des Besitzkonstituts nicht zulässig ist.³²

b) Registrierung beim Eigentumsvorbehalt

Auch für den *Eigentumsvorbehalt* hat das schweizerische Recht *verschiedene Schranken* errichtet, welche es zu beachten gilt.³³ Dies hat dazu geführt, dass im Gegensatz etwa zum deutschen Eigentumsvorbehaltskauf diese Art des Kaufs auf Kredit in der Schweiz umständlich ist und in der Praxis kaum Verwendung findet.³⁴ Verschiedene formelle Erfordernisse, welche das schweizerische Recht für den Eigentumsvorbehalt stipuliert, gilt es einzuhalten. So muss der Eigentumsvorbehalt schriftlich vereinbart oder genehmigt

²⁷ Schweizerische Nationalbank, Statistisches Monatsheft, September 09/2007, 82. Jahrgang, S. 41 ff., abrufbar unter <www.snb.ch/de/mmr/reference/Stat_Monatsheft_2007_09/souce/Stat_Monatsheft_2007_09.de.pdf>.

²⁸ Vgl. zum Effektenhandel etwa MARTIN HESS, Die zentrale Gegenpartei im Effektenhandel – rechtliche Aspekte des Clearing, AJP/PJA 6/2004, S. 687 ff.

²⁹ BGer. vom 1.11.2000, 5C.172/2000.

³⁰ Vgl. dazu BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten, S. 202 ff.

³¹ ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 1300 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 21 ff.

³² Vgl. die Hinweise in der vorstehenden Fn.

³³ Vgl. zum Eigentumsvorbehalt ZOBL, Berner Kommentar, Syst. Teil N. 1698 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 29 ff. (mit zahlreichen Hinweisen).

³⁴ Vgl. etwa GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 30 f. (mit Hinweisen).

werden (EigVV 4³⁵). Er bedarf zudem gemäss Art. 715 ZGB der Eintragung in ein *öffentliches Eigentumsvorbehaltsregister* am Wohnort des Erwerbers. Kommt es zu einem Wohnsitzwechsel oder einer Sitzverlegung, so ist dem Register am neuen Ort ein Auszug aus dem bisherigen Register beizubringen (EigVV 3).³⁶

Wird der Eigentumsvorbehalt zusätzlich im Kontext eines internationalen *Rechtsgeschäftes* vereinbart, kommt also eine Auslandbeziehung hinzu, muss sichergestellt werden, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Eigentumsvorbehalts am jeweiligen Schuldnerwohnsitz – und sicherheitshalber auch am jeweiligen Lagerungsort der Eigentumsvorbehaltsware – eingehalten werden (vgl. Art. 102–104 IPRG).³⁷

5. Internationale Rechtsgeschäfte und IPR-Regeln

Die Kreditsicherungsrechte in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen divergieren im Einzelnen sehr stark. Diese Unterschiede der nationalen Kreditsicherungsrechte zeigen sich insbesondere dann, wenn ein *internationales Geschäft*, ein Sachverhalt mit Auslandsberührung, zur Beurteilung steht.³⁸ Allerdings stellt bei diesen Fällen in der Regel nicht das Kollisionsrecht das Hauptproblem dar, da dieses stärker harmonisiert ist als das materielle Kreditsicherungsrecht der einzelnen Rechtsordnungen.³⁹

a) Kollisionsrecht: Situs-Anknüpfung

In der Theorie des Kollisionsrechts gilt die *Situs-Anknüpfung* als weltweit anerkannte Regel.⁴⁰ Danach ist grundsätzlich das jeweilige aktuelle Belegenheitsrecht massgebend für die Beurteilung der *Voraussetzungen und Wirkungen eines Kreditsicherungsrechts*. Massgebend ist somit gemäss dem kollisionsrechtlichen Grundsatz in der Regel das jeweilige Recht am Ort, an dem sich

³⁵ Verordnung des Bundesgerichts betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19.12.1910 (SR 211.413.1, abgek. EigVV).

³⁶ Vgl. im Einzelnen WERNER SCHERRER, in: Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abt., Zürich 1977, zu Art. 715/716 ZGB.

³⁷ Vgl. dazu BGE 131 III 595. Vgl. zur internationalen Warenkreditsicherheit mittels Eigentumsvorbehalt unter Ziff. II. 2. b) nachstehend.

³⁸ Vgl. dazu Ziff. II nachstehend.

³⁹ Vgl. dazu unmittelbar nachstehend.

⁴⁰ Vgl. etwa die Länderübersicht bei GIAN C. VENTURINI, Property, S. 3 ff.

die Sache befindet.⁴¹ So sehen denn auch die meisten Kollisionsrechte vor, dass sich Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an mobilen Sachen sowie ihr Inhalt nach dem *jeweils aktuellen Belegenheitsrecht* im Zeitpunkt des jeweils geltend gemachten Rechtserwerbs richten.⁴²

Diese *Situs-Regel des Kollisionsrechts* besticht zunächst einmal durch ihre Einfachheit. Die *Ratio* dieser Regel scheint ebenfalls höchst einleuchtend. Sie dient der *Sicherheit des Rechts-, insbesondere des Kreditverkehrs*, und dem *Schutz Dritter*. An einem Rechtsgeschäft nicht beteiligte Dritte sollen nicht mit Sachenrechten (dinglichen Rechten, *erga omnes* wirkenden Rechten) konfrontiert werden, welche ihnen aus ihrer eigenen Rechtsordnung nicht bekannt sind und mit denen sie demzufolge nicht zu rechnen haben.⁴³

b) Mobilität der Güter: Statutenwechsel (sog. *conflict mobile*)

Allerdings ergeben sich bei der Anwendung dieser Kollisionsregel in der Praxis gewisse Schwierigkeiten. Dies kann zunächst aus praktischen Gründen der Fall sein. So ist etwa bei Abschluss eines kreditgesicherten Rechtsgeschäftes häufig nicht von vornherein klar, ob und gegebenenfalls in welche Rechtsordnungen das Kreditsicherungsgut möglicherweise verschoben wird. Wegen der latenten *Mobilität der Güter* kann eine solche Ortsverschiebung der Kreditsicherungsgüter – und damit rechtlich ein sog. *conflict mobile* oder Statutenwechsel – nie ganz ausgeschlossen werden.⁴⁴

Bereits aus praktischen Erwägungen wird die Kreditsicherung durch Mobilien deshalb häufig zu einem recht *unsicheren Geschäft*. Die dingliche Kreditsicherung führt in der Praxis leicht zu *Rechtsunsicherheiten*, sobald eine internationale Rechtsbeziehung ins Spiel kommt.⁴⁵

6. Schwierigkeiten von Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland

Zurückkommend auf das *Eingangsbeispiel* der Uhrwerke, welche in die USA geliefert und dort verarbeitet werden sollen,⁴⁶ ist diese Mobilität bei Export-

⁴¹ Vgl. statt vieler BSK IPRG-FISCH, N. 5 zu Art. 100 IPRG. Beim Export von Waren, an denen ein schweizerischer Eigentumsvorbehalt begründet wurde, kommt gemäss Art. 103 IPRG in Abweichung von der *Situs-Regel* auf die Errichtung des Eigentumsvorbehalts das Recht des Bestimmungsstaates zur Anwendung.

⁴² Vgl. GIAN C. VENTURINI, GIAN C. VENTURINI, *Property*, S. 3 ff.

⁴³ ZK IPRG-HEINI, N. 5 zu Art. 100 IPRG (mit Hinweisen).

⁴⁴ Vgl. dazu ZK IPRG-HEINI, N. 11 ff. zu Art. 100 IPRG (mit Hinweisen).

⁴⁵ Vgl. dazu im Einzelnen unter Ziff. 6 nachstehend.

⁴⁶ Vgl. Ziff. I. 1. vorstehend.

geschäften offensichtlich und beinhaltet zuweilen eine ausgesprochene Flüchtigkeit von relevanten Anknüpfungspunkten zu einer Rechtsordnung.⁴⁷ Die Uhrwerke durchlaufen auf ihrem Weg in die USA innert kurzer Zeit zahlreiche nationale Rechtsordnungen. Als Sicherheit für die Kaufpreiszahlung liess sich die Lieferantin gemäss dem abgeschlossenen Liefer- und Kreditsicherungsvertrag zwar vertraglich absichern, doch fragt sich, ob bei einem allfälligen Insolvenzfall der Schuldnerin die Gläubigerin und Lieferantin ihr Sicherungsrecht tatsächlich durchsetzen kann.⁴⁸

a) Unterschiedliches Sachrecht, numerus clausus und Typengebundenheit

Sicherheiten für Kredit kennen zwar alle nationalen Rechtsordnungen. Das Problem besteht jedoch darin, dass in jeder Rechtsordnung die jeweiligen Voraussetzungen und Rechtsfolgen *sehr unterschiedlich ausgestaltet* sind und jede nationale Rechtsordnung wieder andere Typen von Kreditsicherheiten vorsieht. Gleichzeitig gehen alle Rechtsordnungen vom *numerus clausus* der eigenen nationalen Kreditsicherungstypen und einer *inhaltlichen Typengebundenheit* der jeweiligen innerstaatlichen Kreditsicherungsrechte aus. Durch diese Einschränkung auf gewisse Typen von Kreditsicherungsrechten, welche der eigenen Rechtsordnung bekannt sind, werden die *Schwierigkeiten auf internationaler Ebene vorgezeichnet*, wird doch in der Regel das importierte Sicherungsgeschäft nach den Massstäben des Binnenrechts beurteilt.⁴⁹

b) Anwendung der IPR-Kollisionsregel

In internationalen Verhältnissen ist die IPR-Kollisionsregel zu beachten. Das Internationale Privatrecht aller Rechtsordnungen geht praktisch ausnahmslos von der Situs-Regel aus. Danach ist jeweils das Belegenheitsrecht am Ort, wo sich die Sache gerade befindet, für die *Rechtswirksamkeit* des zu beurtei-

⁴⁷ Vgl. zu den *Transportmitteln* die in Art. 107 IPRG vorbehaltene Spezialgesetzgebung. Bei diesen erweist sich die Situs-Grundregel als untauglich. Für nicht spezialgesetzlich geregelte Transportmittel wird eine Gesetzeslücke angenommen; vgl. dazu die Bemerkungen in ZK IPRG-HEINI, zu Art. 107 IPRG. Vgl. ferner die internationalen Instrumente, wie das UNIDROIT/ICAO-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglichen Ausrüstungsgütern (sog. «Kapstadt-Konvention»), welches am 1.04.2004 in Kraft getreten ist.

⁴⁸ Vgl. zu den Gründen unter Ziff. a) und b) nachstehend.

⁴⁹ Vgl. dazu die Beispiele unter Ziff. II. 2. nachstehend.

lenden Kreditsicherungsrechts massgebend (vgl. Art. 100 IPRG).⁵⁰ Ist das Sicherungsgut beispielsweise ein Auto oder ein Flugzeug, handelt es sich somit um mobile bzw. hochmobile Güter, muss damit gerechnet werden, dass dieses Belegenheitsrecht möglicherweise ständig ändert.⁵¹ Zusätzlich besteht die Gefahr, dass am neuen Belegenheitsort (Zielrechtsort oder Transitort) wieder völlig andere rechtliche Bedingungen herrschen als dies am Ausgangsort oder während des Transits der Fall war.⁵²

Grundsätzlich ist dabei von folgenden *rechtlichen Grundsätzen* auszugehen: Mit Erreichen des neuen Rechtsraumes gilt dessen Rechtsordnung für Inhalt und Ausübung des importierten Kreditsicherungsrechts.⁵³ Wenn nun der importierte Sicherungstyp am neuen Belegenheitsort überhaupt nicht bekannt ist oder nur mit *wesentlich verschiedenem rechtlichem Inhalt*, stellen sich verschiedene Rechtsfragen. Wenn etwa am neuen Ort abweichende Voraussetzungen für das Entstehen oder den Fortbestand der Kreditsicherheit gelten, stellt sich die Frage nach der *Transponierbarkeit* und letztlich der weiteren Durchsetzbarkeit des Sicherungsrechts.⁵⁴

In diesen Fällen von Statutenwechsel und bei *fehlender Kompatibilität* der massgebenden Rechtsordnungen kann im Regelfall *nicht* damit gerechnet werden, dass die Kreditsicherheit (bzw. das gegenseitig vereinbarte Sicherungsrecht) weiterhin Bestand hat.⁵⁵ Beim Grenzübertritt mobiler Güter, an denen ein Kreditsicherungsrecht besteht, werden die *Mobilität* und die *Internationalität des Kreditsicherungsgeschäfts* damit zu eigentlichen Unsicherheitsfaktoren.⁵⁶

⁵⁰ Vgl. BSK IPRG-FISCH, N. 5 und 45 ff. zu Art. 100 IPRG. Beim Export von Waren, an denen ein schweizerischer Eigentumsvorbehalt begründet wurde, kommt gemäss Art. 103 IPRG auf die Errichtung des Eigentumsvorbehalts in Abweichung von der Situs-Regel das Recht des Bestimmungsstaates zur Anwendung.

⁵¹ Vgl. zu den Transportmitteln auch Art. 107 IPRG; vgl. Fn. 47 vorstehend.

⁵² Vgl. auch die vorstehende Fn.

⁵³ Vgl. BSK IPRG-FISCH, N. 51 zu Art. 100 IPRG; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 49 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 49 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 10 f. sowie zu den einzelnen Importkonstellationen S. 47 ff., 138 ff., 241 ff., 334 ff., 450 ff., 551 ff.

⁵⁶ Vgl. die breit angelegte Studie verschiedener grenzüberschreitender Konstellationen von GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 47 ff., 138 ff., 241 ff., 334 ff., 450 ff., 551 ff.

c) Konsequenzen

Zurückkommend auf das eingangs erwähnte *Fallbeispiel*⁵⁷ bedeutet dies Folgendes: Auch wenn an den Uhrwerken ein rechtsgültiges schweizerisches Sicherungsrecht begründet wurde, ist nicht klar, ob dieses in allen auf dem Weg nach Rotterdam durchlaufenen europäischen Rechtsordnungen weiterhin Gültigkeit beanspruchen kann. Noch zweifelhafter erscheint es, ob dieses Kreditsicherungsrecht in den USA – nach amerikanischem Recht und nach dem Einbau der Uhrwerke in die verkaufsfertigen Uhren – weiterhin Rechtsgültigkeit und entsprechend rechtliche Durchsetzbarkeit für sich beanspruchen kann.⁵⁸

Zusammenfassend lässt sich im Sinne eines *Zwischenfazits* Folgendes festhalten: Der Grenzübertritt einer mobilen Sache und der Auslandsbezug einer Partei oder des Sicherungsgutes müssen heute immer noch als *virulente Unsicherheitsfaktoren* für Kreditsicherheiten gelten. Unsicher wird in diesen Fällen vor allem die Stellung des Kreditgläubigers, welcher nicht damit rechnen kann, dass seine Sicherheit im Ernstfall, etwa bei Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz des Kreditnehmers (und Schuldners), tatsächlich noch rechtswirksam und durchsetzbar ist.

7. Fazit aus Praktikersicht

Aus diesen Überlegungen lassen sich aus Praktikersicht folgende drei Faustregeln für den *Exportfall von Gütern aus der Schweiz* ins Ausland aufstellen (vgl. unter Ziff. a) bis c) nachstehend):

a) 1. Fall: Gute Kenntnisse über das ausländische Kreditsicherungsrecht

Wenn man über verlässliche Kenntnisse des Kreditsicherungsrechts des ausländischen Staates verfügt, in den die Güter geliefert werden sollen, kann man die Begründung einer Kreditsicherung ins Auge fassen. Zusätzliche Voraussetzungen sollten sein, dass sich Lieferort und Schuldnerwohnsitz am gleichen Ort befinden und der Schuldner während der Lieferdauer voraussichtlich aufrecht stehend ist. Die Begründung der Kreditsicherheit sollte

⁵⁷ Vgl. Ziff. I. 1. vorstehend.

⁵⁸ Vgl. zum Import von schweizerischen Kreditsicherheiten in die USA GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 568 ff.

nach *ausländischem Recht* unter Einhaltung aller Begründungsvoraussetzungen und Formalitäten des ausländischen Rechts erfolgen.

Zuständigkeit und anwendbares Recht zur Beurteilung und Durchsetzung der Kreditsicherheit befinden sich nach der Lieferung im Ausland und würden sich nach *ausländischem Recht* richten. Einzuhalten sind in einer solchen Exportkonstellation deshalb vor allem und unbedingt die ausländischen Kreditsicherungsbestimmungen. Der Einwand, dass der gewählte *ausländische Kreditsicherungstypus* nach schweizerischem Kreditsicherungsrecht nicht hätte begründet werden können, wäre zwar theoretisch möglich. Faktisch ist die Gefahr allerdings gering, dass ein Gericht einen solchen Einwand hören würde und eine Partei mit diesem Argument vor einem ausländischen Richter durchdringen würde.

b) 2. Fall: Sicherungszession zur Kreditsicherung im Speziellen

Im Fall der Verwendung von Sicherungszessionen zur Sicherung von Schuldnerforderungen gilt im Prinzip das vorstehend Ausgeführte. Nur bei verlässlichen Kenntnissen der auf die Forderungen und die Zessionen anwendbaren Rechtsbestimmungen kann im Prinzip diese Art der Kreditsicherung ins Auge gefasst werden. Ansonsten läuft man Gefahr, unnötige Risiken einzugehen.

c) 3. Fall: Alle anderen Fälle

In allen anderen Fällen müsste der exportierende Unternehmer im Prinzip mit den erwähnten Unsicherheiten leben, was man ihm aus anwaltlicher Sicht allerdings kaum empfehlen kann. Alternativ wäre deshalb in diesen Fällen mit Vorteil ein anderes Vorgehen zur Sicherung des Ausfallrisikos zu wählen wie etwa ein Akkreditiv, Garantien oder Vorauszahlung der Vertragssumme.

II. Ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz

1. Kreditsicherungstypen in ausländischen Rechtsordnungen

Die Kreditsicherheiten in den Nachbarstaaten der Schweiz und den USA zeichnen sich durch eine *bunte Vielfalt* aus. Zwar ist in allen Rechtsordnungen die Kreditsicherung mittels Mobilien und Forderungen möglich. Die ausländischen Rechtsordnungen kennen jedoch *unterschiedliche Typen* und

verlangen ganz unterschiedliche Voraussetzungen zur Begründung von Kreditsicherungsrechten. Sich bei dieser Vielfalt einen Überblick zu verschaffen, ist für den Laien praktisch aussichtslos.⁵⁹

Auch die zunehmende *Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU* hat an diesem zersplitterten Rechtszustand bisher kaum etwas geändert.⁶⁰ Einzig Deutschland kann als Importland innerhalb der EU als relativ unproblematisch gelten, da nach deutschem Recht die ausländischen Kreditsicherheiten in der Regel anerkannt werden.⁶¹

a) Deutschland

Das *deutsche BGB* regelt einzig das Faustpfand. Daneben entwickelte die deutsche Rechtsprechung jedoch verschiedene *besitzlose Kreditsicherungsrechte*.⁶² Zur Sicherung des Geldkredits wird von deutschen Parteien im Regelfall die *Sicherungsübereignung* verwendet. Da diese auch in der Form des Besitzkonstituts zugelassen ist, erfreut sie sich bei deutschen Vertragsparteien grosser Beliebtheit. Sie hat den Vorteil, dass der Kreditnehmer nicht auf den *Gebrauch* der Sicherungsgüter verzichten muss und der Kreditgeber eine *rechtsgültige dingliche Sicherheit* erworben hat. Von Vorteil für den Kreditschuldner ist eindeutig, dass er die Güter weiterverwenden kann und trotzdem eine dingliche Sicherheit besteht.⁶³

Als Warenkreditsicherheit findet in Deutschland der *formlos zu vereinbarenden Eigentumsvorbehalt* starke Verbreitung.⁶⁴ Dabei sind vor allem die durch die Praxis entwickelten *Verlängerungs- und Erweiterungsformen* praxisrelevant.⁶⁵ Nicht nur der Eigentumsvorbehalt kann in Deutschland formlos und ohne irgendwelche Registrierungsanforderungen vereinbart werden, auch

⁵⁹ Vgl. den Überblick bei GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 13 ff., 108 ff., 210 ff., 289 ff., 389 ff., 514 ff.

⁶⁰ Vgl. KIENINGER, Mobiliarsachenrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte, S. 187 ff.

⁶¹ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr S. 138 ff.

⁶² Vgl. zum deutschen Kreditsicherungsrecht KIENINGER, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, S. 23 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 108 ff.

⁶³ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 116 ff.

⁶⁴ Vgl. zum Eigentumsvorbehalt in internationalen Kaufverträgen KIENINGER, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, S. 41 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu KIENINGER, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, S. 69 ff. und 113 ff.

für andere Kreditsicherungsrechte des deutschen Rechts gilt diese Formlosigkeit.⁶⁶ Das deutsche Recht gilt entsprechend als *sehr liberales, sicherungsfreundliches Recht*.

Zu Konflikten kommt es jedoch dann, wenn das Sicherungsgut aus Deutschland *exportiert* wird.⁶⁷ Für die kreditgebende Gläubigerin ist diese *Exportkonstellation aus Deutschland* mit unübersehbaren *Risiken behaftet*. Diese Risiken hinsichtlich der Anerkennungsfähigkeit von deutschen Sicherungsrechten beruhen darauf, dass die Nachbarrechtsordnungen von Deutschland die form- und besitzlosen deutschen Kreditsicherheiten im Regelfall nicht anerkennen und ihnen die rechtliche Durchsetzung verweigern.⁶⁸ Wurde etwa ein deutscher Eigentumsvorbehalt formlos begründet, so hat bei einem Import in die Schweiz grundsätzlich innert dreier Monate die Eintragung in das schweizerische Eigentumsvorbehaltsregister zu erfolgen (vgl. Art. 102 Abs. 2 IPRG).⁶⁹

Für den umgekehrten Fall des *Imports* nach Deutschland ist die Situation hingegen ausnahmsweise unproblematisch, kann doch davon ausgegangen werden, dass in Deutschland die ausländischen Kreditsicherheiten in der Regel anerkannt werden.⁷⁰

b) Italien

In *Italien* stellt sich das System der Kreditsicherheiten für den ausländischen Betrachter als schwer durchschaubar dar.⁷¹ Neben dem Fahrnispfand existieren verschiedene sog. Privilegien (*privilegi*) und Hypotheken (*ipoteche*), welche auch an Mobilien bestellt werden können.⁷² Zu beachten sind bei der Be-

⁶⁶ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 108 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 62 ff., 259 ff., 354 ff., 484 ff., 585 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu die vorstehende Fn.

⁶⁹ Vgl. dazu im Einzelnen ZK IPRG-HEINI, N. 7 ff. zu Art. 102 IPRG; BSK IPRG-FISCH, N. 19 ff. zu Art. 102 IPRG; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 72 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 155 ff.

⁷¹ Vgl. zum italienischen Kreditsicherungsrecht GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 210 ff.

⁷² Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 214 ff.

stellung solcher italienischer Kreditsicherheiten in jedem Fall die *Publizitätsformen des italienischen Rechts*.

Allerdings besteht hierbei für ausländische Parteien die zusätzliche Schwierigkeit, dass die Formen des italienischen Rechts nicht in jedem Fall oder zumindest nicht ohne weiteres erfüllt werden können. Folgendes *Beispiel* mag diese Schwierigkeit illustrieren: Eine Maschine, an der ein Eigentumsvorbehalt errichtet werden soll, befindet sich noch nicht am definitiven Standort in Italien. Entsprechend kann der Eigentumsvorbehalt nicht im italienischen Register eingetragen werden, wie dies vom italienischen Recht verlangt wird.⁷³

Der italienische Eigentumsvorbehalt (*riserva della proprietà*) ist nur dann drittwirksam, wenn er sich aus einer Urkunde mit sicherem, vor der Pfändung oder Insolvenzeröffnung liegendem Datum ergibt. Zusätzlich sind für gewisse Güter Sonderregeln, namentlich Registrierungs Vorschriften, zu beachten.⁷⁴

Die *Sicherungszession* und die *Sicherungsübereignung* werden vom italienischen Recht mehrheitlich abgelehnt,⁷⁵ und entsprechend wird solchen importierten ausländischen Kreditsicherungstypen auch die Anerkennung und rechtliche Durchsetzbarkeit in Italien versagt.⁷⁶ Nur für die *Abtretung von Unternehmensforderungen (crediti di impresa)* wird im italienischen Recht eine Ausnahme gemacht, indem für die Abtretung handelsrechtlicher Forderungen eine liberalere Regelung gilt und deren Zulässigkeit nicht in Frage steht.⁷⁷

Insgesamt ist bezüglich des italienischen Kreditsicherungsrechts Folgendes festzustellen: Das italienische Sachenrecht wird sehr stark *durch Formalitäten geprägt*. Die Erfüllung dieser Formalitäten durch die ausländische Partei gestaltet sich häufig schwierig. Zuweilen sind die italienischen Form- und Publizitätsvorschriften schlicht nicht erfüllbar für den ausländischen Kreditgeber.

⁷³ Vgl. dazu die vorstehende Fn.

⁷⁴ GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 224 ff.

⁷⁵ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 220 ff. und 231 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 252 f. und 259.

⁷⁷ GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 232 ff.

Für den Fall des *Exports aus Italien* in die Schweiz ist in jedem Fall sicherzustellen, dass ein Kreditsicherungstypus des schweizerischen Rechts gewählt wird und die Rechtswahl auf Schweizer Recht lautet. Allerdings ist einschränkend festzuhalten, dass offen bleiben muss, ob ein italienisches Gericht diese Rechtswahl akzeptieren würde. Zusätzlich müssten nämlich auch die italienischen Vorschriften zur Begründung einer Kreditsicherheit eingehalten werden. Wurde etwa ein Eigentumsvorbehalt nach italienischem Recht rechtswirksam begründet, so hat innert dreier Monate die Eintragung in das schweizerische Eigentumsvorbehaltsregister zu erfolgen (vgl. Art. 102 Abs. 2 IPRG).⁷⁸

Für den umgekehrten Fall des *Imports* von Sicherungsgut nach Italien sind die Anforderungen an das Rechtsgeschäft gemäss italienischem Recht massgebend. Die Begründungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen des italienischen Rechts müssen in jedem Falle strikte eingehalten werden, samt Form- und Registrierungsvorschriften des italienischen Rechts.⁷⁹

c) Frankreich

Das französische Kreditsicherungsrecht weist gewisse Ähnlichkeiten mit dem italienischen Recht auf. Allerdings macht sich in jüngster Zeit eine gewisse Dynamik im Bereich der Rechtsentwicklung beim Kreditsicherungsrecht in Frankreich bemerkbar.⁸⁰ Hervorzuheben sind für das französische Recht zunächst die spezialgesetzlich geregelten besitzlosen Pfandrechte, die Registerpfandrechte an Motorfahrzeugen (*gage sur véhicule automobile*) und an Betriebsausrüstungs- und Investitionsgütern (*nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*). Zudem können mit dem Unternehmenspfandrecht (*nantissement du fonds de commerce*) in Frankreich ganze Unternehmen verpfändet werden.⁸¹

Am 1. März 2007 trat zudem eine für das französische Kreditsicherungsrecht bedeutende Änderung in Kraft. Seit dieser Novellierung kennt das französische Recht neu nun ein *allgemeines besitzloses Pfandrecht*, welches mit-

⁷⁸ Vgl. dazu BSK IPRG-FISCH, N. 19 ff. zu Art. 102 IPRG; ZK IPRG-HEINI, N. 7 ff. zu Art. 102 IPRG; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 72 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 241 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu FOËX, *Sûretés mobilières*, S. 15; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 306 f.

⁸¹ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 300 ff.

tels Registrierung in ein spezielles Register begründet wird.⁸² Im Rahmen von internationalen Rechtsgeschäften stellt sich allerdings die Frage, inwieweit dieses besitzlose Kreditsicherungsrecht im Ausland anerkennungsfähig ist. Wie bei anderen besitzlosen Sicherungsrechten erscheint im internationalen Kontext höchst fraglich ob dieses neue besitzlose Kreditsicherungsrecht im Ausland durchgesetzt werden kann.⁸³

Der *französische Eigentumsvorbehalt* ist seit 1980, gemäss der *Loi Duban-chet*, im Konkurs drittwirksam ausgestaltet.⁸⁴ Wird ein französischer Eigentumsvorbehalt begründet und die Eigentumsüter in die Schweiz importiert, so muss auch in diesem Fall grundsätzlich innert dreier Monate die Eintragung in das schweizerische Eigentumsvorbehaltsregister erfolgen (vgl. Art. 102 Abs. 2 IPRG).⁸⁵

Die Verpfändung und Abtretung von Forderungen *zugunsten von Banken* wurde in Frankreich 1981 mit der Einführung der *Loi Dailly* ermöglicht.⁸⁶ Andere Arten von Abtretungen erfordern die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften, welche die Abtretung für die Praxis schwerfällig und wenig gebräuchlich werden liessen.⁸⁷

d) England

Das englische Recht steht der Begründung von Kreditsicherungsrechten ohne Besitzübergabe ähnlich kritisch gegenüber wie das schweizerische. Die meisten Kreditsicherungsrechte des englischen Rechts sind entsprechend form- und registrierungsbedürftig ausgestaltet.⁸⁸

⁸² Vgl. Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession (Journal officiel de la République française n° 303 du 31 décembre 2006, S. 20368 ff.). Vgl. dazu FOËX, *Sûretés mobilières*, S. 15.

⁸³ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 67 ff. (zum deutschen besitzlosen Sicherungseigentum).

⁸⁴ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 308 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu BSK IPRG-FISCH, N. 19 ff. zu Art. 102 IPRG; ZK IPRG-HEINI, N. 7 ff. zu Art. 102 IPRG; GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 72 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 326 ff.

⁸⁷ Vgl. zur Sicherungsabtretung im französischen Recht allgemein GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 319 ff.

⁸⁸ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 389 ff.

Von besonderer Bedeutung ist im englischen Recht die Kreditsicherheit an einem wechselnden Vermögensbestand, die sog. *floating charge*. Bei dieser handelt es sich um eine *schwebend aufgeschobene* Belastung an einem *wechselnden Vermögensbestand*, die das *gesamte Gesellschaftsvermögen* erfassen kann.⁸⁹ Ob dieses beliebte Sicherungsinstrument des englischen Rechts auch an ausländischem Vermögen durchgesetzt werden kann, ist jedoch fraglich. Aus Schweizer Optik würde man gegen die Floating Charge einwenden, sie verstosse gegen das Faustpfandprinzip und widerspreche ferner dem sachenrechtlichen Spezialitäts- und Bestimmtheitsgrundsatz.⁹⁰

e) USA

Das Kreditsicherungsrecht der USA unterscheidet sich massgeblich von demjenigen in Europa. Im Gegensatz zu den stark aufgesplitterten europäischen Kreditsicherungsrechten kennt die USA einen *einheitlichen Ansatz* der Kreditsicherung. Das amerikanische Recht verfügt mit dem *security interest* über ein *allgemeines Registerpfandrecht*. Dieses *einheitliche Modell*, welches in Art. 9 *Uniform Commercial Code* (UCC) enthalten ist, wurde von allen amerikanischen Gliedstaaten übernommen. Verschiedene ausländische Rechtsordnungen (wie Kanada, Australien und Neuseeland) haben dieses inzwischen für ihre Kreditsicherungsordnungen zum Vorbild genommen.

Das *Eingangsbeispiel* mit den Uhrwerken kann auch in umgekehrter Richtung zur Illustration beigezogen werden, d. h. die Uhrwerke werden von den USA in die Schweiz exportiert.⁹¹ Bei einer solchen *Exportkonstellation aus den USA* in die Schweiz ist zu beachten, dass im Prinzip eine *US-Kreditsicherung*, welche allerdings auch in der Schweiz bekannt sein muss, vorgesehen werden sollte. Wurde der Security Interest z. B. für einen Warenkredit verwendet, so hat innert Frist eine Eintragung in das schweizerische Eigentumsvorbehaltsregister zu erfolgen (vgl. Art. 102 Abs. 2 IPRG).

Bei der *Importkonstellation in die USA* hat der Gläubiger Folgendes zu beachten: Wird mit einem amerikanischen Schuldner ein Kreditsicherungs-geschäft abgeschlossen, so sind die Voraussetzungen des US-amerikanischen

⁸⁹ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 414 ff.

⁹⁰ Vgl. dazu AESCHLIMANN/FOËX, *Sûretés mobilières*, S. 27; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 92 ff.

⁹¹ Vgl. zu dieser Konstellation des Imports von US-amerikanischen Sicherungsrechten in die Schweiz GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 97 ff.

Rechts zu berücksichtigen. Namentlich muss die Registrierung gemäss den *Vorschriften des UCC* erfolgen, damit die Kreditsicherung im Rahmen der Zielrechtsordnung tatsächlich rechtlich durchsetzbar ist.⁹²

Bezogen auf das Eingangsbeispiel mit den Uhrwerken, welche in die USA importiert werden, bedeutet dies Folgendes: Das Sicherungsrecht müsste gemäss den Vorschriften des UCC registriert werden, und zwar bei einem amerikanischen Schuldner an *dessem US-Sitz*, bei einem ausländischen Schuldner im *District of Columbia*.⁹³

2. Schwierigkeiten von ausländischen Kreditsicherheiten in der Schweiz

Wie die vorstehenden Fallbeispiele sowie die aufgezeigten Import- und Exportkonstellationen aufgezeigt haben, sind *verschiedene zusätzliche Vorgaben* zu beachten, wenn das Rechtsgeschäft einen internationalen Bezug aufweist. Weiter wurde deutlich, dass die Divergenzen der materiellen Kreditsicherungsrechte international teilweise zu eklatanten Verzerrungen führen, indem im schlimmsten Fall das Kreditsicherungsrecht seine rechtliche Gültigkeit und Durchsetzbarkeit verliert, wenn das Sicherungsgut (oder der Kreditschuldner) seinen Standort verändert.

a) Optik des eigenen Rechts bei der Beratung ausländischer Klienten

Bei der Beratung ausländischer Klienten zeigt sich, dass aufgrund der Optik des eigenen (hier: ausländischen) Rechts häufig *falsche Schlüsse* gezogen werden. Kommt die Klientin aus einer Rechtsordnung mit einem *liberalerem Kreditsicherungsrecht* – wie etwa dem deutschen Recht – geht sie davon aus, dass Kreditsicherheiten formlos begründet werden können. So wird beispielsweise angenommen, dass Kreditsicherheiten auch in der Form des Besitzkonstituts erlaubt seien, und es wird ohne weitere Prüfung impliziert, dass der Schuldner im Besitz des Sicherungsgutes bleiben könne. Dabei wird – sei dies aus Unkenntnis oder Unwissenheit – die Tatsache ignoriert, dass in der Schweiz keine besitzlosen Kreditsicherungsrechte rechtsgültig verein-

⁹² Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 562 ff.

⁹³ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 562 ff.

bart werden können oder es wird übersehen, dass auf das Rechtsgeschäft schweizerisches Recht als Situs-Recht zur Anwendung gelangt.⁹⁴

Auf ähnliche Schwierigkeiten stossen in der Praxis die relativ formalistischen Kreditsicherungssysteme der romanistischen Tradition, etwa Frankreich oder Italien, wird doch bei einer internationalen Konstellation häufig vergessen, dass die Formvorschriften und Registrierungsmodalitäten dieser Rechtsordnungen auch bei internationalen Bezügen des Rechtsgeschäfts zu beachten sind.⁹⁵

Handelt es sich um für den Schweizer Markt bestimmte Güter, müssen die *Kreditsicherungstypen des schweizerischen Rechts* gewählt werden. Die Vorschriften des schweizerischen Kreditsicherungsrechts sind dabei in jedem Fall zu beachten. Handelt es sich um Sicherungsgüter, welche gemäss der ausländischen Optik keiner Registrierungspflicht unterstehen, wird der ausländische Klient fälschlich davon ausgehen, auch das schweizerische Kreditsicherungsrecht erfordere keine Registereintragung. Dies erweist sich jedoch als Trugschluss. Auch in diesem soeben erwähnten Fall sind die Typenordnung und die Vorschriften des schweizerischen Rechts massgebend und entsprechend zu beachten. Der ausländische Kreditgeber ist im Prinzip auf die schweizerischen Kreditsicherungsmittel (einschliesslich einer allfälligen Registrierung) zu verpflichten: das Besitzpfand, die Sicherungsübereignung – mit Übereignung des Besitzes an den Gläubiger –, die Sicherungsabtretung sowie den Eigentumsvorbehalt mit seinen Registrierungsvorschriften.⁹⁶

Allerdings ist zusätzlich Folgendes zu beachten: Die *Exportrechtsordnung*, aus der das Sicherungsgut stammt, verlangt häufig ebenfalls die Anwendung ihrer Vorschriften zur Begründung der Kreditsicherheit. Auch die Begründungsvoraussetzungen der Abgangsrechtsordnung sind entsprechend, wenn immer möglich, zu beachten.⁹⁷ Diese Beachtung der Vorschriften aller berührten Rechtsordnungen erfordert bereits die richtige Anwendung des Situs-Prinzips.⁹⁸

⁹⁴ Vgl. etwa die Studie von KIENINGER, *Security Rights in Movable Property* und die darin behandelten internationalen Fälle (Liste S. xvii ff.).

⁹⁵ Vgl. etwa GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 80 ff., 84 ff., 160 ff., 165 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu ausführlich GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 47 ff.

⁹⁷ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr*, S. 47 ff.

⁹⁸ Vgl. dazu unter Ziff. 5. vorstehend.

Wie sich gezeigt hat, entstehen im internationalen Rechtsverkehr vor allem dann Schwierigkeiten, wenn aus der fremden Rechtsordnung genährte Erwartungen nicht mit den *Erwartungen aus der eigenen Rechtsordnung* übereinstimmen.⁹⁹

b) Problemkonstellationen beim Eigentumsvorbehalt

Beim Eigentumsvorbehalt beispielsweise sind international folgende Problemkonstellationen bekannt:

1. In Deutschland kann der Eigentumsvorbehalt formlos und ohne irgendwelche Registrierungs Vorschriften vereinbart werden. Entsprechend ist diese Sicherungsform in Deutschland auch weit verbreitet. Anders in der Schweiz, wo der Eigentumsvorbehalt am Wohnsitz des Käufers registriert werden muss.¹⁰⁰
2. Die in der deutschen Praxis entwickelten beliebten Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts kennt das schweizerische Recht nicht.¹⁰¹ Die Grundidee des *verlängerten Eigentumsvorbehalts* besteht darin, dass bei einer Verarbeitung oder Weiterveräußerung von Vorbehaltsware der Vorbehaltsverkäufer zum Hersteller der neuen Sache wird bzw. zum Inhaber der künftigen, aus der Weiterveräußerung entstehenden Forderungen gegen den Dritterwerbter.¹⁰² Der sog. *erweiterte Eigentumsvorbehalt* in der Form des Kontokorrentvorbehalts ist in Deutschland ebenfalls gebräuchlich und im kaufmännischen Verkehr zulässig. Er sieht vor, dass das Eigentum erst dann auf den Käufer übergeht, wenn alle Forderungen aus einer Geschäftsbeziehung beglichen sind.¹⁰³ Beim *Importfall* in die Schweiz kann nicht damit gerechnet werden, dass diese Klauseln des deutschen Rechts anerkannt werden, mögen sie in Deutschland auch noch so gebräuchlich sein.¹⁰⁴

⁹⁹ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 62 ff.

¹⁰⁰ Vgl. dazu Ziff. I. 4. b) und II. 1. a) vorstehend.

¹⁰¹ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 77 f.

¹⁰² Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 125 f.

¹⁰³ Vgl. die vorstehende Fn.

¹⁰⁴ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 71 (insbesondere S. 77 zu den deutschen Verlängerungsformen).

Ähnliche Einschränkungen gelten gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung hinsichtlich des österreichischen, italienischen, französischen und englischen Rechtsverkehrs.

c) Bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGE 131 III 595

Das Bundesgericht hatte in BGE 131 III 595 die Gültigkeit eines *österreichischen Eigentumsvorbehalts* in der Schweiz zu überprüfen und hatte dabei Gelegenheit, die kollisionsrechtlichen Grundsätze des schweizerischen internationalen Kreditsicherungsrechts darzustellen.

Es stellte *erstens* fest, dass gemäss Art. 100 Abs. 1 IPRG auf die Frage der Wirksamkeit des ausländischen Kreditsicherungsrechts schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt, sobald das Sicherungsgut in die Schweiz gelangt (gemäss *lex rei sitae*).¹⁰⁵

Zweitens erinnerte es daran, dass wenn eine bewegliche Sache in die Schweiz gelangt, nachdem an ihr im Ausland ein Eigentumsvorbehalt begründet worden ist, der den Anforderungen des schweizerischen Rechts nicht genügt, der Eigentumsvorbehalt noch während dreier Monate gültig bleibt (Art. 102 Abs. 2 IPRG). Allerdings kann der Eigentumsvorbehalt einem gutgläubigen Dritten während dieser sog. *grace period* nicht entgegengehalten werden (Art. 102 Abs. 3 IPRG).¹⁰⁶

Drittens geht das Bundesgericht in seiner Begründung stillschweigend davon aus, dass ein *äquivalenter schweizerischer Sicherungstyp* des inländischen Rechts nötig ist.

Viertens hatte die Klägerin den Eigentumsvorbehalt in casu nach der Einfuhr der Eigentumsvorbehaltsware in die Schweiz nicht nach Art. 715 Abs. 1 ZGB in das öffentliche Eigentumsvorbehaltsregister eintragen lassen. Das Bundesgericht mass diesem Eintragungszwang in das schweizerische Register *Ordre public*-Charakter zu, weshalb dem ausländischen Eigentumsvorbehalt im Resultat die Anerkennung versagt wurde.¹⁰⁷

Die *Ratio* dieser – in der Lehre teilweise kritisierten Rechtsprechung – liegt in der *Erkennbarkeit dinglicher Rechte für Dritte*.¹⁰⁸ Die Erkennbarkeit und der Schutz von am Rechtsgeschäft nicht beteiligten Dritten hat Vorrang gegenüber dem Interesse der ausländischen Vertragspartei an der Gültigkeit

¹⁰⁵ BGE 131 III 595, Erw. 2.2.

¹⁰⁶ BGE 131 III 595, Erw. 2.3.

¹⁰⁷ BGE 131 III 595, Erw. 2.3.2.

¹⁰⁸ Vgl. statt vieler ZK IPRG-HEINI, N. 5 zu Art. 100 IPRG (mit Hinweisen).

des Eigentumsvorbehalts.¹⁰⁹ Da der in Österreich begründete Eigentumsvorbehalt den Anforderungen des Schweizer Rechts nicht genügte, verlor er nach Ablauf von drei Monaten seine Rechtsgültigkeit.

Mit Bezug auf andere ausländische Kreditsicherungsrechte, die im Inland nicht bekannt sind und für die eine Transposition abgelehnt wird, ist ebenso von der *Unwirksamkeit* des Kreditsicherungsrechts als Folge des Imports ins Inland auszugehen.¹¹⁰ Im Gegensatz zur spezialgesetzlichen Regelung des Eigentumsvorbehalts in Art. 102 IPRG tritt die Unwirksamkeit als Rechtsfolge des Imports des Sicherungsgutes und des damit einhergehenden Statutenwechsels bei allen anderen Kreditsicherungsrechten *sofort mit dem Grenzübertritt* ein.¹¹¹

d) Fallbeispiel der italienischen Autohypothek

Ein *weiteres Fallbeispiel* soll die Problematik der *Transposition* ausländischer Kreditsicherungsrechte illustrieren: Ein Motorfahrzeug, an dem in Italien eine italienische Autohypothek begründet wurde, soll in die Schweiz überführt werden. Der italienische Anwalt versichert der inländischen Rechtsvertreterin, dass diese Art von Sicherungsgeschäften in Italien durchaus üblich sei und die Angelegenheit für die Kreditgeber, welche diese vertritt, absolut problemlos sei.

Bei der vorliegenden Konstellation erscheint diese Einschätzung allerdings aus den nachstehend erläuterten Gründen problematisch. Der inländische Kreditgeber müsste bei einer solchen Sachlage dringend gewarnt werden.

Nach herrschender schweizerischer Rechtsauffassung gilt Folgendes zu beachten: Für eine Anerkennung des italienischen Kreditsicherungsrechts bedürfte es eines *äquivalenten Sicherungstyps des inländischen Rechts*.¹¹² Das

¹⁰⁹ Vgl. auch F. WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2005, ZBJV 143/2007, S. 196.

¹¹⁰ Vgl. zu solchen Importkonstellationen GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr S. 62 ff. Vgl. ferner zum deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr SIEHR, Eigentumsvorbehalt im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr, S. 207 ff.

¹¹¹ Vgl. dazu die vorstehende Fn. Vgl. etwa für die in Deutschland begründete Sicherungsübereignung, bei welcher der Sicherungsgeber weiterhin die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält: SJZ 1970, S. 78 f.; im gleichen Sinne der Entscheid des österreichischen OGH vom 14.12.1983, in: IPRax 1985, S. 165–167.

¹¹² Vgl. zum Import von italienischen Pfandrechten sowie zur italienischen Autohypothek insbesondere GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen

schweizerische Recht kennt jedoch keine dem italienischen Recht vergleichbare Autohypothek.

Gemäss schweizerischem Recht kämen für eine Umwandlung höchstens die Sicherungsübereignung oder der Eigentumsvorbehalt in Frage. Da die Sicherungsübereignung nach inländischem Recht jedoch keinesfalls als besitzloses Sicherungsrecht begründet werden kann, entfällt diese für eine Transposition der besitzlosen italienischen Autohypothek. Einer Umwandlung in einen schweizerischen Eigentumsvorbehalt stünde entgegen, dass es sich bei der italienischen Autohypothek um eine *gesetzliche Mobiliarhypothek* handelt, mit der die Kaufpreisforderung wie auch jede beliebige andere Forderung gesichert werden kann.¹¹³ Somit würde die italienische Autohypothek unmittelbar mit dem Grenzübertritt des Fahrzeuges ihre rechtliche Wirkung und Durchsetzbarkeit verlieren und damit praktisch wertlos werden. Sie könnte aufgrund des anwendbaren schweizerischen Rechts nicht vollstreckt werden.

e) **Zwischenfazit**

Generell gilt im internationalen Kreditsicherungsrecht Folgendes: Die *Grenze der Transpositionsfähigkeit* von fremden Kreditsicherheiten liegt nach der in der Schweiz vertretenen Meinung dort, wo *kein funktionsäquivalentes inländisches Sicherungsrecht* vorhanden ist. Da das schweizerische Kreditsicherungsrecht *relativ eng und restriktiv* ist, tritt dieser Fall in der Praxis häufig auf.¹¹⁴

Entsprechend ist damit zu rechnen, dass das italienische Sicherungsrecht im Beispielfall (vgl. vorstehend) mit dem Grenzübertritt seine Wirksamkeit verliert. Ähnlich wie der italienischen Autohypothek dürfte es anderen besitzlosen ausländischen Kreditsicherungsrechten ergehen.¹¹⁵ Die aufgezeigte

Rechtsverkehr S. 81 f. Der deutsche Bundesgerichtshof hatte 1991 die Herausgabeklage einer italienischen Gesellschaft gegen die deutsche Eigentümerin eines Ferraris gestützt auf eine italienische Autohypothek zu entscheiden; vgl. NJW 1991, 1415, JuS 1991, 779 mit Anm. HOHLOCH, WM 1991, 811. Dabei kam das Gericht zum Schluss, dass das italienische Sicherungsrecht in deutsches Sicherungseigentum transponiert werden könne.

¹¹³ Vgl. zu italienischen Autohypothek GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 217 ff.

¹¹⁴ Vgl. zum Import von rechtsgeschäftlichen Kreditsicherheiten ZK IPRG-HEINI, N. 43 ff. zu Art. 100 IPRG; BSK IPRG-FISCH, N. 44 ff. zu Art. 100 IPRG; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 62 ff.

¹¹⁵ Vgl. etwa GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, S. 68 ff. (zum Import von deutschem Sicherungseigentum).

Rechtslage entspricht *herrschender Rechtsprechung und Lehre*.¹¹⁶ Ob diese rechtspolitisch abzulehnen oder zu begrüßen sind, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.¹¹⁷

Zur *Minimierung des Risikos* im Rahmen der Rechtsberatung ist bei internationalen Rechtsgeschäften zu beachten, dass man sich auf einen Kreditsicherungstypus verständigt, welcher in der Schweiz ebenfalls bekannt ist – nämlich auf eine Verpfändung, eine Sicherungsübereignung oder -abtretung oder einen Eigentumsvorbehalt. Andernfalls sollten Klienten in der anwaltlichen Praxis deutlich darauf hingewiesen werden, dass die vereinbarte Kreditsicherung höchstens psychologische Wirkungen, keine rechtlichen Wirkungen hat, abgesehen von allfälligen Schadenersatzansprüchen.

Ausländische Parteien haben vielfach die Erwartung, dass formlos vereinbarte oder besitzlose Sicherungsgeschäfte – wie sie beispielsweise das deutsche Recht kennt – auch in der Schweiz bekannt und durchsetzbar sein müssten. Oder sie meinen, wenn ein Sicherungsrecht in ihrer Rechtsordnung gültig registriert worden sei, müsse diese Registrierung automatisch auch in der Schweiz Rechtswirkungen zeitigen. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn Registrierungen wirken im Regelfall *rein territorial*. Dies hat zur Folge, dass die Wirkungen registrierter Kreditsicherungsrechte in der Regel auf das Rechtsgebiet ihrer *registerrechtlichen Eintragung beschränkt* bleiben.¹¹⁸

Ausländische Parteien sind nachdrücklich auf die Vorgaben und die Einschränkungen des schweizerischen Kreditsicherungsrechts hinzuweisen. So sind beispielsweise deutsche Standardverträge, die einen Eigentumsvorbehalt vorsehen, kritisch zu begutachten und allenfalls an das schweizerische Recht anzupassen, wenn Güter in die Schweiz importiert werden sollen. Zudem ist in jedem Fall auf die Registrierungspflicht nach schweizerischem Recht hinzuweisen.

¹¹⁶ Vgl. dazu die vorstehende Fn.

¹¹⁷ Vgl. zur Kritik und zu den Reformvorschlägen BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten, S. 197 ff.; FOËX, Propositions, S. 287 ff.; AESCHLIMANN/FOËX, Sûretés mobilières, S. 17 ff.; GIRSBERGER, Mobiliarhypothek, S. 255 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 724 ff.

¹¹⁸ Vgl. zur Registrierung im internationalen Rechtsverkehr etwa DANIEL GIRSBERGER, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, Internationales Vertrags-, Sachen- und Insolvenzrecht, Zürich/Tübingen 1997, Rz. 328 ff.

3. Zur Sicherungszession im Speziellen

Bei mobilen Gütern wird deutlich, dass die Überschreitung der Grenze zu einem anderen Rechtsgebiet einen internationalen Sachverhalt und einen Statutenwechsel zur Folge hat. Auch Verfügungen über *Forderungen* können die Beachtung ausländischen Rechts nötig machen. Dazu braucht es nicht einmal eine grenzüberschreitende Zession, mit Zedent und Zessionar in verschiedenen Ländern, sondern es genügt eine *Forderung*, welche *ausländischem Recht* untersteht.¹¹⁹

Folgendes *Beispiel zur Illustration*: Will ein schweizerischer *Zedent* einem schweizerischen *Zessionar* eine dem italienischen Recht unterliegende Forderung abtreten, stellt das *italienische* Abtretungsrecht bestimmte *Publizitätsanforderungen* auf, welche Beachtung verlangen. Die Internationalität des Geschäftes kann sich bereits dadurch ergeben, dass die *Forderung* dem ausländischen Recht untersteht. Dies wird in der anwaltlichen Praxis häufig übersehen und die Angelegenheit als reine Binnenangelegenheit behandelt. Die Internationalität bei einer Sicherungszession kann sich somit entweder daraus ergeben, dass die *Forderung* eine internationale ist oder der *Sicherungszedent* (als Schuldner) im Ausland ansässig ist.¹²⁰

Aus unserer Schweizer Optik gilt es, *kollisionsrechtlich* Folgendes zu beachten: Als Grundregel ist das *Forderungsstatut* massgebend (vgl. Art. 145 IPRG).¹²¹ Diese Regel gilt jedoch international nicht ausnahmslos. Es kann auch das Recht des Zedenten zur Anwendung gelangen (nach dem sog. *Domicilprinzip*). Insbesondere für Fragen der *Drittwirksamkeit* der Abtretung sowie für die *Prioritätsordnung* findet dieses z. T. Anwendung (z. B. in den USA nach Art. 9 UCC¹²² und auch nach Art. 22 des UN-Abtretungsübereinkommens¹²³).¹²⁴

¹¹⁹ Vgl. zur internationalen Sicherungsabtretung GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr*, S. 56 ff., 130 ff., 145 ff., 245 ff., 340 ff., 656 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu vorstehende Fn.

¹²¹ Vgl. dazu BSK IPRG-DASSER, N. 4 ff. zu Art. 145 IPRG; ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, N. 9 ff. zu Art. 145 IPRG; GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr*, S. 56 ff.

¹²² Vgl. Art. 9–301 ff. und 9–325 UCC.

¹²³ Übereinkommen über die Forderungsabtretung im internationalen Handel (*United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*), verabschiedet durch die UN-Generalversammlung am 12.12.2001.

¹²⁴ Vgl. dazu HANS KUHN, *Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht*, SZW 3 (2002), S. 1–22.

Bei diesen internationalen Sachverhalten ist an Folgendes zu denken: Im Zweifelsfall sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Sicherungszession nach allen möglichen betroffenen Rechtsordnungen zu prüfen. Diese sind möglicherweise bei internationalen Zessionen nicht immer einfach zu erfüllen, beispielsweise bei Globalzessionen mit Forderungen aus verschiedenen Rechtsordnungen oder bei internationalen Repo-Geschäften.¹²⁵ Die Ressourcen der Rechtsberater werden dann gefordert, wenn man nicht bereits auf frühere Abklärungen und Know-how zurückgreifen kann.

4. Richtiges Vorgehen – praktisches Vorgehen

Will man bei einem Vertragsschluss eine Kreditsicherheit an mobilen Gütern vereinbaren, ist zuerst zu fragen, ob das Sicherungsgut *im Ausland liegt* oder allenfalls *ins Ausland exportiert* werden soll.

Wenn dies der Fall ist, muss weiter geprüft werden, ob nach dem Recht am Belegenheitsort das Kreditsicherungsgeschäft überhaupt begründet werden kann und was die *Wirksamkeitsvoraussetzungen* des Sicherungsgeschäfts sind. Insbesondere sind allfällige *Registrierungsvorschriften* zu beachten. Vor allem in Italien und Frankreich, aber auch den USA, ist mit solchen zu rechnen.¹²⁶

Sodann ist zu prüfen, ob die *Wirksamkeit* des Kreditsicherungsrechts und die rechtliche Durchsetzbarkeit auch nach allen möglichen *Zielrechtsordnungen* gewährleistet sind.

¹²⁵ Vgl. dazu HANS KUHN, Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht, SZW 3 (2002), S. 1–22.

¹²⁶ Vgl. dazu unter Ziff. II. 1. vorstehend.

III. Ausblick – Wie weiter national und international?

1. Schweizer Optik

a) Reformbedarf des Schweizer Kreditsicherungsrechts

Zu Beginn der neunziger Jahre führte der Zusammenbruch des Immobilienmarktes zu riesigen Kreditverlusten der Banken und in der Folge zu einer restriktiven Kreditpolitik. Dies wiederum löste eine Grundsatzdebatte über die Tauglichkeit und Aktualität des schweizerischen Kreditsicherungsrechts aus.¹²⁷ Heute ist es die *Subprime-Krise*, die in aller Munde ist und vielleicht ähnliche Anstösse geben wird.¹²⁸

In grundsätzlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob es rechtspolitisch und volkswirtschaftlich überhaupt wünschenswert ist, dass das Instrumentarium des schweizerischen Kreditsicherungsrechts reformiert wird. Kommt es dann nicht auch bei uns – wie z. B. bei unserem nördlichen Nachbarn Deutschland – vermehrt zum «Konkurs der Konkurse», zu Konkursen ohne nennenswerte Aktiven, die es zu verteilen gäbe, mag man sich fragen.¹²⁹

Das Thema «Reformbedarf im schweizerischen Recht» ist damit aber nicht abgehandelt. Wie bereits erwähnt, liegt der Grund für die mangelnde Tauglichkeit und Aktualität des schweizerischen Kreditsicherungsrechts insbesondere im Faustpfandprinzip, welches das schweizerische Kreditsicherungsrecht beherrscht.¹³⁰ Ein Reformvorschlag müsste diese gravierenden Nachteile des geltenden Rechts korrigieren, ohne mittlerweile bekannte Defizite aus anderen Rechtsordnungen zu kopieren.

¹²⁷ Vgl. dazu BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten, S. 197 ff.; FOËX, Propositions, S. 287 ff.; AESCHLIMANN/FOËX, Sûretés mobilières, S. 17 ff.; GIRSBERGER, Mobiliarpfandhypothek, S. 255 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung im internationalen Rechtsverkehr, S. 724 ff. (mit Vorschlägen für eine Reform de lege ferenda).

¹²⁸ Vgl. dazu unter Ziff. c) nachstehend.

¹²⁹ In der Schweiz werden jährlich rund 10'000 Konkursverfahren (2006: 10'600) eröffnet. Die aus ordentlichen und summarischen Konkursverfahren entstandenen Verluste variieren relativ stark und betragen rund CHF 2,5 bis 3,5 Mia. (2006: ca. CHF 3 Mia.; 2004: ca. CHF 4,7 Mia.).

¹³⁰ Vgl. unter Ziff. I. 4. a) vorstehend.

b) Neuerungen des Bucheffektengesetzes

Mit dem Inkrafttreten des Bucheffektengesetzes (BEG) soll eine gewisse Vereinfachung bei der Bestellung von *Sicherheiten an Wertpapieren* erzielt werden, indem die Sicherungsbestellung eintragungsmässig – und nicht mehr physisch durch tatsächliche Wertpapierübertragung – erfolgen kann.¹³¹ Das Sicherungsrecht kann durch Übertragung auf ein Effektenkonto des Sicherungsnehmers mit Wirkung gegenüber Dritten bestellt werden. Alternativ kann das Sicherungsrecht dadurch begründet werden, dass die Verwahrungsstelle der Sicherungsnehmerin gegenüber erklärt, deren Weisungen zu befolgen, natürlich mit Zustimmung des Sicherungsgebers (vgl. Art. 25 E-BEG).¹³²

c) Aktuelle Bezüge: Subprime Krise

Dass die dargestellte Thematik von grosser Aktualität ist, zeigt die *Subprime-Krise*, welche von den USA aus weitere Länder erfasst hat. Die Subprime Thematik stellt ein Festival grenzüberschreitender Sicherheiten dar. Der amerikanische Kreditgeber (Bank) erhält eine Hypothek auf der Liegenschaft des Schuldners (dies die erste, noch interne Sicherheit). Die Bank bündelt die hypothekarisch gesicherten Forderungen, steckt diese in ein Vehikel und lässt das Vehikel Obligationen ausgeben, die durch diese Forderungen gesichert sind (dies die zweite Sicherheit). Danach werden diese Obligationen bei Institutionellen platziert, auch bei Schweizer Banken (jetzt wird die – zweite – Sicherheit auch noch grenzüberschreitend).¹³³

Fragen, die sich stellen sind etwa folgende: 1) Enthält die erste Sicherheit eine Rechtswahlklausel? 2) Wie steht es mit der zweiten Sicherheit? 3) Was, wenn keine oder eine ungenügende Rechtswahl getroffen wurde – oder diese gar nicht durchgesetzt werden kann, weil zwingend das Situs-Recht gilt? Zunächst handelt es sich um eine sachenrechtliche Frage, zumindest aus schweizerischer Optik, danach um eine zessionsrechtliche Frage (dies zu-

¹³¹ Vgl. dazu den Bericht zum Entwurf des Bundesgesetzes und zum Haager Wertpapierübereinkommen vom 15.11.2006, S. 9369 ff.

¹³² Vgl. dazu die vorstehende Fn. Von besonderem Interesse ist die Tatsache, dass das BEG den Begriff der Sicherheit in einem funktionalen Sinne verwendet, also unter Einschluss sowohl von Pfandrechten als auch von Vollrechtsübertragungen.

¹³³ Vgl. zur Suprime-Krise etwa JOACHIM STARBATTY, Die Subprime-Krise als Folge von Fehlanreizen, in NZZ vom 19./20.1.2008.

mindest bei einer sog. *true securitization*; bei einem synthetischen Vehikel wären beide Stufen rein schuldrechtlich zu behandeln, und eine Rechtswahl aus schweizerischer Optik demzufolge möglich). Aus amerikanischer Sicht werden diese Fragen kollisionsrechtlich und auch sachrechtlich jedoch möglicherweise anders qualifiziert.

2. IPR-Optik: Zur Rolle der Rechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung

Bei der geschilderten relativ unsicheren Ausgangslage des internationalen Kreditsicherungsrechts stellt sich die Frage nach der Rolle der gegenwärtigen Vereinheitlichungstendenzen im schweizerischen Privatrecht. Weiter stellt sich angesichts dieser internationalen Divergenzen der Sachrechte beim Kreditsicherungsrecht die Frage nach der Bedeutung der Privatrechtsvergleichung.¹³⁴

Man könnte diesbezüglich auf die verschiedenen Übereinkommen im Bereich der Kreditsicherung hinweisen. Zu erwähnen wäre insbesondere das UNIDROIT-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglichen Ausrüstungsgütern¹³⁵ sowie das UNCITRAL-Übereinkommen über die Forderungsabtretung im internationalen Handel¹³⁶. Weiter könnte man auf verschiedene EU-Richtlinien und -Verordnungen hinweisen, welche in gewissen, eingeschränkten Sachbereichen tatsächlich eine rechtliche Vereinheitlichung gebracht haben.¹³⁷ Man könnte ferner den «*Legislative Guide on Secured Transactions*» anführen, welcher im Rahmen der UNCITRAL erarbeitet wurde.¹³⁸ Schliesslich könnte im Bereich des IPR das Haager Wert-

¹³⁴ Vgl. dazu auch KRAMER, Nationale Privatrechtskodifikationen, S. 421 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis nach Sicherheit, S. 456 f.

¹³⁵ UNIDROIT/ICAO-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglichen Ausrüstungsgütern (sog. «Kapstadt-Konvention»), welches am 1.04.2004 in Kraft getreten ist.

¹³⁶ Übereinkommen über die Forderungsabtretung im internationalen Handel (*United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*), verabschiedet durch die UN-Generalversammlung am 12.12.2001.

¹³⁷ Vgl. etwa die Finanzierungsrichtlinie der EU. Vgl. dazu KIENINGER, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, S. 2307 f.

¹³⁸ Alle Texte sind auf der offiziellen Homepage von UNCITRAL unter www.uncitral.org verfügbar. Vgl. dazu KIENINGER, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, S. 2354 ff.

papierübereinkommen¹³⁹, welches in absoluter Rekordzeit erarbeitet und verabschiedet wurde, erwähnt werden.¹⁴⁰

Daraus könnte man mit einer gewissen Euphorie den Schluss ziehen, dass die Privatrechtsvereinheitlichung und -harmonisierung bald die vorherrschende Realität werde, die alle Probleme im internationalen Bereich, auch bezüglich des Kreditsicherungsrechts, zu lösen vermöchte. Dies wäre jedoch wohl eine etwas allzu naive, abgehobene Einschätzung, angesichts der tatsächlichen Verhältnisse.¹⁴¹

Festzustellen ist, dass die zunehmende internationale Verflechtung unserer Privatrechtsbeziehungen im Zeichen der globalisierten Wirtschaft scheinbar Hand in Hand mit einer rasanten Zunahme der Relevanz internationaler bzw. supranationaler Privatrechtsinstrumentarien geht.¹⁴² Diese Entwicklungen tangieren nicht nur den äusseren *Prozess der privatrechtlichen Rechtsfortbildung*, ebenso einschneidend sind ihre Auswirkungen auf das uns bis heute prägende juristische Denken.¹⁴³ Dessen zentraler Bezugsrahmen ist traditioneller Weise das von Lehre und Rechtsvergleichung sorgsam gehegte relativ geschlossene System des nationalen Privatrechts. Die heutige Herausforderung besteht darin, dass wir vor einem komplexen, ausserordentlich schwer durchschaubaren «*Mehr-Ebenen-System*» des *Privatrechts* stehen, dessen konzeptionelle Durchdringung noch weitgehend aussteht.¹⁴⁴

¹³⁹ Übereinkommen über die auf bestimmte Rechte an Intermediär-verwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung (*The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary*).

¹⁴⁰ Vgl. zu den internationalen Entwicklungen auch KIENINGER, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, S. 2305 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis nach Sicherheit, S. 631 ff.

¹⁴¹ Vgl. die Hinweise in der vorstehenden Fn.

¹⁴² Vgl. dazu KIENINGER, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, S. 2305 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis nach Sicherheit, S. 631 ff. So bereits KRAMER, Nationale Privatrechtskodifikationen, S. 426.

¹⁴³ KRAMER, Nationale Privatrechtskodifikationen, S. 427.

¹⁴⁴ Vgl. die vorstehende Fn.

IV. Schlussbemerkungen

Aus Sicht des internationalen Kreditsicherungsrechts lässt sich abschliessend Folgendes festhalten: Das Bedürfnis nach Kredit-Sicherheit besteht im nationalen wie im internationalen Rechtsverkehr. Aus dem Blickwinkel des Privatrechts muss vordringlich das *Interesse des Kreditgebers* an entsprechenden Sicherheiten als solches Sicherheitsbedürfnis angeführt werden.

Wie dargestellt wurde sind die Möglichkeiten des nationalen Kreditsicherungsrechts heute noch sehr beschränkt. Das *Instrumentarium* des schweizerischen Rechts erweist sich diesbezüglich als *lückenhaft* und die *rechtliche Dogmatik als eigentliches Flickwerk*.

Der immer weiter fortschreitende Prozess der Globalisierung der Wirtschaft – und demzufolge auch der Rechtsbeziehungen – lässt die gegenwärtigen Defizite des schweizerischen und des internationalen Kreditsicherungsrechts immer deutlicher zutage treten. D. h. die Schere zwischen dem, was ist, und dem, was sein sollte, öffnet sich immer weiter – und dies nicht nur auf nationaler Ebene. Darum braucht es dringend einen stärkeren *Ausbau der Rechtssicherheit* einerseits sowie von *Sicherheiten im Recht* andererseits.

Sicherung von Krediten Dritter im Konzern

Roland von Büren, Bern/Bendicht Lüthi, Gümligen*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	55
Materialien.....	60
Vorbemerkung.....	60
I. Das Problem.....	61
1. Begriff des Konzerns.....	61
2. Endzweck und thematischer Zweck bei abhängigen Konzernunternehmen.....	61
3. Finanzierung im Konzern.....	62
II. Arten von Sicherheiten und deren buchhalterische Erfassung.....	64
1. Rechtliche Ausgestaltung der Sicherheiten.....	64
2. Folgen im Bereich der Rechnungslegung.....	65
III. Die verschiedenen Konstellationen der Gewährung von Sicherheiten im Konzern.....	67
1. Down-stream durch das herrschende Unternehmen an abhängige Konzernunternehmen.....	67
2. Up-stream durch abhängige Konzernunternehmen an das herrschende Unternehmen.....	69
3. Cross-stream durch ein abhängiges an ein anderes abhängiges Konzernunternehmen.....	70
4. Zuständigkeit.....	70

* Die Verfasser danken Herrn Prof. Dr. RENÉ MATTEOTTI, LL.M., Rechtsanwalt, und Frau lic. iur. ANDREA ZBINDEN, Fürsprecherin, für ihre wertvollen Anregungen. Das Manuskript wurde im Dezember 2007 abgeschlossen.

IV. Die Gretchenfrage der Angemessenheit des Geschäfts («dealing at arm's length»)	72
V. Rechtsfolgen, wenn bei <i>down-stream-securities</i> nicht at arm's length vorgegangen wird	74
1. Aktienrechtliche Folgen	74
a) Vorhandensein von Minderheitsaktionären	75
b) Konkursite abhängige oder herrschende Gesellschaft	77
c) Exkurs: Fremdfinanzierung statt Finanzierung mittels Eigenkapital (Unterkapitalisierung und Durchgriff)	80
2. Steuerrechtliche Folgen	81
a) Einleitung	81
b) Die Gegenleistung hält einem Drittmannstest nicht stand	82
aa) Gewinnsteuer	82
bb) Emissionsabgabe	83
c) Die Sicherheitengewährung als solche ist kein dealing at arm's length	84
aa) Gewinnsteuer	84
bb) Emissionsabgabe	86
VI. Rechtsfolgen, wenn bei <i>up-stream-securities</i> und <i>side-stream-securities</i> nicht at arm's length vorgegangen wird	86
1. Aktienrechtliche Folgen	86
a) Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (OR 680)	86
b) Verdeckte Gewinnausschüttung (OR 678)	88
c) Verantwortlichkeitsklage	90
d) Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit der Verwaltungsratsbeschlüsse	91
e) Vertretungsmacht und -befugnis zum Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrags	93
aa) Die Gegenleistung hält einem Drittmannstest nicht stand	94
bb) Die Sicherheitengewährung als solche ist kein dealing at arm's length	97
2. Steuerrechtliche Folgen	99
a) Die Gegenleistung hält einem Drittmannstest nicht stand	99
aa) Gewinnsteuer	99
bb) Verrechnungssteuer	103
cc) Emissionsabgabe	105
b) Die Sicherheitengewährung als solche ist kein dealing at arm's length	106

aa) Gewinnsteuer.....	106
bb) Verrechnungssteuer.....	106
cc) Emissionsabgabe.....	107
VII. Schlussfolgerungen.....	107

Literaturverzeichnis

- AEBI DIETER, Interzession – Kreditsicherung im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001.
- ALTENBURGER PETER R., Die Patronatserklärungen als «unechte» Personalsicherheiten, Diss. Basel 1978.
- BEHNISCH URS R./HEUBERGER RETO, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dreieckstheorie im Zickzackkurs, Jusletter vom 8. Mai 2000.
- BERGER MARKUS, Die Bilanzierung verdeckter Gewinnausschüttungen nach Art. 678 Abs. 2 OR, AJP 2000, 1112–1119.
- BERTSCHINGER URS, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW 2000, 197–200.
- BEYELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004.
- BLUM OLIVER, Cash Pooling: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705–715.
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002.
- BÖCKLI PETER, Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, ST 2/1980, 4–9.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen IFRS, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht und Corporate Governance, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- DUBS DIETER/TRUFFER ROLAND, Art. 706b OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- DÜRR ROGER, Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Diss. Zürich 2006.
- ECKERT JEAN-BLAISE/PIGUET JÉRÔME, Art. 5 StG, in: Oberson Xavier/Hinny Pascal (Hrsg.), LT Commentaire droits de timbre/StG Kommentar Stempelabgaben, Zürich 2006.
- EMMENEGGER SUSAN, Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen, ZBJV 2007, 561–582.
- FRIZ ENRICO, Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 2006, 325–330.

- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. Aufl., Zürich 2003.
- GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. Bern/Stuttgart/Wien 1996.
- Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, *AJP* 1997, 51–58.
 - Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto Vito (Hrsg.), Sanierung der AG, ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich 2003, 20–95.
- GURTNER PETER, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003 – Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, *ASA* 2005, 45–49.
- HEUBERGER RETO, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001.
- HILTY THOMAS, Die Besteuerung geldwerter Leistungen, Diss. Entlebuch 1988.
- HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, 1–217.
- HOMBURGER ERIC, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, in: Forstmoser Peter (Hrsg.), [Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband 5b: Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 2003.
- JAGMETTI LUCA, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007.
- KLEINER BEAT, Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäfts, 4. Aufl., Zürich 1990.
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.
- KÜNZLER OLIVER, Konzernübertragung im Privat- und Steuerrecht, Diss. Zürich 2006.
- KURER PETER, Art. 678 OR, Art. 680 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- NEUHAUS MARKUS R./ILG PETER, Art. 663b OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- NEUHAUS MARKUS R./WATTER ROLF, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 173–217.
- REICH MARKUS, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, *ASA* 1985, 609–652.
- RUSCH ARNOLD F., Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004.

- SCHUBARTH MARTIN, Konzernstrafrecht, Offenes Konzernprivatrecht, «nullum crimen sine lege stricta» und Strafbarkeit verdeckter Vorteilszuwendungen im Konzern, SZW 2006, 161–167.
- SCYBOZ GEORGES, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Vischer Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel/Stuttgart 1979, 315–456.
- SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Zürich 2001.
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: von Büren Roland (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005.
- Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 429–444.
- VON BÜREN ROLAND/WALTER HANS PETER, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005, ZBJV 2006, 580–624.
- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.
- WATTER ROLF, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996, 135–148.
- WATTER ROLF, Art. 716a OR, Art. 717 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 183–198.
- WERNLI MARTIN, Art. 714 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- WIDMER PETER/BANZ OLIVER, Art. 754 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002.
- WIEGAND WOLFGANG, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 1980, 537–567.
- Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Personalsicherheiten: Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld, Berner Bankrechtstag, Bd. 4, Bern 1997, 175–216.
 - Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Mobiliarsicherheiten: Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht, Berner Bankrechtstag, Bd. 5, Bern 1998, 75–135.
- ZOBL DIETER, Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Gehrig Bruno/Schwander Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 183–196.

Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem neuen Bundesgesetz über die Stempelabgaben, 25. Oktober 1972, BBl II 1278–1333.

Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>.

Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, 2. Dezember 2005, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf>.

Vorbemerkung

Weil in der Schweiz die meisten Konzerngesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft konstituiert sind – auch wenn im bisherigen ebenso wie im seit dem 1. Januar 2008 geltenden¹ Recht kraft Verweisung GmbH-Konzerne² und Versicherungsgenossenschafts- und Kreditgenossenschaftskonzerne³ vorgesehen sind und in der Praxis auch vorkommen – beschränken sich die folgenden Ausführungen auf Gesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft.

¹ Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), Änderung vom 16. Dezember 2005, BBl 2005, 7289–7348.

² Gemäss OR 801 (vormals aOR 805 mit etwas anderem Wortlaut) sind für den Geschäftsbericht, für die Reserven sowie für die Offenlegung der Jahresrechnung und der Konzernrechnung die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar. Dort finden sich im Kapitel «B. Geschäftsbericht» (OR 662) unter dem Marginale «VI. Konzernrechnung» die OR 663e ff. Ausführlich zu dieser Verweisung (noch unter altem Recht) VON BÜREN, Konzern, 228 f.

³ Gemäss OR 858 II stehen Kreditgenossenschaften und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften unter den für die Aktiengesellschaft geltenden Bilanzvorschriften. Diese Vorschrift wurde anlässlich der Gesetzesrevision nicht geändert.

I. Das Problem

1. Begriff des Konzerns

Nach geltendem Recht⁴ liegt ein Konzern vor, wenn eine Gesellschaft eine oder mehrere andere Gesellschaften mittels Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Damit folgt die schweizerische Konzerndefinition dem sog. *Leitungsprinzip*. Die blosser Möglichkeit der Beherrschung genügt nicht; ein Konzern ist erst dann gegeben, wenn die mögliche Beherrschung anderer Gesellschaften in deren *tatsächliche Beherrschung* mündet.

Im Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts ist vorgesehen, vom Leitungsprinzip abzuweichen und auf das sog. *Control-Prinzip* zu wechseln⁵, was bedeuten würde, dass bereits die *Möglichkeit der Beherrschung* einer anderen Gesellschaft durch Stimmenmehrheit, Mehrheit der Sitze im Verwaltungsrat oder auf andere Weise für das Vorliegen eines Konzerns und die daraus fliessenden Rechtsfolgen (z. B. die Konsolidierungspflicht) genügt⁶.

2. Endzweck und thematischer Zweck bei abhängigen Konzernunternehmen

Auch abhängige Konzernunternehmen verfolgen i.d.R. als *Endzweck* die Gewinnstrebigkeit. Bei Konzernunternehmen, die zu 100 Prozent beherrscht werden, wäre die Beseitigung der Gewinnstrebigkeit in den Statuten zwar ohne Weiteres möglich⁷, aber aus steuerlichen Gründen in der Praxis wohl

⁴ OR 663e I. Die Norm erfuhr bei der GmbH–Revision (siehe Fn. 1) keine Änderung.

⁵ Die entsprechende Bestimmung findet sich in VE OR 963 und lautet wie folgt:
«¹ Kontrolliert eine juristische Person, die rechnungslegungspflichtig ist, andere Unternehmen, so muss sie im Geschäftsbericht eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen.

² Eine juristische Person kontrolliert andere Unternehmen, wenn sie:

1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt;
2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen; oder
3. auf Grund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausübt.»

⁶ Das Control-Prinzip findet sich bereits im geltenden Recht umgesetzt in OR 659b, wo im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien nicht auf die Beherrschung, sondern auf die «mehrheitliche Beteiligung» an einer Gesellschaft abgestellt wird.

⁷ OR 706 II 4 verlangt für die Beseitigung der Gewinnstrebigkeit die Zustimmung sämtlicher Aktionäre.

wenig sinnvoll, da die Steuerbehörden den erzielbaren Gewinn als tatsächlich erzielten Gewinn besteuern würden.

Der *thematische Zweck* wird in Konzernverhältnissen häufig insofern angepasst, als im Zweckartikel der abhängigen Konzernunternehmen ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass diese die Interessen des herrschenden Unternehmens bzw. des Gesamtkonzerns in ihrem Tätigkeitsbereich wahrzunehmen haben. Dieser Grundsatz kann noch konkretisiert werden, indem die Gewährung von Sicherheiten zugunsten anderer Konzernunternehmen ausdrücklich erwähnt wird.

Diese Umschreibung des Unternehmenszwecks bewirkt zweierlei:

- Einmal handeln Organe, welche für das abhängige Konzernunternehmen im Konzerninteresse liegende Rechtsgeschäfte abschliessen, sicherlich im Rahmen ihrer Vertretungsmacht⁸.
- Zudem handeln die Organe bei Berücksichtigung des Konzerninteresses, zumindest bei Handlungen innerhalb ihres pflichtgemässen Ermessens⁹, nicht pflichtwidrig und können für ihre so gefällten Entscheide nicht haftbar gemacht werden.

3. Finanzierung im Konzern

Das herrschende Unternehmen in einem Konzern – die Konzernleitung – legt die *Strategie* des Gesamtkonzerns fest. Die Umsetzung der Konzernstrategie erfolgt dann auf der Ebene der abhängigen Konzernunternehmen durch deren Verwaltungsräte¹⁰. Abhängige Konzernunternehmen sind also in ihrer Strategie fremdbestimmt. Das ist das Eine.

⁸ Dies dürfte im Übrigen selbst ohne die statutarische Festhaltung eines solchen Unterwerfungs- oder Finanzierungszwecks der Fall sein, wird doch die Vertretungsmacht als sehr umfangreich betrachtet (siehe etwa BGE 116 II 320 E. 3.a; 111 II 284 E. 3). Ebenso RUSCH, Interzession, 36 f.; ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 185 f. Zur Vertretungsmacht und -befugnis nachfolgend VI.1.e.

⁹ Siehe dazu etwa RUSCH, Interzession, 39; SENN, Haftung, 18 f., je m.w.H.

¹⁰ Die Steuerung der abhängigen Unternehmen erfolgt durch Verwaltungsräte, welche in der Generalversammlung des abhängigen Unternehmens dank der Mehrheitsbeteiligung des herrschenden Unternehmens gewählt werden und welche die Instruktionen des herrschenden Unternehmens befolgen (sog. fiduziarische Verwaltungsräte). Zur Problematik der fiduziarischen Verwaltungsräte siehe VON BÜREN, Konzern, 169 ff. Es liegt hier eine Gesetzeskollision zwischen der für das Vorliegen eines Konzerns (noch) geforderten einheitlichen Leitung (OR 663e I) und der unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenz des Verwaltungsrats zur Oberleitung des abhängigen Kon-

Zum Andern: Die *Finanzierung* des Konzerns erfolgt regelmässig zentral durch die Konzernleitung. Tendenziell kann man feststellen, dass im Konzern der Grundsatz «Geld fliesst nach oben» gilt, d. h., die finanziellen Mittel werden auf Konzernebene gepoolt. Die Konzernleitung entscheidet über die Allokation dieser Mittel, wobei sie dazu tendieren wird, die Konzernunternehmen möglichst spärlich mit Eigenkapital auszustatten und diese im Übrigen soweit als möglich durch Fremdkapital zu finanzieren¹¹.

Die Kombination von fremdbestimmter Strategie und Steuerung einerseits und möglichst weitgehender Fremdfinanzierung andererseits führt dazu, dass die Kreditgeber von abhängigen Konzernunternehmen versuchen, zusätzlich zu den von der Kreditnehmerin selbst gewährten Sicherheiten weitergehende Kreditsicherungsmittel vom herrschenden oder allenfalls von anderen abhängigen Unternehmen des betreffenden Konzerns zu erhalten.

Eine Sicherheitengewährung zugunsten von Konzerngesellschaften kann aber auch in die gerade entgegengesetzte Richtung erfolgen: Die leitende Gesellschaft, eine Holdinggesellschaft ohne operative Tätigkeit und damit – abgesehen von ihren Beteiligungsrechten – auch ohne nennenswerte Aktiven, erhält von Dritten Kredite, wobei den Kreditgebern die Verpfändung von Gesellschaftsanteilen an den abhängigen Gesellschaften als Sicherheit nicht ausreicht. Sie verlangen zusätzlich etwas «Handfestes» als Sicherheit, z. B. eine Verpfändung von Aktiven der kontrollierten Unternehmen.

Wie die Kreditbesicherung im Konzern funktioniert und welche handels- und steuerrechtlichen¹² Fragen sich in diesem Zusammenhang stellen, ist das Thema des folgenden Beitrags.

Nicht behandelt wird die Besicherung eines Konzernunternehmens mit seinen eigenen Mitteln für ihm selbst von Dritten gewährte Kredite (z. B. beim herrschenden Unternehmen durch die Verpfändung von Aktien der

zernunternehmens (OR 716a I 1) vor. Zu dieser Thematik siehe VON BÜREN, Einordnungskonzept, 436 ff. m.w.H.

¹¹ Dieses Vorgehen ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn die Kosten für die Fremdfinanzierung tiefer sind als die Eigenkapitalrendite (sog. leverage factor).

¹² Nicht behandelt werden straf- sowie schuldbetreibungs- und konkursrechtliche Aspekte. Zu den strafrechtlichen Gesichtspunkten siehe etwa AEBI, Interzession, 212 ff.; RUSCH, Interzession, 212 ff.; SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, 161 ff., zu den betriebs- und konkursrechtlichen AEBI, Interzession, 203 ff.; RUSCH, Interzession, 192 ff.

abhängigen Konzernunternehmen). Ebenfalls nicht eingegangen wird auf die Gewährung von direkten Darlehen innerhalb des Konzerns (konzerninterne Fremdfinanzierung)¹³ sowie Aspekte des sog. Cash Pooling¹⁴, obwohl sich dort ähnliche Probleme ergeben wie bei der Bestellung von Sicherheiten an Dritte zugunsten anderer Konzerngesellschaften.

II. Arten von Sicherheiten und deren buchhalterische Erfassung

1. Rechtliche Ausgestaltung der Sicherheiten

Die von einem Konzernunternehmen zugunsten anderer Konzerngesellschaften gewährten Sicherheiten können rechtlich höchst verschieden ausgestaltet sein:

Es kann sich etwa um *Bürgschaften*¹⁵ oder *Garantien*¹⁶ handeln. Ebenfalls möglich sind Konstruktionen wie ein *Kreditauftrag*¹⁷, eine *kumulative Schuld-*

¹³ Mit diesen Fragen befasst sich FRIZ, Darlehen, 325 ff.

¹⁴ Zu den sich im Zusammenhang mit dem Cash Pooling stellenden Rechtsfragen siehe BLUM, Cash Pooling, 705 ff.; JAGMETTI, Cash Pooling im Konzern.

¹⁵ Mit dem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich z. B. das herrschende Unternehmen gegenüber dem Gläubiger eines abhängigen Konzernunternehmens, für die Erfüllung der Schuld des abhängigen Konzernunternehmens einzustehen (OR 492 I). Gemäss OR 493 I bedarf die Bürgschaft der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrags seiner Haftung. Die Bürgschaft ist akzessorisch, d. h. sie hängt von der Existenz und dem Umfang der vertraglichen Pflicht des Hauptschuldners ab, wobei dem Bürgen alle Einreden aus dem Grundverhältnis zustehen. Allg. zur Bürgschaft siehe statt Vieler SCYBOZ, Bürgschaft, 347 ff. m.w.H., spezifisch zur Bürgschaft mit einer Bank als Sicherheitennehmerin WIEGAND, Bürgschaft, 175 ff.

¹⁶ Im Gegensatz zur Bürgschaft ist die Garantie vom Grundgeschäft unabhängig, d. h., das herrschende Unternehmen als Garant ist beim Eintritt des Garantiefalls zur Leistung verpflichtet und zwar unabhängig davon, ob diese Leistung dem Begünstigten vom abhängigen Konzernunternehmen geschuldet wird oder nicht. Einreden aus dem Grundgeschäft können folglich nicht geltend gemacht werden. Zum Garantievertrag siehe statt Vieler KLEINER, Bankgarantie, N. 5.24 f.; SCYBOZ, Bürgschaft, 323 ff. m.w.H. Zur aufgrund der unterschiedlichen Formvorschriften zentralen Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Garantie EMMENEGGER, Inkohärenzen, 564 ff., insbesondere 569 ff.

¹⁷ Beim Kreditauftrag eröffnet oder erneuert der Beauftragte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, jedoch unter Verantwortlichkeit des Auftraggebers, z. B. des herr-

übernahme¹⁸ oder ein Vertrag zugunsten Dritter¹⁹. Sicherheiten können auch in der Form von Realsicherheiten (etwa durch Drittpfandbestellung²⁰ z. B. von eigenen oder fremden Aktien, durch Drittsicherungsübereignung oder durch Drittsicherungszeession²¹) gewährt werden.

Welche rechtliche Ausgestaltung die Sicherheitsgewährung im Einzelfall erfährt, ist für das uns hier beschäftigende Problem nicht von Bedeutung. Entscheidend ist vielmehr die Frage, welches die Rechtsfolgen sind, wenn die Einräumung von Sicherheiten durch Konzernunternehmen an Dritte zugunsten anderer Konzernunternehmen zwischen den Konzerngesellschaften nicht oder zumindest nicht angemessen entschädigt wird oder die Einräumung der Sicherheit als solche einer Prüfung nicht standhält.

Vorweg aber noch ein kurzer Blick auf die Konsequenzen in Bezug auf die Rechnungslegung der die Sicherheit leistenden Gesellschaft:

2. Folgen im Bereich der Rechnungslegung

OR 663b 1 verlangt, dass die Gesamtsumme der Eventualverpflichtungen aus Sicherungsgeschäften zugunsten Dritter²², namentlich der «Gesamtbetrag der Bürgschaften, Garantieverpflichtungen²³ und Pfandbestellungen

schenden Unternehmens, einem abhängigen Konzernunternehmen einen Kredit (OR 408). Zum Kreditauftrag siehe statt Vieler HOFSTETTER, Auftrag, 111 ff. m.w.H.

¹⁸ Bei der kumulativen Schuldübernahme (sog. Schuldbeitritt) erklärt z. B. das herrschende Unternehmen, neben dem abhängigen Konzernunternehmen für dessen Schulden zu haften.

¹⁹ Wenn sich das herrschende Unternehmen als Promittent gegenüber der das Darlehen an das abhängige Konzernunternehmen gewährenden Person nötigenfalls (d. h. bei nicht gehöriger Leistung des abhängigen Konzernunternehmens gegenüber dem Promissar) zu einer Leistung an das abhängige Konzernunternehmen verpflichtet, kann ein Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. OR 112 vorliegen.

²⁰ AEBI, Interzession, 22. Vertieft zu Fahrnispfand und Sicherungsübereignung WIEGAND, Fahrnispfand, 75 ff.

²¹ AEBI, Interzession, 23. Ausführlich hierzu etwa WIEGAND, Sicherungsgeschäfte, 537 ff.

²² Für eigene Verbindlichkeiten gewährte Realsicherheiten sind gemäss OR 663b 2 im Gesamtbetrag im Anhang zur Jahresrechnung anzugeben. Dazu, ob entgegen dem Wortlaut von OR 663b 1 dieser auch «eigene» Eventualverbindlichkeiten erfasst, siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N. 307 f.

²³ Der Begriff der Garantieverpflichtung umfasst auch, aber nicht nur, eigentliche Garantien i.S.v. OR 111 (NEUHAUS/ILG, Basler Kommentar, N. 9a zu Art. 663b OR; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 183).

zugunsten Dritter²⁴», (erfolgsneutral) im *Anhang zur Jahresrechnung* aufgeführt wird²⁵.

Sobald sich aus diesen Eventualverbindlichkeiten konkrete Verlustrisiken ergeben, sind gemäss OR 669 I entsprechende erfolgswirksame *Rückstellungen* zu bilden²⁶.

Sind aufgrund von Sicherungsgeschäften zugunsten Dritter Leistungen an Sicherheitennehmer erfolgt, werden in der Bilanz der leistenden Gesellschaft die flüssigen Mittel bzw. im Falle der Beanspruchung von Realsicherheiten die betroffenen Aktivposten²⁷ regelmässig «ersetzt» durch eine Forderung gegenüber der Gesellschaft, in deren Interesse die Sicherheit gewährt

²⁴ Andere Konzernunternehmen sind Dritte i.S.v. OR 663b 1 (BEYELER, Konzernleitung, 212; BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N. 305; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 183).

²⁵ In der Lehre umstritten ist, ob der Gesamtbetrag der drei Kategorien einzeln oder gesamthaft auszuweisen ist: BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N. 310 m.w.H. in Fn. 531, erachtet die getrennte Angabe zwar als empfehlenswert, aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts aber nicht als erforderlich. BEYELER, Konzernleitung, 214; NEUHAUS/ILG, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 663b OR m.w.H.; tendenziell ebenso NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 183 m.w.H., gehen demgegenüber gestützt auf eine historische Auslegung davon aus, es werde eine separate Auflistung verlangt.

²⁶ Zu den Bemessungsregeln solcher Rückstellungen und zur Frage, ob trotz deren Bildung die entsprechende Sicherungsverpflichtung in dem im Anhang zur Jahresrechnung anzugebenden Gesamtbetrag zu berücksichtigen ist, siehe NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 183, insbes. Fn. 43, und spezifisch zur Ausweispflicht BÖCKLI, Aktienrecht, § 8 N. 311; NEUHAUS/ILG, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 663b OR m.w.H. U.E. ist nur noch die Differenz zwischen Rückstellungsbetrag und maximaler Sicherheitsleistung in dem im Anhang anzugebenden Gesamtbetrag zu berücksichtigen, weshalb bei einer vollumfänglichen Rückstellung eine Ausweispflicht im Anhang entfällt. Denn die Eventualverpflichtungen zugunsten Dritter sind primär deswegen im Anhang anzugeben, weil sie aus Bilanz und Erfolgsrechnung nicht ersichtlich sind (VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht, Rz. 1079). Da gebildete Rückstellungen der Bilanz entnommen werden können, bedarf es keines Ausweises im Anhang mehr.

²⁷ Bei einer Pfandverwertung derjenige, welchem der Pfandgegenstand angehörte. Bei Drittsicherungsübereignung oder -zession geht der Anspruch auf Retrozession der Forderung bzw. auf Rückübertragung des Gegenstands unter, die Position Debitoren nimmt also ab, sofern die Drittsicherungsübereignung oder -zession buchhalterisch so erfasst worden ist. War dies nicht der Fall (blieb der sicherungsübereignete bzw. -zedierte Wert in der Bilanz aktiviert), nimmt der entsprechende Aktivposten (derjenige, welchem der sicherungsübereignete Gegenstand angehörte bzw. bei einer Sicherungszession die Position Debitoren) ab.

wurde²⁸. Ist die Einbringlichkeit dieser Forderung gefährdet, was oft der Fall sein dürfte, wäre es doch andernfalls gar nicht erst zu einer Beanspruchung der Sicherheit gekommen, ist eine (erfolgswirksame) *Wertberichtigung* vorzunehmen²⁹.

III. Die verschiedenen Konstellationen der Gewährung von Sicherheiten im Konzern

1. Down-stream durch das herrschende Unternehmen an abhängige Konzernunternehmen

Bei down-stream-Sicherheiten geht es um Sicherheiten, welche das herrschende Konzernunternehmen der Kreditgeberin abhängiger Konzernunternehmen einräumt.

Neben eigentlichen Garantien³⁰ werden down-stream-Sicherheiten häufig in der Form von sog. «*Patronatserklärungen*» eingeräumt. Zwar handelt es sich dabei eindeutig um Sicherungsinstrumente für fremde Kredite, aber ihre rechtliche Verbindlichkeit kann sehr unterschiedlich sein: Die Kredit gewährende Gesellschaft möchte eine möglichst weitgehende, notfalls gerichtlich durchsetzbare Verpflichtung. Demgegenüber möchte das die Patronatserklärung abgebende herrschende Konzernunternehmen wenn immer möglich verhindern, dass die Erklärung bilanzmässige Konsequenzen hat³¹. Bei der Formulierung solcher Patronatserklärungen ist für die redigierenden Juristen und Finanzleute beider Seiten grösste Vorsicht geboten, geht es doch um eine gefährliche Fahrt zwischen Scylla und Charybdis, zwischen unverbindlichen Floskeln und verpflichtenden Garantien. Verallgemeinernde Aussagen über die Rechtswirkungen von Patronatserklärungen sind nur sehr beschränkt möglich, zu mannigfaltig sind deren Erscheinungsformen.

²⁸ Hierbei handelt es sich um einen (erfolgsneutralen) Aktivtausch.

²⁹ Sofern bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine (erfolgswirksame) Rückstellung für die Eventualverbindlichkeit erfolgte, ist diese bei der (ebenfalls erfolgswirksamen) Wertberichtigung der Rückerstattungsforderung zu berücksichtigen. Der beim Schuldner nicht einbringliche Teil der an den Sicherheitennehmer erbrachten Leistung ist gesamthaft nur, aber immerhin, einmal erfolgswirksam zu verbuchen.

³⁰ Dazu II.1, insbesondere Fn. 16.

³¹ Nach ALTENBURGER, Patronatserklärungen, 136, ist die eigentliche *raison d'être* der Patronatserklärungen in der Befreiung von der bilanzrechtlichen Anmerkungspflicht zu suchen.

Letztlich ist für jede einzelne Patronatserklärung deren Bindungswirkung und -umfang nach den allgemeinen Auslegungsregeln³² zu ermitteln.

Eine gewisse Typisierung lässt sich dennoch vornehmen. Das mögen einige Beispiele aus der Praxis zeigen:

Kenntnisnahmeklausel:

«Wir haben zur Kenntnis genommen, dass Sie bereit sind, unserer Tochtergesellschaft Y einen Kontokorrentkredit zu eröffnen. Hiermit teilen wir Ihnen mit, dass wir, die X AG, damit einverstanden sind.»

Mit dieser sehr vagen Formulierung übernimmt das herrschende Unternehmen keinerlei Verpflichtungen.

Beteiligungsklausel:

«Wir bestätigen Ihnen, dass wir an der Y AG eine Beteiligung von 60 % halten und im Moment nicht beabsichtigen, diese Beteiligung zu veräussern. Bei einer allfälligen Veräusserungsabsicht würden wir Sie entsprechend informieren.»

«Nous avons engagé en conséquence, par la présente lettre à conserver, directement ou indirectement, le contrôle intégral de la société aussi longtemps que cette dernière sera redevable d'une somme quelconque au titre du crédit visé ci-dessus.»

Die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens geht hier schon weiter. Im zweiten Beispiel bindet sich das herrschende Unternehmen, die Beteiligung am abhängigen Konzernunternehmen während der Dauer des gewährten Kredits nicht zu veräussern.

Finanzierungsklausel:

«We confirm that our present intention is to finance the company so as to enable it to both meet its liabilities as they fall due and carry on its business without a significant curtailment of operations.»

Je nach konkreter Formulierung kann es sich bei Finanzierungsklauseln um einen Vertrag zugunsten Dritter handeln, nämlich dann, wenn die Finanzierungszusage im Hinblick auf die gehörige Erfüllung einer Schuld erfolgt.

³² Dazu aus der Lehre statt Vieler etwa BUCHER, Obligationenrecht, 182 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, Rz. 1195a ff. Aus der Praxis etwa BGE 125 III 305 (Vertragsauslegung zur Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft) und BGE 131 III 606 E. 4.1 (Zusammenstellung der Rechtsprechung zu den Vertragsauslegungsgrundsätzen).

Einflussnahme Klausel:

«Vous avez bien voulu à notre demande, consentir à notre filiale³³, la société A, un délai de paiement concernant ses achats. Nous avons noté que ce crédit a été consenti à cette filiale en considération des liens qui nous unissent à elle. Nous avons toujours agi de sorte qu'aucun fournisseur ne subisse une perte, du fait de ses opérations avec les sociétés de notre groupe.»

Hier bewegen wir uns eindeutig im Umfeld des Konzernvertrauens à la Swissair-Fall³⁴ und es ist anzunehmen, dass dadurch eine direkte Haftung des herrschenden Unternehmens gestützt auf erwecktes Konzernvertrauen begründet wird («Überall wo International Golf and Country Residences steht, steht Swissair darunter. Und selbstverständlich auch dahinter.»).

2. Up-stream durch abhängige Konzernunternehmen an das herrschende Unternehmen

Als up-stream-securities bezeichnet man Sicherheiten, die durch abhängige Konzernunternehmen den kreditgebenden Dritten zur Besicherung von dem herrschenden Unternehmen gewährten Krediten eingeräumt werden³⁵.

Solche up-stream-securities kommen in der Schweiz (zurzeit noch) relativ selten vor. In anderen Ländern – insbesondere in den USA – sind sie dagegen recht häufig anzutreffen. Sie werden u. a. verwendet zur Besicherung von Krediten im Zusammenhang mit leveraged buyouts, indem die Zielgesellschaft die dem Erwerber zur Finanzierung der Übernahme gewährten Kredite absichert³⁶.

³³ Anmerkung: Das französischsprachige «la filiale» (Tochtergesellschaft) ist nicht etwa zu verwechseln mit dem deutschsprachigen Begriff «Filiale» (Zweigniederlassung, «la succursale»).

³⁴ BGE 120 II 331.

³⁵ Dazu ein Beispiel aus dem Prospekt von Ocean Rig Norway AS für «\$225,000,000 10 ¼ % Senior Secured Notes Due 2008», wo eine down-stream- mit einer up-stream-security gekoppelt wurde:

«Ocean Rig Norway AS, a Norwegian company (the «Issuer»), is offering (the «Offering») \$225.0 million aggregate principal amount of its 10 ¼ % Senior Secured Notes Due 2008 (the «Notes»). The Notes will be fully and unconditionally guaranteed on a joint and several basis by Ocean Rig ASA (the «Parent Guaranty»), a Norwegian company and the sole shareholder of the Issuer (the «Company» or «OceanRig»), and certain subsidiaries (the «Subsidiary Guaranties» and, together with the Parent Guaranty, the «Guaranties») of the Issuer (the «Subsidiary Guarantors» and, together with the Company, the «Guarantors»). (...)»

³⁶ Siehe hierzu ZOB, Sicherungsgeschäfte, 183 f.

3. Cross-stream durch ein abhängiges an ein anderes abhängiges Konzernunternehmen

Cross-stream-securities (oder wie sie auch genannt werden: side-stream-securities) sind Sicherheiten, welche *formell* ein abhängiges Konzernunternehmen einem Gläubiger eines anderen abhängigen Konzernunternehmens einräumt.

Da Schwesterliebe in Konzernen kaum vorkommt, handelt es sich *materiell* um ein eigentliches Dreiecksgeschäft: Statt dem Dritten zugunsten des Konzernunternehmens B die Sicherheit selber einzuräumen, weist das herrschende Unternehmen das Konzernunternehmen A an, die Sicherheit *direkt* dem Gläubiger des Konzernunternehmens B zugunsten dieser Schwestergesellschaft zu gewähren. *Indirekt* erfolgt die Sicherheitsleistung aber im Interesse des herrschenden Unternehmens und auf dessen Weisung.

4. Zuständigkeit

Für die Gewährung von Sicherheiten zuständig ist aufgrund seiner Subsidiärkompetenz³⁷ der Verwaltungsrat der betreffenden Gesellschaft, sofern die Statuten nicht die Generalversammlung für zuständig erklären³⁸.

Aus verschiedenen Gründen kann man davon ausgehen, dass es in der Praxis zu keiner solchen statutarischen Ermächtigung der Generalversammlung kommt: Einmal spricht der Umstand dagegen, dass Finanzierungsbeschlüsse – und damit verbunden die Gewährung der erforderlichen Sicherheiten – meist kurzfristig³⁹ gefasst werden müssen⁴⁰. Abgesehen davon wird man sich bei abhängigen Konzernunternehmen mit Minderheitsaktionären

³⁷ OR 716 I.

³⁸ So bereits zum alten Recht von 1936 (aOR 721 I) BGE 78 II 369 E. 3.a, wo es um die Kompetenz zur Verpfändung von Liegenschaften ging.

³⁹ Bei einer zu 100 % beherrschten Konzerngesellschaft ist das zeitliche Argument insofern nicht von Belang, weil eine Universalversammlung ohne Einhaltung der für die Einberufung geltenden Formvorschriften durchgeführt werden könnte (OR 701).

⁴⁰ Dass in Sachen Finanzierung oftmals Flexibilität und rasches Handeln erforderlich ist und dass dies vom Verwaltungsrat, nicht aber von der Generalversammlung zu erwarten ist, belegt auch die Gesetzesentwicklung: So ermöglicht die 1992 eingeführte genehmigte Kapitalerhöhung eine entsprechende Kompetenzverschiebung von der Generalversammlung zum Verwaltungsrat. Gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision soll diese Möglichkeit mittels eines Kapitalbandes (VE OR 653r ff.) weiter ausgebaut werden.

davor hüten, solche Entscheide der Generalversammlung vorzulegen⁴¹. Beim herrschenden Unternehmen andererseits handelt es sich meist um Publikumsaktiengesellschaften und die Vorlage einzelner, erst recht konzerninterner Finanzierungs- bzw. Sicherungsgeschäfte an die Generalversammlung wäre in diesem Fall nicht opportun.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang sodann die gemäss OR 716a I 3 unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats der «Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung⁴²». Diesbezüglich ist in der Lehre umstritten, ob sich der Verwaltungsrat mit der Ausgestaltung der Finanzplanung begnügen darf⁴³ oder ob er die Finanzplanung selbst vorzunehmen hat⁴⁴. Einigkeit besteht jedoch insofern, als dass die Finanzplanung unter anderem dazu dient, eine genügende Liquidität sicherzustellen, indem sie dem Verwaltungsrat ermöglicht, eine unerwünschte Entwicklung erkennen und entsprechend – im Rahmen seiner Oberleitungspflicht – darauf reagieren zu können⁴⁵. Die Gewährung von Sicherheiten bzw. vielmehr deren Beanspruchung kann die Liquidität der Gesellschaft – je nach Höhe der beanspruchten Sicherheit – erheblich beeinflussen bzw. gefährden. Wie aber soll der Verwaltungsrat für ein «Gleichgewicht zwischen Zielen und Mitteln»⁴⁶ sorgen, wenn ihm die Möglichkeit entzogen werden könnte, entsprechende Leitplanken aufzustellen? U.E. dürfte deshalb zwar nicht die Gewährung einer einzelnen Sicherheit in die unentziehbare und unübertragbare Kompetenz des Verwaltungsrates fallen, wohl aber die Festlegung einer allgemein für die Gewährung von Sicherheiten zur Verfügung stehende Bandbreite von Finanzmitteln. Diese

⁴¹ Bei einer zu 100 % beherrschten Konzerngesellschaft wäre dies kein Problem.

⁴² Auf den gemäss BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 354, «hasenfüssige Zusatz» im Gesetz, wonach eine Finanzplanung bloss erforderlich ist, «sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist», soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Siehe zur berechtigten Kritik an diesem Zusatz statt Vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 354; HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Rz. 564; KRNETA, Verwaltungsrat, Rz. 1248 f.; WATTER, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 716a OR.

⁴³ So etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 353, Fn. 666; KRNETA, Verwaltungsrat, Rz. 1250, m.w.H.; WATTER, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 716a OR.

⁴⁴ So etwa GLANZMANN, Krisensituationen, 40 f.

⁴⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 353; GLANZMANN, Kapitalausstattung, 52; DERS., Krisensituationen, 40 f.; HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Rz. 562; KRNETA, Verwaltungsrat, Rz. 1251; WATTER, Delegierbarkeit, 187; DERS., Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 716a OR. Aus der Praxis Urteil des BGer H 149/02 vom 02. Oktober 2002, E. 3.4.

⁴⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 306, konkretisiert u.a. so die Oberleitungspflicht des Verwaltungsrates.

vom Verwaltungsrat vorgegebene Bandbreite müsste insbesondere auch von einer statutarisch zur Gewährung von Sicherheiten zuständig erklärten Generalversammlung respektiert werden.

Es wird vor diesem Hintergrund bei den folgenden Überlegungen davon ausgegangen, dass Beschlüsse betreffend die Leistung von Sicherheiten jeweils vom Verwaltungsrat der betreffenden Gesellschaft gefasst werden.

IV. Die Gretchenfrage der Angemessenheit des Geschäfts («dealing at arm's length»)

In der Praxis erfolgt die Gewährung von Sicherheiten zugunsten anderer Konzerngesellschaften häufig ohne oder zumindest ohne angemessene Gegenleistung⁴⁷, d. h. nicht zu Bedingungen, wie sie ein konzernunabhängiger Dritter⁴⁸ unter den gleichen Voraussetzungen, zum gleichen Zeitpunkt und unter identischen Umständen gewähren bzw. akzeptieren würde (sog. dealing at arm's length oder Drittmannstest).

Zuweilen wäre ein unabhängiger Dritter unter den gegebenen Umständen – Entschädigung hin oder her – gar nicht erst bereit, überhaupt eine Sicherheit zugunsten der Konzerngesellschaft zu gewähren. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Ausfallrisiko zu hoch ist, z. B. wenn die Sicherheit zugunsten einer konkursreifen Konzerngesellschaft zu leisten wäre. Diesfalls hält bereits die Bestellung der Sicherheit als solche – und nicht erst deren Entschädigung – einem Drittmannstest nicht stand.

Welches sind nun aber die Kriterien für die Bemessung einer angemessenen, direkten⁴⁹ Gegenleistung⁵⁰? Es sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen.

⁴⁷ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 176 und 182. Zu beachten ist, dass die Gegenleistung nicht unbedingt in Geld erfolgen muss, sondern auch in anderer Form geleistet werden kann (z. B. indem ein Teil des gesicherten Darlehens an die die Sicherheit leistende Gesellschaft weitergeleitet wird, siehe hierzu auch Fn. 49).

⁴⁸ Als Dritter ist hier nicht irgend ein anderes Handels- oder Industrieunternehmen zu verstehen, denn ein solches Unternehmen dürfte selbst bei angemessener Entschädigung kaum je bereit sein, beliebigen Dritten Sicherheiten zu gewähren – dies ist nicht Teil seiner Geschäftstätigkeit. Nur im Bankensektor besteht ein Markt zur Gewährung von Sicherheiten an Drittpersonen (und selbst dieser konzentriert sich auf Sicherheiten in der Form von Bürgschaften und Garantien), weshalb hier Banken die Vergleichsgrösse (den konzernunabhängigen Dritten) darstellen. Ebenso RUSCH, Interzession, 46 f. m.w.H.

⁴⁹ Nebst direkten Gegenleistungen sind – gerade in Konzernverhältnissen – auch andere, weitaus weniger fassbare und (noch) schwieriger zu bewertende Gegenleistungen

sichtigen: An erster Stelle ist das *Risiko* zu quantifizieren, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass die Sicherheit beansprucht wird und dass bei Inanspruchnahme der Sicherheit der dadurch entstehende Rückerstattungsanspruch nicht oder zumindest nicht vollumfänglich erfüllt wird. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die *Kosten für die Blockierung von Liquidität*, welche zur Sicherstellung allfälliger Forderungen benötigt wird⁵¹. Sodann müssen die *Opportunitätskosten* bewertet werden, d. h., welche Erträge bei einem anderweitigen Einsatz der gebundenen Mittel hätten erzielt werden können. Schliesslich ist ein angemessener *Gewinn* einzurechnen⁵².

An dieser Gretchenfrage, ob die Gewährung der Sicherheiten zugunsten anderer Konzerngesellschaften *at arm's length* erfolgt oder eben nicht, entscheidet sich, welche überaus unterschiedlichen Rechtsfolgen eintreten:

Generell kann festgestellt werden, dass alle zugunsten anderer Konzerngesellschaften an Dritte gewährte Sicherheiten – unabhängig davon, ob es sich um down-, up- oder cross-stream-securities handelt – weitestgehend unbedenklich sind, wenn sie *at arm's length* erfolgen:

- *Aktienrechtlich* begeht der Verwaltungsrat grundsätzlich⁵³ keine Pflichtverletzung, sofern die Gewährung von Sicherheiten zu-

denkbar, welche bei der Prüfung, ob eine angemessene Gegenleistung vorliegt oder nicht, ebenfalls zu berücksichtigen sind. Auf diese einzugehen würde den Rahmen der vorliegenden Publikation sprengen. Siehe dazu etwa AEBI, *Interzession*, 115 ff.; NEUHAUS/WATTER, *Konzerngesellschaften*, 182; RUSCH, *Interzession*, 47 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu die von der OECD publizierte Richtlinie, welche sich (aus steuerrechtlicher Sicht) mit der Entschädigung konzerninterner Leistungen (den sog. Transferpreisen) befasst: OECD-Bericht «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations». Die aktuelle Version kann unter <www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?sf1=identifiers&st1=232001041P1> bezogen werden, wobei auf Mitte 2008 eine Revision der Richtlinie geplant ist. Eine Zusammenfassung der von der OECD entwickelten fünf Methoden zur Vornahme des Drittmannstests findet sich bei NEUHAUS/WATTER, *Konzerngesellschaften*, 185.

⁵¹ Dies bei der Gewährung von Personalsicherheiten. Werden Realsicherheiten gewährt, sind für die allfällige Wiederbeschaffung der als Sicherheit gewährten Aktiven Mittel zu blockieren.

⁵² Zur Berechnung siehe auch NEUHAUS/WATTER, *Konzerngesellschaften*, 181 f.

⁵³ Ein umfassender und allgemeingültiger Freipass zur Gewährung von Sicherheiten zugunsten anderer Konzerngesellschaften kann dem Verwaltungsrat hier natürlich nicht erteilt werden. An seine Sorgfalts- und Treuepflicht bleibt der Verwaltungsrat selbstverständlich auch bei einem *dealing at arm's length* – ebenso wie bei Rechtsgeschäften mit unabhängigen Dritten – gebunden. So hat er z. B. ein Klumpenrisiko zu vermeiden (siehe hierzu etwa BÖCKLI, *Darlehen*, 7 f.; RUSCH, *Interzession*, 176 ff.) und er tut gut daran, sicherzustellen, dass auch im Falle der Beanspruchung der Sicherheiten die Weiterführung des operativen Geschäfts der Gesellschaft möglich bleibt, also

gunsten anderer Konzernunternehmen durch den Gesellschaftszweck abgedeckt bzw. nach der Praxis des Bundesgerichts durch ihn nicht geradezu ausgeschlossen ist⁵⁴.

- *Steuerrechtlich* ist das für die Gewährung der Sicherheit geleistete (angemessene) Entgelt geschäftsmässig begründeter Aufwand und daher bei der die Entschädigung leistenden Gesellschaft steuerlich abzugsfähig⁵⁵. Es liegt weder eine verdeckte Gewinnausschüttung noch eine verdeckte Kapitaleinlage vor⁵⁶.

Anders liegt der Fall, wenn Transaktionen *nicht at arm's length* erfolgen:

- Probleme ergeben sich dann in erster Linie im Bereich des *Aktienrechts*, da insbesondere allfällige Minderheitsaktionäre, aber auch die Gläubiger der Sicherheit leistenden Gesellschaft geschädigt werden können.
- Schwierigkeiten sind sodann im Bereich des *Steuerrechts* zu erwarten.

Auf die sich aus nicht dem Drittmannstest standhaltende Transaktionen ergebenden Rechtsfolgen soll im Folgenden eingegangen werden.

V. Rechtsfolgen, wenn bei *down-stream-securities* nicht *at arm's length* vorgegangen wird

1. Aktienrechtliche Folgen

Einleitend ist festzuhalten, dass nicht *at arm's length* gewährte *down-stream-securities* handelsrechtlich (nicht aber steuerrechtlich) weitaus weniger problematisch sind als *up-* oder *side-stream-securities*⁵⁷. Dies deshalb, weil bei einem Verzicht auf eine angemessene Gegenleistung zwar der herrschenden Gesellschaft ein Ertrag entgeht, der abhängigen Gesellschaft aber im gleichen Umfang weniger Aufwand entsteht⁵⁸. Folglich nimmt der Wert

eine genügende Liquidität vorhanden ist (siehe dazu auch NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 192 f.).

⁵⁴ Siehe zur Praxis des BGer Fn. 8.

⁵⁵ Siehe auch V.2.a.

⁵⁶ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 207 und 212.

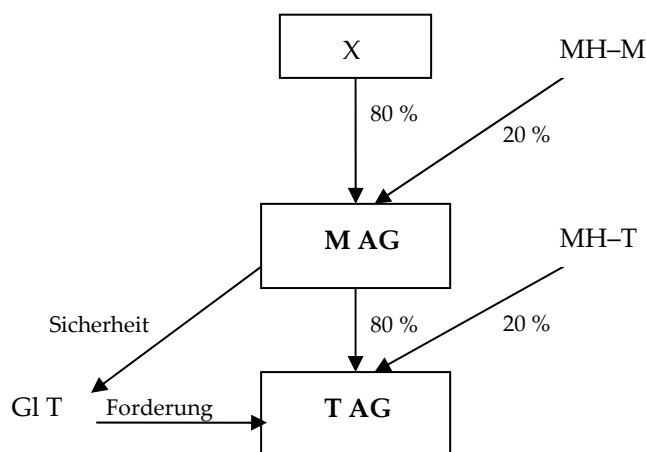
⁵⁷ AEBI, *Interzession*, 46; BLUM, *Cash Pooling*, 714; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 176.

⁵⁸ Auf den umgekehrten Fall, namentlich wenn die Gegenleistung im Vergleich zum Marktpreis überhöht ist, wird nachfolgend nicht eingegangen. Solche überhöhten Ab-

der abhängigen Gesellschaft, an welcher das herrschende Unternehmen die Beteiligungsrechte hält, im entsprechenden Ausmass zu. Letztlich handelt es sich um ein Nullsummenspiel⁵⁹. Weniger problematisch heisst nun aber nicht gänzlich unproblematisch. Nachfolgend werden daher die handelsrechtlich kritischen Situationen der einem Drittmannstest nicht standhalten- den down-stream-securities beleuchtet.

a) Vorhandensein von Minderheitsaktionären

Delikat sind nicht at arm's length gewährte down-stream-securities zunächst einmal dann, wenn sowohl auf Ebene des herrschenden Unternehmens, als auch auf derjenigen der abhängigen Gesellschaft Minderheitsaktionäre vorhanden sind⁶⁰. Folgende Grafik soll die Ausgangslage veranschaulichen:



geltungen kommen im Konzernalltag zwar vor, werden aber in der Regel nicht bei Sicherungsgeschäften, sondern im Rahmen (üblicher) Kauf- oder Dienstleistungsverträge «vereinbart».

⁵⁹ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 208; REICH, Vorteilszuwendungen, 625; VON BÜREN, Konzern, 168. Gemäss AEBI, Interzession, 46, liegt buchhalterisch ein reiner Aktiventausch («Beteiligungen an Debitoren») vor. Eine derartige buchhalterische Erfassung dürfte u.E. aber nur in den wenigsten Fällen tatsächlich geschehen, da bei der herrschenden Gesellschaft eine Höherbewertung ihrer Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft kaum je erfolgen wird, selbst wenn sie zulässig sein sollte (eine Aufwertung über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten setzt gemäss OR 670 I einen Kapitalverlust voraus). Ebenso WATTER, Gewinnverschiebungen, 146.

⁶⁰ WATTER, Gewinnverschiebungen, 146; implizit ebenso NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 208, Fn. 165; VON BÜREN, Konzern, 168. A.A. REICH, Vorteilszuwendungen, 625, welcher bei verdeckten Kapitaleinlagen die Rechte von Minderheitsaktionären als nicht gefährdet erachtet, und ihm folgend auch das BGer in seinem Urteil 2P.264/2005 vom 19. Juni 2006, E. 3.3.

Unterstellt wird, dass eine angemessene Entschädigung für die Sicherheitsleistung der M AG an den Gläubiger Gl T der T AG 5 beträgt und dass es der T AG wirtschaftlich gut geht⁶¹. Wird die Sicherheitsgewährung at arm's length abgegolten, erzielt die M AG einen Ertrag von 5, welchem ein Aufwand der T AG in gleicher Höhe gegenübersteht.

Gewährt die M AG die Sicherheit entschädigungslos, fällt bei der T AG kein Aufwand an, bei der M AG aber auch kein Ertrag. Der Wert der T AG erhöht sich jedoch um die «gesparten» 5. Von dieser Wertsteigerung der T AG profitiert die M AG nun nicht in vollem Umfang, sondern nur in der Höhe von 4 (80 % von 5), die restliche Wertsteigerung von 1 (20 % von 5) kommt den Minderheitsaktionären MH-T der T AG zugute⁶². Würde die M AG von einem Alleinaktionär beherrscht, dürfte ein bloss teilweiser Wertzuwachs regelmässig unkritisch sein. Denn zu einer solchen Transaktion wird es in der Praxis nur kommen, wenn der Alleinaktionär damit einverstanden ist⁶³ und diese Einwilligung kann einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage erfolgreich entgegengehalten werden⁶⁴. Dasselbe dürfte in unserem Beispiel für den Mehrheitsaktionär X zutreffen⁶⁵. Wie aber sieht es für die Minderheitsaktionäre MH-M der M AG aus? Anstatt eines Wertzuwachses von 1 (20 % von 5) bei einer at arm's length entschädigten Gewährung der Sicherheiten kommt ihnen bloss eine anteilige Wertsteigerung von 0,8

⁶¹ Dazu, wenn dies nicht der Fall ist, nachfolgend lit. b.

⁶² Anders bei einer zu 100 % beherrschten Gesellschaft. Dort kommt das herrschende Unternehmen in den vollumfänglichen Genuss der Wertsteigerung.

⁶³ Der Alleinaktionär kann den Verwaltungsrat «seiner» Gesellschaft nach eigenem Belieben bestellen oder abberufen und er wird diesem oft selbst angehören. Faktisch spricht er das Machtwort.

⁶⁴ BGE 131 III 640 E. 4.2.1. Siehe weiterführend BERTSCHINGER, Weisungen, 198 f., welcher mögliche dogmatische Begründungen dieser «volenti non fit iniuria»-Einrede erörtert, und VON BÜREN/WALTER, Rechtsprechung, 593, zur Handlungspflicht des Verwaltungsrates bei Wechsel des Aktionariats und damit Wegfall der Zustimmung.

⁶⁵ Er hat dank seiner Mehrheitsbeteiligung eine ähnlich starke Stellung wie ein Alleinaktionär, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass ohne sein Einverständnis nicht so vorgegangen würde. X profitiert gar von einer solchen Transaktion, wenn er nicht nur Mehrheitsaktionär der M AG, sondern zugleich auch Minderheitsaktionär (MH-T) der T AG ist. Dann erhält er anstatt 4 (80 % von 5 als Mehrheitsaktionär der M AG) bei einer at arm's length entschädigten Sicherheitengewährung sogar 4,2 (20 % von 5 als Minderheitsaktionär der T AG und 80 % von 4 als Wertzuwachs bei der M AG als deren Mehrheitsaktionär).

(20 % von 4) zugute⁶⁶. Sofern die Minderheitsaktionäre MH-M dieser Transaktion nicht ebenfalls zugestimmt haben⁶⁷, können sie deshalb unter den gegebenen Voraussetzungen⁶⁸ gestützt auf OR 678 II von der beherrschten Gesellschaft⁶⁹ die Rückerstattung der ungerechtfertigt erhaltenen Leistungen fordern⁷⁰. Da der Abschluss von Geschäften ohne adäquate Gegenleistung pflichtwidrig ist⁷¹, erscheint auch eine Verantwortlichkeitsklage möglich⁷².

b) Konkursite abhängige oder herrschende Gesellschaft

Kritisch ist die Einräumung von down-stream-securities sodann, wenn entweder das herrschende oder das beherrschte⁷³ Unternehmen am Rande des wirtschaftlichen Ruins steht:

Zunächst zur Situation, wo die abhängige Gesellschaft konkursit ist: In einem solchen Fall wäre ein aussenstehender Dritter zur Gewährung einer Sicherheit zugunsten dieser Gesellschaft wohl kaum bereit, ist doch das Risiko der Beanspruchung der Sicherheit wie auch der Nichteinbringlichkeit der Rückerstattungsforderung zu hoch. M.a.W. liegt bereits der Sicherheitengewährung als solcher kein *dealing at arm's length* zugrunde. Dies hat erhebliche Folgen für den Fall, dass die Sicherheiten vom Sicherheitennehmer beansprucht werden (was im vorliegenden Fall wiederum sehr wahrscheinlich ist): Anders als wenn «bloss» die Gegenleistung für die Sicherhei-

⁶⁶ Je grösser der Anteil Minderheitsaktionäre an der T AG ist, desto geringer fällt die Wertsteigerung bei der beherrschenden Gesellschaft und damit auch bei deren (Minderheits-)Aktionären aus.

⁶⁷ Ein Beschluss der Generalversammlung der M AG vermag eine solche Einwilligung der Minderheitsaktionäre MH-M nicht zu ersetzen, es sei denn, sämtliche Minderheitsaktionäre hätten an dieser Generalversammlung teilgenommen und sie hätten allesamt dem entsprechenden Traktandum zugestimmt.

⁶⁸ Siehe hierzu im Einzelnen VI.1.b.

⁶⁹ Bei dieser handelt es sich um eine «nahe stehende Person» i.S.v. OR 678 (KURER, Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 678 OR).

⁷⁰ HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 301; WATTER, Gewinnverschiebungen, 146.

⁷¹ WATTER, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 717 OR.

⁷² Es besteht i.d.R. kein Grund, weshalb die M AG zugunsten der mit ihr in keiner Verbindung stehenden Minderheitsaktionäre MH-T der T AG auf einen Teil ihres möglichen Ertrags verzichten sollte. Anders mag dies z. B. dann aussehen, wenn es um Sanierungs- oder ähnliche Hilfeleistungen an die beherrschte Gesellschaft geht. Obwohl auch in einem solchen Fall die M AG nicht vollumfänglich von der Wertsteigerung der T AG profitiert, liegt eine wirtschaftliche Genesung der angeschlagenen T AG im (die bloss teilweise Wertsteigerung deutlich überwiegenden) Interesse der M AG. Der Sonderfall einer Sanierung soll an dieser Stelle nur erwähnt, nicht aber vertieft werden.

⁷³ Ebenso, jedoch ohne weitergehende Ausführungen, AEBI, Interzession, 45, Fn. 7.

teneinräumung nicht at arm's length erfolgt, stellt hier die Beanspruchung der Sicherheit ebenfalls eine Leistung (nämlich eine verdeckte Kapitaleinlage) an das beherrschte Unternehmen dar⁷⁴ und ist nicht wie im «Normalfall» bloss Eintritt des üblichen wirtschaftlichen Risikos und somit ein Aufwand⁷⁵. Per se ist ein solcher Versuch der Sanierung des abhängigen Unternehmens durch die herrschende Gesellschaft nichts Schlechtes. Sie liegt durchaus in ihrem eigenen Interesse und ist somit handelsrechtlich nicht zu beanstanden⁷⁶. Denn wirtschaftlich dürfte eine angeschlagene, aber allenfalls sanierbare Gesellschaft mehr wert sein als wenn diese ohne Rettungsversuch einem Liquidationsverfahren zugeführt wird. Anders sieht es jedoch aus, wenn das abhängige Unternehmen nicht mehr zu retten ist oder der für eine Sanierung zur Verfügung stehende Betrag dafür schlicht nicht ausreicht. In einem solchen Fall kann die Kapitalspritze den Konkurs nicht verhindern, sondern höchstens verzögern. Deshalb werden durch eine solche Transaktion Werte der herrschenden Gesellschaft vernichtet, ohne dass dieser Wertvernichtung zumindest die Möglichkeit der Sanierung der abhängigen Gesellschaft gegenübersteht⁷⁷. Je nachdem⁷⁸ liegt in einem solchen Vorgehen des Verwaltungsrates eine Sorgfaltspflichtverletzung, welche mittels Verantwortlichkeitsklage geahndet werden kann⁷⁹.

Befindet sich die leitende Gesellschaft selber in finanzieller Schieflage, ist eine Sicherheitengewährung zugunsten eines abhängigen Unternehmens

⁷⁴ Denn sowohl dass die Sicherheit vom Dritten beansprucht wird wie auch dass die Rückerstattungsforderung wirtschaftlich weitgehend wertlos ist, war dem herrschenden Unternehmen bewusst, die Sicherheitengewährung dennoch gewollt. Letztlich kommt dies einem direkten Zuschuss an das beherrschte Unternehmen gleich, einfach über den «Umweg» des sicherheitennehmenden Dritten.

⁷⁵ Verzichtet jedoch in einem «Normalfall» die herrschende Gesellschaft nach Beanspruchung der Sicherheit durch den Sicherheitennehmer freiwillig auf die Durchsetzung ihres Rückerstattungsanspruchs, stellt dieser Verzicht eine Leistung (eine verdeckte Kapitaleinlage) an das abhängige Unternehmen dar.

⁷⁶ WATTER, Gewinnverschiebungen, 146.

⁷⁷ BLUM, Cash Pooling, 714; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 208 f.; RUSCH, Interzession, 5, Fn. 5; WATTER, Gewinnverschiebungen, 146. Siehe etwa auch Erwägung 4.4.3 auf Seite 251 f. des in ZR 1999, N. 52, abgedruckten Urteils.

⁷⁸ Hervorzuheben ist, dass die Situation aus Sicht ex ante zu beurteilen ist. Dass man im Nachhinein immer klüger ist, darf dem Verwaltungsrat nicht zum Nachteil gereichen und kann ihm nicht vorgeworfen werden. M.a.W. ist zu ermitteln, ob der Verwaltungsrat im Zeitpunkt des Sanierungsversuchs wusste oder hätte wissen müssen, dass die T AG trotz Kapitaleinlage nicht mehr zu retten ist. Siehe hierzu auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N. 580 f.

⁷⁹ Ebenso GLANZMANN, Krisensituationen, 48 f.

ebenfalls problematisch: Wird für die Einräumung der Sicherheiten auf eine angemessene Gegenleistung verzichtet, steigt zwar der Wert der gehaltenen Beteiligung am abhängigen Unternehmen und rechnerisch besteht ein Nullsummenspiel⁸⁰. Für die Gläubiger des leitenden Unternehmens ist diese Wertsteigerung jedoch weniger greifbar als wenn eine angemessene Entschädigung in die Kasse des leitenden Unternehmens fließen würde. Denn oftmals wird auch die abhängige Gesellschaft finanziell nicht auf Rosen gebettet sein, wenn es das herrschende Unternehmen selbst nicht ist. Kommt es zu einer Liquidation beider Gesellschaften, profitieren die Gläubiger des abhängigen Unternehmens von dieser Transaktion⁸¹, die Gläubiger der herrschenden Gesellschaft sehen sich um den angemessenen Ertrag aus der Sicherheitengewährung geprellt.

Ausserdem ist dies grundsätzlich ein schlechter Zeitpunkt, einem Dritten Sicherheiten zugunsten einer beherrschten Gesellschaft einzuräumen. Vielmehr sollte die leitende Gesellschaft zunächst ihre eigene finanzielle Lage wieder in den Griff bekommen, bevor sie ihre (spärlichen) Mittel zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft verwendet⁸². Besonders aktuell wird diese Problematik, wenn ein unabhängiger Dritter überhaupt nicht bereit wäre, zugunsten des abhängigen Unternehmens Sicherheiten zu bestellen. Dann handelt es sich bei der gewährten und höchstwahrscheinlich beanspruchten Sicherheit letztlich um eine verdeckte Kapitaleinlage der herrschenden Gesellschaft bei der beherrschten⁸³. Mittel, welche das leitende Unternehmen in diesem Zeitpunkt für sich selber verwenden sollte (z. B. um einen eigenen Kredit erhalten und besichern zu können) fließen dadurch ab. Kommt es zur Liquidation der Gesellschaften, profitieren anstelle der eigenen Gläubiger nunmehr die Gläubiger⁸⁴ der abhängigen Gesellschaft von diesen Mit-

⁸⁰ Siehe hiavor V.1.

⁸¹ Einerseits (direkt) derjenige Gläubiger, welcher vom herrschenden Unternehmen besichert worden ist. Andererseits aber auch (indirekt) die übrigen Gläubiger des abhängigen Unternehmens, da diesem kein Aufwand für die Einräumung der Sicherheiten durch die leitende Gesellschaft entstanden ist, somit keine Mittel aus der Gesellschaft abgeflossen sind.

⁸² Je nach Einzelfall kann dies freilich auch anders aussehen und vorerst eine Sanierung des abhängigen Unternehmens als wirtschaftlich sinnvoller erscheinen.

⁸³ Siehe den vorangehenden Absatz, insbesondere Fn. 74.

⁸⁴ Und zwar nicht nur der besicherte Gläubiger, sondern auch die übrigen Gläubiger des beherrschten Unternehmens. Denn die Besicherung eines Gläubigers ist nur dann erforderlich, wenn dieser der Gesellschaft im Gegenzug eigene Leistungen, z. B. ein Darlehen, erbringt. Im Liquidationsfall kommt der Verwertungserlös dieser vom besicher-

teln. Naheliegender erscheint deshalb, dass die Konkursverwaltung bzw. an deren Stelle die Gläubiger der herrschenden Gesellschaft⁸⁵ im Konkursfall eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte des herrschenden Unternehmens einleiten werden. Ebenfalls möglich dürfte eine paulianische Anfechtung sein⁸⁶.

c) Exkurs: Fremdfinanzierung statt Finanzierung mittels Eigenkapital (Unterkapitalisierung und Durchgriff)

Sieht sich eine herrschende Gesellschaft zur Gewährung von Sicherheiten an Dritte zugunsten eines abhängigen Unternehmens veranlasst, kann dies – zumindest wenn ein unabhängiger Dritter zur Bestellung einer Sicherheit gar nicht erst bereit wäre – ein Hinweis auf eine bestehende Unterkapitalisierung⁸⁷ der beherrschten Gesellschaft sein⁸⁸. Wenn nämlich die herrschende Gesellschaft das abhängige Unternehmen nicht mit dem notwendigen wirtschaftlichen Eigenkapital ausgestattet hat, ist das beherrschte Unternehmen auf solche Almosen angewiesen. Die Gewährung der (höchstwahrscheinlich beanspruchten) Sicherheiten ist in einem solchen Fall Folge, nicht aber Ursache des Problems, namentlich der Unterkapitalisierung. Bevor wegen einer bewussten Unterkapitalisierung auf die Obergesellschaft durchgegriffen werden könnte, wäre zunächst deren Rückerstattungsanspruch gegenüber dem abhängigen Unternehmen, welcher aus der Beanspruchung der Sicherheit durch den Sicherheitennehmer resultiert, als nachrangiges

ten Gläubiger erbrachten Leistungen den übrigen Gläubigern der Gesellschaft zu, welche somit indirekt ebenfalls einen Vorteil aus der Besicherung ziehen.

⁸⁵ OR 757 I und II.

⁸⁶ SchKG 286 und 288. Siehe hierzu etwa RUSCH, Interzession, 195 ff., und aus der Praxis BGE 95 III 47 (betreffend einer Anfechtung gemäss SchKG 286 bei der Besicherung einer bereits bestehenden Forderung durch eine Schwestergesellschaft).

⁸⁷ Darauf hinzuweisen ist, dass der handelsrechtliche Begriff der Unterkapitalisierung nicht identisch ist mit dem steuerrechtlichen (welcher oftmals als «verdecktes Eigenkapital» bezeichnet wird), werden damit doch unterschiedliche Zwecke verfolgt (GLANZMANN, Kapitalausstattung, 53).

⁸⁸ Die Gründe für die Gewährung von down-stream-securities sind mannigfaltig und es bedarf einer vertieften Analyse des konkreten Einzelfalls, ob tatsächlich eine (nicht leichthin anzunehmende) handelsrechtliche Unterkapitalisierung besteht. So liegt etwa dem von NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 175, genannten Beispiel keine solche zugrunde. Mehr als ein Fingerzeig auf die Möglichkeit einer Unterkapitalisierung kann eine Sicherheitengewährung daher nicht sein.

Fremdkapital zu behandeln⁸⁹. Da Unterkapitalisierung und Durchgriff zwar mit der hier besprochenen Thematik in einer gewissen Relation stehen, nicht aber deren Kern bilden, müssen im Rahmen dieses Beitrags diese kurzen Ausführungen genügen⁹⁰.

2. Steuerrechtliche Folgen

a) Einleitung

Die Gewährung von Sicherheiten zu Konditionen, welche einem Drittmannstest standhalten, wirkt sich steuerrechtlich wie folgt aus: Der als Gegenleistung für die Einräumung der Sicherheiten geleistete Betrag stellt beim leistenden Unternehmen einen geschäftsmässig begründeten Aufwand dar und ist steuerrechtlich zu berücksichtigen⁹¹. Andererseits wird das die Gegenleistung empfangende Unternehmen ebendiese – mit entsprechenden Steuerfolgen – als Ertrag verbuchen. Wird die Sicherheit alsdann vom besicherten Dritten in Anspruch genommen und kommt es trotz versuchter Durchsetzung des Rückerstattungsanspruchs zu einem Ausfall, stellt dieser Ausfall einen geschäftsmässig begründeten, steuerlich zu berücksichtigenden Aufwand des die Sicherheit leistenden Unternehmens dar⁹².

Was aber sind die Steuerfolgen, wenn bei Einräumung einer downstream-security die Konditionen nicht at arm's length «vereinbart» worden sind? Hier ist zu unterscheiden zwischen einerseits denjenigen Fällen, in welchen bloss die Gegenleistung einem Drittmannstest nicht standhält (nachfolgend lit. b), und andererseits denjenigen Fällen, wo ein unabhängiger Dritter zur Gewährung von Sicherheiten gar nicht erst bereit gewesen wäre (nachfolgend lit. c).

⁸⁹ Denn der Durchgriff ist subsidiär zu einer solchen Umqualifizierung. Siehe zum Ganzen BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N. 459 und § 13 N. 779 ff.; GLANZMANN, Kapitalausstattung, 56.

⁹⁰ Siehe zu Unterkapitalisierung und Durchgriff etwa BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N. 459 m.w.H.; GLANZMANN, Kapitalausstattung, 51 ff. m.w.H.; VON BÜREN, Konzern, 182 f.

⁹¹ E contrario aus DBG 58 I b und StHG 24 I a. Siehe auch NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 207 und 212.

⁹² NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 207 f. und 212, welche im Übrigen darauf hinweisen, dass ein freiwilliger Verzicht auf Durchsetzung des Rückerstattungsanspruchs – je nach Ausgangslage – entweder eine verdeckte Gewinnausschüttung oder eine verdeckte Kapitaleinlage ist.

b) Die Gegenleistung hält einem Drittmannstest nicht stand

aa) Gewinnsteuer

Leistet das herrschende Unternehmen Sicherheiten zugunsten eines abhängigen Konzernunternehmens ohne angemessenes Entgelt, so liegt in der Differenz zwischen dem Marktwert dieser Leistung und der effektiv geleisteten Entschädigung eine verdeckte Kapitaleinlage des herrschenden Unternehmens beim betreffenden abhängigen Konzernunternehmen⁹³. Diese Differenz ist bei der herrschenden Gesellschaft gewinnsteuerrechtlich aufzurechnen⁹⁴.

Spiegelbildlich zur Aufrechnung bei der leitenden Gesellschaft ist eine Korrektur beim beherrschten Unternehmen angezeigt: Denn bei der Differenz zwischen dem Marktwert der Sicherheitengewährung und dem effektiv geleisteten Entgelt handelt es sich eben um eine für diese Gesellschaft erfolgsneutrale Kapitaleinlage⁹⁵. Auf Ebene der abhängigen Gesellschaft wurde dies aber nicht als erfolgsneutraler Vorgang verbucht, sondern es resultierte ein im entsprechenden Ausmass höherer Gewinn⁹⁶. Dieser (erfolgswirksame) Gewinn ist umzuqualifizieren in eine (erfolgsneutrale) Kapitaleinlage, um welche es sich dabei tatsächlich handelt⁹⁷.

Wird die Sicherheit beansprucht und ist der daraufhin entstehende Rückerstattungsanspruch gegen das abhängige Unternehmen (teilweise) uneinbringlich⁹⁸, stellt die notwendige Wertberichtigung einen erfolgswirksamen, geschäftsmässig begründeten Aufwand dar. Dieser Aufwand ist, gleich wie wenn die Gegenleistung *at arm's length* bemessen worden wäre, gewinnsteuerrechtlich zu berücksichtigen⁹⁹. Die Leistung des herrschenden

⁹³ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 209.

⁹⁴ DBG 58 I c. Vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes war in der Lehre und Praxis umstritten, ob ein solcher Verzicht auf die Erzielung eines Ertrags beim herrschenden Unternehmen aufzurechnen sei oder nicht. Siehe die Nachweise bei NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 210 m.w.H.; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 307 f.; insbesondere die Meinung von REICH, Vorteilszuwendungen, 628 ff.

⁹⁵ DBG 60 a und StHG 24 II a.

⁹⁶ Denn die Differenz zwischen Marktwert und effektiver Gegenleistung wurde beim beherrschten Unternehmen buchhalterisch weder als Aufwand (die Differenz wurde ja gerade nicht geleistet) noch als Kapitaleinlage (sie erfolgte ja verdeckt) erfasst. Folglich schlägt sich diese Differenz in einem höheren Gewinn nieder.

⁹⁷ HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 307, Fn. 43 m.w.H.; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 211 m.H. auf eine alternative Korrekturmöglichkeit.

⁹⁸ Zu einem freiwilligen Verzicht auf Durchsetzung des Anspruchs siehe Fn. 92.

⁹⁹ DBG 58 I b. Siehe dazu auch lit. a hiervor.

Unternehmens gründet insofern nicht in seiner Beziehung zum abhängigen Unternehmen, sondern in seinen vertraglichen Verpflichtungen, die an sich – wenn auch nicht zu diesen Bedingungen – auch von einem unabhängigen Dritten eingegangen worden wären.

bb) Emissionsabgabe

Zuschüsse des herrschenden Unternehmens, welche ohne Gegenleistung der empfangenden Gesellschaft erfolgen, werden emissionsabgaberechtlich gleich behandelt wie eine Erhöhung von Beteiligungsrechten. Damit unterliegen sie grundsätzlich der Emissionsabgabe¹⁰⁰. Nach geltender Praxis greift jedoch die Emissionsabgabe nicht bei einem Zinsverzicht eines darlehensgewährenden Aktionärs¹⁰¹. Der Analogieschluss von NEUHAUS/WATTER¹⁰², dass Gleiches beim Verzicht auf eine angemessene Gegenleistung für die Sicherheitengewährung gelten muss, überzeugt, denn es sind keine Gründe ersichtlich, welche eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen würden. Folglich unterliegt die Differenz zwischen Marktwert und geleisteter Entschädigung für die Sicherheitengewährung – obwohl es sich dabei gewinnsteuerrechtlich um eine verdeckte Kapitaleinlage handelt – nicht der Emissionsabgabe¹⁰³.

Wird die Sicherheit beansprucht, liegt hierin – entgegen der Ansicht der ESTV¹⁰⁴ – kein der Emissionsabgabe unterliegender Zuschuss. Ein solcher kann schon deswegen nicht vorliegen, weil die Leistung nicht an die abhängige Gesellschaft, sondern an den Sicherheitennehmer erfolgt¹⁰⁵.

Dagegen liegt ein emissionsabgaberechtlich relevanter Vorgang dann vor¹⁰⁶, wenn die leitende Gesellschaft auf die Durchsetzung des Rückerstattungsanspruchs verzichtet. In diesem Forderungsverzicht liegt ein emissionsabgaberechtlich relevanter Zuschuss an das abhängige Unternehmen¹⁰⁷.

Setzt die herrschende Gesellschaft den Anspruch jedoch durch oder ist er trotz versuchter Durchsetzung uneinbringlich, besteht kein emissionsabga-

¹⁰⁰ StG 5 II a i.V.m. 5 I.

¹⁰¹ ECKERT/PIGUET, StG, N. 42 zu Art. 5 StG.

¹⁰² NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 211, Fn. 185.

¹⁰³ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 211.

¹⁰⁴ Siehe die Hinweise bei ECKERT/PIGUET, StG, N. 42 zu Art. 5 StG; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 212, Fn. 187.

¹⁰⁵ Ebenso NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 212.

¹⁰⁶ Ähnlich, wenn auch zurückhaltender, ECKERT/PIGUET, StG, N. 42 zu Art. 5 StG.

¹⁰⁷ ECKERT/PIGUET, StG, N. 37 zu Art. 5 StG; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 212 m.H. auf die entsprechende Praxis der ESTV in Fn. 188.

berechtigter Zuschuss. Denn diesfalls hat die Leistung ihre Grundlage nicht in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft, sondern in einer insofern einem Drittmannstest standhaltenden vertraglichen Verpflichtung. StG 5 II a will aber einzig Fälle erfassen, in welchen sich die Zuschüsse «nur aus dem mitgliedschaftlichen Beteiligungsverhältnis erklären lassen»¹⁰⁸. Beruht die Leistung demgegenüber «auf einem anderen Rechtsgrund (z. B. ernstgemeinten Darlehen)»¹⁰⁹, unterliegt sie nicht der Emissionsabgabe¹¹⁰.

c) Die Sicherheitengewährung als solche ist kein dealing at arm's length

Nachfolgend wird die Variante behandelt, bei der ein unabhängiger Dritter zur Sicherheitengewährung an sich gar nicht bereit gewesen wäre, sodass der Umstand der Besicherung als solcher kein dealing at arm's length ist. Auf die für die Sicherheitengewährung geleistete Entschädigung wird dabei nicht mehr eingegangen; insofern kann vollumfänglich auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden¹¹¹.

aa) Gewinnsteuer

Hintergrund dafür, dass ein Dritter nicht bereit wäre, überhaupt eine Sicherheit zugunsten der abhängigen Gesellschaft zu bestellen, dürfte im überhöhten Risiko liegen, dass die Sicherheiten beansprucht werden könnten bzw. dass eine allfällige Rückerstattungsforderung nicht einbringlich wäre. Folglich ist die herrschende Gesellschaft bei einer solchen Konstellation der Sicherheitengewährung handelsrechtlich regelmässig verpflichtet, eine entsprechende *Rückstellung* zu bilden, da die Verlustrisiken offensichtlich sind. Steuerrechtlich kann dieser Rückstellungsaufwand jedoch nicht berücksichtigt werden, da es sich um eine Vorstufe zur später höchstwahrscheinlich erfolgenden verdeckten Kapitaleinlage handelt¹¹².

¹⁰⁸ Botschaft StG, 1290.

¹⁰⁹ Botschaft StG, 1290.

¹¹⁰ Im Ergebnis gleich NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 212. Ähnlich auch ECKERT/PIGUET, StG, N. 42 zu Art. 5 StG.

¹¹¹ Lit. a und lit. b hiervor.

¹¹² Die verdeckte Kapitaleinlage erfolgt noch nicht in diesem Moment, ist doch die Sicherheitenbeanspruchung – und damit zusammenhängend die verdeckte Kapitaleinlage – dazumal zwar (sehr) wahrscheinlich, aber noch nicht sicher. Ob es zur Sicherheitenbeanspruchung kommt, hängt letztlich vom Verhalten des Sicherheitennehmers, also einem konzernunabhängigen Dritten, ab.

Wird die Sicherheit beansprucht (wovon auszugehen ist), entsteht zwar ein Rückerstattungsanspruch gegenüber der abhängigen Gesellschaft, dieser Anspruch hat aber wirtschaftlich keinen oder zumindest keinen dem Nominalbetrag entsprechenden Wert. Der mittels Rückstellung antizipierte Verlust tritt nun ein und es bedarf mangels Einbringlichkeit der Forderung einer *Wertberichtigung* in der entsprechenden Höhe. Spätestens in diesem Zeitpunkt wird die verdeckte Kapitaleinlage der kontrollierenden Gesellschaft beim beherrschten Unternehmen definitiv¹¹³. Anerkennungsfähig ist die Wertberichtigung gewinnsteuerrechtlich jedoch nicht, da es sich dabei nicht um einen geschäftsmässig begründeten Aufwand handelt, sondern um eine *verdeckte Kapitaleinlage*. Jedoch erhöhen sich die Gestehungskosten der Beteiligung, was allenfalls unter diesem Gesichtspunkt zur Möglichkeit einer entsprechenden *Abschreibung* führt¹¹⁴.

Beim abhängigen Unternehmen ist ebenfalls eine Umqualifizierung vorzunehmen. Der «Verzicht» des herrschenden Unternehmens auf die Durchsetzung des Rückerstattungsanspruchs¹¹⁵ ist kein erfolgswirksamer Vorgang, sondern es handelt sich dabei um eine (verdeckte) Kapitaleinlage. Gewinnsteuerrechtlich ist diese erfolgsneutral¹¹⁶.

¹¹³ Gemäss HILTY, Besteuerung, 65 f., erfolgt die verdeckte Gewinnausschüttung bei einem an einen Aktionär gewährten Darlehen im Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft die Darlehensforderung abschreibt. Eine Ausnahme gilt für ihn dann, wenn der Darlehensvertrag fiktiv ist, in welchem Fall er davon ausgeht, die Gewinnausschüttung erfolge im Zeitpunkt der Überlassung der Darlehenssumme an den Aktionär.

¹¹⁴ Ausführlicher hierzu NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 211 m.w.H.

¹¹⁵ Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, ob die herrschende Gesellschaft auf die Durchsetzung des Anspruchs ausdrücklich verzichtet oder nicht. Selbst eine alibimässige versuchte Durchsetzung ändert nichts an der Situation, denn in keinem Fall glaubt die herrschende Gesellschaft aufgrund ihrer Kenntnis der finanziellen Situation des abhängigen Unternehmens ernsthaft daran, dass ihre Forderung befriedigt werden könnte. Parallelen zu (in umgekehrter Richtung) fliessenden Leistungen bei einem an einem Aktionär gewährten Darlehen können hier gezogen werden (NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 209, Fn. 174).

¹¹⁶ DBG 60 a.

bb) Emissionsabgabe

Anders als wenn «bloss» die Gegenleistung nicht at arm's length bemessen ist¹¹⁷, liegt hier bei Beanspruchung der Sicherheit durch den Sicherheitennehmer aus emissionsabgaberechtlicher Sicht ein Zuschuss im Umfang der beanspruchten Sicherheit an die beherrschte Gesellschaft vor. Folglich ist hierauf die *Emissionsabgabe* geschuldet¹¹⁸. Zu prüfen bliebe, ob eine Stundung oder ein Erlass gemäss StG 12 in Betracht käme.

VI. Rechtsfolgen, wenn bei *up-stream-securities* und *side-stream-securities* nicht at arm's length vorgegangen wird

1. Aktienrechtliche Folgen

a) Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (OR 680)

Die Gewährung von Sicherheiten durch ein abhängiges Konzernunternehmen, sei es *direkt* zugunsten des herrschenden Unternehmens als Aktionär oder sei es *indirekt* an ein anderes abhängiges Konzernunternehmen im Interesse des herrschenden Unternehmens, kann einen Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr¹¹⁹ darstellen. Es gilt zu differenzieren:

Eine *nicht marktgerechte Gegenleistung* für die Sicherheitengewährung kann keine Verletzung dieses Verbots bewirken. Denn dadurch erhält die abhängige Gesellschaft zwar ein zu geringes Entgelt, sie leistet aber keine (Rück-)Zahlung an die herrschende Gesellschaft. M.a.W. fliessen der beherrschten Gesellschaft zwar keine (oder nur ungenügend) neue Mittel zu, jedoch fliessen bei ihr keine Mittel ab. In einem Verzicht auf Erzielung eines Ertrags kann eine verdeckte Gewinnausschüttung liegen¹²⁰, nicht aber ein Eingriff in das geschützte Kapital¹²¹.

Eine Verletzung des Verbotes der Einlagenrückgewähr kann folglich nur *in der gewährten Sicherheit als solcher* liegen¹²². Wird die Sicherheit bean-

¹¹⁷ Hiervor lit. b.bb.

¹¹⁸ StG 5 II a.

¹¹⁹ OR 680 II.

¹²⁰ OR 678. Dazu sogleich lit. b.

¹²¹ Ebenso FRIZ, Darlehen, 328.

¹²² An dieser Stelle anzumerken bleibt, dass die Bezahlung einer überhöhten Entschädigung des abhängigen Unternehmens für eine down-stream-security eine unzulässige

spricht, fliessen beim abhängigen Unternehmen Mittel ab, wobei gleichzeitig ein Rückerstattungsanspruch entsteht, durch welchen – zumindest nominell – der Mittelabfluss neutralisiert wird. Wann liegt nun trotz des Rückerstattungsanspruchs eine unzulässige Einlagenrückgewähr vor und wann nicht? Entscheidend ist, ob die Sicherheitengewährung als solche ein *dealing at arm's length* ist oder nicht, ob also ein unabhängiger Dritter die Sicherheit ebenfalls gewährt hätte. Zur Vornahme dieser Abgrenzung kann auf die Lehre und Praxis zur verwandten Problematik der Gewährung von Darlehen an Aktionäre zurückgegriffen werden¹²³. Der springende Punkt ist dort letztlich – nebst anderen, weniger gewichtigen Indizien – die Bonität des Schuldners¹²⁴, welche darüber entscheidet, ob der Darlehensvertrag als drittmannskonform bzw. fingiert betrachtet wird oder nicht. Ähnliches muss hier gelten¹²⁵. Zeigt diese Prüfung, dass ein unabhängiger Dritter die Sicherheit ebenfalls gewährt hätte und ist die Vereinbarung auch ansonsten nicht fiktiv, ist die Sicherheitengewährung unter dem Aspekt der Kapitalerhaltung grundsätzlich unbedenklich. Andernfalls verletzt die Sicherheitengewährung das Verbot der Einlagenrückgewähr, sofern damit in das geschützte Kapital¹²⁶ eingegriffen wird. Sind hingegen in ausreichendem Umfang frei ausschüttbare Mittel vorhanden, wird OR 680 nicht verletzt. Um den Folgen des bei Geschäften zugunsten anderer Konzerngesellschaften immer latent vorhandenen Missbrauchsvorwurfs¹²⁷ vorbeugend zu begegnen, wird deshalb in der Praxis oftmals die Vollstreckung der Sicherheit auf die frei ausschüttbaren Mittel eingeschränkt¹²⁸.

Einlagenrückgewähr sein kann (FRIZ, Darlehen, 327). Diesem Fall wird vorliegend nicht weiter nachgegangen.

¹²³ RUSCH, Interzession, 139 f.

¹²⁴ FRIZ, Darlehen, 328 m.w.H. in Fn. 21; GLANZMANN, Darlehensvertrag, 98 f. Eine Übersicht zu den Lehrmeinungen findet sich bei RUSCH, Interzession, 136 ff.

¹²⁵ Die zu Darlehen an Aktionäre entwickelten Abgrenzungskriterien können freilich nicht unesehen auf die Sicherheitengewährung zugunsten einer Konzerngesellschaft übertragen werden, da die Ausgangslage ähnlich, nicht aber identisch ist. Insbesondere ist bei der Sicherheitengewährung immer noch eine dritte Person involviert, was bei einem Darlehen nicht der Fall ist.

¹²⁶ Was darunter genau zu verstehen ist, ist in der Lehre insbesondere betreffend das Agio umstritten. Siehe zu diesem Meinungsstreit etwa GLANZMANN, Darlehensvertrag, 72 ff.; DERS., Krisensituationen, 45 ff.; KURER, Basler Kommentar, N. 18 ff. zu Art. 680 OR.

¹²⁷ Hier, dass die Sicherheitengewährung kein *dealing at arm's length* ist.

¹²⁸ RUSCH, Interzession, 143 f.

Ein die Kapitalschutzbestimmungen verletzender Beschluss des Verwaltungsrats ist nichtig¹²⁹. Relevant ist in diesem Zusammenhang, dass die Nichtigkeit den Beschluss des Verwaltungsrats beschlägt, nicht aber den Sicherheitenbestellungsvertrag mit dem Sicherheitennehmer¹³⁰. Zur Geltendmachung der Nichtigkeit aktivlegitimiert ist jedermann, der ein Rechtsschutzinteresse geltend machen kann. In erster Linie dürften dies die Gläubiger der die Sicherheit ohne angemessene Gegenleistung gewährenden Konzerngesellschaft oder deren allfällige Minderheitsaktionäre sein.

b) Verdeckte Gewinnausschüttung (OR 678)

Gemäss OR 678 II ist bei einer up-stream-security das herrschende Unternehmen als Aktionär des die Sicherheit leistenden abhängigen Konzernunternehmens zur Rückerstattung von Leistungen verpflichtet, «soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage» des abhängigen Konzernunternehmens stehen¹³¹. Gleiches gilt für die begünstigte Schwestergesellschaft bei einer side-stream-security¹³².

Erfolgt die Gewährung der Sicherheit ohne oder gegen eine nicht at arm's length bemessene Gegenleistung, liegt in der Differenz zwischen Marktwert und effektiver Zahlung eine verdeckte Gewinnausschüttung¹³³, sofern die folgenden drei Bedingungen erfüllt sind:

- Erstens muss das Missverhältnis offensichtlich sein.
- Zweitens ist erforderlich, dass die Leistung in einem (offensichtlichen) Missverhältnis zur *wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft* steht. Sinnwidrig wäre es nun, diese Einschränkung (dem Wortlaut entsprechend) so zu interpretieren, dass bei einer finanziell gesunden Gesellschaft verdeckte Gewinnausschüttungen gene-

¹²⁹ OR 714 i.V.m. 706b 3. Siehe nachfolgend lit. d.

¹³⁰ So bereits ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 192 f.; ebenso RUSCH, Interzession, 147 f. m.w.H. auch auf Vertreter der a.A. Bezüglich des Sicherheitenbestellungsvertrags stellt sich die Frage der Vertretungsmacht und –befugnis, nicht der Nichtigkeit.

¹³¹ Zur buchhalterischen Erfassung des Rückerstattungsanspruchs siehe BERGER, Bilanzierung, 1115 f.

¹³² OR 678 erfasst den Beteiligungsinhabern (hier der herrschenden Gesellschaft) nahestehende Personen ebenfalls.

¹³³ Der Verzicht auf Ertrag stellt eine Leistung i.S.v. OR 678 II dar (HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 102).

rell unproblematisch wären¹³⁴. In der Lehre werden deshalb verschiedene Ansichten darüber vertreten, was mit dieser Voraussetzung tatsächlich gemeint sein soll¹³⁵. Vor diesem Hintergrund ist zu begrüssen, dass in VE OR 678 II auf diese mehr Probleme aufwerfende als klärende Einschränkung verzichtet wird.

- Drittens muss der *Empfänger bösgläubig* sein¹³⁶. Auch auf dieses Kriterium wird in VE OR 678 verzichtet.

Probleme ergeben sich bei der Passivlegitimation: Der Rückerstattungsanspruch richtet sich nur gegen Aktionäre sowie Verwaltungsratsmitglieder und diesen Personen nahestehende Dritte¹³⁷. Da es sich im vorliegenden Fall beim Sicherheitennehmer um einen aussenstehenden Dritten handelt (z. B. um eine Bank), findet die Vorschrift von OR 678 II auf ihn keine Anwendung¹³⁸.

Falls die Sicherheit beansprucht werden sollte, entsteht abgesehen davon so oder so eine Rückforderung gegenüber demjenigen Unternehmen, zugunsten dessen die Sicherheit gewährt wurde. Eines Rückgriffs auf OR 678 II bedarf es hierfür nicht. Wesentlich wird die Anwendung von OR 678 II dagegen dann, wenn das abhängige Unternehmen auf den Rückerstattungsanspruch verzichtet. Da diesem Verzicht keine Gegenleistung gegenübersteht, käme OR 678 II zum Zuge und ein Rückerstattungsanspruch könnte auf diese Norm gestützt werden.

Die Aktivlegitimation für den Anspruch auf Rückerstattung steht gemäss OR 678 III allerdings nur «der Gesellschaft und dem Aktionär zu», d. h. vorliegend dem die Sicherheit leistenden Konzernunternehmen und

¹³⁴ Siehe statt Vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N. 556; DÜRR, Rückerstattungsklage, 92 f.; KURER, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 678 OR; VON BÜREN, Konzern, 162.

¹³⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N. 557, geht davon aus, bei wirtschaftlich schlechter Lage der Gesellschaft sei eher von einer Offensichtlichkeit des Missverhältnisses der Leistungen auszugehen. KURER, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 678 OR, geht davon aus, dass das Geschäft spürbare Auswirkungen für die Gesellschaft haben müsse. Siehe im Übrigen die Übersicht bei HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 112 ff.

¹³⁶ Das Gesetz erwähnt die Bösgläubigkeit zwar nur in Absatz I von OR 678. Gründe für eine unterschiedliche Behandlung sind jedoch nicht ersichtlich, weshalb die Voraussetzung der Bösgläubigkeit auch in Absatz II hineinzulesen ist (BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N. 554; wohl auch KURER, Basler Kommentar, N. 27 zu Art. 678 OR). Anzumerken bleibt, dass in den von Absatz II erfassten Fällen weit weniger oft Gutgläubigkeit vorliegen dürfte als in den unter Absatz I zu subsumierenden Sachverhalten, weshalb sich diese Einschränkung bei Absatz II praktisch kaum auswirkt.

¹³⁷ VE OR 678 I dehnt die Rückerstattungspflicht auf Mitglieder der Geschäftsleitung aus.

¹³⁸ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 190.

dessen Aktionären. Bei einem zu 100 % abhängigen Konzernunternehmen ist einzige Aktionärin die herrschende Gesellschaft, weshalb keines der beiden Unternehmen einen entsprechenden Anspruch geltend machen wird.

Sofern jedoch beim beherrschten Unternehmen Minderheitsaktionäre vorhanden sind, könnten diese entweder selbst auf Leistung an die Gesellschaft klagen oder sie könnten versuchen, den Verwaltungsrat des abhängigen Konzernunternehmens indirekt über die Androhung einer Verantwortlichkeitsklage (Sorgfaltspflichtverletzung wegen Unterlassens der Rückforderung) zur Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs gegen das herrschende Unternehmen zu zwingen. Gemäss VE OR soll die Aktivlegitimation künftig auf Gläubiger ausgeweitet werden¹³⁹.

c) Verantwortlichkeitsklage

Durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts ohne angemessene Gegenleistung verletzt der Verwaltungsrat seine ihm obliegende Sorgfaltspflicht¹⁴⁰. Ausserdem ist er gemäss OR 717 II zur Gleichbehandlung aller Aktionäre verpflichtet. Bestehen beim abhängigen Konzernunternehmen Minderheitsaktionäre, so stellt die Gewährung von Sicherheiten ohne angemessene Gegenleistung direkt oder indirekt zugunsten des Mehrheitsaktionärs (also hier zugunsten des herrschenden Unternehmens) einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre dar¹⁴¹. Sodann ist es möglich, dass die Gewährung von Sicherheiten zugunsten der herrschenden Gesellschaft auch aus weiteren Gründen pflichtwidrig ist¹⁴². Damit ist die *Widerrechtlichkeit* als Voraussetzung für eine Verantwortlichkeitsklage gegeben.

Der *Schaden* besteht zum einen in der Differenz zwischen dem Marktwert der Sicherheitengewährung und der nicht oder nicht in ausreichendem Mass erfolgten tatsächlichen Gegenleistung. Zum anderen kann der Schaden im nicht einbringlichen Teil des aufgrund Beanspruchung der Sicherheit entstandenen Rückerstattungsanspruchs liegen. Dies dann, wenn ein unabhängiger Dritter die Sicherheit aufgrund des zu hohen Risikos nicht gewährt

¹³⁹ VE OR 678 III.

¹⁴⁰ OR 717 I. Siehe statt Vieler BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N. 561; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht, Rz. 1240; WATTER, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 717 OR; WIDMER/BANZ, Basler Kommentar, N. 30 zu Art. 754 OR.

¹⁴¹ Ebenso BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N. 561. Ausführlich dazu HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 50 ff.; RUSCH, Interzession, 149 ff.

¹⁴² Siehe hierzu die beispielhafte Aufzählung in Fn. 53.

hätte¹⁴³. *Verschulden und Kausalität* sind offensichtlich. Der eingeklagte Schadenersatz geht an die Konzerngesellschaft, welche die Sicherheit geleistet hat.

Sofern es sich beim abhängigen Konzernunternehmen jedoch um ein zu 100 % beherrschtes Unternehmen handelt, wird es, zumindest solange dieses nicht in Konkurs fällt, nicht zu einer Verantwortlichkeitsklage kommen. Zwar wäre das abhängige Konzernunternehmen selbst aktivlegitimiert¹⁴⁴, wird aber aus nahe liegenden Gründen nicht gegen seinen vom herrschenden Unternehmen gewählten Verwaltungsrat klagen. Das gleiche gilt für das ebenfalls aktivlegitimierte herrschende Unternehmen als Aktionär des abhängigen Unternehmens. Damit bleibt faktisch nur noch die Möglichkeit der Klage der Konkursverwaltung bzw. der Gläubiger im Konkurs der abhängigen Gesellschaft¹⁴⁵.

d) Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit der Verwaltungsratsbeschlüsse

Da Beschlüsse betreffend Sicherheitsleistungen vom Verwaltungsrat gefällt werden¹⁴⁶, besteht keine Anfechtungsmöglichkeit¹⁴⁷. Zu Fall gebracht werden können solche Beschlüsse nur, sofern sie nichtig sind¹⁴⁸.

Hier ist zu unterscheiden: Ein gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (OR 680)¹⁴⁹ verstossender Verwaltungsratsbeschluss ist nichtig¹⁵⁰. Denn bei

¹⁴³ Denn es ist Pflicht des Verwaltungsrates, die Bonität wesentlicher Geschäftspartner zu prüfen (HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Rz. 816; WATTER, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 717 OR) und dann entsprechend dem Resultat dieser Prüfung zu handeln. I.d.R. dürfte dem (allenfalls fiduziarischen) Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens die finanzielle Situation der herrschenden Gesellschaft bekannt sein. Stellt die Gewährung einer Sicherheit zu deren Gunsten aus Sicht eines unabhängigen Dritten aufgrund mangelnder Bonität ein zu hohes Risiko dar, müsste auch der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft zu diesem Schluss kommen und eine Sicherheitengewährung verweigern. Tut er dies aber nicht und bestellt er die Sicherheit dennoch, geht er bewusst ein zu hohes, «nicht mehr normales» Ausfallrisiko ein, weshalb er bei Eintritt ebendieses Risikos dafür einzustehen hat.

¹⁴⁴ OR 756.

¹⁴⁵ OR 757.

¹⁴⁶ Oben III.4.

¹⁴⁷ OR 714 e contrario. Statt Vieler WERNLI, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 714 OR m.w.H. auf Lehre und Praxis. Die Ausnahme von FusG 106 II, gemäss welcher eine Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen in fusionsrechtlichen Belangen besteht, interessiert vorliegend nicht weiter.

¹⁴⁸ OR 714 i.V.m. OR 706b.

¹⁴⁹ Dazu hiervor lit. a.

Verletzung der Kapitalschutzbestimmungen¹⁵¹, worunter insbesondere OR 680 zu verstehen ist, reicht für das Vorliegen einer Nichtigkeit bereits eine individuell-konkrete Verletzung aus¹⁵².

Anders jedoch, wenn es um einen Fall der verdeckten Gewinnausschüttung (OR 678 II), allenfalls verbunden mit einer Ungleichbehandlung der Aktionäre, geht. Bei OR 678 handelt es sich um eine *lex specialis* zu den allgemeinen Normen der ungerechtfertigten Bereicherung¹⁵³, womit ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen ausgeglichen werden sollen¹⁵⁴. Diese dem Ausgleich dienende Norm fällt nicht unter den eng auszulegenden Begriff¹⁵⁵ der Kapitalschutzbestimmungen i.S.v. OR 706b 3 zweiter Halbsatz¹⁵⁶. Jedoch wird mit einem solchen Beschluss in individuell-konkreter Weise gegen die Grundstrukturen einer Aktiengesellschaft¹⁵⁷ (Zuständigkeitsvorschriften) verstossen sowie ein vom Gesetz zwingend gewährtes Aktionärsrecht¹⁵⁸ (Recht auf Gleichbehandlung¹⁵⁹) verletzt. Im Gegensatz zu einem Verstoss gegen Kapitalschutzbestimmungen führt eine individuell-konkrete Verletzung dieser Vorschriften jedoch nicht zur Nichtigkeit¹⁶⁰: Für die Nichtigkeit erforderlich wäre eine generell-abstrakte Verletzung. Folglich sind solche Beschlüsse, solange die verdeckte Gewinnausschüttung nicht in generell-abstrakter Weise verankert werden soll, sondern im Einzelfall beschlossen wird, nicht nichtig¹⁶¹.

¹⁵⁰ HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Rz. 398; KRNETA, Verwaltungsrat, Rz. 887; WERNLI, Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 714 OR; ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 192.

¹⁵¹ OR 714 i.V.m. 706b 3.

¹⁵² DUBS/TRUFFER, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 706b OR; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht, Rz. 1133.

¹⁵³ Statt Vieler KURER, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 678 OR.

¹⁵⁴ Statt Vieler BUCHER, Obligationenrecht, 653.

¹⁵⁵ KRNETA, Verwaltungsrat, Rz. 885; WERNLI, Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 714 OR.

¹⁵⁶ A.A., aber im Ergebnis ähnlich wie hier DUBS/TRUFFER, Basler Kommentar, N. 16a zu Art. 706b OR. A.A. BÖCKLI, Aktienrecht, § 16 N. 172.

¹⁵⁷ OR 706b 3 erster Halbsatz.

¹⁵⁸ OR 706b 1.

¹⁵⁹ OR 717 II.

¹⁶⁰ DUBS/TRUFFER, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 706b OR; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Aktienrecht, Rz. 1132.

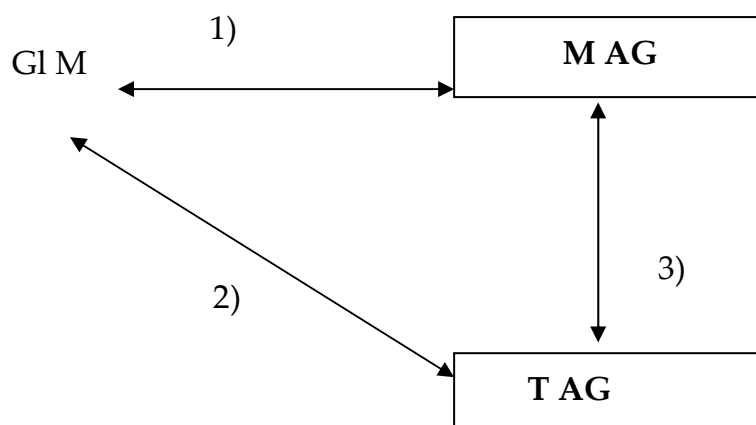
¹⁶¹ A.A. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 189, und ihm folgend WERNLI, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 714 OR, beide jedoch nicht auf die individuell-konkrete Verletzungsweise eingehend.

Abschliessend bleibt anzumerken, dass eine allfällige Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses nur diesen selbst betrifft. Auf den mit dem Sicherheitennehmer abgeschlossenen Sicherheitenbestellungsvertrag schlägt diese Nichtigkeit nicht durch¹⁶². M.a.W. bedarf das weitere Schicksal des Sicherheitenbestellungsvertrags einer gesonderten Betrachtung.

e) Vertretungsmacht und -befugnis zum Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrags

Die Durchsetzung der hiervoor genannten Ansprüche scheidet in der Praxis zuweilen an der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Erhebliche Bedeutung kommt dann der Frage zu, ob gegen den Sicherheitennehmer selbst vorgegangen werden kann.

Dies hängt davon ab, ob der Sicherheitenbestellungsvertrag gültig abgeschlossen wurde oder nicht¹⁶³. Nachstehende Grafik soll die Ausgangslage verdeutlichen:



Folgende Rechtsverhältnisse sind auszumachen:

- 1) Kreditverhältnis
- 2) Sicherheitenbestellungsvertrag¹⁶⁴
- 3) z. B. einfacher Auftrag (nachfolgend als Deckungsverhältnis¹⁶⁵ bezeichnet)

¹⁶² WATTER, Gewinnverschiebungen, 144; ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 190.

¹⁶³ Dazu, dass eine allfällige Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses nicht auf den Vertrag durchschlägt, siehe hiervoor lit. d.

¹⁶⁴ In Anlehnung an den von WIEGAND, Fahrnispfand, 116, verwendeten Begriff «Pfandbestellungsvertrag».

Die Vertretungsmacht zum Abschluss eines Sicherheitenbestellungsvertrags dürfte dem Verwaltungsrat regelmässig zukommen¹⁶⁶. Fraglich erscheint demgegenüber, ob das bezüglich der Vertretungsbefugnis ebenfalls der Fall ist¹⁶⁷. Denn eine Begrenzung der Vertretungsbefugnis kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen¹⁶⁸. Auch ohne expliziten Ausschluss umfasst die Vertretungsbefugnis zum Beispiel interessen- bzw. pflichtwidrige Vertreterhandlungen nicht¹⁶⁹. Welche Folgen hat eine solche stillschweigende¹⁷⁰ Einschränkung der Vertretungsbefugnis vorliegend? Auch hier gilt es zu differenzieren:

aa) Die Gegenleistung hält einem Drittmannstest nicht stand

Zunächst ist zu untersuchen, was geschieht, wenn die Gegenleistung für die Sicherheitenbestellung einem Drittmannstest nicht standhält, die Gewährung der Sicherheit als solche schon. Diesfalls fehlt dem Verwaltungsrat die Vertretungsbefugnis zum Abschluss des Deckungsverhältnisses, da die Vereinbarung eines nicht marktkonformen Entgelts¹⁷¹ pflichtwidrig ist¹⁷². Für einen Gutgläubensschutz¹⁷³ besteht kein Raum, weiss doch das herrschende Unternehmen als Vertragspartner um die Interessen- bzw. Pflichtwidrigkeit der Handlung oder müsste zumindest darum wissen.

Vom Deckungsverhältnis zu unterscheiden ist der Sicherheitenbestellungsvertrag. Dieser ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag, d. h. der Leistung des Sicherheitengebers steht rechtlich keine eigentliche Gegenleistung¹⁷⁴ des Sicherheitennehmers gegenüber¹⁷⁵. Wirtschaftlich gesehen liegt

¹⁶⁵ Der Begriff ist dem Anweisungsrecht (OR 466 ff.) entlehnt. U.E. beschreibt er auch hier das Verhältnis treffend, eine inhaltliche Übereinstimmung liegt jedoch nicht vor.

¹⁶⁶ Oben I.2, insbesondere Fn. 8.

¹⁶⁷ Zur Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis siehe statt Vieler KRNETA, Verwaltungsrat, Rz. 1969.

¹⁶⁸ Statt Vieler RUSCH, Interzession, 54.

¹⁶⁹ BGE 126 III 361 E. 3.a S. 363. Aus der Lehre beispielsweise NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 191 m.w.H. in Fn. 84.

¹⁷⁰ Nur in den wenigsten Fällen dürfte eine ausdrückliche Einschränkung vorliegen.

¹⁷¹ Fraglich ist, ob eine Differenz zwischen tatsächlich geleisteter Entschädigung und Marktpreis – entsprechend OR 678 II – auch hier nur dann relevant ist, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen effektiver Leistung und Marktwert besteht.

¹⁷² Hiervor lit. b und c.

¹⁷³ OR 718a II.

¹⁷⁴ Es liegt kein Synallagma vor, woran – je nach gewährter Sicherheit – die Pflicht zur Rückgabe des Sicherungsgegenstands bzw. zur Retrozession sicherungszedierter Forderungen nichts ändert.

die Gegenleistung darin, dass ein Kredit überhaupt bzw. im entsprechenden Umfang gesprochen wird resp. dass die hierfür zu entrichtende Entschädigung tiefer ist als bei einem ungesicherten Kredit¹⁷⁶. Diese wirtschaftliche «Gegenleistung» kommt bei einer Sicherheitenbestellung zugunsten eines Dritten nicht dem Sicherheitengeber zu (hier dem leistenden abhängigen Unternehmen), sondern dem Dritten (vorliegend also der herrschenden Gesellschaft bzw. der begünstigten Schwestergesellschaft). Aus dem Fehlen einer rechtlichen Gegenleistung des Sicherheitennehmers für die Sicherheiten-gewährung kann daher nicht auf eine interessen- oder pflichtwidrige Vertreterhandlung geschlossen werden, andernfalls die Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter immer ausserhalb der Vertretungsbefugnis stünde¹⁷⁷. Ist die Gewährung der Sicherheit als solche drittmannskonform und somit als solche weder interessen- noch pflichtwidrig, hat der Verwaltungsrat die Vertretungsbefugnis, einen solchen Sicherheitenbestellungsvertrag zu vereinbaren¹⁷⁸. M.a.W. hat die Tatsache, dass die Vertretungsbefugnis zum Abschluss des Deckungsverhältnisses zwischen herrschender bzw. begünstigter (Schwester-)Gesellschaft und abhängiger leistender Gesellschaft aufgrund pflicht- bzw. interessenwidrigen Handelns stillschweigend ausgeschlossen ist, nicht eine Begrenzung der Vertretungsbefugnis bezüglich des Abschlusses eines Sicherheitenbestellungsvertrags mit dem Sicherheitennehmer zur Folge¹⁷⁹.

¹⁷⁵ WIEGAND, Fahrnispfand, 116, in Bezug auf den Pfandbestellungsvertrag sowie die Sicherungsabrede. Dies gilt allgemein für Sicherheitenbestellungsverträge und insbesondere für solche, bei welchen die Sicherheit zugunsten Dritter eingeräumt wird.

¹⁷⁶ RUSCH, Interzession, 103.

¹⁷⁷ Soweit ersichtlich wird dies in der Lehre nicht vertreten.

¹⁷⁸ A.A. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 190, der hierin aufgrund der ungenügenden Entschädigung im Deckungsverhältnis eine verdeckte Gewinnausschüttung und folglich ein pflichtwidriges Handeln sieht. A.A. auch RUSCH, Interzession, 45, der aus dem Interessenskonflikt im Deckungsverhältnis schliesst, dass auch die Sicherheitenbestellung nicht interessenskonform sei. Der Sicherheitenbestellungsvertrag als solcher ist jedoch mit keinem Interessenskonflikt belastet. Ein allfälliger Interessenskonflikt besteht einzig im Deckungsverhältnis.

¹⁷⁹ A.A. AEBI, Interzession, 102; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 191; RUSCH, Interzession, 45; ZOBL, Sicherungsgeschäfte, 190. Diese Autoren unterscheiden u.E. nicht genügend zwischen Deckungsverhältnis und Sicherheitenbestellungsvertrag bzw. übertragen einfach den Mangel der Vertretungsbefugnis bzw. den Interessenskonflikt im einen Geschäft auf das andere. Das Nichtzustandekommen des Vertrags im Deckungsverhältnis kann sich u.E. immerhin insofern auf den Sicherheitenbestellungsvertrag auswirken, als dass dieser irrtumsbehaftet ist. In Anlehnung an BGE 105 II 16 E. 5 S. 22 handelt es sich dabei jedoch um einen unbeachtlichen Motivirrtum.

Anders zu entscheiden hiesse, dem Sicherheitennehmer die Verantwortung für die Vereinbarung marktkonformer Konditionen in einem Vertrag, an welchem er nicht beteiligt ist, zu übertragen, was mit der inter partes Wirkung von Verträgen nicht zu vereinbaren ist. Der Sicherheitennehmer würde letztlich zum Hüter der Rechtsmässigkeit konzerninterner Transaktionen¹⁸⁰ und müsste über die Angemessenheit konzerninterner Transferpreise richten¹⁸¹.

Die hier vertretene Meinung bewirkt sodann eine sachgerechte Abgrenzung der Risikosphären der Beteiligten. Würde das Fehlen der Vertretungsbefugnis bezüglich des Deckungsverhältnisses auf den Sicherheitenbestellungsvertrag übertragen, käme dieser Vertrag bei mangelnder, sich auf die Gegenleistung beziehender¹⁸² Gutgläubigkeit¹⁸³ des Sicherheitennehmers nicht zu Stande. Obschon bloss die im Deckungsverhältnis abgemachte Entschädigung für die Sicherheitengewährung nicht marktkonform ist, ginge der Sicherheitennehmer dadurch der gesamten Sicherheit verlustig. Er trüge dann vollumfänglich das Bonitätsrisiko der herrschenden Gesellschaft bzw. bei einer side-stream-security der begünstigten Schwestergesellschaft. Dies obwohl die Gewährung der Sicherheit als solche nicht zu beanstanden ist, m.a.W. obwohl die beherrschte Gesellschaft drittmannskonform bereit war, dieses Bonitätsrisiko im Umfang der gewährten Sicherheit zu übernehmen. Die Vereinbarung einer nicht marktkonformen Entschädigung für die Sicherheitengewährung im Deckungsverhältnis würde daher das durch den Sicherheitenbestellungsvertrag vom Sicherheitengeber übernommene Bonitätsrisiko auf den Sicherheitennehmer zurückverlagern.

Zusammenfassend ergibt sich, dass wenn «nur» die im Deckungsverhältnis vereinbarte Entschädigung für die Sicherheitengewährung kein dealing at arm's length ist, die Bestellung der Sicherheit als solche schon, der

¹⁸⁰ Genau diese Position will AEBI, Interzession, 164 f., im Ergebnis dem Dritten zumuten.

¹⁸¹ Da nicht nur direkte Gegenleistungen zu bewerten wären, sondern gerade in Konzernverhältnissen oft auch andere, weniger fassbare Gegenleistungen vorhanden sein dürften (hierzu IV, insbesondere Fn. 49), ist der Sicherheitennehmer um diese (kaum zu erfüllende) Aufgabe nicht zu beneiden. Zur Schwierigkeit einer solchen Bewertung siehe auch RUSCH, Interzession, 51 m.w.H.

¹⁸² Die beiden von NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 197, genannten Voraussetzungen, auf die sich der gute Glaube beziehen muss, betreffen die Gegenleistung.

¹⁸³ OR 718a II. Noch weiter geht AEBI, Interzession, 94 und 102, welcher den guten Glauben überhaupt unberücksichtigt lassen will. Die Meinung von AEBI zu Recht ablehnend BLUM, Cash Pooling, 708; RUSCH, Interzession, 53, und implizit auch NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 197 f.

Sicherheitenbestellungsvertrag mit dem Sicherheitennehmer dank ausreichender Vertretungsbefugnis rechtsgültig zustande kommt. Auf den Sicherheitennehmer kann daher nicht zurückgegriffen werden und zwar auch dann nicht, wenn die Sicherheit beansprucht und der Rückerstattungsanspruch am Ende uneinbringlich ist. Diese hier vertretene Meinung weicht von derjenigen der h.L. ab, weshalb dem Sicherheitennehmer auf jeden Fall anzuraten ist, Vorsicht walten zu lassen und sich in das Vertragsverhältnis zwischen herrschender und beherrschter Gesellschaft einzumischen und sich so abzusichern. Dies z. B. indem er sich im Rahmen des Kreditverhältnisses zusichern lässt, dass der Kreditnehmer dem Sicherheitengeber eine adäquate Entschädigung leistet¹⁸⁴.

bb) Die Sicherheitengewährung als solche ist kein dealing at arm's length

Sodann ist zu untersuchen, was geschieht, wenn die Gewährung der Sicherheit als solche kein dealing at arm's length ist. Diesfalls ist der Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrags pflicht- bzw. interessenwidrig, was eine entsprechende Vertretungsbefugnis (stillschweigend) ausschliesst¹⁸⁵. Damit ist das Schicksal des Zustandekommens eines Sicherheitenbestellungsvertrags aber noch nicht besiegelt. Ungeachtet der fehlenden Vertretungsbefugnis kommt die Vereinbarung nämlich zustande, sofern der Vertragspartner gutgläubig ist¹⁸⁶, wobei der gute Glaube vermutet wird¹⁸⁷. Der gute Glaube muss sich dabei auf das Nichtbestehen eines Interessenskonflikts bezüglich des Vertragsabschlusses beziehen¹⁸⁸. Die blossе Tatsache, dass der Sicherheitengeber konzernmässig mit dem Kreditnehmer verbunden ist, führt nun nicht dazu, dass per se von einem Interessenskonflikt auszugehen

¹⁸⁴ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 198, Fn. 120; RUSCH, Interzession, 52 f.

¹⁸⁵ Zum stillschweigenden Ausschluss der Vertretungsbefugnis beim interessen- bzw. pflichtwidrigen Handeln hiervor lit. e.

¹⁸⁶ OR 718a II. A.A. AEBI, Interzession, 94 und 102, welcher den guten Glauben als gänzlich irrelevant betrachtet. Zu dieser hier abgelehnten Lehrmeinung siehe auch Fn. 183.

¹⁸⁷ ZGB 3 I. Abs. II derselben Bestimmung relativiert diese Vermutung aber sogleich wieder.

¹⁸⁸ BGE 126 III 361 E. 3.a S. 364. A.A. NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 197, wonach sich der gute Glaube auf die Rechtmässigkeit der (konzerninternen) Vermögensausschüttung richtet. Dies ist u.E. unzutreffend, da sich der gute Glaube auf das abzuschliessende Rechtsgeschäft, nicht auf weitere vom Vertragspartner mit anderen Parteien abgemachte Vereinbarungen beziehen muss.

wäre¹⁸⁹. Vielmehr ist bei der Beurteilung, ob die Sicherheitenbestellung interessenwidrig (und damit von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen) ist, die Konzernverbundenheit der Beteiligten gesamthaft zu berücksichtigen. Dies hat zur Folge, dass auch andere Gesichtspunkte als die Schuldnerbonität eine Rolle spielen können, mithin trotz zweifelhafter Bonität die Sicherheitengewährung interessenkonform ist, da konzernspezifische Vorteile das hohe Bonitätsrisiko aufzuwiegen vermögen¹⁹⁰. Generell dürfte dennoch gelten, dass je höher das Bonitätsrisiko ist, desto eher der gute Glaube des Sicherheitenehmers zu verneinen ist¹⁹¹. Die Prüfung ist im Einzelfall mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und dürfte häufig zu Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten führen.

Der Sicherheitenehmer kann sich in der Praxis durch zweierlei Vorgehensweisen vor diesen Unwägbarkeiten schützen: Einerseits können im Kreditverhältnis Klauseln vereinbart werden, die sicherstellen, dass konzernspezifische Vorteile, welche das Bonitätsrisiko aufzuwiegen vermögen, vorliegen¹⁹². Andererseits ist eine Genehmigung der fraglichen Rechtshand-

¹⁸⁹ Im Ergebnis ebenso BGE 126 III 361 E. 4, hätte doch das Bundesgericht, wenn eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit per se zur Annahme eines Interessenskonflikts genügen würde, die näheren Umstände des Einzelfalls gar nicht erst geprüft. Sodann wäre eine Bejahung des guten Glaubens, wie in BGE 111 II 284 E. 3.c S. 290 geschehen, bei gesellschaftsrechtlicher Verbundenheit der Beteiligten kaum möglich, es sei denn, der Dritte wäre gerade über die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit im Dunkeln gestanden, was im beurteilten Sachverhalt aber nicht der Fall gewesen war.

¹⁹⁰ Zu möglichen Vorteilen siehe NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 182 und 202; RUSCH, Interzession, 47 ff.; VON BÜREN, Konzern, 154 f.

¹⁹¹ U.E. zu einfach ist es aber, aus der Tatsache, dass eine Sicherheitenbestellung erfolgte, darauf zu schliessen, die Schuldnerbonität sei derart schlecht, dass das Handeln offensichtlich interessenwidrig sei, wozu das BGer in BGE 126 III 361 E. 4 S. 365 tendiert. Denn zu mannigfaltig sind die Gründe, die zu einer Sicherheitenbestellung führen können. Denkbar ist z. B., dass mittels Sicherheitenbestellung die für die Krediteinräumung zu leistende Entschädigung minimiert werden soll, was insbesondere dann lohnenswert ist, wenn die eingesparte Entschädigung höher ist als der Ertrag, der mit einer anderweitigen Verwendung der Sicherungsmittel hätte erzielt werden können. Möglich auch, dass der Gläubiger besonders risikoavers ist und daher mehr Sicherheiten fordert als dies ein «gewöhnlicher» Dritter tun würde.

¹⁹² Hier ist insbesondere an eine Weiterleitungspflicht der Kreditsumme an die sicherheitengewährende Gesellschaft zu denken (RUSCH, Interzession, 52, m.w.H. in Fn. 228). Unbehelflich ist jedoch, den Kreditnehmer zur Stipulierung einer drittmannskonformen Entschädigung im Deckungsverhältnis zu verpflichten, da die Adäquanz dieser Leistung den Interessenskonflikt bei der grundsätzlichen Gewährung der Sicherheit nicht zu beseitigen vermag (A.A. NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 198; RUSCH, Interzession, 52 f.).

lung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ möglich. Da der Interessenskonflikt alle Mitglieder des Verwaltungsrats betreffen dürfte¹⁹³, erscheint nur eine Genehmigung durch die Generalversammlung erfolgversprechend¹⁹⁴. Eine solche Genehmigung ist aber dann ausgeschlossen, wenn das fragliche Rechtsgeschäft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstösst¹⁹⁵. Vor dem Hintergrund der Genehmigungsmöglichkeit wird immerhin bei zu 100 % beherrschten Gesellschaften die Vertretungsbefugnis zum Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrags kaum je zweifelhaft sein¹⁹⁶.

2. Steuerrechtliche Folgen

Es dürfte nach dem Gesagten wenig erstaunen, dass auch hier zu unterscheiden ist, ob die Sicherheitenbestellung als solche einem Drittmannstest nicht standhält (nachfolgend lit. b) oder ob dies nur für die für die Sicherhewährung zu leistende Entschädigung gilt (nachfolgend lit. a). Bezüglich der Steuerfolgen, wenn die Sicherheitenbestellung wie auch das hierfür entrichtete Entgelt ein dealing at arm's length darstellt, kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden¹⁹⁷.

a) Die Gegenleistung hält einem Drittmannstest nicht stand

aa) Gewinnsteuer

Wenn ein abhängiges Konzernunternehmen zugunsten des herrschenden oder auf Weisung des herrschenden Unternehmens zugunsten eines anderen abhängigen Konzernunternehmens Sicherheiten ohne angemessene Gegenleistung gewährt, wird eine geldwerte Leistung¹⁹⁸ zwischen den Kon-

¹⁹³ RUSCH, Interzession, 65 ff.

¹⁹⁴ Ausführlich zur Genehmigung durch die Generalversammlung NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 193 ff.; RUSCH, Interzession, 71 ff.

¹⁹⁵ Eine Genehmigung würde diesfalls gegen OR 706b 3 verstossen und wäre daher nichtig. Ebenso BLUM, Cash Pooling, 710, Fn. 54; ähnlich VON BÜREN, Konzern, 154.

¹⁹⁶ Handelt der Verwaltungsrat des abhängigen Unternehmens gemäss Weisungen des herrschenden, liegt in dieser Weisung implizit eine stillschweigende Genehmigung des Aktionärs (hier der herrschenden Gesellschaft) zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen, in welcher der Verwaltungsrat zugleich Alleinaktionär der Gesellschaft ist (dazu BGE 126 III 361 E. 5.a).

¹⁹⁷ Hiervor V.2.a.

¹⁹⁸ Anstelle des Begriffs «geldwerte Leistung» verwendete das BGer früher den Terminus «verdeckte Gewinnausschüttung», welcher nunmehr aufgrund des Wortlauts von DBG 58 I b wiederum Eingang in den Rechtsalltag findet. Im Folgenden werden die

zerngesellschaften verschoben¹⁹⁹. Die geldwerte Leistung besteht in der Differenz zwischen dem Marktwert für die Gewährung der Sicherheit und der effektiv geleisteten (oder eben gar nicht geleisteten) Entschädigung²⁰⁰. Um diesen Differenzbetrag verschlechtert sich das Ergebnis des die Sicherheit leistenden abhängigen Konzernunternehmens im Vergleich zu einem Handeln at arm's length. Der Grund, weshalb die die Sicherheit leistende Gesellschaft auf die Erzielung eines Ertrags im entsprechenden Umfang verzichtet, liegt im Beteiligungsverhältnis (causa societatis)²⁰¹; ein schuldrechtlicher Rechtsgrund besteht hierfür nicht²⁰².

Da diese geldwerte Leistung dem herrschenden Unternehmen (als Anteilsinhaber) oder der Schwestergesellschaft (als eine dem Anteilsinhaber nahestehende Person²⁰³) zufließt und das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für die handelnden Gesellschaften erkennbar und beabsichtigt²⁰⁴ war, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S.v. DBG 58 I b

Begriffe synonym verwendet. Weiterführend zur Terminologie HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 1 f. Zur Begründung des BGER, weshalb es den Begriff «geldwerte Leistung» vorzieht, siehe BGE 107 Ib 325 E. 2 S. 328 f., und zur Kritik hieran BLUMENSTEIN/LOCHER, System, 276.

¹⁹⁹ So bereits BGE 107 Ib 325 E. 3.c, allerdings bezüglich eines nicht marktgerechten Mietzinses und betreffend die verrechnungssteuerrechtlichen Folgen.

²⁰⁰ Aus der Praxis etwa BGE 107 Ib 325 E. 3.c, aus der Lehre statt Vieler HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 269, bezüglich Darlehenszinsen.

²⁰¹ Dass die Leistung ihren Rechtsgrund im Beteiligungsverhältnis hat, macht das Wesen der (verdeckten) Gewinnausschüttung aus (BLUMENSTEIN/LOCHER, System, 274; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 2 m.w.H. und 335; HILTY, Besteuerung, 21 f.).

²⁰² Daran ändert nichts, dass die übrigen Leistungen der Parteien, z. B. die vereinbarte Entschädigung, auf schuldrechtlichen Gründen basieren. Es liegt alsdann ein gemischtes Geschäft vor, wobei die Leistungen, soweit sie drittmannskonform sind, eine schuldrechtliche causa haben und einzig der überschüssende Leistungsteil causa societatis erfolgt (siehe weiterführend zur Abgrenzung der causae HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 8 ff. und insbesondere 219 ff.).

²⁰³ Eine verdeckte Gewinnausschüttung setzt voraus, dass die Leistung causa societatis erfolgt (siehe Fn. 201 hiervor). Deshalb muss die Drittperson, an welche die fragliche Leistung fließt, dem Anteilsinhaber nahestehen und nicht etwa der leistenden Gesellschaft (BEHNISCH/HEUBERGER, Dreieckstheorie, Rz. 8; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 215 f.).

²⁰⁴ In der Lehre ist umstritten, ob eine Begünstigungsabsicht Tatbestandsvoraussetzung ist oder nicht (siehe statt Vieler REICH, Vorteilszuwendungen, 621 f., und die Übersicht über die Lehrmeinungen bei HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 222 ff.). Eine Rolle spielt dieser Meinungsstreit vorliegend nicht, wäre aufgrund der Gesamtumstände doch so oder so auf eine Begünstigungsabsicht zu schliessen.

fünftes Lemma²⁰⁵ vor. Folglich wird der betreffende Betrag *bei dem die Sicherheit gewährenden abhängigen Konzernunternehmen* als Ertrag aufgerechnet und entsprechend besteuert²⁰⁶.

Welche Folgen zeitigt diese bei der leistenden Gesellschaft erfolgende gewinnsteuerrechtliche Aufrechnung für das *herrschende Unternehmen* bzw. bei einer *side-stream-security* auch noch für die *begünstigte Schwestergesellschaft*?

Bei einer *up-stream-security* hat das *herrschende Unternehmen*, welches keine oder eine zu geringe Entschädigung an das die Sicherheit gewährende abhängige Konzernunternehmen geleistet hat, keinen dem bei der leistenden Gesellschaft aufgerechneten Ertrag entsprechenden Aufwand verbucht, d. h. der von der herrschenden Gesellschaft ausgewiesene Gewinn ist zu hoch²⁰⁷. Gleichzeitig hat die herrschende Gesellschaft jedoch den entsprechenden (im Betrag identischen) Ertrag, der ihr aus der verdeckten Gewinnausschüttung zugekommen ist, ebenfalls nicht ausgewiesen, weist insofern also im gleichen Ausmass einen zu geringen Gewinn aus. Auf den ersten Blick liegt also ein Nullsummenspiel vor²⁰⁸. Die herrschende Gesellschaft hat jedoch ein Interesse daran, dass eine Umqualifizierung der Erträge vorgenommen wird. Denn nur der Beteiligungsertrag (d. h. die verdeckte Gewinnausschüttung) kann das Privileg des Beteiligungsabzugs²⁰⁹ beanspruchen, übriger Ertrag nicht²¹⁰. Dieser Umstand muss daher in einem zweiten Schritt durch ein sog. *corresponding adjustment*²¹¹ korrigiert werden.

Für die gewinnsteuerrechtliche Behandlung einer geldwerten Leistung an eine *Schwestergesellschaft* (also bei einer *side-stream-security*) werden primär zwei Betrachtungsweisen vertreten²¹²: Die Dreieckstheorie und die modifizierte Dreieckstheorie. Unabhängig davon, welcher dieser beiden Theorien man folgt, liegt bei der begünstigten Schwestergesellschaft eine *steuer-*

²⁰⁵ Zu den Tatbestandsvoraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung siehe etwa das Urteil des BGer 2P.128/2003 vom 13. August 2004, E. 3.1, und ausführlich HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 181 ff.

²⁰⁶ Ebenso NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 201 und 214.

²⁰⁷ Bzw. im Falle eines Verlusts dieser zu klein.

²⁰⁸ Der nicht verbuchte Aufwand entspricht in der Höhe dem nicht verbuchten Beteiligungsertrag.

²⁰⁹ DBG 69 f.

²¹⁰ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 204.

²¹¹ Zu den dabei auftretenden verfahrens- und kollisionsrechtlichen Fragen siehe NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 204 ff. m.w.H.

²¹² BEHNISCH/HEUBERGER, Dreieckstheorie, Rz. 4 und 10; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 310 ff.; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 213 f.

*neutrale Kapitaleinlage*²¹³ vor²¹⁴. Welche Meinung man vertritt, wird hingegen relevant, wenn es um die gewinnsteuerrechtliche Erfassung des herrschenden Unternehmens geht. Während gemäss modifizierter Dreieckstheorie auf der Ebene des herrschenden Unternehmens grundsätzlich²¹⁵ keine Steuerfolgen resultieren, treten gemäss Dreieckstheorie bei der herrschenden Gesellschaft dieselben Steuerfolgen ein, wie wenn zunächst eine verdeckte Gewinnausschüttung an sie und alsdann eine verdeckte Kapitaleinlage von ihr bei der begünstigten Schwestergesellschaft erfolgt wäre²¹⁶.

Zu ergänzen bleibt zweierlei: Erstens steht grundsätzlich der leistenden Gesellschaft im Umfang der Differenz zwischen Marktwert und effektiver Leistung ein Rückerstattungsanspruch zu²¹⁷. Dieser Rückerstattungsanspruch wird buchhalterisch jedoch selten ausgewiesen²¹⁸ und dessen Geltendmachung ist kaum je beabsichtigt. Aufgrund des Faktizitätsprinzips bleibt der Rückerstattungsanspruch daher in der Steuerpraxis unberücksichtigt²¹⁹. Zweitens bewirkt die Beanspruchung der Sicherheit bzw. die (teilweise) Nichteinbringlichkeit der Forderung gegenüber der Gesellschaft, zugunsten derer die Sicherheit gewährt wurde, einen geschäftsmässig begründeten, steuerlich zu anerkennenden Aufwand²²⁰. Denn der Rechtsgrund dieser

²¹³ DBG 60 a.

²¹⁴ BEHNISCH/HEUBERGER, Dreieckstheorie, Rz. 4; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 310 und 328 (betr. Dreieckstheorie) sowie 312 und 329 (betr. modifizierter Dreieckstheorie); REICH, Vorteilszuwendungen, 636. Da vorliegend die steuerneutrale Kapitaleinlage nicht als solche verbucht worden ist, sondern buchhalterisch gar nicht erfasst wurde, weist die begünstigte Schwestergesellschaft einen zu hohen Gewinn aus. Dieser ist durch Anerkennung eines abzugsfähigen Aufwands zu korrigieren (HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 328; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 214).

²¹⁵ Eine Ausnahme wird dann gemacht, wenn auf Ebene der herrschenden Gesellschaft aufgrund der (verdeckten) Gewinnausschüttung ein Abschreibungsbedarf auf der entsprechenden Beteiligung entsteht (HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 329; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 214; REICH, Vorteilszuwendungen, 637 ff.).

²¹⁶ BEHNISCH/HEUBERGER, Dreieckstheorie, Rz. 4; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 310 und 327 f.; REICH, Vorteilszuwendungen, 637.

²¹⁷ Gestützt auf OR 678 II (dazu VI.1.b).

²¹⁸ Dazu, wie steuerrechtlich vorzugehen ist, wenn der Rückerstattungsanspruch buchhalterisch erfasst wird, siehe HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 249 f.

²¹⁹ So bereits BÖCKLI, Darlehen, 5, Fn. 22.

²²⁰ Gleich wie wenn die Sicherheitenbestellung gesamthaft at arm's length erfolgt (hiervor V.2.a) oder wenn bei einer down-stream-security bloss die Gegenleistung nicht at arm's length bemessen ist (hiervor V.2.b.aa). Ebenso bezüglich der Nichteinbringlichkeit eines an einen Aktionär gewährten Darlehens HILTY, Besteuerung, 63.

Leistung ist schuldvertraglicher Natur²²¹, nicht *causa societatis*²²², was Voraussetzung einer verdeckten Gewinnausschüttung²²³ wäre. Eine steuerrechtliche Korrektur des entsprechend verbuchten (Rückstellungs- und/oder Wertberichtigungs-)Aufwands hat somit nicht zu erfolgen.

bb) Verrechnungssteuer

Gegenstand der Verrechnungssteuer sind u.a. Erträge aus gehaltenen Aktien²²⁴. Damit unterliegen jegliche geldwerten Leistungen der Gesellschaft an Inhaber von Beteiligungsrechten der Verrechnungssteuer, sofern es sich dabei nicht um Kapitalrückzahlungen handelt²²⁵. Erfasst von der Verrechnungssteuer werden somit nicht nur offene, sondern auch – wie hier gegeben – verdeckte Gewinnausschüttungen.

Steuerpflichtig ist das leistende Unternehmen²²⁶. Das «ausschüttende» (d. h. die Sicherheit ohne oder zu nicht marktgerechten Konditionen gewährende) und deshalb steuerpflichtige abhängige Konzernunternehmen ist jedoch gesetzlich verpflichtet, die Verrechnungssteuer auf der geldwerten Leistung (d. h. der Differenz zu *arm's length* Konditionen) in Abzug zu bringen und so auf das empfangende Unternehmen zu überwälzen²²⁷. Unterlässt das leistende Unternehmen dies, was bei verdeckten Gewinnausschüttungen der Regelfall ist, liegt im Umfang der nicht überwälzten Verrechnungssteuer eine zusätzliche steuerbare Leistung vor²²⁸. Diese zusätzliche Leistung ist

²²¹ Ebenso NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 201. Diese Lösung steht insbesondere auch im Einklang mit der hier vertretenen Meinung, wonach die Vertretungsbefugnis zum Abschluss des Sicherheitenbestellungsvertrags durch die Vereinbarung einer nicht marktkonformen Entschädigung im Deckungsverhältnis nicht entfällt (hier vor VI.1.e.aa).

²²² Anders die Situation, wenn freiwillig auf die Durchsetzung dieses Rückerstattungsanspruchs verzichtet wird. In diesem Verzicht liegt dann nämlich eine im Beteiligungsverhältnis begründete, geldwerte Leistung (siehe auch Fn. 92). Ausführlich dazu HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 275 f.

²²³ Hiervor Fn. 201.

²²⁴ VStG 4 I b.

²²⁵ VStV 20 I. Klarzustellen bleibt, dass die geldwerte Leistung ihren Ursprung im Beteiligungsverhältnis haben muss (vgl. nur etwa das Urteil des BGer 2A.457/2002 vom 19. März 2003, E. 3.1 f.). Ist der Grund einer Leistung schuldrechtlicher Natur, unterliegt die Leistung nicht der Verrechnungssteuer, und zwar selbst dann nicht, wenn sie von der Gesellschaft an einen Inhaber von Beteiligungsrechten ausgerichtet wird.

²²⁶ VStG 10 I.

²²⁷ VStG 14.

²²⁸ BGE 118 Ib 317 E. 3.e.

alsdann durch eine sog. «Aufrechnung ins Hundert»²²⁹ zu berücksichtigen²³⁰. Als Ausweg bietet sich gegebenenfalls das Meldeverfahren an²³¹.

Erfüllt der Leistungsempfänger die gesetzlichen Voraussetzungen, kann er eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen²³². Wesentlich ist deshalb zu wissen, welche Person verrechnungssteuerrechtlich als Leistungsempfängerin zu betrachten ist: Handelt es sich um eine up-stream-security, ist klar, dass dies das herrschende Unternehmen ist. Was aber gilt bei einer side-stream-security? Im Verrechnungssteuerrecht kommt weder die Dreieckstheorie noch die modifizierte Dreieckstheorie zur Anwendung²³³, sondern die sogenannte Direktbegünstigungstheorie²³⁴. Ein allfälliger Rückerstattungsanspruch steht deshalb nicht dem herrschenden Unternehmen zu, sondern der begünstigten Schwestergesellschaft²³⁵.

Einem Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer könnte entgegenstehen, dass ein solcher nur besteht, wenn die mit der Verrechnungssteuer belasteten Einkünfte ordnungsgemäss als Vermögensertrag verbucht werden²³⁶. Bei einer verdeckten Gewinnausschüttung erfolgt keine Verbuchung des Ertrags, die Gewinnausschüttung ist ja – wie der Name

²²⁹ Der ausgeschüttete Ertrag wird diesfalls nicht als Brutto- sondern als Nettoleistung (also als Leistung nach Abzug der Verrechnungssteuer) betrachtet.

²³⁰ BGE 118 Ib 317 E. 3.e. Aus der Lehre statt Vieler KÜNZLER, Konzernübertragung, 232; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 187; REICH, Vorteilszuwendungen, 624, Fn. 38.

²³¹ VStG 20 i.V.m. VStV 24. Ausführlich dazu NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 189.

²³² VStG 21 ff.

²³³ Wie dies im Gewinnsteuerrecht der Fall ist (dazu lit. aa hiervor).

²³⁴ Merkblatt der ESTV zur Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer, S-02.141, Ziff. I. Aus der Lehre etwa BEHNISCH/HEUBERGER, Dreieckstheorie, Rz. 5; KÜNZLER, Konzernübertragung, 240 f. Anders aber das Urteil des BGer 2A.79/2002 vom 27. Januar 2003, E. 2.1, wo die Dreieckstheorie im Verrechnungssteuerrecht angewandt worden ist – freilich zur Begründung einer Steuerpflicht und nicht betreffend den Rückerstattungsanspruch. Siehe zu diesem Urteil auch GURTNER, Verrechnungssteuer, 47.

²³⁵ VStG 21 I a setzt voraus, dass der Leistungsempfänger (hier die begünstigte Schwestergesellschaft) das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswerts (hier die Aktien an der leistenden Schwestergesellschaft) innehat, damit ein Rückerstattungsanspruch besteht. Die Lehre geht davon aus, dass diese Eigenschaft dem begünstigten Schwesterunternehmen zuzugestehen sei, da eine andere Beurteilung widersprüchlich wäre (statt Vieler HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 312, Fn. 71; KÜNZLER, Konzernübertragung, 241 m.w.H. in Fn. 1640; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 188 m.w.H. in Fn. 72).

²³⁶ VStG 25.

schon sagt – verdeckt. Dieser Gegebenheit wird in der Lehre²³⁷ und Praxis²³⁸ Rechnung getragen: Erforderlich ist nur (aber immerhin!), dass die Transaktion ihrem zivilrechtlichen Charakter entsprechend buchhalterisch korrekt erfasst worden ist²³⁹. Ist dies der Fall, steht die Nichterfassung des Vermögensertrags in der Buchhaltung einem Rückerstattungsanspruch nicht im Wege.

Abschliessend anzumerken bleibt, dass die Beanspruchung der Sicherheit sowie eine (teilweise) Nichteinbringlichkeit des Rückerstattungsanspruchs keine verrechnungssteuerrechtlich relevante Leistung ist²⁴⁰. Denn diese Leistung gründet nicht auf dem Beteiligungsverhältnis²⁴¹, sondern ist schuldrechtlicher Natur, weshalb kein Ertrag aus beweglichem Kapitalvermögen vorliegt.

cc) Emissionsabgabe

Liegt eine up-stream-security vor, ist evident, dass keine Emissionsabgabe anfällt. Von der Emissionsabgabe erfasst werden Zuschüsse von Gesellschaftern an die Gesellschaft, nicht Ausschüttungen der Gesellschaft.

Kritischer erscheint dies, wenn eine side-stream-security vorliegt. Denn immerhin wird in diesem Fall gewinnsteuerrechtlich die Leistung bei der begünstigten Schwestergesellschaft als verdeckte Kapitaleinlage betrachtet²⁴², was eine emissionsabgaberechtliche Erfassung nahelegt. Dem ist aber nicht so. Gemäss Wortlaut des Gesetzes unterliegen nur Zuschüsse von Gesellschaftern der Emissionsabgabe²⁴³, was bei einer geldwerten Leistung einer Schwestergesellschaft an eine andere nicht der Fall ist²⁴⁴. Es wird hier also eine Betrachtung anhand der Direktbegünstigungstheorie vorgenommen²⁴⁵, weshalb keine Stempelabgabe zu entrichten ist.

²³⁷ Siehe die Nachweise bei NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 188, Fn. 73.

²³⁸ Merkblatt der ESTV zur Verbuchung der verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte als Ertrag bei doppelter Buchhaltung, S-02.104, Ziff. 3.2.

²³⁹ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 188 f., welche zudem ausführen, was dies bei der Gewährung einer Garantie buchhalterisch bedeutet.

²⁴⁰ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 201.

²⁴¹ Dazu, dass dies eine Voraussetzung für das Vorliegen einer verrechnungssteuerrechtlich relevanten Leistung ist, oben Fn. 225.

²⁴² Siehe lit. aa hiavor.

²⁴³ StG 5 II a.

²⁴⁴ Statt Vieler NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 215; REICH, Vorteilszuwendungen, 640.

²⁴⁵ BEHNISCH/HEUBERGER, Dreieckstheorie, Rz. 5; HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 312.

b) Die Sicherheitengewährung als solche ist kein dealing at arm's length

aa) Gewinnsteuer

Die Überlegungen, welche gewinnsteuerrechtlichen Folgen eine nicht at arm's length bemessene Gegenleistung bei einer up- bzw. side-stream-security nach sich zieht, treffen hier mutatis mutandis ebenfalls zu, weshalb auf die dortigen Erörterungen verwiesen werden kann²⁴⁶.

Ein Unterschied besteht jedoch: Wäre ein unabhängiger Dritter nicht bereit gewesen, zugunsten der herrschenden resp. der begünstigten Schwes-tergesellschaft eine Sicherheit zu bestellen, ist die Sicherheitengewährung als solche – nicht nur die zu geringe Gegenleistung – eine verdeckte Gewinnausschüttung²⁴⁷. Es gilt dasselbe wie bei einem von der Gesellschaft ihrem Aktionär gewährten Darlehen, dessen Ausrichtung einem Drittmannstest nicht standhält, weshalb die Darlehenssumme als verdeckte Gewinnausschüttung betrachtet wird²⁴⁸. Die gewinnsteuerrechtlichen Folgen betreffen hier somit die gesamte (Sicherheiten-)Leistung, nicht nur die (unangemessene) Gegenleistung²⁴⁹.

bb) Verrechnungssteuer

Bezüglich Verrechnungssteuer treffen hier grundsätzlich die obigen Erläuterungen²⁵⁰ ebenfalls zu. Einziger Unterschied ist, dass in diesem Fall die gesamte Sicherheitenleistung als verrechnungssteuerrechtlich relevante Leistung zu betrachten ist²⁵¹. Denn vorliegend liegt diese Leistung im Beteiligungsverhältnis begründet und basiert nicht auf einem schuldrechtlichen Grund.

²⁴⁶ Hiervor lit. a.aa.

²⁴⁷ Zur Begründung ist auf die Ausführungen zu den Steuerfolgen einer als solchen nicht drittmannskonformen Sicherheitengewährung bei einer down-stream-security zu verweisen (V.2.c.aa).

²⁴⁸ Siehe exemplarisch etwa die Prüfung des BGer in seinem Urteil 2A.236/2003 vom 13. August 2004, E. 3.3 ff., ob die Darlehensgewährung ein dealing at arm's length ist oder nicht. Ausführlich zur steuerrechtlichen Beurteilung von an Aktionäre gewährte Darlehen HEUBERGER, Gewinnausschüttung, 284 ff.; HILTY, Besteuerung, 58 ff.

²⁴⁹ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 201 f. Dies spätestens dann, wenn der Sicherheitennehmer die gewährte Sicherheit auch tatsächlich beansprucht.

²⁵⁰ Hiervor lit. a.bb.

²⁵¹ NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, 201 f.

cc) Emissionsabgabe

Bezüglich Emissionsabgabe ist vollumfänglich auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen²⁵². Unterschiede bestehen keine.

VII. Schlussfolgerungen

Die Schlussfolgerungen sind umgekehrt proportional einfach im Vergleich zu den vorherigen komplexen Ausführungen.

Um unliebsame Konsequenzen insbesondere im Bereich des Aktien- und des Steuerrechts zu vermeiden, empfehlen wir Ihnen die Berücksichtigung der beiden folgenden Grundsätze:

- Erstens: Bei der Redaktion der Zweckartikel von Konzernunternehmen sollten Sie darauf achten, dass das Handeln im Konzerninteresse und insbesondere die Zulässigkeit der Gewährung von Sicherheiten zugunsten anderer Konzerngesellschaften ausdrücklich erwähnt werden.
- Zweitens: Sicherheiten zugunsten anderer Konzernunternehmen sollten immer at arm's length gewährt werden, also zu Bedingungen wie sie ein unabhängiger Dritter unter den gleichen Voraussetzungen ebenfalls einzugehen bereit wäre.

Falls Sie sich jedoch dazu entscheiden sollten, unseren Empfehlungen nicht zu folgen, wissen Sie jetzt mindestens, was Sie dann erwartet.

²⁵² Hiervor lit. a.cc.

Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht*

Eva-Maria Kieninger, Würzburg*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	110
Einleitung.....	114
I. Status quo des «Europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts»	115
1. Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarktziel	117
2. Bisherige Gesetzgebungstätigkeit der EG	118
II. Lösungen de lege ferenda	120
1. Internationales Privatrecht	120
a) Registrierungspflichtige Mobilien, insbesondere Kraftfahrzeuge	120
b) Rechtswahl	121
c) Anerkennung und Transposition	122
2. Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.....	123
3. «Europäisches Sicherungsrecht» (ESR) als supranationales Recht	123
4. Modellgesetz.....	126
III. Inhaltliche Ausgestaltung	127
1. Reformen und Reformvorhaben in Mitgliedstaaten der EU	127
a) Frankreich.....	127
b) Österreich	129
c) England.....	130
2. Internationale Reformtrends	132
3. Grundprinzipien eines künftigen Europäischen Kreditsicherungsrechts (ESR oder Modellgesetz)	133
IV. Schluss.....	137

* Erweitertes und um Nachweise ergänztes Vortragsmanuskript. Eine ausführlichere Version der hier vorgetragenen Thesen wird unter dem Titel «Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts» in AcP 208 (2008) erscheinen.

Literaturverzeichnis

- ARMOUR JOHN, *The Law and Economics Debate about Secured Lending: Lessons for European Lawmaking?*, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger, *The Future of Secured Credit in Europe* (im Erscheinen).
- AYNES LAURENT/CROCQ PIERRE, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2. Aufl., Paris 2006.
- BAR CHRISTIAN VON/DROBNIG ULRICH, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München 2004.
- BASEDOW JÜRGEN, *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, in: *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 ff.
- BAZINAS SPIROS V., *Modernising and harmonising secured credit law: The example of the UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, *Journal of International Banking and Financial Law* 2006, 20 (Part 1), 58 (Part 2).
- *The philosophy and the presentation of the draft UNCITRAL Guide on Secured Transactions*, *Banque et Droit* 97 (2004), S. 16 ff.
 - *The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, *Unif. Law Rev./Rev. dr. unif.* (2005), S. 141 ff.
- BEALE HUGH G./BRIDGE MICHAEL/GULLIFER, LOUISE/LOMNICKA, EVA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford 2007.
- BLANLUET, GAUTHIER/LE GALL JEAN-PIERRE, *fiducie, une œuvre inachevée*, *JCP G*, 2007, I, S. 169.
- BOLLWEG HEINZ-GEORG/HENRICHS CHRISTOPH, *Das Übereinkommen von Kapstadt*, *ZLW* 2002, S. 186 ff.
- BOLLWEG HEINZ-GEORG/KREUZER KARL, *Entwürfe einer UNIDROIT/ICAO-Konvention über Internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und eines Protokolls über Luftfahrtausrüstung*, *ZIP* 2000, S. 1361 ff.
- BORKHARDT OLIVER, *Registerpublizität und Kollisionsrecht besitzloser Mobiliarsicherheiten nach dem neuen Artikel 9 UCC*, Frankfurt a.M. 2007.
- BRIDGE MICHAEL, *The English law of security: creditor-friendly but unreformed*, in: E.-M. Kieninger (Hrsg.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge 2004, S. 81 ff.
- *National Report England and Wales*, in: H. C. Sigman/E.-M. Kieninger (Hrsg.), *Cross-Border Security over Tangibles*, München 2007, S. 125 ff.
- BÜLOW PETER, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7. Aufl., Heidelberg 2007.
- CARRASCO ÁNGEL, *National Report Spain*, in: H. C. Sigman/E.-M. Kieninger (Hrsg.), *Cross-Border Security over Tangibles*, München 2007, S. 243 ff.
- CUMING RONALD C. C./WALSH CATHERINE/WOOD ROBERT, *Personal Property Security Law*, Toronto 2005.
- DAHAN FRÉDÉRIQUE/SIMPSON JOHN, *The European Bank for Reconstruction and Development's Secured Transactions Project: a model law and ten core principles for a modern secured transactions law in countries of Central and Eastern Europe (and elsewhere!)*, in: E.-M. Kieninger (Hrsg.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge 2004, S. 98 ff.

- DIEDRICH FRANK, Warenverkehrsfreiheit, Rechtspraxis und Rechtsvereinheitlichung bei internationalen Mobiliarsicherungsrechten, ZVglRWiss 104 (2005), S. 116 ff.
- DIRIX, ERIC, National Report Belgium, in: H. C. Sigman/E.-M. Kieninger (Hrsg.), Cross-Border Security over Tangibles, München 2007, S.221 ff.
- DROBNIG ULRICH, Choosing the Right Approach for European Lawmaking, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hrsg.), The Future of Secured Credit in Europe (im Erscheinen).
- DROBNIG ULRICH, Eigentumsvorbehalt bei Importlieferungen, RabelsZ 32 (1968), S. 450 ff.
 - DROBNIG ULRICH, Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts, in: A. Lüderitz (Hrsg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende, Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a.M. 1977, S. 141 ff.
 - DROBNIG ULRICH, Vorschlag einer besonderen sachenrechtlichen Kollisionsnorm für Transportmittel, in: D. Henrich (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, Tübingen 1991, S. 19 ff.
- DROBNIG ULRICH/GOODE, ROYSTON MILES, Security for payment in export and import transactions, in: R. M. Goode/K. R. Simmonds (eds.), Commercial Operations in Europe, Leyden 1978, S. 378 ff.
- DROBNIG, ULRICH/SNIJDERS, HENK J./ZIPPRO, ERIK-JAN (Hrsg.), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?, München 2006.
- EIDENMÜLLER HORST/KIENINGER EVA-MARIA (Hrsg.), The Future of Secured Credit in Europe (im Erscheinen).
- FOËX BÉNÉDICTE/THÉVENOZ LUC/BAZINAS SPIROS V. (Hrsg.), Réforme des sûretés mobilières/Reforming Secured Transactions, Zürich et. al. 2007.
- FOËX BÉNÉDICTE, Sûretés mobilières: propositions pour une réforme, in: Schweizerischer Juristentag 2007, ZSR/RDS 126 (2007) II, S. 287 ff.
- FRIEDL CHRISTIAN L., Schweizerischer Juristentag, 21./22.September 2007 in Luzern, SJZ 103 (2007) 595 f.
- GEDYE MIKE, A Distant Export: The New Zealand Experience with a North American Style Personal Property Security Regime, CanBusLJ 43 (2006), 208 S. .
- GIRSBERGER DANIEL, Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?, SJZ 93 (1997), S. 97 ff.
- GOODE, ROY, Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment, Mailand 2002.
- GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, Bern 2005.
- HEINI ANTON, Besprechung zu STOLL HANS, Internationales Sachenrecht, in: J. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – EGBGB, 11. Aufl., Berlin 1976, ZSR 99 (1980), S. 88 f.
- HEINRICHS HELMUT, EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, S. 157 ff.

- KAUFHOLD SYLVIA, Internationales und europäisches Mobiliarsicherungsrecht, Würzburg 1999.
- KEIJSER THOMAS R. M. P., Financial Collateral Arrangements, Deventer 2006.
- KIENINGER EVA-MARIA (Hrsg.), Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge 2004.
- KIENINGER EVA-MARIA, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts – Teile I und II -, WM 2005, S. 2305 ff. und S. 2353 ff.
- Das Mobiliarsachenrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte, in: P. Jung/C. Baldus (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, München 2007, S. 187 ff.
 - Der Eigentumsvorbehalt in der Verzugsrichtlinie – Chronik einer verpassten Chance, in: Jürgen Basedow et. al. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, S. 151 ff.
 - KIENINGER EVA-MARIA, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, demnächst in AcP 208 (2008).
 - Effects in insolvency of the international interest in mobile equipment – a German perspective, Unif. Law Rev./Rev. dr. unif. 4 (1999) S. 397 ff.
 - Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1996.
- KLEIN CHRISTIAN/TIETZ SEBASTIAN, Frankreich reformiert sein Kreditsicherungsrecht, RIW 2007, S. 101 ff.
- KREUZER KARL, Conflict-of-Laws Rules for Security Rights in Tangible Assets in the European Union, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hrsg.), The Future of Secured Credit in Europe (im Erscheinen).
- Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrechts, in: W. A. Stoffel/P. Volken (Hrsg.), Conflits et harmonisation, Festschrift für von Overbeck, Fribourg 1990, S. 613.
 - Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts (Ausservertragliche Schuldverhältnisse und Sachen) – Sachenrechtliche Bestimmungen, in: D. Henrich (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, Tübingen 1991, S. 37 ff.
 - Internationale Mobiliarsicherungsrechte an Luftfahrzeugausrüstung, in: G. Hager/I. Schwenzer (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 869 ff.
- KRONKE HERBERT, Privatautonomie und Prorogationsfreiheit im internationalen Mobiliarsicherungsrecht: Zwei Grundprinzipien der Konvention von Kapstadt, in: H. Krüger/H.-P. Mansel (Hrsg.), Liber Amicorum Gerhard Kegel, München 2002, S. 33 ff.
- LAGARDE PAUL, Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née, in: Alegría Borrás et. al. (Hrsg.), E Pluribus Unum, Liber amicorum G. Droz, Den Haag et. al. 1996, S. 151 ff.
- LEAVY JAMES, National Report France, in: H. C. Sigman/E.-M. Kieninger (Hrsg.), Cross-Border Security over Tangibles, München 2007, S. 101 ff.

- LWOWSKI HANS-JÜRGEN, «Quiet» creation of security interests or filing, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hrsg.), *The Future of Secured Credit in Europe* (im Erscheinen).
- MCBRYDE WILLIAM W./FLESSNER AXEL/KORTMANN S. C. J. J. (Hrsg.), *Principles of European Insolvency Law*, 2003.
- MCCORMACK GERARD, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge et. al. 2004.
- MILO MICHAEL J., *Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title*, ERPL 2003, S. 379 ff.
- PFEIFFER THOMAS, *Der Stand des Internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation*, IPRax 2000, S. 270 ff.
- RAKOB JULIA, *Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland*, Heidelberg 2001.
- REICH BARBARA, *Das stille Pfandrecht der Niederlande*, Göttingen 2006.
- ROTH WULF-HENNING, *Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation*, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hrsg.), *The Future of Secured Credit in Europe* (im Erscheinen).
- RÖTHEL ANNE, *Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt*, JZ 2003, S. 1027 ff.
- ROTT THILO, *Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten*, Tübingen 2000.
- RÖVER JAN-HENDRIK, *Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten*, München 1999.
- RUTGERS JACOBIE W., *International Reservation of Title Clauses*, Den Haag 1999.
- SCHAUER MARTIN, *Das Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen*, ders. (Hrsg.), *Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht*, Wien 2007, S. 1 ff.
- SCHMIDT-KESSEL MARTIN, *Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung*, NJW 2001, S. 97 ff.
- SCHULTE-BRAUCKS REINHARD, *Zahlungsverzug in der Europäischen Union*, NJW 2001, S. 103 ff.
- SIEHR KURT, *Internationales Sachenrecht*, ZVglRWiss 104 (2005), S. 145 ff.
- SIGMAN HARRY C., *Perfection and priority*, in: H. Eidenmüller/E.-M. Kieninger (Hrsg.), *The Future of Secured Credit in Europe* (im Erscheinen).
- *Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: a basis for comparison*, in: E.-M. Kieninger (Hrsg.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge 2004, S. 54 ff.
- SIGMAN HARRY C./KIENINGER EVA-MARIA, *Introduction*, in: dies (Hrsg.), *Cross-Border Security over Tangibles*, München 2007, S. 1 ff.
- SIMLER PHILIPPE, *La réforme du droit des sûretés*, JCP G 2006, I, S. 124 ff.
- *La réforme du droit des sûretés*, Recueil Dalloz 2006, S. 1289 ff.
- STOLL HANS, *Internationales Sachenrecht*, in: J. v. Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – EGBGB*, 13. Bearbeitung, Berlin 1996.
- *Privatautonomie und Handeln unter falschem Recht bei Übereignung beweglicher Sachen*, Anm. zu BGH 25.9.1996 – VIII ZR 76/95, IPRax 1997, S. 411 ff.

- Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen, *RabelsZ* 38 (1974), S. 450 ff.
 - Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43–46 EGBGB, *IPRax* 2000, S. 259 ff.
- VAN DER WEIDE J.A., *Mobiliteit van goederen in het IPR*, Deventer 2006.
- VENEZIANO ANNA, *National Report Italy*, in: H. C. Sigman/E.-M. Kieninger (Hrsg.), *Cross-Border Security over Tangibles*, München 2007, S. 159 ff.
- WENDEHORST CHRISTIANE C., *Kommentierung zu Art. 45 EGBGB*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 2006.
- WESTRIK ROEL, *Die Finanzsicherheitenrichtlinie und die europäische Rechtskultur – Zur Umsetzung der Richtlinie in den Niederlanden*, *ZVglRWiss* 105 (2006), S. 325 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, *Sachenrechtsmodernisierung*, in: Lutz Aderhold (Hrsg.), *Festschrift für Harm-Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Köln 2008, S. 731 ff.
- *Zur Reform des Kreditsicherungsrechts*, in: Klaus Peter Berger/Peter Balzer (Hrsg.), *Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, Berlin 2006, S. 177 ff.
- WILMOWSKY PETER VON, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen 1996.

Einleitung

Juristen, noch dazu Bankjuristen, haben nicht unbedingt den Ruf, Träumer zu sein – und dennoch ist das Thema dieses Vortrags in weiten Teilen noch ein Luftschloss. Zwar gibt es durchaus Veröffentlichungen mit dem Titel «Europäisches Kreditsicherungsrecht»,¹ aber ein solches Rechtsinstitut oder Rechtsgebiet existiert bislang nicht. Man könnte schon eher sagen, das Phänomen «Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht» existiere als Problem, oder positiver gewendet, als Zukunftsaufgabe des europäischen Gesetzgebers. Warum ist das so und was liesse sich tun, um die Probleme zu lösen? Dieser Frage will der folgende Beitrag in drei Schritten nachgehen. Zunächst wird, aufbauend auf dem Referat von BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER (in diesem Band), das Problem der Nichtanerkennung von Mobiliarsicherheiten als Ergebnis der Diversität der materiellen Rechtsordnungen und der Anwendung der *lex rei sitae* an zwei Beispielen erläutert (I.1.). *De lege lata* kann das europäische Recht nicht allzuviel zur Lösung beitragen (I.2 und 3.). *De lege ferenda* kommen Ansätze auf kollisionsrechtlicher (II.1.) und materiellrechtlicher Ebene, letzteres mit unterschiedlicher Eingriffsintensität in

¹ Vgl. VON WILMOWSKY, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*; KIENINGER (Hrsg.), *Security Rights in Movable Property*; Vgl. auch EIDENMÜLLER/KIENINGER (eds.), *Future of Secured Credit in Europe*.

Betracht. Die Spanne reicht vom Einheitsrecht unter Verdrängung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (II.2.) über ein optionales europäisches Instrument (II.3.) bis zu einem unverbindlichen Modellgesetz (II.4.). Mit den Grundsätzen, denen die inhaltliche Ausgestaltung eines zukünftigen «Europäischen Sicherungsrechts» oder eines Modellgesetzes in Anlehnung an internationale Trends folgen sollte, befasst sich der III. Abschnitt.

I. Status quo des «Europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts»

Dieselben Schwierigkeiten in der Handhabung von grenzüberschreitenden Mobiliarkrediten, die BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER für den Rechtsverkehr von und nach der Schweiz geschildert hat, bestehen auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Es gibt Mitgliedstaaten mit relativ liberalem Kreditsicherungsrecht, beispielsweise Deutschland, und solche, für die das Publizitätsprinzip immer noch grundlegend ist, so dass es ausserhalb des Besitzpfandes nur Registerpfandrechte nach Massgabe der teils recht engen und ausserdem sehr unterschiedlich ausgestalteten Gesetzesvorschriften geben kann (beispielsweise Frankreich, Spanien, Belgien und Italien)². Zusammen mit der *lex rei sitae* Regel des Internationalen Privatrechts für Rechte an beweglichen Sachen³ führt dies in vielen Fällen dazu, dass eine Sicherheit, die nach dem Recht des Ursprungslandes wirksam bestellt worden ist, im Empfangsstaat ihre Wirksamkeit verliert. Zwei Beispiele mögen dies illustrieren:

Beispiel 1 (in Anlehnung an eine spanische Entscheidung⁴): Ein Reiseveranstalter mit Sitz in Deutschland erwirbt einen Reisebus und übereignet ihn zur Sicherung des Kaufpreisdarlehens an eine Bank. Während der Bus in

² Vgl. die Länderberichte von LEAVY, CARRASCO, DIRIX und VENEZIANO, in: Sigman/Kieninger (eds.), Cross-Border Security over Tangibles.

³ Auf einen sachenrechtlichen Vorgang ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Verfügung befindet, vgl. Art. 100 IPRG und Art. 43 Abs. 1 EGBGB. Die Regel ist praktisch weltweit anerkannt, vgl. den rechtsvergleichenden Überblick bei STAUDINGER/STOLL, Internationales Sachenrecht, Rn. 22 ff.

⁴ Audiencia Provincial de Barcelona v. 13.9.1989, Revista Española de Derecho Internacional 1990, 644 (Anm. SÁNCHEZ LORENZO). Revisionsentscheidung: Sentencia Tribunal Supremo 22.6.1992, Aranzadi Jur. Nr. 5459. In der spanischen Entscheidung war der Bus in Deutschland unter Eigentumsvorbehalt erworben worden. Dieser bedurfte in Spanien – nach umstrittener Auffassung – der Registrierung (so die Audiencia), jedenfalls aber der Vereinbarung mit einem «sicheren Datum» (*fecha cierta*), so der Tribunal

Spanien unterwegs ist, wird er im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes beschlagnahmt, weil ein spanischer Hotelier offene Forderungen gegen das Reiseunternehmen hat. Die Bank wird feststellen müssen, dass ihre Sicherheit im spanischen Vollstreckungsverfahren nicht anerkannt werden wird, denn die sachenrechtlichen Vorgänge (Beschlagnahme, Pfandrecht des Gläubigers, Herausgabeverlangen) richten sich nach spanischem Recht als der aktuellen *lex rei sitae* und dieses kennt keine publizitätslose Sicherungsübereignung. Zwar kann in Spanien eine Mobiliarhypothek oder ein besitzloses Pfandrecht begründet werden, beides erfordert aber die Eintragung in ein Register.⁵

Beispiel 2 (in Anlehnung an zwei irische Entscheidungen; die Kläger waren AEG und Kruppstahl AG, also nicht KMU)⁶. Ein deutsches Unternehmen veräußert elektronische Geräte an eine co. ltd. mit Sitz in England und vereinbart zur Sicherung der Kaufpreisforderung einen verlängerten Eigentumsvorbehalt. Im Konkurs des Käufers beansprucht der englische Verwalter die noch nicht bezahlten Forderungen gegen die Kunden des insolventen Käufers für die Masse, und zwar erfolgreich, denn die Vorausabtretung der Weiterveräußerungserlöse ist aus Sicht des englischen Rechts ein Sicherungsrecht an den Forderungen und damit nach dem Companies Act (sec. 860 Companies Act 2006) registrierungspflichtig.⁷

Wie der zweite Beispielfall zeigt, ist auch der Eigentumsvorbehalt, insbesondere der verlängerte und erweiterte, wie ihn das deutsche Recht kennt, von der Diskontinuität bedroht, sobald die Waren die Grenzen zu einer anderen Rechtsordnung überschreiten.

Supremo. Siehe zum Ganzen KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten*, S. 66 f. Zur Frage der Registrierungspflichtigkeit des Eigentumsvorbehalts nach dem Abzahlungsgesetz siehe neuestens CARRASCO, *National Report Spain*, in: Sigman/Kieninger (Fn. 2), S. 253 f.

⁵ Einzelheiten bei CARRASCO (Fn. 4), S. 252 f.

⁶ *In re Interview Ltd.* [1975] Irish Reports 382 (Irish High Court); *Kruppstahl AG v. Quitmann Products Ltd. and Dermot Fitzgerald* [1982] I.L.R.M. 551 (Irish High Court).

⁷ Einzelheiten bei BRIDGE, *National Report England and Wales*, in: Sigman/Kieninger (Fn. 2), S. 133 f.

1. Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarktziel

Die beiden genannten Beispiele genügen, um zu verdeutlichen, dass die Nichtanerkennung von Mobiliarsicherheiten für den Binnenmarkt ein ernsthaftes Problem darstellt. Diese Erkenntnis ist keineswegs neu.⁸ Zuletzt haben VON BAR und DROBNIG in einer Untersuchung über Grenzbereiche zwischen Europäischem Vertragsrecht, Deliktsrecht und Sachenrecht der EU-Kommission mahndend ins Stammbuch geschrieben, dass die unterschiedlichen Anforderungen an die Wirksamkeit von dinglichen Sicherungsrechten desaströse Wirkungen habe: *«Wenn Gegenstände, an denen in Mitgliedstaat A wirksam ein Sicherungsrecht begründet wurde, in den Mitgliedstaat B exportiert oder sonst wie verbracht werden, besteht ein hohes Risiko, dass das ursprünglich wirksame Sicherungsrecht nach dem Recht von Staat B erlischt, wenn dessen Voraussetzungen für die Begründung eines solchen Sicherungsrechts von denen des Staates A abweichen. Dieses Ergebnis kommt in der Praxis häufig vor und trifft in erster Linie die unerfahrenen Marktteilnehmer, d. h. vor allem kleine und mittlere Unternehmen. Die Reaktionen der betroffenen Unternehmen sind unterschiedlich: Die Unerfahrenen können die Sicherheit und damit den kreditierten Betrag verlieren. Sie mögen daraus die Lehre ziehen, auf eine weitere Betätigung im Binnenmarkt zu verzichten. Andere werden sonstige Möglichkeiten der Kreditsicherung suchen, etwa Bankgarantien oder Kreditversicherungen, die aber im Vergleich zu Mobiliarsicherheiten, insbesondere zum Eigentumsvorbehalt, mit höheren Kosten verbunden sind. Wieder andere werden vollständig auf Sicherungsrechte verzichten; ihr höheres Risiko wird sich dann möglicherweise in einem höheren Preis niederschlagen, was im ausländischen Markt ein Wettbewerbsnachteil ist. Schliesslich besteht eine denkbare Reaktion auch darin, [...] die Tätigkeit bewusst auf den heimischen Markt zu beschränken.»*⁹

Vor dem Hintergrund, dass die Gewährung von Sicherheiten in vielen Fällen integraler Bestandteil eines Warenlieferungsvertrags oder einer Finanzdienstleistung ist, stellt sich auch die Frage, ob die Nichtanerkennung einer im Herkunftsland rechtmässig bestellten Sicherheit aufgrund von Inkompatibilitäten mit dem Recht des Bestimmungslandes nicht eine Beschränkung von Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 EGV und Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EGV) darstellen kann. In der Literatur wird

⁸ Vgl. die in Fn. 10 genannten Autoren. Siehe ausserdem die Beiträge in Drobnig/ Snijders/Zippro (eds.), *Divergences of Property Law*.

⁹ VON BAR/DROBNIG, *Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, Nr. 733 (Übers. von Verf.). Die Studie ist auch unter www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm verfügbar.

dies einhellig bejaht.¹⁰ Nur auf der Ebene der Rechtfertigung gehen die Antworten auseinander. Während die Mehrheit der Autoren den Schutz der am Belegenheitsort geltenden Güter- und Gläubigerordnung als dringendes Erfordernis des Allgemeininteresses anerkennt, so dass verhältnismässige und nichtdiskriminierende Beschränkungen gerechtfertigt sind,¹¹ sieht VON WILMOWSKY nur Einschränkungen zugunsten des Verbraucherschutzes als gerechtfertigt an.¹²

Für die Praxis des Kreditsicherungsrechts, die in besonderer Weise bedarf, ist diese bislang rein akademische Diskussion freilich von begrenztem Interesse. Wichtiger ist sie für den europäischen Gesetzgeber. Ihm sollte klar vor Augen stehen, dass die EG nicht nur kompetent ist, auf der Basis von Art. 94, 95 EGV (für das Europäische Sicherungsrecht kommt auch Art. 308 EGV in Frage) eine Angleichungsmassnahme zu ergreifen,¹³ sondern dies zur Verwirklichung des Binnenmarkts auch dringend tun sollte.

2. Bisherige Gesetzgebungstätigkeit der EG

Die bisherige Gesetzgebungstätigkeit der EG zum allgemeinen Mobiliarsicherungsrecht erschöpft sich in Art. 4 Abs. 1 der Zahlungsverzugsrichtlinie¹⁴. Darin heisst es: «Die Mitgliedstaaten sehen in Einklang mit den anwendbaren nationalen Vorschriften, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden, vor, dass der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung das Eigentum an Gütern behält, wenn zwischen Käufer und Verkäufer vor der Lieferung der Güter ausdrücklich eine Eigentumsvorbehaltsklausel vereinbart wurde.» Aufgrund des Verweises auf das durch das IPR der Mitgliedstaaten bestimmte nationale Privatrecht geht die Bedeutung dieser Vorschrift gegen Null. Das musste vor

¹⁰ Vgl. BASEDOW, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten, *RabelsZ* 59 (1995), 1 (44); KIENINGER (Fn. 4), *passim*; VON WILMOWSKY (Fn. 1), *passim*; ROTH, Secured Credit and the Internal Market, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1). Siehe weiter: KAUFHOLD, Mobiliarsicherungsrecht, S. 281 ff.; RAKOB, Ausländische Mobiliarsicherungsrechte, S. 65 ff.; RUTGERS, International Reservation of Title Clauses, S. 167 ff.; ROTT, Vereinheitlichung, S. 40 ff.; DIEDRICH, *ZVglRWiss* 104 (2005), 121 ff.; RÖTHEL, *JZ* 2003, S. 1028.

¹¹ Vgl. KIENINGER (Fn. 4), S. 165 ff. Ebenso: W.-H. ROTH (Fn. 10); RAKOB (Fn. 10), S. 74; ROTT (Fn. 10), S. 66.

¹² Fn. 1, *passim*.

¹³ Vgl. W.-H. ROTH (Fn. 10).

¹⁴ Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, *ABl. EG* Nr. L 200/35 vom 8.8.2000.

kurzem auch die Kommission einsehen, als sie Italien vor dem EuGH wegen fehlerhafter Umsetzung verklagte.¹⁵ Nach italienischem Recht muss die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts gewissen Formerfordernissen genügen, um gegenüber dritten Gläubigern des Käufers wirksam zu sein. Sinn dieser, über die bloße Schriftlichkeit hinausgehenden Erfordernisse ist es, eine fraudulöse Rückdatierung zu verhindern. In Umsetzung der Richtlinie hob Italien diese sog. *data certa*-Vorschriften nicht etwa auf, sondern führte ergänzende Formvorschriften ein. Danach muss der Eigentumsvorbehalt auf jeder einzelnen Rechnung bestätigt werden, ein «sicheres Datum» aufweisen und ordnungsgemäss in den Buchungsunterlagen verzeichnet sein.¹⁶ Doch anders als die Kommission sah der EuGH darin keinen Verstoss gegen Inhalt oder Geist der Richtlinie. Nach seiner Ansicht regelt Art. 4 die Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts gegenüber Dritten gerade nicht, sondern verweist ausschliesslich auf das anwendbare nationale Recht.¹⁷

Auf dem speziellen Gebiet der Finanzsicherheiten hat die EG dagegen durchaus in traditionelle Grundsätze des nationalen Kreditsicherungsrechts eingegriffen.¹⁸ Fast alle Mitgliedstaaten – ausser Deutschland – lehnen die nicht registrierte, besitzlose Sicherungsübereignung im autonomen Recht ab.¹⁹ Die Finanzsicherheitenrichtlinie²⁰ hingegen verpflichtet sie, die Bestellung von Finanzsicherheiten entweder in der Form der Vollrechtsübertragung oder der Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts zuzulassen (Art. 6 Abs. 1) und weder Bestellung noch Wirksamkeit an irgendwelche Form- oder Publizitätserfordernisse zu knüpfen (Art. 3 Abs. 1). Des Weiteren muss die freihändige Verwertung durch Verkauf ohne Einschaltung eines Gerichts und ohne vorherige Verwertungsandrohung zugelassen werden

¹⁵ EuGH v. 26.10.2006, Rs. C-302/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2006, I-10597.

¹⁶ Vgl. dazu VENEZIANO, National Report Italy, in: Sigman/Kieninger (Fn. 2), S. 181 ff.

¹⁷ Ebenso schon KIENINGER, Eigentumsvorbehalt, in: Basedow et. al. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, S. 151 ff.; MILO, ERPL 2003, S. 379 ff. A.A. SCHULTE-BRAUCKS, NJW 2001, 106 ff.; SCHMIDT-KESSEL, NJW 2001, S. 101; BÜLOW, Kreditsicherheiten, Rn. 725; HEINRICH, BB 2001, S. 164.

¹⁸ Vgl. aus niederländischer Perspektive WESTRIK, ZVglRWiss 105 (2006), 325; KEIJSER, *Financial Collateral Arrangements*, *passim*.

¹⁹ Vgl. KIENINGER (Fn. 1), S. 473 ff.; zum selben Ergebnis gelangt REICH, *Das stille Pfandrecht der Niederlande*, S. 47–118, die auch die neuen Beitrittsstaaten hinzunimmt.

²⁰ Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten, ABl. EG Nr. L 168/43 ff. vom 27.6.2002. In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekensicherungs- und anderer Gesetze, BGBl. I S. 502 ff. vom 8.4.2004, in Kraft seit 9.4.2004.

(Art. 4 Abs.4). Schliesslich setzt die Richtlinie innerhalb bestimmter Grenzen die mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Insolvenzanfechtung ausser Kraft (Art. 8 Abs. 1). Allerdings ist die Richtlinie nicht allgemein auf Kreditsicherungsrechte anwendbar. Erfasst sind nur Übertragungen von Rechten an Barguthaben und Finanzinstrumenten (Aktien, Wertpapieren, Schuldverschreibungen etc.), wenn sowohl Sicherungsgeber als auch Sicherungsnehmer näher definierte Finanzinstitute sind.²¹ Ob die Umsetzung der Richtlinie auch Ausstrahlungswirkungen auf das allgemeine nationale Mobiliarsicherungsrecht haben wird, bleibt abzuwarten.

II. Lösungen de lege ferenda

1. Internationales Privatrecht

a) Registrierungspflichtige Mobilien, insbesondere Kraftfahrzeuge

Die eleganteste Lösung, die auch die geringsten Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen mit sich bringen würde, wäre eine kollisionsrechtliche. Das erste Beispiel (Reisebus) wirft die Frage auf, ob die *lex rei sitae*-Regel nicht bei registrierungspflichtigen Gegenständen durch eine Anknüpfung an den Registrierungsort ersetzt werden könnte. In den meisten Mitgliedstaaten werden Rechte an Kraftfahrzeugen internationalprivatrechtlich immer noch nach der *lex rei sitae* beurteilt, so auch nach deutschem IPR (Art. 43 ff. EGBGB), denn Art. 45 EGBGB, der Rechte an Transportmitteln dem Recht des Herkunftsstaates unterwirft, gilt nur für Flugzeuge, Schiffe und Schienenfahrzeuge, nicht aber für Kraftfahrzeuge.²² Dasselbe gilt nach Art. 107 IPRG auch für die Schweiz. Es wäre aber durchaus vorstellbar, Rechte an Kraftfahrzeugen dem Recht des Staates zu unterwerfen, in dem das Fahrzeug registriert ist.²³ Ebenso wie der Lageort wäre der Registrierungsort ein für den Rechtsverkehr dank Fahrzeugkennzeichen und -papieren jederzeit ersichtliches Anknüpfungsmoment. Für die Parteien eines Sicherungsgeschäfts hätte diese IPR-Regel den Vorteil, ex ante Sicherheit über das an-

²¹ Die Mitgliedstaaten haben allerdings die Möglichkeit, die Richtlinie auch auf Fälle auszudehnen, in denen nur ein Vertragspartner ein Finanzinstitut ist, der andere dagegen eine sonstige juristische Person, eine Personengesellschaft oder ein Einzelkaufmann (Art. 1 Abs. 3).

²² Vgl. MünchKommBGB/WENDEHORST, Art. 45 EGBGB, Rn. 25.

²³ So schon DROBNIG, Vorschlag, in: Henrich (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten, S. 19 ff. und S. 34 ff. Ebenso UNCITRAL *Legislative Guide* (Fn. 45), rec. 202.

wendbare Recht zu schaffen. Im Beispiel 1 wäre das Sicherungsrecht der Bank nicht durch die Pfändung in Spanien untergegangen, wenn man europaweit für dingliche Rechte an Kraftfahrzeugen an den Registrierungsort anknüpfen würde.

b) Rechtswahl

Für Mobilien im Allgemeinen kommt die Anknüpfung an den Registrierungsort naturgemäss nicht in Frage. Hier könnte man auf der Ebene des Kollisionsrechts allenfalls an die Einführung der Rechtswahl denken.²⁴ Das Thema soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden, denn von Gesetzgebern²⁵ und Gerichten²⁶ wird eine gegenüber Dritten wirkende Rechtswahl im Sachenrecht, sei sie auch beschränkt auf Absende- und Empfangsstaat, stets abgelehnt. Dem ist zuzustimmen, denn Sachenrechte berühren, da sie absolute Rechte sind, die Rechte Dritter und diese Dritten müssen einen objektiven Anhaltspunkt für das anwendbare Recht haben; man kann sie nicht auf eine für sie nicht ersichtliche Rechtswahl verweisen. Das zeigt sich spätestens bei der Frage des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs sowie in der Einzel- und Gesamtvollstreckung, bei der ohnehin die *lex fori* anzuwenden ist. Schränkt man die Rechtswahl dagegen wieder ein, indem man ein Veto des Belegenheitsstaates akzeptiert²⁷ oder dem Importland die Entscheidung über die Anerkennung der Sicherheit trotz anderslautender Rechtswahl einräumt,²⁸ so bleibt, wie HEINI einmal plastisch formuliert hat, «*von der neuen Idee nur noch der karge Knochen; die herrschende Lehre nimmt weitgehend wieder ihren Platz ein*».²⁹

²⁴ Für eine (beschränkte Rechtswahl) namentlich STOLL, vgl. zuletzt DERS., IPRax 2000, S. 264 ff.. Siehe zum Ganzen KREUZER, Gutachtliche Stellungnahme, in: Henrich (Fn. 23), S. 37 (75 ff. und 102 f.); DERS., Conflict-of-Laws Rules, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1); PFEIFFER, IPRax 2000, S. 272 ff.; VAN DER WEIDE, Mobilität van goederen in het IPR, S. 153 ff.; LAGARDE, Liber amicorum G. Droz, S. 151 ff. Zu Literatur und Rechtsprechung bis einschliesslich 1995 vgl. auch KIENINGER (Fn. 4), S. 221 ff.

²⁵ Vgl. Art. 104 S. 2 IPRG; dazu SIEHR, ZVglRWiss 104 (2005), 153 f.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte, S. 52 f.

²⁶ Vgl. BGH v. 25.9.1996, IPRax 1997, S. 422, dazu STOLL, IPRax 1997, S. 411 ff.

²⁷ STAUDINGER/STOLL, Internationales Sachenrecht, Rn. 218, 225 (internationale Verkehrsgeschäfte), 279 (Eigentumsvorbehalt), 288 (Sicherungsübereignung); STOLL, RabelsZ 38 (1974), 450 (454).

²⁸ DROBNIG, RabelsZ 32 (1968) 450 (470 f.).

²⁹ HEINI, ZSR 99 (1980) 88 f.

c) Anerkennung und Transposition

Eine weitere Lösung auf der Ebene des IPR bestünde darin, die Mitgliedstaaten zur Anerkennung fremder Sicherungsrechte zu verpflichten, gegebenenfalls unter Transposition in Emanationen der eigenen Rechtsordnung. Einen solchen Versuch hat es bereits 1973 in Gestalt eines Richtlinienvorentwurfs gegeben.³⁰ Aber schon damals wurde erkannt, dass es mit einer blossen Verpflichtung zur Anerkennung und mit dem Aufstellen von Transpositionstabellen nicht getan ist. Die Nichtanerkennung beruht nicht auf einem Unwillen der Gerichte, sondern darauf, dass es in der Zielrechtsordnung an einem funktionsäquivalenten Sicherungsrecht fehlt oder dass ein solches Sicherungsrecht nur unter Voraussetzungen begründet werden kann, die das zu importierende Sicherungsrecht nicht erfüllt, beispielsweise die Eintragung in ein Register. Ohne eine einheitliche Konzeption von Registerpublizität ist selbst eine Anerkennung zwischen zwei Systemen, die beide dem Publizitätsprinzip folgen, schwerlich möglich. Eine Anerkennungs- und Transpositionslösung, eventuell verbunden mit einer Gnadenfrist, innerhalb derer die Registrierung unter dem Neustatut nachgeholt werden kann,³¹ braucht daher als Fundament ein einigermaßen harmonisiertes Mobiliarsicherungsrecht, das einheitlichen Grundprinzipien folgt. Auch diese Erkenntnis ist nicht neu. Schon vor 30 Jahren schrieb ULRICH DROBNIG in der Festschrift für Kegel: «*Stimmen die [beteiligten] Rechtsordnungen inhaltlich nicht überein, so vermag das Kollisionsrecht nur noch die Parole des Brückenbaus auszugeben, jedoch fehlt in seinem Arsenal das notwendige Baumaterial*».³²

³⁰ Entwurf einer Richtlinie über die Anerkennung von besitzlosen Sicherheiten an beweglichen Sachen und der Eigentumsvorbehaltsklauseln bei den Verkäufen beweglicher Sachen, Dokument XI/466/73-D, abgedruckt bei DROBNIG/GOODE, *Security for payment*, in: Goode/Simmonds (eds.), *Commercial Operations*, S. 378 ff. Siehe dazu KIENINGER (Fn. 4), S. 216.

³¹ Unter einer Gnadenfrist wird eine Frist für die Neuregistrierung nach einem Ortswechsel verstanden, z. B. wenn das Registrierungssystem dezentral organisiert ist. Eintragung innerhalb der Gnadenfrist erhält dem Sicherungsrecht die unter dem Altstatut erlangte Priorität. Vgl. dazu KAUFHOLD (Fn. 10), S. 186 ff. Im Schweizer Recht gibt es eine Gnadenfrist für die Eintragung des Eigentumsvorbehalts nach Verbringung der Ware in die Schweiz, vgl. Art. 102 Abs. 2 IPRG.

³² DROBNIG, FS Kegel, S. 150.

2. Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

Wie ist diese Harmonisierung nun ins Werk zu setzen? Mit dieser Frage kommt der Beitrag zu den angekündigten Luftschlössern.³³

Aus Sicht der Verwirklichung des Binnenmarktes wäre eine Harmonisierungsrichtlinie zum Mobiliarkreditsicherungsrecht, d. h. eine Verdrängung des nationalen Rechts, die sachlich beste Lösung. Bescheidene Ansätze in diese Richtung sind jedoch bereits in den 1970er Jahren³⁴ und zuletzt im Zusammenhang mit der Verzugsrichtlinie (siehe oben, I.3.) gescheitert. Dass einem solchen Vorhaben gegenwärtig mehr Erfolg beschieden sein könnte, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden.³⁵

3. «Europäisches Sicherungsrecht» (ESR) als supranationales Recht

Durchführbar scheint nur ein Projekt, das nationales Recht möglichst wenig berührt, oder dies jedenfalls nicht auf zwingende Art und Weise tut. Zwei Lösungswege kommen unter dieser Prämisse in Frage: Erstens, die Einführung eines Europäischen Mobiliarsicherungsrechts im Sinne eines zusätzlich wählbaren, supranationalen Instituts,³⁶ und zweitens, die Entwicklung eines Modellgesetzes (dazu unter 4.). Die EU ist in der komfortablen Lage, dass sie nicht von Null beginnen müsste, sondern sich bei beiden Vorhaben auf internationale Vorarbeiten stützen könnte. Für das «Europäische» Sicherungsrecht könnte die Cape Town Convention 2001,³⁷ die im Rahmen von

³³ Vgl. zum Folgenden auch KIENINGER, Mobiliarsachenrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte, in: Jung/Baldus (Hrsg.), Differenzierte Integration, S. 198 ff.

³⁴ Vgl. KIENINGER (Fn. 4), S. 223 ff.

³⁵ Ebenso die Einschätzung von DROBNIG, Right Approach for European Lawmaking, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1). DROBNIG leitet eine Arbeitsgruppe innerhalb der Study Group on a European Civil Code, die «Principles of European Law» auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten erarbeitet. Veröffentlicht ist bislang aber nur ein Teilentwurf (vgl. den unter <www.sgecc.net/media/downloads/proprietary_securitiesjune_2005.pdf> verfügbaren Text mit Stand vom 12.5.2005). Er enthält sieben Artikel zu den Grundprinzipien, dem Anwendungsbereich und dem Sicherungsvertrag; vgl. dazu auch KIENINGER, WM 2005, S. 2307. Wie für die Arbeiten der Study Group insgesamt, so ist auch für dieses Teilprojekt noch offen, welche Form und welchen Grad an Rechtsverbindlichkeit die Prinzipien einmal annehmen werden.

³⁶ Diese Idee ist zum ersten Mal von KREUZER formuliert worden, vgl. DERS., FS Overbeck, S. 613.

³⁷ Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment (2001); Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters spe-

UNIDROIT erarbeitet wurde, als Vorbild und Inspirationsquelle dienen. Allerdings gibt es gewichtige Unterschiede, da es bei einem ESR um ein Sicherungsrecht an Mobilien jedweder Art, einschliesslich von Sachinbegriffen (Unternehmen, Warenlager) gehen würde, nicht nur um besonders hochwertige, leicht identifizierbare und registrierungspflichtige Güter. Abgesehen von der selbstverständlich zentralen inhaltlichen Ausgestaltung des «Europäischen Sicherungsrechts», die unter III. zumindest ansatzweise thematisiert werden soll, wären weitere wichtige Fragen zu klären.

Das erste Beispiel des sicherungsübereigneten Reisebus zeigt, dass sich der Anwendungsbereich nicht sinnvoll auf grenzüberschreitende Transaktionen beschränken lässt, da das internationale Element auch durch einen Lageortwechsel nach Begründung des Sicherungsrechts entstehen kann. Wenn aber die Parteien auch bei einer (zunächst jedenfalls) rein nationalen Transaktion zwischen einem nationalen Sicherungsrecht und dem ESR wählen können, dann stellt sich mit umso grösserem Gewicht ein zweites Problem: Wie ist das ESR in das nationale Recht einzubetten? Es lässt sich in folgende zwei Bereiche aufspalten:

- Priorität im Verhältnis zu dinglichen Rechten, insbesondere Sicherungsrechten, nationaler Provenienz
- Verhältnis zu nationalem Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht (Verwertungsregeln, Anfechtung, vorrangige Konkursforderungen, Aussetzung der Verwertung bis zur Entscheidung über Sanierung oder Liquidierung)

Der erste Komplex gestaltet sich ausserordentlich schwierig: Angenommen, ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland hat ein Warenlager an eine Bank sicherungsübereignet. Später bestellt es an demselben Gegenstand ein ESR und registriert das Sicherungsrecht, denn realistischere Weise ist davon auszugehen, dass ein ESR einem Registersystem unterliegen wird (dazu noch unter III.). Räumt man dem früher begründeten nationalen Recht wegen der Regel *prior tempore, potior iure* Priorität ein, wird das Registrierungssystem,

cific to Aircraft Equipment (2001); Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock (2007). Die Texte sind auf der webpage von UNIDROIT unter <www.unidroit.org> (Stand: 31.10.2007) verfügbar. Siehe auch GOODE, Official Commentary. Näher zum Protokoll betreffend Sicherungsrechte an Luftfahrzeugausrüstung KREUZER, FS Schlechtriem, S. 869 ff. Siehe zur *Cape Town Convention* weiterhin: KRONKE, Liber Amicorum Kegel, S. 33 ff.; BOLLWEG/KREUZER, ZIP 2000, S. 1361 ff.; BOLLWEG/HENRICH, ZLW 2002, S. 186 ff. sowie die Sonderhefte Unif. Law Rev./Rev. dr. unif. 4 (1999) 242 ff. und ERPL 2004, S. 3 ff.

dem das ESR folgen wird, seiner Funktion beraubt, denn das nationale Recht war aus dem Register nicht ersichtlich. Räumt man dagegen dem ESR Priorität ein, entwertet man das früher begründete nationale Recht und enttäuscht die legitimen Erwartungen des Sicherungsnehmers. Auch beim gutgläubig lastenfreien Erwerb gestaltet sich die Lage schwierig. Soll ein mit einem ESR belasteter Gegenstand im ordnungsgemässen Geschäftsbetrieb an einen Erwerber ohne Kenntnis unbelastet veräussert werden können, wenn nach nationalem Recht die Registrierung den guten Glauben automatisch zerstört, wie das nach manchen nationalen Rechtsordnungen (z. B. Frankreich)³⁸ der Fall ist?

Vermutlich wird man dem ESR nur dann zum Erfolg verhelfen können, wenn man den europäischen Regeln Vorrang gegenüber dem nationalen Recht einräumt. Das hiesse im ersten Beispiel, dass die frühere, unregistrierte Sicherungsübereignung im Rang hinter dem registrierten ESR zurücktreten muss, und im zweiten Beispiel, dass der Erwerber trotz der Registrierung gutgläubig Eigentümer wird. Ob das rechtspolitisch den Mitgliedstaaten besser vermittelt werden kann, als eine Harmonisierung unter Verdrängung des nationalen Sachrechts (was zuvor als unrealistisch bezeichnet wurde), müssen andere beurteilen. Jedenfalls ginge von einer solchen Vorrangregel ein faktischer Druck in Richtung Harmonisierung aus.

Bezüglich des zweiten Komplexes (Verhältnis zum nationalen Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht) kann man vermutlich nur einen praktikablen Weg einschlagen, nämlich dem ESR dieselben Rechte zuweisen, wie sie einem vergleichbaren (näher zu bezeichnenden) Sicherungsrecht nach nationalem Zwangsvollstreckungs- bzw. Insolvenzrecht zukommen. Dies ist auch die Richtung, die die Konvention von Kapstadt und das Luftfahrtausrüstungsprotokoll eingeschlagen haben.³⁹ Die Unterschiede in der praktischen Wirksamkeit des ESR von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat müssen hingenommen werden, will man sich nicht auf den dornigen Weg einer Harmonisierung des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts machen.

³⁸ Die Registrierung des *gage commun* führt nach Art. 2337 C. civ. (i.d.F. der Ordonnance n. 2006-346 v. 23.3.2006, Journal Officiel v. 24.3.2006) dazu, dass die Sache vom Pfandgeber nicht mehr lastenfrei an einen Dritten veräussert werden kann, selbst wenn letzterer gutgläubig ist, vgl. AYNÈS/CROCQ, Les sûretés, Rn. 509.

³⁹ Siehe Art. XI des Protokolls über Luftfahrzeugausrüstung (oben Fn. 37), das den Vertragsstaaten bezüglich der Rechte des Sicherungsnehmers in der Insolvenz zwei Alternativlösungen bietet, und ihnen zusätzlich erlaubt, keine Lösung zu wählen und nationales Recht anzuwenden. Siehe dazu kritisch KIENINGER, Unif. Law Rev./Rev. dr. unif. 4 (1999) 397.

4. Modellgesetz

Auch für die zweite Lösung, die Einführung eines Modellgesetzes, gibt es Vorbilder: Da ist zunächst einmal das amerikanische Recht zu nennen, dessen Art. 9 UCC auch nichts anderes als ein unverbindliches Modellgesetz ist – ein Modell, das aber so erfolgreich ist, dass es in seiner 1999 reformierten Fassung von allen 50 Einzelstaaten in nahezu unveränderter Form übernommen worden ist.⁴⁰ Das amerikanische Modell ist sogar so überzeugend, dass es auch in anderen Jurisdiktionen des *common law* übernommen worden ist, namentlich in Neuseeland⁴¹ und den englischsprachigen kanadischen Provinzen,⁴² und in Australien bald übernommen werden wird. Selbst das in der Tradition des *Code civil* stehende Québec hat ein Art. 9 UCC nachempfundenes Regelwerk in seine Kodifikation eingefügt.⁴³ Weitere Vorbilder für ein EU-Modellgesetz könnten das *Model Law on Secured Transactions der European Bank for Reconstruction and Development*⁴⁴ sowie der im Dezember 2007 verabschiedete *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*⁴⁵ sein.

Der Vorteil eines Modellgesetzes gegenüber dem ESR liegt auf der Hand: die oben beschriebenen Kollisionen mit dem nationalen Recht würden vermieden, denn das Modellgesetz würde – mit den nötigen Anpassungen an

⁴⁰ Siehe zum revised Article 9 UCC die Einführung von SIGMAN, Security in movables in the United States, in: Kieninger (Fn. 1), S. 54 ff. Zu Article 9 UCC in deutscher Sprache jüngst BORKHARDT, Registerpublizität.

⁴¹ Vgl. zu dem am 1.5.2002 in Kraft getretenen *Personal Property Securities Act* GEDYE, CanBusLJ 43 (2006), 208 (211 ff).

⁴² In den einzelnen kanadischen *common law*-Provinzen gelten jeweils eigenständige sog. *Personal Property Security Acts (PPSA)*, vgl. dazu CUMING/WALSH/WOOD, Personal Property Security Law, S. 8 ff.

⁴³ Vgl. die Regelungen über das besitzlose Mobiliarsicherungsrecht (*hypothèque mobilière*) in Art. 2660 ff. Code civil du Québec.

⁴⁴ Das *EBRD Model Law on Secured Transactions* ist abrufbar unter <www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/modellaw/modellaw.pdf> (Stand: 31.10.2007), vgl. dazu RÖVER, *passim*; DAHAN/SIMPSON, European Bank for Reconstruction and Development's Secured Transactions Project, in: Kieninger (Fn. 1), S. 98 ff.

⁴⁵ Der *legislative guide* wurde bei der 40. Sitzung von UNCITRAL vom 10.-14. Dez. 2007 in Wien angenommen, vgl. UN-Dokument A/62/17 (part II) para. 14 ff. Die endgültige Fassung ist redaktionell noch nicht fertiggestellt. Die jüngste, auf der webpage von UNCITRAL (<www.uncitral.org>) verfügbare Fassung des *draft legislative guide* ist A/CN.9/637 vom 28. Sept. 2007. Vgl. zu dem *guide* Foëx/Thévenoz/Bazinas (Hrsg.), *Réforme des sûretés mobilières*; BAZINAS, *Banque et Droit* 97 (2004) 16 (16); DERS., *Unif. Law Rev./Rev. dr. unif.* (2005) 141; DERS., *Journal of International Banking and Financial Law* 2006, 20 (Part 1), 58 (Part 2); KIENINGER, *WM* 2005, S. 2354 ff.

die jeweilige nationale Rechtsordnung – Bestandteil des nationalen Rechts werden, so dass es keine unterschiedlichen Regelungswerke für europäische und nationale Sachverhalte geben würde. Seine Anpassungsfähigkeit und seine mangelnde Verbindlichkeit stellen aber einen gravierenden Nachteil dar. Solange sich die nationalen Gesetzgeber nicht, erstens, von der Reformbedürftigkeit ihres Kreditsicherungsrechts überzeugen, und, zweitens, von einem Europäischen Modellgesetz bei ihren Reformen leiten lassen, ist das beste Modellgesetz nichts wert.

Ob Europäisches Sicherungsrecht oder Modellgesetz, entscheidend ist in jedem Fall der Inhalt. Daher möchte ich mich zum Schluss mit der Frage beschäftigen, welche Kennzeichen ein modernes, effizientes Kreditsicherungsrecht aufweisen sollte und zu diesem Zweck einen Blick auf den *UNCITRAL Guide* und einige EU-Staaten werfen, die kürzlich ihr Mobiliarsicherungsrecht reformiert haben oder es vermutlich in naher Zukunft tun werden.

III. Inhaltliche Ausgestaltung

1. Reformen und Reformvorhaben in Mitgliedstaaten der EU⁴⁶

a) Frankreich

Frankreich hat im März 2006 ein neues vierten Buchs in den Code Civil eingefügt und darin sein Mobiliarsicherungsrecht in wesentlichen Teilen neu gestaltet.⁴⁷ Zuvor gab es kein allgemeines, an Mobilien jedweder Art bestellbares Sicherungsrecht ohne Besitzaufgabe. Stattdessen hatte der Gesetzgeber im Lauf des 20. Jahrhunderts eine Reihe spezifischer Registerpfandrechte für bestimmte Arten von Sicherungsgegenständen, wie beispielsweise Kraftfahrzeuge, landwirtschaftliches Inventar oder die Einrichtung eines Hotels, eingeführt, um Kreditengpässen in den jeweiligen Wirtschaftssektoren entgegenzuwirken.⁴⁸ Das neue 4. Buch des Code civil führt dagegen ein allgemeines Pfandrecht (*gage commun*, art. 2333 ff.) ein, das unabhängig von der

⁴⁶ Siehe dazu ausführlicher KIENINGER, Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, demnächst in AcP 208 (2008).

⁴⁷ Siehe Ordonnance n. 2006-346 v. 23.3.2006, Journal Officiel (JO) v. 24.3.2006 ; dazu SIMLER, JCP G 2006, I, 124 und das Dossier «La réforme du droit des sûretés», 1289 ff.; KLEIN/TIETZ, RIW 2007, S. 101 ff.; LEAVY, National Report France, in: Sigman/Kieninger (Fn. 2), S. 101 ff.

⁴⁸ AYNES/CROCQ (Fn. 38), Rn. 519 ff.

Art des Sicherungsgegenstandes und der Parteien an jedem körperlichen Gegenstand, auch an einem zukünftigen oder einem Inbegriff von Gegenständen bestellt werden kann (Art. 2333 Code civil). Um drittwirksam zu sein, muss das Pfandrecht getreu dem in Frankreich hoch gehaltenen Publizitätsprinzip registriert werden.⁴⁹

Ein weiterer wichtiger Reformschritt bezieht sich auf die Verwertung des Sicherungsguts. Soweit Handelsrecht gilt, kann der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut jetzt auch ohne Einschaltung eines Gerichts verwerten; er muss dem Sicherungsgeber lediglich mit einer Frist von acht Tagen die Verwertung anzeigen (art. L. 521–3 C. com.). Selbst der Code civil erlaubt nunmehr die Vereinbarung einer Verfallabrede (*pacte commissoire*) vor oder nach Eintritt des Verwertungsfalls (art. 2348 Code civil). Mit Gesetz vom 19.02.2007 hat Frankreich zusätzlich und gänzlich überraschend die Treuhandschaft (*fiducie*) in den Code civil (Art. 2011 ff.) eingeführt; sie kann unter anderem zur Begründung von Sicherungsrechten (*fiducie-sûreté*) genutzt werden. Die genauen Umrisse des neuen Instituts und seine praktische Bedeutung sind allerdings noch nicht absehbar.⁵⁰ Ein Grund dafür ist, dass die *fiducie* bei den Steuerbehörden registriert werden muss (Art. 2019 C.c.), und dieses Register in Ermangelung der einschlägigen Verordnung (vgl. Art. 2020 C.c.) noch nicht existiert.

Die Reform der Kreditsicherheiten hat jedoch bei weitem nicht alle Ungereimtheiten des französischen Rechts beseitigt. Insbesondere hat man die bestehende Vielfalt von Mobiliarsicherungsrechten, zu denen auch die unübersichtliche Masse der General- und Spezialprivilegien zu zählen ist,⁵¹ nicht angetastet, sondern die neuen Sicherungsrechte einfach daraufgesetzt.⁵² Nicht selten gibt es daher für ein- und denselben Sicherungsgegenstand mehrere Möglichkeiten der Besicherung, die jeweils eigenen Regeln in Bezug auf Bestellung, Priorität und Verwertung folgen.

⁴⁹ AYNES/CROCQ (Fn. 38), Rn. 506.

⁵⁰ BLANLUET/LE GALL, JCP G 2007, I, S. 169, bezeichnen das einschlägige Gesetz als bloßen «Versuchsballon».

⁵¹ AYNES/CROCQ (Fn. 48), Rn. 600 ff.

⁵² Kritisch LEAVY (Fn. 47), S. 101 ff.

b) Österreich

In Österreich hat die Rechtsprechung das Faustpfandprinzip des ABGB (§ 451 f.) seit jeher ernster genommen als es in Deutschland geschehen ist. Wie im Schweizer Recht⁵³ kann auch in Österreich die Übergabe im Falle einer Sicherungsübereignung nicht durch ein Besitzkonstitut ersetzt werden.⁵⁴ Um eine mögliche Reform vorzubereiten hat eine Arbeitsgruppe unter Leitung von Professor Schauer aus Wien einen Katalog mit Empfehlungen und einen Gesetzentwurf zur Einführung eines registrierten Mobiliarpfandes vorgelegt.⁵⁵ Vereinfacht gesagt, will der Entwurf das bestehende Recht so wenig wie möglich antasten und beschränkt sich darauf, die Registrierung als alternatives Publizitätsinstrument zur Übergabe einzuführen. Ausgenommen von der konstitutiven Registrierung bleibt der einfache Eigentumsvorbehalt; seine Eintragung ist lediglich fakultativ (§ 13 des vorgeschlagenen Gesetzes über ein Register für Mobiliarsicherheiten – MSG). Das Register soll als Personalfolium organisiert werden, d. h. nach Sicherungsgebern geordnet. Einzutragen sind gewisse Mindestangaben bzgl. des Sicherungsgebers, der gesicherten Forderung und des Sicherungsgegenstandes. Bemerkenswerterweise ist die Person des Sicherungsnehmers/Gläubigers nicht einzutragen. Der Sinn dieser von den Empfehlungen des *UNCITRAL Legislative Guide* abweichenden Regel wird darin liegen, dass nur so wenig Informationen wie möglich preisgegeben werden sollen; ein zweiter Grund mag sein, dass bei syndizierten Krediten nicht sämtliche, zu Beginn der Transaktion vielleicht noch gar nicht bekannte Gläubigerbanken eingetragen werden müssen. Das US-amerikanische Recht und der *UNCITRAL Legislative Guide* erreichen jedoch dasselbe Ziel, indem sie die Eintragung eines Vertreters des Gläubigers ausreichen lassen.⁵⁶

⁵³ Vgl. dazu GRAHAM-SIEGENTHALER (Fn. 25), S. 25 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. SCHAUER, Register, in: ders. (Hrsg.), Register für Mobiliarsicherheiten, S. 4 mit zahlreichen Nachweisen.

⁵⁵ Abgedruckt in SCHAUER (Fn. 54), S. 33 ff.

⁵⁶ UNCITRAL Legislative Guide (Fn. 45), rec. 57 (a); zu Article 9 UCC vgl. SIGMAN, Perfection and priority, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1); BORKHARDT (Fn. 40), S. 134 f.

c) England

Schliesslich soll noch kurz das englische Recht betrachtet werden. Es gilt als besonders gläubigerfreundlich und lässt Sicherheiten an praktisch jedem Vermögensgegenstand zu.⁵⁷ Dennoch sollte es nach den Vorstellungen der *Law Commission* reformiert werden.⁵⁸ Kernthema ist die Ausgestaltung der Registrierung, denn die Drittwirksamkeit von Sicherungsrechten ist nach englischem Recht in aller Regel an die Voraussetzung der Eintragung gebunden. Soweit Sicherungsgeber Kapital- oder Personengesellschaften (*companies* oder *limited liability partnerships*) sind, enthält der Companies Act die massgeblichen Vorschriften (Sec. 860 ff. Companies Act 2006)⁵⁹. Danach ist die Registrierung von besitzlosen Pfandrechten an körperlichen Gegenständen und Forderungen als sogenanntes «*transaction filing*» ausgestaltet.⁶⁰ Das heisst, dass eine der Parteien – in der Praxis meist der Sicherungsnehmer – ein Formular mit den wichtigsten Daten der Pfandrechtsbestellung ausfüllen und dem Companies House übermitteln muss. Zusätzlich muss auch die vollständige Dokumentation der Sicherheitenbestellung übersandt werden, damit die Mitarbeiter des *Companies House* die Übereinstimmung zwischen den formulärmässigen Angaben und dem Vertragsinhalt überprüfen können. Während die Gebühr für die Eintragung im Gesellschaftsregister einschliesslich der Überprüfung der Unterlagen nur £ 13 beträgt,⁶¹ ist die Ausarbeitung der Vertragsunterlagen sehr viel kostenträchtiger. Hierfür werden mindestens ca. £ 300 veranschlagt.⁶² Trotz dieser relativ hohen Kosten ist die

⁵⁷ Vgl. BRIDGE, English law of security, in: Kieninger (Fn. 1), S. 81 ff.

⁵⁸ Law Commission Consultation Paper No. 164, «Registration of Security Interests: Company Charges and Property other than Land» Law Commission Consultation Paper No. 176: «Company Security Interests: A Consultative Report»; Law Commission Consultation Paper No. 296, «Company Security Interests», alle abrufbar auf der webpage der Law Commission unter <www.lawcom.gov.uk> (Stand: 31.10.2007). Siehe dazu MCCORMACK, Secured Credit, *passim*; BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, Law of Personal Property Security, Rn. 21.11. Eine Zusammenfassung findet sich auch bei KIENINGER, WM 2005, S. 2308 ff.

⁵⁹ Die *LLP's* sind insoweit den *companies* gleichgestellt, vgl. Limited Liability Partnership Regulations 2001, Statutory Instrument 2001 Nr. 1090, regulation 4 und schedule 2.

⁶⁰ Siehe im Einzelnen BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA (Fn. 58), Rn. 8.07 ff. Zur Kritik vgl. Law Commission Consultation Paper No. 164 (Fn. 58), Ziff. 2.3. ff.; BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA, a.a.O., Rn. 21.40.

⁶¹ Vgl. Mortgage Guidance Form 395, abrufbar unter <www.companieshouse.gov.uk/forms/generalForms/395Guidance.pdf> (Stand: 31.10.2007).

⁶² Üblicherweise geschieht dies durch Rechtsanwälte, aber es gibt auch einen Service über das Internet, vgl. <www.jordans.co.uk/jordans3.nsf/Main/Registration+of+char

Publizität keineswegs lückenlos. Erstens, gibt es einen «schwarzen Fleck», nämlich eine Frist von 21 Tagen, während der das Sicherungsrecht bereits drittwirksam bestellt sein kann, ohne eingetragen zu sein,⁶³ zweitens, erfasst die Registrierungspflicht nicht alle Rechte, die funktional Sicherungsrechte sind, beispielsweise nicht den einfachen und erweiterten Eigentumsvorbehalt und das *financial leasing*,⁶⁴ und drittens, orientiert sich die Ordnung der Rangfolge nicht konsequent am Datum der Eintragung.⁶⁵ Eine Umsetzung der Reformvorschläge der Law Commission hätte das englische Recht stärker an Article 9 UCC angenähert. An die Stelle des bisherigen papiergestützten *transaction filing* wäre ein elektronisches *notice filing*-System⁶⁶ getreten.⁶⁷ Damit wäre die Notwendigkeit entfallen, Vertragsdokumente einzureichen und zu überprüfen, denn die durch *notice filing* bewirkte Publizität ist keine positive, sondern hat lediglich die Funktion, potentielle Gläubiger darauf aufmerksam zu machen, dass an bestimmten Gütern bereits vorrangige Sicherungsrechte bestehen können. Hinsichtlich der Priorität trat die *Law Commission* für eine einheitliche *first-to-file*-Regel ein.⁶⁸ Trotz ihrer unbestreitbaren inhaltlichen Qualität sind die Reformvorschläge einstweilen am Widerstand der *City of London* gescheitert, deren Vertreter keine ausreichende Notwendigkeit für eine Reform erblicken konnten.

ges> (Stand: 31.10.2007), dessen Kosten bei £ 279.72 (einschl. MwSt.) beginnen. Vgl. zum Ganzen BRIDGE (Fn. 7), S. 125 ff.

⁶³ Vgl. Law Commission Consultation Paper No. 296 (Fn. 58), Ziff. 3.149 ff.

⁶⁴ Hierzu konnte sich die Law Commission nicht zu einem Reformvorschlag durchringen, vgl. Law Commission Consultation Paper No. 164 (Fn. 58), Ziff. 2.89 ff.; Law Commission Consultation Paper No. 296 (Fn. 58), Ziff. 21. Vgl. zum Ganzen BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA (Fn. 58), Rn. 21.148 und 21.151.

⁶⁵ Vgl. Law Commission Consultation Paper No. 176 (Fn. 58), Ziff. 2.5. ff.

⁶⁶ Wenn in diesem Text von «*notice filing*» die Rede ist, so ist damit das Grundmodell der Perfektionierung durch Registrierung eines Finanzierungsberichts nach dem Vorbild des Article 9 UCC gemeint. Dieses Modell ist in Kanada und Neuseeland übernommen worden und wird demnächst in Australien eingeführt werden (siehe oben, nach Fn. 40). Es liegt auch dem *UNCITRAL Legislative Guide* (Fn. 45) zugrunde. Die Verwendung des Begriffs «*notice filing-System*» soll aber nicht darüber hinweg täuschen, dass es in den Details durchaus Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen und -texten gibt.

⁶⁷ Law Commission Consultation Paper No. 296 (Fn. 58), Ziff. 3.69 ff.; BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA (Fn. 58), Rn. 21.83 ff.

⁶⁸ Law Commission Consultation Paper No. 296 (Fn. 58), Ziff. 3.155 (rule 2).

2. Internationale Reformtrends

Fasst man die Entwicklung der eben betrachteten nationalen Rechtsordnungen und die Trends auf internationaler Ebene, wie sie insbesondere im *UNCITRAL Legislative Guide* zum Ausdruck kommen, zusammen, so lassen sich fünf (mehr oder weniger) gemeinsame Tendenzen erkennen:

Erstens: Unter dem Schlagwort des «*more credit at lower cost*» wird die Besicherung von Mobilien wirtschaftspolitisch positiv betrachtet.⁶⁹ Daher wird die Möglichkeit der Besicherung von Mobilien ausgeweitet, siehe die Entwicklung in Österreich und Frankreich. Grundsätzlich geht das Bestreben dahin, dass Unternehmen alle Vermögensgegenstände als Kreditunterlage verwenden können, einschliesslich des Unternehmens als Ganzes. Eine Begrenzung der Besicherbarkeit oder eine generelle Unwirksamkeit von Sicherungsrechten im Konkurs steht nicht mehr auf der rechtspolitischen Agenda.⁷⁰

Zweitens: Die Durchsetzung von Sicherungsrechten im Verwertungsfall wird vereinfacht. An die Stelle gerichtlicher Verfahren treten privatautonom vereinbarte Verwertungsmodalitäten, siehe die Entwicklung in Frankreich. Zu nennen sind hier auch die Verwertungsregeln für Finanzsicherheiten, die durch Art. 4 Abs. 4 der EU-Richtlinie in das nationale Recht eingefügt wurden.⁷¹

Drittens: Das Publizitätsprinzip wird beibehalten und nicht etwa nach deutschem Vorbild abgeschafft, aber es wird versucht, es den Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens anzupassen (Frankreich, Österreich, England). Ein einfaches, kostengünstiges Registrierungssystem ohne aufwendige Kontrolle tritt an die Stelle der Besitzübertragung (Österreich). In den Ländern, die bereits ein Registrierungssystem kennen, geht die Tendenz zum *notice filing* nach US-amerikanischem (kanadischem, neuseeländischem) Vorbild, siehe die Reformvorschläge in England.

Viertens: In dem Streben, die Fesseln des Besitzpfandrechts abzustreifen, setzen die Reformen ganz überwiegend⁷² nicht auf die Übertragung des Ei-

⁶⁹ Ebenso die h.M. in der Rechtsökonomie, vgl. ARMOUR, *Law and Economics Debate*, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1).

⁷⁰ Diskutiert wird allerdings nach wie vor, ob ein bestimmter Prozentsatz des Schuldnervermögens für ungesicherte Gläubiger reserviert bleiben sollte, («*carve out*»), vgl. MCCORMACK (Fn. 58), S. 22.

⁷¹ Vgl. oben, bei Fn. 20.

⁷² Die einzige Ausnahme ist die Einführung der *fiducie* in Frankreich durch Gesetz vom 19.2.2007. Dazu oben bei Fn. 50.

gentums, sondern auf eine Weiterentwicklung und Modernisierung des Pfandrechts, d. h. Ersetzung der Übergabe durch Registrierung, und Modernisierung der Verwertungsvorschriften (Österreich, Frankreich).

Fünftens: Der einfache Eigentumsvorbehalt darf weiter eine Sonderrolle spielen: Er bedarf nicht der Registrierung und gewährt im Konkurs ein Aussonderungsrecht (Frankreich,⁷³ Österreich,⁷⁴ England,⁷⁵). Dieser Trend ist freilich auf die nationalen Reformen beschränkt. Der *UNCITRAL Legislative Guide*⁷⁶ dagegen folgt dem amerikanischen Vorbild und unterwirft das «*acquisition financing right*» der Registrierungspflicht.⁷⁷

3. Grundprinzipien eines künftigen Europäischen Kreditsicherungsrechts (ESR oder Modellgesetz)

Daraus und aus den Grundprinzipien des *UNCITRAL Legislative Guide*, der sich in der Konzeption eng an das nordamerikanische Recht anlehnt, lassen sie einige zentrale Prinzipien eines künftigen Europäischen Kreditsicherungsrechts ableiten:⁷⁸

- Vorbehaltlich besonderer Verbraucherschutzregeln sollte das Sicherungsrecht an allen Arten von Vermögensgegenständen, einschliesslich der Sachinbegriffe und des Unternehmens als Ganzem bestellt werden können.⁷⁹ Ausgenommen werden sollten le-

⁷³ Vgl. AYNÈS/CROCQ (Fn. 48), Rn. 759 f.

⁷⁴ Vgl. SCHAUER (Fn. 54); § 11 KO.

⁷⁵ Das *House of Lords* betrachtet den einfachen (und den erweiterten) Eigentumsvorbehalt als noch nicht auf den Käufer übergegangenes Volleigentum und damit gerade nicht als Sicherungsrecht, *Armour and another v. Thyssen Edelstahlwerke AG* [1990] 3 All ER 481. Vgl. auch BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA (Fn. 58), Rn. 2.22 und Rn. 5.03.

⁷⁶ Fn. 45.

⁷⁷ Das gilt sowohl nach dem «*unitary approach*» als auch nach dem «*non unitary approach*», vgl. A/CN.9/637 para. 174 ff.

⁷⁸ In dieselbe Richtung KREUZER, Conflict-of-Laws Rules, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1); SIGMAN/KIENINGER, Introduction, in: dies. (Fn. 2), S. 54 ff. Vgl. auch die Empfehlungen von GRAHAM-SIEGENTHALER (Fn. 25), S. 738 ff. und FOËX, *Sûretés mobilières*, in: Schweizerischer Juristentag 2007, ZSR/RDS 126 (2007) II, 287 (S. 325 ff.) bzgl. einer Reform des schweizerischen Rechts.

⁷⁹ Nach geltendem deutschen Recht kann zwar nicht das «Unternehmen als Ganzes» zur Sicherheit übertragen werden, aber doch praktisch alle seine Vermögensgegenstände, auch soweit sie kontinuierlich neu erworben und wieder veräussert werden, vgl. zu den revolvingierenden Globalsicherheiten BÜLOW (Fn. 17), Rn. 1291 ff. Die Unternehmenssicherheit würde daher die Rechte des Sicherungsgebers und Dritter nicht stärker einträchtigen als das gegenwärtige Recht. Dennoch wäre darüber nachzudenken, ob

- dinglich Gegenstände, für die schon ein modernes und umfassendes, internationales oder europäisches Regime existiert oder im Entstehen begriffen ist. Solche Gegenstände können beispielsweise Flugzeuge, Schiffe, rollendes Eisenbahnmateriale und Finanzsicherheiten sein.
- Das Sicherungsrecht sollte alle Arten von Verbindlichkeiten sichern können.
 - Das Sicherungsrecht sollte funktional definiert sein und alle Transaktionen erfassen, die einem Sicherungszweck dienen.⁸⁰
 - Besonderen Sicherungsbedürfnissen (beispielsweise von Kaufpreisfinanzierern) sollte nicht durch spezielle Sicherungsformen (z. B. Eigentumsvorbehalt), sondern durch spezielle Regeln Rechnung getragen werden,⁸¹ die nur solche Abweichungen vorsehen, die unabweisbar notwendig sind, um erwünschte wirtschaftliche Resultate zu erzielen, beispielsweise bei der Lösung von Prioritätskonflikten zwischen Geld- und Warenkreditgebern.
 - Das Sicherungsrecht sollte auf die Idee des Pfandrechts, also eines beschränkten dinglichen Rechts, gestützt sein, nicht auf das Konzept der Vollrechtsübertragung.
 - Das Sicherungsrecht sollte registrierungspflichtig sein, sofern es nicht durch Besitzübertragung⁸² Drittwirksamkeit erlangt. Das Register sollte sich am System des *notice filing* orientieren.

aus der Insolvenzmasse nicht ein Mindestprozentsatz für ungesicherte Gläubiger («*carve out*», siehe oben, Fn. 70) zu reservieren wäre und ob das Gesetz nicht gewisse Vorgaben für Freigabeansprüche und Rangrücktrittsvereinbarungen (*subordination agreement*», dazu BEALE/BRIDGE/GULLIFER/LOMNICKA (Fn. 58), Rn. 6.93 ff.) machen sollte. Auch die DROBNIG-Arbeitsgruppe (Fn. 35) erwägt, einen bestimmten Prozentsatz des Unternehmensvermögens von der Besicherbarkeit auszunehmen, vgl. draft Art. y:104.

⁸⁰ Anders in diesem Punkt die Vorschläge von FOËX für das Schweizer Recht, vgl. Fn. 78, S. 326 ff.

⁸¹ Teilweise a.A. DROBNIG, Choosing the Right Approach, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1); FOËX bzgl. einer Reform des Schweizer Rechts, Fn. 78, S. 327.

⁸² In manchen Fällen ersetzt «Kontrolle» (*control*) die Registrierung bzw. Besitzübertragung, z. B. bei Bankguthaben; an bestimmten Gütern, z. B. an Weiterverkaufserlösen (*proceeds*) wird das Sicherungsrecht auch «automatisch perfektioniert», vgl. *UNCITRAL Legislative Guide* (Fn. 45), rec. 34 ff; BORKHARDT (Fn. 40), S. 91 ff. (zu Article 9 UCC). Diese Einzelheiten, die bei der Ausarbeitung eines ESR oder Modellgesetzes näher auszugestalten wären, bleiben hier ausgespart.

- Die Verwertung des Sicherungsguts sollte so weit wie möglich der Privatautonomie unterliegen. Die Notwendigkeit gerichtlicher Intervention sollte auf Streitfälle beschränkt bleiben.
- Das Sicherungsrecht muss in der Insolvenz des Sicherungsgebers wirksam bleiben.⁸³

Von allen genannten Grundprinzipien soll zum Schluss nur das Publizitätsprinzip näher erläutert werden. In der Schweiz wird seine Verwirklichung durch Registrierung auf wenig Widerstand stossen, vergleiche die Registrierungspflichtigkeit des Eigentumsvorbehalts und die Ablehnung der Drittwirksamkeit der nicht-publizierten Sicherungsübereignung.⁸⁴ Aus Schweizer Sicht interessiert vor allem die nähere Ausgestaltung des Registers. Für Deutschland wäre die Einführung der Registrierungspflicht dagegen ein Novum. Sie ist bisher überwiegend auf Ablehnung gestossen.⁸⁵ Das könnte sich unter dem Einfluss der Erfahrungen in Nordamerika, Australien, Neuseeland und den mittel- und osteuropäischen Transformationsländern sowie unter dem Eindruck der Empfehlungen des *UNCITRAL Legislative Guide* in Zukunft ändern.⁸⁶

Grundlegend sind allerdings zutreffende Vorstellungen darüber, was in den genannten Rechtsordnungen und -texten mit «Registrierung» (*notice filing*) gemeint ist. Zunächst muss klargestellt werden, dass sich ein Mobiliarsicherheitenregister in jeder Hinsicht vom Grundbuch unterscheidet. Weder ist ein formales Verfahren vor der registerführenden Stelle, noch eine Überprüfung der eingereichten Unterlagen erforderlich. Auch muss ein Mobilienregister, das nicht auf hochwertige Einzelgegenstände beschränkt ist, notwendigerweise nach Schuldnern, nicht nach belasteten Gegenständen geordnet sein. Aufgrund der fehlenden Prüfung des Inhalts kann von dem Register auch keine positive Publizität ausgehen, d. h. die Eintragung kann weder die materiellrechtliche Existenz eines Sicherungsrechts beweisen, noch ohne einen wirksamen Bestellungsakt Rechte des Sicherungsnehmers gegenüber dem Sicherungsgeber begründen. Schliesslich ist das *notice filing*

⁸³ Soweit auch die einzige definitive Regel der Principles of European Insolvency Law zur Behandlung von Sicherungsrechten, vgl. § 9.1 Satz 1 der Principles. Siehe MCBRYDE/FLESSNER/KORTMANN (Hrsg.), *European Insolvency Law*. Abrufbar auch unter <www.iiiglobal.org> (Stand: 31.10.2007).

⁸⁴ Vgl. zur Notwendigkeit eines Registers aus Schweizer Sicht GIRSBERGER, SJZ 93 (1997) 97 (104 ff.).

⁸⁵ Vgl. zuletzt LWOWSKI, «Quiet» creation, in: Eidenmüller/Kieninger (Fn. 1).

⁸⁶ Vgl. WIEGAND, FS Westermann, S. 731 ff.; DERS., FS Horn, S. 190; KIENINGER, AcP 208 (2008) im Erscheinen.

– anders als die Grundbucheintragung für Verpfändungen von Immobilien – auch keine Voraussetzung für die Entstehung des Sicherungsrechts zwischen den Parteien. Selbst davon, dass die Registrierung Voraussetzung der Drittwirksamkeit sei, kann man nur «*cum grano salis*» sprechen, denn in dem Fall, dass an derselben Sache zwei nacheinander bestellte Sicherungsrechte begründet, aber nicht eingetragen wurden, entscheidet die zeitliche Reihenfolge der Bestellung über den Rang. Somit kann auch ein nicht eingetragenes Recht drittwirksam sein.

Was also ist die Funktion des *notice filing*? Die Eintragung hat «nur» die Funktion, Dritte von der *möglichen* Existenz eines Sicherungsrechts in Kenntnis zu setzen, und, damit verbunden, ein klares und für Dritte jederzeit erkennbares, nicht von den Parteien manipulierbares Datum für die Lösung von Prioritätskonflikten zu liefern. Mit Prioritätskonflikten sind dabei nicht nur divergierende Ansprüche unterschiedlicher Sicherungsnehmer an derselben Sache gemeint, sondern auch Konflikte mit gutgläubigen Erwerbern der Sache und Gläubigern des Schuldners in Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz. Anders als die Vollrechtsübertragung ermöglicht ein Registerpfandrecht auch die Bestellung von nachrangigen Sicherheiten an demselben Gegenstand.⁸⁷

Mit diesen wichtigen, aber doch im Vergleich zur positiven Publizität des Grundbuchs beschränkten Funktionen kann das *notice filing* System mit minimalen Eintragungsanforderungen und ohne Überprüfung der eingereichten Unterlagen auskommen.⁸⁸ Der Finanzierungsbericht (*financing statement*), der den Registerinhalt bildet, gibt nur an: Name, Anschrift und sonstige Identifikationsmerkmale (z. B. Handelsregisternummer o. Ä. bei eingetragenen Gesellschaften) von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer, den Sicherungsgegenstand, wobei jedoch allgemeine Beschreibungen ausreichen wie beispielsweise «alle gegenwärtigen und künftigen Vermögensgegenstände», und schliesslich die Dauer, für die das Sicherungsrecht bestellt wird.⁸⁹ Meist kann die Angabe des Sicherungsnehmers durch die Ein-

⁸⁷ Zu der Möglichkeit, nach deutschem Recht alternativ das Anwartschaftsrecht als Kreditunterlage zu verwenden und zu den damit verbundenen Schwierigkeiten vgl. KIENINGER, AcP 208 (2008) im Erscheinen.

⁸⁸ Zur Ausgestaltung eines Schweizerischen Mobiliarregisters vgl. GIRSBERGER (Fn. 84), S. 106 ff.

⁸⁹ Vgl. UNCITRAL *Legislative Guide* (Fn. 45), rec. 57 und die PPSA's der kanadischen Provinzen, dazu CUMING/WALSH/WOOD (Fn. 42), S. 247 ff. Nach Sec. 9-502 UCC sind nur Sicherungsgeber, Sicherungsnehmer (bzw. Vertreter) und Beschreibung des Sicherungsguts anzugeben, nicht die Dauer, vgl. im Einzelnen BORKHARDT (Fn. 40), S. 131 ff.;

tragung eines *agent* ersetzt werden, damit Kreditbeziehungen nicht offengelegt werden müssen. Teilweise wird es für ratsam gehalten, zusätzlich den Höchstbetrag der gesicherten Forderung einzutragen, um der Gefahr der Übersicherung zu begegnen,⁹⁰ oder um die Belastung desselben Vermögensgegenstands mit einem nachrangigen Sicherungsrecht zu erleichtern.⁹¹

IV. Schluss

Dass die EG Massnahmen zur Ermöglichung der grenzüberschreitenden Kreditsicherung an Mobilien ergreifen sollte, dürfte unbestreitbar sein. Jetzt muss es darum gehen, die richtigen Lösungen zu finden, einerseits in Bezug auf das Instrument (supranationales ESR oder Modellgesetz), andererseits in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung. Der nunmehr fertig gestellte *UNCITRAL Legislative Guide* bietet eine geeignete Ausgangsbasis für die Ausarbeitung eines Europäischen Textes. Sollte die Schweiz dem Beschluss ihres Juristentages 2007 folgen,⁹² und ebenfalls ein Registerpfandrecht ins Auge fassen, so wäre eine inhaltliche Abstimmung zwischen beiden Entwürfen höchst wünschenswert, um in der Zukunft die gegenseitige Anerkennung zu ermöglichen.

die gleichen Anforderungen an den Inhalt eines Finanzierungsberichts stellt auch Sec. 142 Subs. 1 des neuseeländischen PPSA.

⁹⁰ Vgl. § 7 Abs. 1 des österreichischen Vorschlags (bei Fn. 55) und Art. 2981 Abs. 1 Code civil du Québec i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Nr. 3 Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers. Anders die Lösung des UCC, der keine Angaben zum Betrag im Finanzierungsbericht verlangt. A.A. für eine Reform in der Schweiz auch GIRSBERGER (Fn. 84), S. 107.

⁹¹ *UNCITRAL Legislative Guide* (Fn. 45), rec. 57 (d). Selbst auf der Basis dieser Empfehlung sind die Bedenken von LWOWSKI (Fn. 85), bei jeder Krediterhöhung müsse das Sicherungsrecht neu eingetragen werden, unberechtigt.

⁹² Vgl. den Bericht von FRIEDL, Schweizerischer Juristentag, 21./22. September 2007 in Luzern, SJZ 103 (2007) 595 f.

Die Inanspruchnahme der Bankgarantie

Susan Emmenegger/Andrea Zbinden

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	140
Einführung.....	143
I. Grundlagen.....	144
1. Begriff und Funktionsweise.....	144
2. Abrufmechanismen.....	146
a) Garantie auf erstes Anfordern.....	147
b) Garantie gegen Vorlage von Dokumenten.....	147
c) Garantie auf erstes Anfordern mit Effektivklausel.....	148
II. Garantiestrenge.....	149
1. Dokumentenstrenge.....	149
2. Garantiestrenge.....	150
3. Konkretisierung des Grundsatzes der Garantiestrenge.....	150
a) Garantiestrenge als allgemeiner Grundsatz.....	151
aa) Abruf durch den formell richtigen Begünstigten.....	151
bb) Abruf gegenüber der formell richtigen Garantiebank.....	151
cc) Formell richtige Abruferklärung.....	152
dd) Fristgerechter Abruf.....	153
b) Garantiestrenge als Auslegungsregel.....	153
aa) Gesteigerter Vertrauensschutz des Wortlauts.....	153
bb) Praxisbeispiel.....	154
cc) Würdigung.....	155
III. Effektivklauseln.....	156
1. Meinungsstand.....	156
2. Rechtsprechung.....	157
3. Würdigung.....	158

IV.	Einwendungsdurchgriff.....	159
1.	Begriff und Funktionsweise.....	160
2.	Voraussetzungen: Doppelte Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs.....	161
3.	Neuere Rechtsprechung.....	162
a)	Widerrechtliches oder sittenwidriges Valutaverhältnis.....	163
b)	Zweckwidriger Abruf.....	163
c)	Vorlage gefälschter Dokumente.....	164
d)	Unverhältnismässigkeit zwischen Valuta-Restschuld und abgerufener Garantiesumme.....	165
e)	Sonderfall: Ankündigung eines gerichtlichen Zahlungsverbots.....	166
f)	Fazit zur Praxis.....	168
V.	Internationale Entwicklungen.....	168
1.	Die Richtlinien der Internationalen Handelskammer.....	168
2.	Neuerungen.....	170
a)	Frist zur Prüfung der Garantiekonformität.....	171
b)	Dokumentenstrenge.....	172
aa)	Regelung gemäss ERA 500.....	172
bb)	Regelung gemäss ERA 600.....	173
cc)	Mögliche Konsequenzen für die künftige Garantie-Richtlinie.....	173

Literaturverzeichnis

- AFFAKI GEORGES, ICC Uniform Rules on Demand Guarantees, A User's Handbook to the URDG, Paris 2003.
- Le nouveau droit des crédits documentaires : les règles et usances 600, in : Banque & Droit 112/2007, S. 3–21.
- BERGER KLAUS PETER, Internationale Bankgarantien, Die neuen ICC Richtlinien für Garantien auf erste Anforderung, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWir) 1993, S. 1–12.
- BÜHLER THEODOR, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr: Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt, Zürich 1997.
- BÜSSER ANDREAS, Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten. Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie, Freiburg 1997.
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte, in: Marcus Lutter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, Berlin u. a. 1979, S. 31–64.

- Bankvertragsrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris u. a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, Dritter Band, 3. Teil: Bankvertragsrecht, Berlin und New York 1981.
 - Bankvertragsrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris u. a. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, Fünfter Band: Bankvertragsrecht, Erster Teil, 4. Aufl., Berlin 1988.
- COENDET THOMAS, *Insolvenzrisikoverteilung bei der Bankgarantie*, SZW 2007, S. 135-151.
- DOHM JÜRGEN, *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern 1985.
- EMMEMEGGER SUSAN, *Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen*, ZBJV 9/2007, S. 561–580.
- DE GOTTRAU NICOLAS, *Die Bankgarantie im schweizerischen Recht*, in: Friedrich von Westphalen/Brigitta Jud (Hrsg.), *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3. Aufl., Köln und Bonn 2005, S. 427–499.
- *Appel abusif à une garantie bancaire: rappel de jurisprudence*, <www.unige.ch/droit/cdbf>, actualité n° 340 du 19 juillet 2005.
 - *Garantie Bancaire: Devoir de coopération de la banque en cas d'appel abusif*, <www.unige.ch/droit/cdbf>, actualité n° 539 du 4 septembre 2007.
 - *Les nouvelles Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600)*, AJP 2007, S. 971–980.
- GUTZWILLER P. CHRISTOPH, *Bankgarantien im internationalen Handel, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Recht?*, ZSR 124 I (2005), S. 273-298.
- HADDING WALTHER/HÄUSER FRANZ/WELTER REINHARD, *Bürgschaft und Garantie. Welche Weiterentwicklungen des Bürgschaftsrecht sind wegen der tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen dieses Gebietes angezeigt? Empfiehlt es sich, den Garantievertrag neben der Bürgschaft als besonderes Schuldverhältnis im BGB zu regeln?*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III. Köln 1983, S. 571–759.
- HORN NORBERT, *Die Bankgarantie im internationalen Umfeld*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Personalsicherheiten. Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld*. Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, S. 87–129.
- ICC Commission on Banking Technique and Practice, *The business case for the revision of the URDG*, ICC Document 470/1090 vom 6. Februar 2006, <www.ba.org.tw/Committee/download_spec_file.asp?sn=561>.
- KLEINER BEAT *Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4. Aufl., Zürich 1990.
- KOLLER THOMAS, *Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts 4C.172/2000 (Beverly Overseas SA c. Privredna Banka Zagreb)*, AJP 2002, S. 464–471.
- LOGOZ FRANÇOIS, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire : étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*. Diss. jur. Lausanne 1991.
- LOMBARDINI CARLO, *Droit bancaire Suisse*, Zürich u. a. 2002.

- LOSER PETER, Die Abtretung und Verpfändung von Garantieansprüchen zur Kreditsicherung, SZW 2006, S. 200–213.
- LÖW FRANZISKA, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz: eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, Basel 2002.
- MATTOUT JEAN-PIERRE, Les nouvelles règles et usances 600 de la CCI relatives aux crédits documentaires, Banque & Droit 112/2007, S. 22–26.
- NIELSEN JENS, Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, in: Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band II, 3. Aufl., München 2007, S. 1977–2069.
- NOBEL PETER, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979.
- Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz. Ergänzungsband. Bern 1984.
- RAPP JEAN-MARC, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in: Nicolas Iynedjian (Hrsg.), Sûretés et garanties bancaires. Exposés présentés lors de la Journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 14 septembre 1995 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1997, S. 259–289.
- VON REINERSDORFF, WOLFGANG, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, Berlin 1983.
- ROSSI TUTO RAIMONDO, La garantie bancaire à première demande : pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé (Diss. Freiburg), Lausanne 1989.
- ROTH JÜRIG, Leasing im Lichte des revidierten Konsumkreditgesetzes, AJP 2002, S. 968–977.
- SCHNAUDER FRANZ, Zahlungsverprechen auf erstes Anfordern im System des Schuldrechts, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2000, S. 2073–2081.
- SCHMIDT JÖRG, Die Effektivklausel in der Bürgschaft auf erstes Anfordern, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1999, S. 308–313.
- SCHÖNLE HERBERT, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, SJZ 79 (1983), S. 53–61 und SJZ 79 (1983), S. 73–78.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.
- Art. 11–17, 22–31 OR, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel u.a. 2007.
- TERCIER PIERRE/VENTURI SILVIO, Les contrats spéciaux, 3e éd., Zürich 2003.
- TEVINI DU PASQUIER SILVIA, art. 111 CO, art. 110–113 CO, art. 407–411 CO, art. 466–471 CO, in: Luc Thévenoz/ Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1–529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Genf u. a. 2003.
- THÉVENOZ LUC, Les garanties indépendantes devant les tribunaux Suisses, Journée 1994 de droit bancaire et financier, Bern 1994, S. 167–197.

- TRIGO TRINDADE RITA, *Jurisprudence récente en droit bancaire privé*, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Bern 2001, S. 215–244.
- VON WESTPHALEN FRIEDRICH, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, in: Friedrich von Westphalen/Brigitta Jud (Hrsg.), *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 3. Aufl., Köln und Bonn 2005, S. 1–384.
- ZOBL DIETER *Die Bankgarantie im Schweizerischen Recht*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Personalsicherheiten. Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld*. Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997, S. 23–53.

Einführung

Die Bankgarantie ist aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken; zu stark sind die grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen, zu stark ist aber auch im Binnenmarkt das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Absicherung. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf einen Aspekt der Bankgarantie, nämlich deren Inanspruchnahme. Dabei soll – nach einem kurzen Rückblick auf die Grundlagen (I.) – das Schwergewicht auf einigen Punkten liegen, bei denen sich die Rechtsprechung in den letzten Jahren weiterentwickelt hat. Sie betreffen die Garantiestrengung (II.), die Behandlung von Effektivklauseln (III.) und den Einwendungsdurchgriff (IV.) Den Schluss bilden die aktuellen internationalen Entwicklungen, insbesondere die Einheitlichen Richtlinien der Internationalen Handelskammer (V.).

I. Grundlagen

1. Begriff und Funktionsweise

Das Bundesgericht definiert die Bankgarantie als einseitige Verpflichtung der Bank, die Verfügbarkeit einer bestimmten Geldsumme sicherzustellen, damit der Garantiebegünstigte die Zahlung verlangen kann, falls die mit dem Garantierauftraggeber vereinbarten Zahlungsverhältnisse erfüllt sind.¹

In praktischer Hinsicht ist die Bankgarantie als Dreiparteienverhältnis angelegt: Beteiligt sind die Bank als Garantin, der (Garantie-)Auftraggeber und der (Garantie-)Begünstigte.² Für die Rechtsbeziehungen zwischen diesen Beteiligten haben sich folgende Begriffe eingebürgert: Das Valutaverhältnis bezeichnet die Verbindung zwischen dem Auftraggeber und dem Begünstigten, das Deckungsverhältnis die Verbindung zwischen dem Auftraggeber und der Bank, und das Garantieverhältnis die Verbindung zwischen der Bank und dem Begünstigten.³

Materiellrechtlich sind diese Verhältnisse wie folgt ausgestaltet: Beim Valutaverhältnis kann es sich um einen beliebigen Vertrag handeln, in dessen Rahmen der Auftraggeber dem Begünstigten eine Leistung schuldet, die

¹ Wörtlich BGE 131 III 511 E. 4.1. S. 524: «Les garanties bancaires peuvent se définir, de manière générale comme la promesse unilatérale de la banque d'assurer la disponibilité d'une certaine somme d'argent pour le cas où le bénéficiaire en ferait demande selon sa convention avec le donneur d'ordre». (unter Hinweis auf TEVINI DU PASQUIER, Commentaire Romand, N 36 zu art. 111 CO). Vgl. auch die Definition bei ZOBL, Bankgarantie, 25: «Unter einer Bankgarantie verstehen wir einen *einseitigen Vertrag* zwischen der Bank als Garantin und dem Begünstigten als Garantiennehmer, in welchem die Bank – meist auf Ersuchen eines ihrer Kunden, des Garantierauftraggebers – dem Begünstigten verspricht, ihm eine Zahlung in bestimmter Höhe zu leisten, falls ein Dritter seine Leistung nicht erbringt oder sich ein sonstiges Risiko (Ereignis) verwirklicht (Garantiefall).» Weitere Definitionen bei TERCIER/VENTURI, Les contrats spéciaux, Rn. 6313; RAPP, Garanties bancaires, 260; GUTZWILLER, ZSR 2005, 274. Merke: Die Bank kann auch eine «reine Garantie» abgeben, indem sie sich z. B. verpflichtet, das Defizit eines Unternehmens oder eines Anlasses zu decken. Der Regelfall bildet allerdings die «bürgerschaftsähnliche Garantie», die nachfolgend auch behandelt wird. Zu den beiden Typen siehe BGE 113 II 434 E. 2 S. 435 f.

² Strukturell zwingend ist dies – im Unterschied zur Anweisung (Art. 466 OR) – allerdings nicht, die Bank könnte auch von sich aus eine Garantieerklärung abgeben, vgl. ZOBL, Bankgarantie, 27. Zum praktischen Regelfall des Dreiparteienverhältnisses vgl. BGer 4C.81/1996, in SJ 1997, 245 E. 4b S. 250; BGE 131 III 511 E. 4.1. S. 524.

³ Vgl. zur Terminologie COENDET, SZW 2007, 136; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 429.

mittels Bankgarantie abgesichert werden soll (Kauf, Werkvertrag, Auftrag, etc.). Dem Deckungsverhältnis liegt demgegenüber in aller Regel ein Auftrag zugrunde: Die Bank gibt auf Ersuchen ihres Kunden (Garantieauftraggeber) eine Garantieerklärung ab.⁴ Was das Garantieverhältnis angeht, so handelt es sich bei der typischen Bankgarantie um einen Vertrag, der heute vom Bundesgericht durchweg unter Art. 111 OR subsumiert wird.⁵ Die Diskussion um die dogmatische Einordnung der Garantieerklärung, namentlich, ob es sich um einen Anwendungsfall der Anweisung handle, oder um einen Vertrag *sui generis*, ist damit vorderhand entschieden.⁶ Die praktische Bedeutung des Qualifikationsstreits war seit jeher gering.⁷

Der Begünstigte kann von der Bank die Zahlung verlangen, wenn die im Garantievertrag festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, wenn also der *formelle Garantiefall* eingetreten ist. Davon zu unterscheiden ist der *materielle Garantiefall*. Er betrifft das (Valuta-)Verhältnis zwischen dem Garantieauftraggeber und dem Begünstigten und bezeichnet das Risiko, das mit der Bankgarantie abgesichert werden soll – im Regelfall also das Risiko, dass der Garantieauftraggeber nicht richtig leistet.⁸ Die Besonderheit der (Bank-)Ga-

⁴ Regelfall bei der Bankgarantie BGer 4C.81/1996, in SJ 1997, S. 245 E. 4b, nicht zwingend bei anderen Garantieformen, vgl. BGE 131 III 511 E. 4.1. S. 524.

⁵ Vgl. etwa BGE 113 II 434 E. 2a S. 436 («Der gemeinhin unter Art. 111 OR subsumierte Garantievertrag (...)»). Wortgleich BGer 4C.150/2006 E. 3.1. Vgl. auch BGE 129 III 702 E. 2 S. 704 («[Das] Garantieversprechen nach Art. 111 OR (...)»); BGE 125 II 305 E. 2a S. 307 («La principale question litigieuse est de savoir si l'engagement (...) doit être qualifié de porte-fort (art. 111 CO) (...)»). Siehe sodann BGE 120 II 34 E. 6d S. 34 f.; BGE 120 II 334 E. 3a S. 334; 111 II 276 E. 2b S. 279 f.

⁶ Als Anweisung qualifiziert in BGE 117 III 76 E. 6a S. 77; BGer vom 22.3.1977, Banca A. gegen C. Bank, abgedruckt in NOBEL, Praxis zum Bankenrecht, 387 ff. Änderung der Rechtsprechung zugunsten von Art. 111 OR in BGer 4C.23/1998 E. 2a, abgedruckt in TRIGO TRINDADE, Jurisprudence récente, 239 ff.; Als Vertrag *sui generis* qualifiziert in BGE 119 II 132, nicht veröffentlichte Erwägung 4.a), zit. in BÜSSER, Einreden und Einwendungen, 483; BGer C.440/1986 E. 2c, zit. in BÜSSER, Einreden und Einwendungen, 27 Fn. 104. Für die Lehrmeinungen siehe die Nachweise bei DE GOTTRAU, Bankgarantie, 453 ff.; ZOBL, Bankgarantie, 25 ff.

⁷ Mit Blick auf die Subsumtion unter Art. 111 OR oder Art. 468 OR besteht ein Unterschied hinsichtlich des Zeitpunkts des Zustandekommens des Vertrages: Bei der Anweisung mit dem Zugang der Verpflichtungserklärung beim Begünstigten, beim Garantievertrag mit dem (effektiven oder fingierten, vgl. Art. 6 Abs. 1 OR) Zugang der Annahmeerklärung, wobei zu beachten ist, dass die *Gestaltungswirkung* sich nach Art. 10 OR beurteilt. Bei der Bankgarantie ist vom Eintritt der Gestaltungswirkung mit dem Zugang der Garantieerklärung (Art. 10 Abs. 2) auszugehen.

⁸ Zur dieser Unterscheidung auch HGer ZH, ZR 86 (1987), E. 3.2 und 3.4. S. 91 f. Einlässlich BGH, WM 1986, 1430. Der Begriff des formellen Garantiefalls und dessen Abgren-

rantie besteht darin, dass der formelle Garantiefall weitgehend unabhängig ist vom materiellen Garantiefall: Die Bank zahlt, wenn die Voraussetzungen des Garantievertrages erfüllt sind, und nicht im Hinblick auf die Geschehnisse im Valutaverhältnis; die Garantie ist also namentlich auch dann geschuldet, wenn sich herausstellt, dass die Schuld des Garantieauftraggebers nicht entstanden, nichtig oder anfechtbar ist.⁹ Das ist gemeint, wenn man von der «Abstraktheit» oder der «Nicht-Akzessorietät» der Bankgarantie spricht.¹⁰

2. Abrufmechanismen

Die Abkoppelung des Garantievertrages vom Valutaverhältnis ist wesentlich für die *Liquiditätsfunktion* der Garantie: Sie erlaubt dem Begünstigten den sofortigen Zugriff auf liquide Mittel. Die endgültige Zuordnung der entsprechenden Vermögenswerte entscheidet sich erst in einem zweiten Schritt, nämlich in der Auseinandersetzung zwischen dem Garantieauftraggeber und dem Begünstigten. Die Liquidität der Bankgarantie ist allerdings nicht in jedem Fall umfassend, sondern hängt von den Voraussetzungen ab, welche der Garantievertrag für deren Abruf vorsieht. In der Praxis haben sich verschiedene Abrufmechanismen etabliert:

zung zum materiellen Garantiefall geht zurück auf HADDING/HÄUSER/WELTER, Bürgschaft und Garantie, 718 Fn. 806: «Der ‹formelle› Garantiefall folgt allein aus der Formulierung des Garantieversprechens und den dort aufgeführten Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Garantie. Der ‹materielle› Garantiefall bezeichnet dagegen im Sinne eines Sicherungszwecks die Voraussetzungen, unter denen die Garantie im Verhältnis zum Garantieauftraggeber zu Recht in Anspruch genommen werden kann.» Der Begriff des formellen Garantiefalls wurde mit BGH, WM 1984, 690 in die Rechtsprechung übernommen, vgl. SCHNAUDER, WM 2000, 2073 Fn. 1.

⁹ Zuletzt BGer 4C.150/2006 vom 29. Juni 2006 E. 3. Vgl. auch BGE 129 III 703 E. 2.1. S. 704. Zum Ausnahmefall des rechtsmissbräuchlichen Abrufs siehe hinten Ziff. IV. Für das deutsche Recht vgl. BGH, WM 1986, 1430: «Würde man (...) zulassen, dass ein erst im Wege der Vertragsauslegung zu ermittelnder Einwand aus dem Valutaverhältnis im Garantieprozess zu prüfen wäre, um die Garantie durchzusetzen, würde man (...) den Zweck der Garantie auf erstes Anfordern vereiteln.»

¹⁰ Zu den Begriffen LOSER, SZW 2006, 203 f.; GUTZWILLER, ZSR 2005, 278. Ausführlich SCHNAUDER, WM 2000, 2075 f.

a) Garantie auf erstes Anfordern

Bei der Garantie auf erstes Anfordern genügt die einfache Aufforderung des Begünstigten, damit die Bank die Garantieleistung erbringen muss.¹¹ Der Begünstigte ist gegenüber der Bank nicht weiter begründungspflichtig, und die Bank trifft ihrerseits auch keine weitergehende Prüfungspflicht. Die Liquiditätsfunktion der Bankgarantie ist bei diesem Abrufmechanismus umfassend verwirklicht, weil sie dem Begünstigten die schnelle und unkomplizierte Befriedigung seiner Ansprüche erlaubt. Auch für die Bank ist diese Garantief orm attraktiv, weil sich ihr Prüfungsaufwand auf ein Minimum beschränkt und sie insbesondere vermeidet, in das Valutaverhältnis hineingezogen zu werden, dessen Einzelheiten sie gar nicht kennt. Für den Garantief auftraggeber ist diese Garantief orm dagegen insofern riskant, weil die Gefahr besteht, dass der Begünstigte von seinem Abrufrecht Gebrauch macht, obwohl sich der materielle Garantief all – sprich: die Leistungsstörung – nicht verwirklicht hat. Der Garantief auftraggeber trägt mit anderen Worten das «Seriositätsrisiko»¹² für den Begünstigten.

b) Garantie gegen Vorlage von Dokumenten

Eine Möglichkeit, das Risiko für einen unberechtigten Abruf zu vermindern, besteht darin, die Garantieleistung (den formellen Garantief all) an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen. So kann man im Garantievertrag vorsehen, dass der Begünstigte der Bank gewisse Dokumente vorlegen muss. Dabei kann es sich um Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteile, Konnossemente, Lieferscheine, Expertengutachten, Bestätigungen etc. handeln.¹³ Je nach Dokument kann die Liquidität der Garantie stärker oder weniger stark eingeschränkt sein. Handelt es sich um ein Gerichtsurteil, das den materiellen Garantief all bestätigt, kann man von einem sofortigen Zugriff auf liquide Mittel nicht mehr ernsthaft sprechen. Dem Begünstigten bleibt immerhin der Vorteil, mit der Bank eine solvente Schuldnerin zu haben. Handelt es sich beim Dokument lediglich um eine formalisierte schriftliche Erklärung des Begüns-

¹¹ Vgl. BGE 119 II 132 E. 5aa S. 133. Zur Garantie auf erstes Anfordern auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, 442; ZOBL, Bankgarantie, 37. Im internationalen Kontext vgl. GUTZWILLER, ZSR 2005, 288 f.; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien, 14 f.

¹² VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 4.

¹³ Vgl. BGE 119 II 133. Siehe auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, 444; LOGOZ, La protection de l'exportateur, 40. Im internationalen Kontext vgl. GUTZWILLER, ZSR 2005, 289 ff.; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien, 15 f.

tigten, der materielle Garantiefall habe sich verwirklicht,¹⁴ so behält die Bankgarantie ihre Liquiditätsfunktion. Ob man solche Erklärungen überhaupt der Garantie gegen Vorlage von Dokumenten zuordnen will, ist streitig. Das Bundesgericht schwankt bei der Zuordnung zwischen der dokumentären Garantie und der Garantie mit Effektivklausel.¹⁵

c) Garantie auf erstes Anfordern mit Effektivklausel

Auch die Garantie mit Effektivklausel will einen unberechtigten Abruf seitens des Begünstigten verhindern. Hier verlangt der Garantievertrag als Voraussetzung für den Abruf, dass der materielle Garantiefall («effektiv») eingetreten sei. Die Klausel wird etwa lauten, dass die Garantiesumme geleistet wird, sofern der Begünstigte die Leistung nicht vertragskonform erhalten hat, oder sofern ein Schaden eingetreten ist.¹⁶ Effektivklauseln in Garantien auf erstes Anfordern sind nicht ohne Widerspruch: Entweder ist auf die erste Anforderung hin zu zahlen, *oder* es besteht eine zusätzliche Zahlungsvoraussetzung in Gestalt des Eintritts des Garantiefalles.¹⁷ Nichtsdestotrotz kommen Garantien auf erstes Anfordern mit Effektivklausel in der Praxis vor.¹⁸ Wie liquide solche Garantien sind, hängt davon ab, welcher Nachweis der Begünstigte für die Nichtleistung oder den Schaden zu erbringen hat. Diese Frage ist umstritten; sie wird nachfolgend vertieft behandelt.¹⁹

¹⁴ Für ein Beispiel siehe die Garantieklausel in BGer 4A_171/2007, Sachverhalt A: «(...) contre votre confirmation écrite que le montant réclamé est exigible et que [X.____] n'a pas rempli ses obligations contractuelles de mise en service et/ou ses obligations contractuelles de garantie.» Siehe auch BGE 122 III 273 f.

¹⁵ Als dokumentäre Garantie bezeichnet in BGE 119 II 132 E. 5a/bb S. 133. Zustimmend: THÉVENOZ, Garanties indépendantes, 181. Als Garantie mit Effektivklausel (garantie à première demande justifiée) bezeichnet in BGer vom 6. November 1997, SJ 1997 246 E. 4a/bb S. 250. Für diese Zuordnung auch DE GOTTRAU, Bankgarantie, 445; RAPP, Garanties bancaires, 277 f.; BÜHLER, Sicherungsmittel, 140; LOGOZ, La protection de l'exportateur, 41 f.; ROSSI, La garantie bancaire à première demande, Rn. 243 (mit einem engen Verständnis der dokumentarischen Garantie, siehe Rn. 246).

¹⁶ DE GOTTRAU, Bankgarantie, 442; KLEINER, Bankgarantie, Rn. 17.04.

¹⁷ Zu diesem Widerspruch auch BGE 119 II 132 E. 5a/aa S. 133.

¹⁸ Vgl. etwa BGE 119 II 132 E. 5a/aa S. 133.

¹⁹ Siehe unten, Punkt III.

II. Garantiestrengue

Welche Grundsätze sind hinsichtlich des Garantieabrufs bei den verschiedenen Abrufmechanismen zu beachten? Ein wichtiger Grundsatz ist die Garantiestrengue. Die Garantiestrengue hat eine (altbekannte) Vorläuferin, die Dokumentenstrengue.

1. Dokumentenstrengue

Das Bundesgericht hat bereits in BGE 122 III 273 festgehalten, dass bei der dokumentären Garantie der Grundsatz der Dokumentenstrengue gilt.²⁰ Es wendet ausdrücklich denselben Massstab an wie beim Dokumentenakkreditiv: Die Bank darf die Zahlung nur leisten, wenn die ihr vorliegenden Dokumente der Form und dem Inhalt nach genau den Erfordernissen der Garantieklausel entsprechen.²¹ Ein neuerer Entscheid zum Dokumentenakkreditiv zeigt, wie strikt das Bundesgericht den Grundsatz der Dokumentenstrengue anwendet: Bereits eine Abweichung in der Angabe der Gesellschaftsform zwischen den Akkreditivbedingungen und dem eingereichten Dokument genügt, damit die Bank die Honorierung verweigern kann.²² Im konkreten Fall sahen die Akkreditivbedingungen vor, dass die «T. *spa*, L. [Italien]» die Warenübernahme auf eigenem Briefpapier zu bestätigen habe. Die der Bank vorgelegte Bestätigung war dagegen von der «T. *srl*, L. [Italien]» auf deren Briefpapier verfasst. Das Kürzel «*spa*» steht für die «società per azioni» und entspricht in etwa der schweizerischen Aktiengesellschaft, das Kürzel «*srl*» steht für die «società a responsabilità limitata» und entspricht in etwa der schweizerischen GmbH. Das Handelsgericht des Kantons Zürich erachtete die Weigerung der Bank, die Dokumente aufgrund dieser Abweichung nicht zu honorieren, unter dem Grundsatz der Dokumentenstrengue als gerechtfertigt, was vom Bundesgericht bestätigt wurde.²³

²⁰ So bereits BGer vom 16. März 1983 (in Bestätigung des Entscheids der Vorinstanz: HGer ZH vom 21.5.1982), zitiert in NOBEL, Praxis zum Bankenrecht (Ergänzungsband), 234 f.

²¹ Vgl. BGE 112 III 273 E. 3a/aa S. 275 f., bestätigt in BGer 4C.144/2003 E. 3.1.

²² BGer 4C.393/2005, insb. E. 2.

²³ BGer 4C.393/2005, E. 3.3. und 3.4.

2. Garantiestrenge

Der Grundsatz der Dokumentenstrenge besagt, dass die der Bank vorgelegten und die im Garantievertrag genannten Dokumente genau übereinstimmen müssen. Von der Dokumentenstrenge kann man also sinnvoll nur bei den dokumentären Garantien sprechen.²⁴ Tatsächlich hat das Bundesgericht unter dem Titel der Dokumentenstrenge seine strikte Haltung schon früh auf andere, nicht dokumentbezogene Abrufvoraussetzungen ausgedehnt, zum Beispiel im Hinblick darauf, dass allfällige Erklärungen effektiv gegenüber den im Garantievertrag vorgesehenen Personen ergehen müssen.²⁵ In einem Entscheid aus dem Jahre 2003 vollzog es diesen Schritt schliesslich auch in formeller Hinsicht. Das Gericht führte aus, die formalisierte Betrachtungsweise, die man mit dem Grundsatz der Dokumentenstrenge verbinde, greife insgesamt für die Voraussetzungen des Garantieabrufes, also nicht nur für dokumentenbezogene Voraussetzungen, sondern auch für andere, materielle Voraussetzungen.²⁶ In Anlehnung an *Canaris* verwendete das Bundesgericht hierfür den Begriff der Garantiestrenge.²⁷

3. Konkretisierung des Grundsatzes der Garantiestrenge

Nach dem Verständnis des Bundesgerichts beinhaltet die Garantiestrenge zwei Aspekte: Die Garantiestrenge als allgemeiner Grundsatz bedeutet, dass die Abrufvoraussetzungen, die im Garantievertrag festgehalten sind, genau eingehalten werden müssen. Die Garantiestrenge als Auslegungsregel bedeutet, dass das Bundesgericht für den Inhalt und die Tragweite der Abrufvoraussetzungen massgeblich auf den Garantietext abstellt.

²⁴ So auch BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

²⁵ BGE 122 III 273 E. 3b/bb S. 277.

²⁶ BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

²⁷ BGer 4C.144/2003 E. 2.2., unter Hinweis auf CANARIS, HGB-Kommentar, N° 1133a. Zum Begriff selbst vgl. N 1133.

a) Garantiestrengung als allgemeiner Grundsatz

Was die Garantiestrengung als allgemeinen Grundsatz angeht, so lassen sich beispielhaft folgende Präzisierungen anfügen:

aa) Abruf durch den formell richtigen Begünstigten

Der Abruf muss durch den formell richtigen Begünstigten oder seinen bevollmächtigten Vertreter erfolgen. Das ist unstrittig. Hingegen stellt sich insbesondere bei juristischen Personen die Frage, ob die Bank die Vertretungsbefugnis der Erklärungsträger überprüfen muss. Häufig sieht der Garantievertrag vor, dass der Begünstigte den Abruf der Bankgarantie über seine (Haus-)Bank vornehmen muss und dass diese gegenüber der Garantiebank die Vertretungsbefugnis zu bestätigen hat. Dann kann die (Garantie-)Bank auf diese Bestätigung abstellen. Regelt der Garantievertrag diese Frage nicht, so sollte es mit Blick auf die Liquiditätsfunktion der Bankgarantie genügen, wenn die Vertretungsbefugnis dem äusseren Anschein nach vorliegt – etwa, wenn die Unterzeichnenden sich selbst als Organe oder Zeichnungsbefugte bezeichnen.²⁸

bb) Abruf gegenüber der formell richtigen Garantiebank

Der Abruf muss sodann gegenüber der formell richtigen Garantiebank erklärt werden. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz in einem Fall bestätigt, bei dem unstrittig war, dass die Garantiebank materiell vom Abruf Kenntnis hatte.²⁹

Im Übrigen ist die Abruferklärung an diejenige Bank zu richten, die im Garantievertrag als Adressatin bezeichnet ist. Fehlt ein expliziter Hinweis, so geht die Erklärung an diejenige Bank, welche die Garantiekunde ausgestellt hat. Das gilt auch für die Zweigniederlassung. Hat sie die Garantie ausgestellt, ist sie trotz mangelnder eigener Rechtspersönlichkeit Abruf-Adressatin.³⁰ Überträgt man zudem die jüngste Rechtsprechung zur Dokumentenstrengung auf die vorliegende Frage, so ist auch die Rechtsform der Garantiebank korrekt wiederzugeben.³¹

²⁸ In diesem Sinne NIELSEN, Bankrechts-Handbuch, § 121 N 183. Für eine Prüfungspflicht DOHM, Bankgarantien, Rn. 191; VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 158 ff.

²⁹ BGE 122 III 273 E. 3b/bb S. 277.

³⁰ Vgl. hierzu, Internationale Bankgarantie, 176 f. Zur mangelnden Rechtspersönlichkeit der Zweigniederlassung siehe BGE 120 III 11 E. 1 S. 13.

³¹ Vgl. BGer 4C.393/2005, insb. E. 3.3. (Dokumentenakkreditiv).

cc) Formell richtige Abruferklärung

Weiter muss der Abruf so erklärt werden, wie es in der Urkunde vorgesehen ist.³² Eine wörtliche Übereinstimmung mit dem Urkundeninhalt ist allerdings nur dann erforderlich, wenn der Garantievertrag es ausdrücklich fordert.³³ Auch die Form muss gewahrt bleiben. Wo zusätzliche Präzisierungen angefügt sind – z. B. wird die Original-Briefform verlangt –, muss der Begünstigte sich daran halten.³⁴ Verlangt der Garantietext einzig die Schriftlichkeit, so genügt auch ein Faxschreiben.³⁵ Ob die Schriftform auch bei Verwendung von E-Mail gewahrt bleibt, ist offen.³⁶ Vom Formerfordernis des Abrufschreibens zu unterscheiden ist das Formerfordernis bei der Vorlage von Dokumenten bei der dokumentären Garantie. Hier gilt der Grundsatz, dass der Bank die Originaldokumente vorzulegen sind.

Sodann muss der Abruf grundsätzlich in derjenigen Sprache erfolgen, in der der Garantievertrag abgefasst ist. Angesichts der internationalen Verwendung von Garantien und der Schweiz als internationalem Finanzplatz muss auch die Inanspruchnahme auf Englisch zulässig sein.³⁷ Sprachbedingte Abweichungen gehen dann allerdings zu Lasten des Begünstigten.

³² BGE 122 III 273 E. 3a/aa S. 276; BÜSSER, Einreden und Einwendungen, Rn. 862; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 466 f.; DOHM, Bankgarantien, Rn. 205; LÖW, Missbrauch von Bankgarantien, 46. Für Deutschland vgl. BGH, WM 1996, 394; BGH, WM 1996, 771. Siehe auch CANARIS, HGB-Kommentar, N 1130 und 1133.

³³ ZR 88/1989, S. 184, E. 1.b.; BGH, BB 1997, 2070; BGH, WM 2000, 2336.

³⁴ Vgl. dazu BGer 4P.260/2000 E. 4 (Vorlage einer Kopie vom Schiedsgericht als nicht der Garantievereinbarung entsprechend befunden. Allerdings hielt das Schiedsgericht auch fest, dass der Garantierauftraggeber den Begünstigten von diesem Formfehler hätte benachrichtigen sollen).

³⁵ DOHM, Bankgarantien, Rn. 192. Gleich Camera Civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 18.8.2004, i.S. UBS SA v. Banca Raiffeisen, E. 3, RtiD 2005, 810. Abrufbar auch unter <www.CommercialArbitration.ch> -> Diritto Bancario -> 18.8.2004.

³⁶ Für die Garantie nach deutschem Recht VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 163. Das BGB lässt gemäss § 126 Abs. 3 zu, dass die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt wird, falls sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Für die Schweiz ist zu beachten, dass das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit nach herrschender Lehre im Falle von E-Mail nur gewahrt ist, wenn eine elektronische Signatur verwendet wird (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR).

³⁷ A.A. LOMBARDINI, Droit bancaire, 308 N 69.

dd) Fristgerechter Abruf

Der Abruf muss fristgerecht erfolgen. Hier gilt – soweit schweizerisches Recht anwendbar ist – das Zugangsprinzip: Der Begünstigte trägt das Übermittlungsrisiko, die Bank trägt das Risiko der Kenntnisnahme.³⁸ Fraglich ist, ob der Grundsatz der Garantiestrenge gewahrt ist, wenn der Begünstigte die Garantie zwar fristgerecht abrufen, aber erst nach Ablauf der Frist die Bezifferung vornimmt. Massgeblich ist zunächst der Garantievertrag. Ist diesem allerdings nicht klar zu entnehmen, dass eine Bezifferung zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist, so ist im Rahmen des Garantieabrufs auch die Summe zu nennen, die abgerufen wird. Andernfalls hätte es der Begünstigte in der Hand, die vereinbarte Garantiefrist beliebig zu verlängern.³⁹

b) Garantiestrenge als Auslegungsregel

Die Garantiestrenge als Auslegungsregel bedeutet, dass das Bundesgericht für den Inhalt und die Tragweite der Abrufvoraussetzungen massgeblich auf den Garantietext abstellt. Die «formalisierte Betrachtungsweise» führt das Bundesgericht also zu einer spezifischen Auslegungspraxis, die dem Wortlaut der Garantieklausel ein überragendes Gewicht einräumt.⁴⁰

aa) Gesteigerter Vertrauensschutz des Wortlauts

In der sonstigen Auslegungspraxis des Bundesgerichts zu Vertragsklauseln halten sich bei der Anwendung des Vertrauensprinzips der Wortlaut und die sonstigen Umstände die Waage. Zwar lautet die bundesgerichtliche Formel zur Auslegung von Verträgen, dass ein klarer Wortlaut bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Vorrang hat vor weiteren Auslegungs-

³⁸ Zum Zugangsprinzip vgl. etwa SCHWENZER, OR AT, Rn. 27.22 ff.

³⁹ Gleicher Ansicht LOMBARDINI, Droit bancaire, 310 N 74 (für die – in diesem Fall relevante – Garantie mit Maximalsumme). So auch OLG Frankfurt, WM 1983, 517; VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 171 f.

⁴⁰ Diese Doppelfunktion besteht auch im deutschen Recht, vgl. etwa BGH, WM 1984, 690: «Im übrigen würde eine Auslegung, für die sich im Text des Garantievertrages keine Anhaltspunkte finden und die sich auf Umstände ausserhalb der Urkunde stützen müsste, dem Grundsatz der Garantiestrenge widersprechen, weil sie die Rechtslage der Bank durch eine Verschärfung der Prüfungspflicht unzumutbar verschärfen würde.» Siehe zur Verwendung des Grundsatzes der Garantiestrenge als Auslegungsprinzip auch CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1133; VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 179 f.

mitteln.⁴¹ Im Einzelfall wird diese Vorrangstellung aber regelmässig durchbrochen. Gerade die Rechtsprechung, die einen anderen Schauplatz der Garantie betrifft, nämlich die Frage der Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft, ist hierfür ein gutes Beispiel. Dort hat das Bundesgericht – jedenfalls bei Sicherungsversprechen zugunsten von Familienangehörigen – wiederholt erklärt, der klare Wortlaut sei nicht entscheidend.⁴²

Anders bei der Garantieklausel. Unter dem Titel der Garantiestrenge gilt hier mehr als sonst eine formalisierte Betrachtungsweise. Die Garantiestrenge bedeutet, dass der Wortlaut der Garantieklausel einen gesteigerten Vertrauensschutz genießt.⁴³ Welch überragendes Gewicht das Bundesgericht dem Wortlaut einräumt, zeigt ein Entscheid aus dem Jahr 2003.

bb) Praxisbeispiel

Im genannten Fall leistete die Bank eine Anzahlungsgarantie für einen Vertrag über die Lieferung einer Maschine nach Deutschland. Die Garantieklausel lautete wie folgt: «Diese Anzahlungsgarantie tritt erst in Kraft, wenn der Zahlungsbetrag auf dem Konto der Firma C [Verkäuferin] bei der Bank A [Garantiebank] eingetroffen ist.» Die Käuferin und Begünstigte überwies den Zahlungsbetrag auf ein Konto der Garantieauftraggeberin – allerdings auf ein Konto bei einer anderen als der Garantiebank (Konto der Bank D). Die Garantieauftraggeberin überwies in der Folge mehrere Beträge von ihrem Konto bei der Bank D auf ihr Konto bei der Garantiebank. Die Summe dieser Beträge war höher als die geschuldete Anzahlung. Zudem enthielten die Überweisungen keinen Hinweis darauf, dass es sich um die fraglichen Zahlungsbeträge handelte. Als die Begünstigte die Garantie abrufen wollte, verweigerte die Garantiebank die Zahlung unter Hinweis darauf, dass das Geld nicht auf das in der Garantie genannte Konto über-

⁴¹ Für die Garantie etwa BGE 131 III 511 E. 4.3. S. 525 («[I]l convient d'interpréter l'engagement du garant conformément au principe de la confiance (...) en se fondant un premier lieu sur le texte de la garantie (...)»).

⁴² Vgl. BGE 129 II 702 E. 2.4.1. S. 707 («Dementsprechend misst die Rechtsprechung dem Umstand, dass die Parteien präzise juristische Bezeichnungen verwendet haben, für sich allein keine entscheidende Bedeutung zu.»). Siehe auch BGer 4C.274/2001 E. 2.2. («Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, (...)»). Als Hinweis auf die jüngsten Abgrenzungsentscheide: BGer 4A_420/2007 und BGer 4C.24/2007. Für eine Analyse der Rechtsprechung: Emmenegger, ZBJV 2007, 561 ff.

⁴³ Vgl. BGE 122 III 273 E. 3a/aa S. 275: «Comme dans le crédit documentaire irrévocable, il y a, au moins dans le rapport entre la banque et le bénéficiaire, un formalisme strict qui impose de prendre en considération seulement la teneur de la clause de garantie.» Vgl. weiter BGer 4C.144/2003 E. 3.3. Für die Lehre siehe DOHM, Bankgarantien, Rn. 198.

wiesen worden sei. Die Begünstigte klagte gegen die Bank. Das Bundesgericht entschied zugunsten der Begünstigten.

Nach Auffassung des Bundesgerichts folgt aus dem Grundsatz der Garantiestrenge, dass der Begünstigte zwar sämtliche Abrufvoraussetzungen erfüllen muss, aber eben nur diese: «Vorleistungen, die sich nicht eindeutig aus dem Garantietext ergeben, kann der Garant nicht verlangen, hat er sich doch selbst zuzuschreiben, wenn er bei der Formulierung der Garantie nicht die erforderliche Sorgfalt walten liess. (...) Auch der Begünstigte verdient einen gesteigerten Schutz seines Vertrauens auf den Inhalt der Garantiekunde (...).»⁴⁴ Bezugnehmend auf die Garantieklausel hielt das Bundesgericht fest, dass das Subjekt des Satzes «der Zahlungsbetrag» sei. Dieser müsse auf dem Konto der Garantiebank eintreffen, damit die Zahlungsgarantie in Kraft trete. Der Betrag sei eingetroffen, also sei auch die in der Garantieklausel statuierte Zahlungsvoraussetzung erfüllt.⁴⁵

cc) Würdigung

Das Bundesgericht praktiziert im oben erwähnten Fall eine ausserordentlich strenge – um nicht zu sagen – überspitzt formalisierte Sichtweise.⁴⁶ Der Entscheid zeigt, dass die Garantiestrenge, deren Zweck es eigentlich ist, der Bank eine möglichst effiziente Prüfung ihrer Zahlungspflicht zu ermöglichen, eine Kehrseite hat. Die Kehrseite heisst: Garantiestrenge als Auslegungsregel. Die Banken müssen bei der Formulierung des Garantievertrages ausserordentlich sorgfältig sein und sich jede Eventualität überlegen. Hier hätte die Bank A gemäss Bundesgericht deutlich zum Ausdruck bringen müssen, dass sie eine unmittelbare Zahlung der Begünstigten verlangt, bzw. dass die Zahlung einen entsprechenden Hinweis auf die Zahlungsgarantie enthält.⁴⁷

Die aktuelle Rechtsprechung führt zu einer Mehrbelastung für die Banken, die sich nunmehr bei der Ausgestaltung der Garantieklausel jede Eventualität überlegen müssen. Ob sie damit immer viel gewinnen, ist fraglich. Längere Garantieklauseln bergen wiederum das Risiko von Widersprüchen und Unklarheiten.

⁴⁴ BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

⁴⁵ BGer 4C.144/2003 E. 3.4.

⁴⁶ Ähnlich die Rechtsprechung in Deutschland, vgl. etwa BGH, WM 2000, 2236. Ähnlich bereits BGH, WM 1997, 659 f.

⁴⁷ BGer 4C.144/2003 E. 3.4.

III. Effektivklauseln

Zu den grundlegenden Charakteristika der Bankgarantie gehört, dass das Garantieverprechen der Bank vom Bestand und den Wirkungen des Valutaverhältnisses unabhängig ist. Die Verwendung einer Effektivklausel widerspricht diesem Grundsatz, weil sie als Voraussetzung für den Abruf verlangt, dass der materielle Garantiefall tatsächlich («effektiv») eingetreten sei. Ein Beispiel für eine solche Klausel lautet: «Wir garantieren Zahlung auf erstes Anfordern, sofern der [Garantieauftraggeber] den Vertrag verletzt hat.»⁴⁸

1. Meinungsstand

Soweit der Garantievertrag regelt, welchen Nachweis der Begünstigte bezüglich des Eintritts des materiellen Garantiefalls zu erbringen hat, ergibt sich aus der Garantiestrengung ohne weiteres, dass genau dieser Nachweis erbracht werden muss. Streitig ist hingegen, welchen Nachweis der Begünstigte zu erbringen hat, wenn der Garantievertrag eine Effektivklausel enthält, und die Parteien nicht geregelt haben, auf welche Art und Weise der Begünstigte deren Erfüllung nachweisen muss.

Hierzu werden drei Meinungen vertreten:⁴⁹ Nach der einen Meinung muss der Begünstigte den Eintritt der in der Effektivklausel festgelegten Voraussetzungen beweisen.⁵⁰ Nach einer anderen Meinung muss der Begünstigte das Vorhandensein der Voraussetzungen zwar nicht beweisen, aber glaubhaft machen.⁵¹ Nach einer dritten Meinung genügt es, wenn der Begünstigte erklärt, dass die fraglichen Voraussetzungen eingetreten sind.⁵²

⁴⁸ Beispiel aus OLG München, BB 1997, 2239. Für weitere Beispiele siehe etwa DOHM, Bankgarantien, Rn. 85; VON WESTPHALEN, Internationale Bankgarantie, 90.

⁴⁹ Zum Streitstand in Deutschland: SCHMIDT, WM 1999, 312.

⁵⁰ KLEINER, Bankgarantie, 192 f.; ZOBL, Bankgarantie, 37.

⁵¹ Diese Auffassung wird – soweit ersichtlich – nur von deutschen Autoren vertreten, immerhin aber an schweizerischen Fachtagungen. Vgl. etwa HORN, Bankgarantie, 90.

⁵² So etwa LOMBARDINI, Droit bancaire, 300 Fn. 52; DOHM, Bankgarantien, Rn. 200; Weitergehend BÜSSER, Einreden und Einwendungen, Rn. 892 (Grundsätzlich genügt der einfache Abruf, die Erklärung des Eintritts des materiellen Garantiefalls ist nur erforderlich, falls sie sich aus dem Garantievertrag ergibt.).

2. Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 1993 die vorerwähnten Meinungen aufgeführt und auch die ausländische Doktrin zitiert. Es hat aber ausdrücklich offengelassen, welcher Auffassung es den bundesgerichtlichen Segen erteilen würde.⁵³ In einem weiteren Entscheid aus dem Jahr 1997 scheint es die Meinung zu vertreten, es genüge die Bestätigung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten sei.⁵⁴ Der Entscheid ist allerdings zu wenig klar, als dass man daraus einen definitiven Stand des Bundesgerichts ausmachen könnte.⁵⁵

In den umliegenden Ländern lassen Lehre und Rechtsprechung indessen eine klare Tendenz zugunsten der dritten Alternative erkennen: Bei einer Effektivklausel genügt grundsätzlich die Erklärung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten ist. Das ist etwa die vorherrschende Auffassung in Belgien und Frankreich.⁵⁶ Teilweise wird dort zusätzlich gefordert, dass der materielle Garantiefall kurz umschrieben wird.⁵⁷ Über dieses Zusatzerfordernis herrscht indessen keine Einigkeit.⁵⁸ Auch in Deutschland hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die entsprechende Erklärung des Begünstigten genügt, wobei auch hier die Gerichte teilweise verlangen, dass der Begünstigte den Eintritt des Garantiefalles «schlüssig darlegt»⁵⁹. Nennt beispielsweise die Effektivklausel die Nichterfüllung des Vertrages als Abrufvoraussetzung, muss der Begünstigte die Nichterfüllung «mit wenigen Worten (...) beschreiben», um der Bank die Prüfung zu ermöglichen, ob ein Fall der Nichterfüllung überhaupt möglich sein kann.⁶⁰ Angestossen wurde diese Rechtsprechung durch eine Entscheidung des BGH zu einer – der Garantie stark angeglichenen – Bürgschaft auf erstes Anfordern, die für «fällige Werk-

⁵³ Vgl. BGE 119 II 132 E. 5aa S. 133. Auf die Auslegung im Einzelfall abstellend auch THÉVENOZ, *Garanties indépendantes*, 181 f.; DE GOTTRAU, *Bankgarantie*, 443 f.

⁵⁴ BGer, SJ 1997, 245 E. 4a/bb S. 250.

⁵⁵ Das Bundesgericht qualifiziert die Abrufvoraussetzung als Effektivklausel und lässt die Erklärung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten sei, genügen. Allerdings verlangte die Garantieklausel auch nichts anderes, als dass der Begünstigte die Zahlung abrufen und bestätigt, dass der materielle Garantiefall (Zahlungsausfall) eingetreten sei. Dieser Fall ist unproblematisch, weil der vom Begünstigten zu erbringende Nachweis (Erklärung) im Vertrag selbst geregelt ist.

⁵⁶ Vgl. die Nachweise bei LOGOZ, *La protection de l'exportateur*, 109.

⁵⁷ Beispielhaft: Die Maschine wurde nicht geliefert; die Maschine funktioniert nicht.

⁵⁸ Vgl. die Nachweise bei LOGOZ, *La protection de l'exportateur*, 109.

⁵⁹ So OLG Frankfurt vom 8.2.2007, 26 U 26/06, 23.

⁶⁰ So OLG München, WM 1998, 344.

lohnforderungen» übernommen wurde.⁶¹ In der genannten Entscheidung liess der BGH es genügen, dass der Begünstigte den materiellen Garantiefall (hier: die Fälligkeit) behauptet.⁶²

Begründet wird diese Rechtsprechung mit dem Hinweis auf die Liquiditätsfunktion der Garantie. Diese Funktion würde gleichsam wieder aufgehoben, wenn der Begünstigte den effektiven Eintritt des Garantiefalles nachweisen müsste.⁶³ Hingegen könne das Ziel der Effektivklausel, nämlich dem missbräuchlichen Abruf der Garantie vorzubeugen, auch erreicht werden, wenn der Begünstigte erklären müsse, der Garantiefall sei effektiv eingetreten. Sollte er dies wider besseres Wissen behaupten, so würde der Begünstigte die Garantie nicht nur rechtsmissbräuchlich abrufen, sondern sich darüber hinaus des Betruges schuldig machen. Die drohende Strafbarkeit beuge der missbräuchlichen Inanspruchnahme in genügendem Masse vor.⁶⁴

3. Würdigung

Ob das Strafrecht die Funktion einer Hemmschwelle gegen den missbräuchlichen Abruf einer Garantie mit Effektivklausel übernehmen kann, ist fraglich. Das Strafrecht verwendet andere Parameter als das Zivilrecht und nicht jeder missbräuchliche Abruf ist – zumindest nach schweizerischem Recht – ein Betrug. Im Ergebnis verdient aber die oben erwähnte Rechtsprechung Zustimmung.

Die Garantie auf erstes Anfordern will ein schnelles und wirksames Sicherungsmittel sein. Fehlt der Garantieklausel eine klare Regelung darüber, welchen Nachweis der Begünstigte hinsichtlich des Eintritts des materiellen Garantiefalles erbringen muss, so ist die Garantieklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Hierbei ist davon auszugehen, dass die Garantieklausel die zentralen Funktionen der Garantie verwirklichen soll. Die Liquiditätsfunktion ist unstreitig eine zentrale Funktion der Bankgarantie. Ver-

⁶¹ BGH, NJW 1997, 225 ff.

⁶² BGH, NJW 1997, 255: «[D]er Bürge [darf] aus seiner eigenen Vertragsposition heraus die Schlüssigkeit der ersten Anforderung in sehr eingeschränkter und formaler Weise prüfen. (...) Danach ist (...) eine Auslegung zumutbar, die bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern auf die *Behauptung* der Fälligkeit durch den Gläubiger abstellt, nicht aber den Fälligkeitsnachweis voraussetzt.»

⁶³ BGH, NJW 1997, 255; OLG München, WM 1998, 344 f.; OLG Frankfurt vom 8.2.2007, 24. Vgl. auch SCHMIDT, WM 1999, 312.

⁶⁴ So insbesondere OLG Frankfurt vom 8.2.2007, 26 U 26/06, 24. Vgl. auch SCHMIDT, WM 1999, 312 f.

langt man vom Begünstigten den Beweis für den Eintritt des materiellen Garantiefalls, ist sie nicht mehr gewährleistet. Als Auslegungsergebnis entfällt daher diese Variante. Die abgeschwächte Form des Beweises, nämlich die Glaubhaftmachung, ist nicht praktikabel. Ob etwas glaubhaft ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Bei der streng formalisierten Bankgarantie will man solche Ermessensfragen gerade vermeiden. Damit bleibt es bei der dritten Variante, nämlich der Erklärung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten ist. Um der Liquiditätsfunktion umfassend Rechnung zu tragen, ist zudem darauf zu verzichten, weitere Ausführungen oder Präzisierungen zum Eintritt des materiellen Garantiefalls zu verlangen.

Genügt allerdings die Erklärung, dass der materielle Garantiefall eingetreten ist, so ist mit einer Effektivklausel, die eine «Vertragsverletzung» oder einen «Schaden» verlangt, nichts mehr gewonnen. Die einfache Erklärung, dass der Garantiefall eingetreten sei, wird nämlich sehr häufig als Voraussetzung in Bankgarantien aufgenommen. Mit anderen Worten: Der Garantiefall gewinnt unter dieser Rechtsprechung mit der Effektivklausel wenig. So wenig, dass man sich bei der Vertragsgestaltung reiflich überlegen muss, ob man sie überhaupt verwenden will. Sie mag gut sein für die Psyche des Garantiefallgebers, aber wenn sie im Prozess nichts nützt, dann ist die Enttäuschung umso grösser. In den Fachbeiträgen zur Garantie sind die Warnungen vor der Verwendung von Garantieklauseln jedenfalls zahlreich.⁶⁵

IV. Einwendungsdurchgriff

Die meisten Garantieklauseln enthalten einen ausdrücklichen Verzicht auf Einwendungen und Einreden aus dem Valutaverhältnis. Dieser Verzicht ergibt sich allerdings bereits aus Sinn und Zweck des Garantieversprechens.⁶⁶ Dennoch gibt es Fälle, bei denen die Bank unter Rückgriff auf das Valutaverhältnis die Zahlung verweigern kann und muss.⁶⁷ Sie werden unter dem Begriff des Einwendungsdurchgriffs zusammengefasst.

⁶⁵ Vgl. die Nachweise bei DE GOTTRAU, Bankgarantie, 444.

⁶⁶ Hingegen ist die Verzichtserklärung ein Indiz für die Abgrenzung zur Bürgschaft; insofern ist es sinnvoll, sie einer Garantieklausel beizufügen. Vgl. CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1134; GUTZWILLER, ZSR 2005, 288 f.; KLEINER, Bankgarantie, Rn. 5.35.

⁶⁷ Ob damit eine Relativierung der «Abstraktheit» der Garantie verbunden einhergeht, ist streitig. Vgl. etwa die Nachweise bei DE GOTTRAU, Bankgarantie, 450. Aus der neueren Literatur auch LOSER, SZW 2006, 210 (für die Relativierung).

1. Begriff und Funktionsweise

Im Ausnahmefall schlagen die Einwendungen aus dem Valutaverhältnis auf das Garantieverhältnis durch, allerdings auch dann nicht unmittelbar, sondern über den Einwand des Rechtsmissbrauchs. Wenn nämlich «der Begünstigte weiss oder es für ihn evident ist, dass er keinen Anspruch aus dem Valutaverhältnis hat, so handelt er rechtsmissbräuchlich, wenn er trotzdem die Garantie abrufen.»⁶⁸ Diese Verbindung zwischen Valutaverhältnis und Garantieverhältnis wird mit dem Begriff des *Einwendungsdurchgriffs* erfasst.⁶⁹

Der klassische Anwendungsbereich des Einwendungsdurchgriffs betrifft allerdings eine andere Konstellation im Dreiecksverhältnis: Es wird darunter das Recht des Anspruchgegners verstanden, dem Anspruchsteller Einwendungen entgegenzusetzen, die sich aus dem Schuldverhältnis zwischen dem Anspruchsgegner und einem Dritten ergeben.⁷⁰ Ein Anwendungsbeispiel im schweizerischen Recht bietet Art. 21 KKG hinsichtlich der Einwendungen des Kreditnehmers gegen die Bank gestützt auf Gründe, die auf seinem Vertragsverhältnis zum Lieferanten beruhen.⁷¹ Erst Canaris hat die Rechtsfigur des Einwendungsdurchgriffs auch für Einwendungen verwendet, die auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem Anspruchsteller und einem Dritten beruhen – im Garantiekontext also auf dem Vertrag zwischen dem Begünstigten und dem Garantieauftraggeber (Valutaverhältnis).⁷² In dieser Bedeutung hat ihn auch das Bundesgericht im Jahr 2000 in einem garantierelevanten Fall verwendet.⁷³

⁶⁸ CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1016. Ähnlich das Bundesgericht: «Hingegen schlagen Einwendungen wie Rechtswidrigkeit oder andere Nichtigkeit des Valutaverhältnisses auf das Leistungsverhältnis dann durch, wenn der Anweisungsempfänger weiss oder wissen muss, dass er offensichtlich keinen gültigen Anspruch aus dem Valutaverhältnis mehr besitzt, und zwar unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt.» BGer 4C.172/2000 E. 4b.

⁶⁹ Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs vgl. die gleichnamige Dissertation von VON REINERSDORFF, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, passim.

⁷⁰ Vgl. VON REINERSDORFF, Zur Dogmatik des Einwendungsdurchgriffs, 14.

⁷¹ Für die damit verbundenen Fragen des Einwendungsdurchgriffs siehe ROTH, AJP 2002, insb. 975.

⁷² Vgl. CANARIS, FS Fischer, 48. Mit durchschlagendem Erfolg sodann CANARIS, HGB-Kommentar (1981), Rn. 1425, 1012 ff.

⁷³ Vgl. BGer 4C.172/2000 E. 4b. Den Begriff verwendet bereits die Vorinstanz, HGer ZH, ZR 100 (2001), 171, unter Hinweis auf ZOBL, Bankgarantie, 43, der wiederum auf CANARIS verweist. Zurückhaltende Kritik an der Konstruktion des Einwendungsdurchgriffs in der Urteilsbesprechung von KOLLER, AJP 2002, 468.

Mit der «Entdeckung» des Einwendungsdurchgriffs verbindet sich auch eine Akzentverschiebung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Noch in den späten 90er Jahren hatte das Bundesgericht vertreten, dass ein widerrechtliches oder sittenwidriges Grundgeschäft die Nichtigkeit des Garantieversprechens bewirke.⁷⁴ Im erwähnten Entscheid aus dem Jahr 2000 führte dagegen das sittenwidrige Grundgeschäft zum Einwand des Rechtsmissbrauchs im Garantieverhältnis. Diese Konstruktion setzt voraus, dass der Vertrag zwischen der Garantin und dem Begünstigten trotz des sittenwidrigen Grundgeschäfts Bestand hat.

2. Voraussetzungen: Doppelte Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs

In seinem Grundsatzentscheid zum Einwendungsdurchgriff hat das Bundesgericht in Anlehnung an die Lehre⁷⁵ drei Voraussetzungen genannt: Es muss ein schwerer Mangel im Valutaverhältnis vorliegen, der Mangel muss rechtlich offensichtlich sein und – zumindest bei weniger schwerwiegenden Mängeln – sofort liquide beweisbar sein.⁷⁶ Diese Voraussetzungen waren im betreffenden Fall ohne weiteres erfüllt: Die Garantie sollte eine Zahlung im Rahmen eines Waffengeschäfts garantieren, das unter das UN-Waffenembargo fiel. Das Bundesgericht hat allerdings diese Formel nicht weiter verwendet. Zu recht: Erstens ist sie nicht frei von Widersprüchen, indem einerseits ein schwerer Mangel gefordert wird, andererseits von weniger schwerwiegenden Mängeln die Rede ist. Zweitens suggeriert der Begriff «Mangel im Valutaverhältnis», dass der Einwendungsdurchgriff voraussetzt, dass das Valutaverhältnis nicht gültig zustande gekommen ist. Das ist zwar *ein* – wenn auch wichtiger – Anwendungsfall für den Einwendungsdurchgriff. Tatsächlich geht es aber um etwas anderes: Es geht darum, dass im Valutaverhältnis der Garantierauftraggeber eine Zahlung, die mit der Garantie sichergestellt wird, nicht schuldet.⁷⁷ Das kann irgendeine Zahlung sein: Eine Vergütung, eine Rückerstattung, ein Schadenersatz. Das ist die Ausgangs-

⁷⁴ BGer 4C.426/1997, E. 3. BGE 76 II 33 E. 4 S. 37 f.

⁷⁵ CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1016 ff., 1139; ZOB, Bankgarantie, 43 f. (in Anlehnung an CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1017 f.).

⁷⁶ BGer 4C.172/2000 E. 4c.

⁷⁷ In diesem Sinne CANARIS, HGB-Kommentar, Rn. 1139, der den Nichteintritt des materiellen Garantiefalls als Mangel im Valutaverhältnis bezeichnet. Das ist wiederum zu eng: Es kann sein, dass der materielle Garantiefall (Leistungsstörung) eintritt, und der Garantierauftraggeber trotzdem nichts schuldet, weil der Grundvertrag nichtig ist.

lage für den Einwendungsdurchgriff. In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Nichtschuld für die Bank relevant ist, also auf das Garantieverhältnis durchschlägt. Und die Antwort lautet: Bei einem offensichtlichen Rechtsmissbrauch seitens des Begünstigten.⁷⁸ Liegt er vor, so ist die Bank nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Einwand des Rechtsmissbrauchs zu erheben und die Leistung zu verweigern.⁷⁹

Das Bundesgericht hat in seinen neueren Entscheiden (wieder) zur Kurzformel zurückgefunden, wonach der Einwendungsdurchgriff einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch voraussetzt. In der praktischen Anwendung bedeutet dies: Es braucht eine *doppelte Offensichtlichkeit*, oder anders gesagt: es braucht zwei kumulative Evidenzkriterien. Das erste Evidenzkriterium betrifft den Begünstigten: Er weiss oder muss wissen, dass ihm der Garantietraggeber nichts schuldet, was von der Garantie abgedeckt ist. Dieses Evidenzkriterium spielt auf der Ebene der Rechtslage. Es ist nichts anderes als die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Das zweite Evidenzkriterium betrifft die Bank: Auch für sie muss offensichtlich sein, dass der Garantietraggeber dem Begünstigten nichts Garantierelevantes schuldet.⁸⁰ Dieses Kriterium spielt auf der Ebene des Beweismasses: Es muss für die Bank mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass der Begünstigte nicht abrufberechtigt ist.

3. Neuere Rechtsprechung

Wie konkretisiert sich der «offensichtliche Rechtsmissbrauch» in der neueren bundesgerichtlichen Praxis?⁸¹ Da das Bundesgericht seine Akkreditiv-Rechtsprechung *mutatis mutandis* auf die Garantiepraxis anwendet, wird auch die neuere Judikatur zum Dokumenten-Akkreditiv berücksichtigt.

⁷⁸ BGer 4A.171/2007 E. 4.1. («[L]abus de droit doit être manifeste (...). En d'autres termes, le refus de paiement d'une telle garantie, au motif que le bénéficiaire y fait appel de manière abusive, doit rester exceptionnel.»). BGer 4P.5/2005 («[L]abus de droit doit être manifeste.»). BGer 4C.172/2000 E. 4b («Ein solcher Einbruch in das Prinzip des Einrede-Ausschlusses wird als Einwendungsdurchgriff sowohl vom Bundesgericht als auch von einem Teil der Lehre bejaht, wobei jeweils ein besonders schwerwiegender und offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorausgesetzt wird (...).»).

⁷⁹ BGE 122 III 321 E. 4a S. 323.

⁸⁰ BGer 4C.12/2007 E. 3 («Dans la mesure où l'abus de droit est évident pour la banque (...). L'abus de droit doit être manifeste.»).

⁸¹ Für frühere Fälle des Einwands des Rechtsmissbrauchs vgl. DE GOTTRAU, Bankgarantie, 472 Fn. 205.

a) Widerrechtliches oder sittenwidriges Valutaverhältnis

Einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch hat das Bundesgericht bejaht beim Abruf einer Bankgarantie, die ein Waffengeschäft absichern sollte, das gegen ein UN-Waffenembargo versties.⁸² Das ist der «klassische» Fall eines Einwendungsdurchgriffs in Verbindung mit einem nichtigen oder sittenwidrigen Grundgeschäft. Da die Schweiz erst seit 2002 Mitglied der Vereinten Nationen ist, war das damalige Embargo mangels entsprechenden «autonomen Nachvollzugs» nicht widerrechtlich. Das Bundesgericht erachtete es aber unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Gesichtspunkte im konkreten Fall als sittenwidrig.⁸³

b) Zweckwidriger Abruf

Einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch hat das Kantonsgericht Waadt bejaht hinsichtlich des Abrufs einer Bankgarantie, die unbezahlte Rechnungen absichern sollte, währenddem der Abruf erfolgte, um einen entgangenen Gewinn zu kompensieren. Das Bundesgericht hat diesen Punkt in sein Urteil aufgenommen und bestätigt.⁸⁴ Auch dies ist ein «klassischer» Fall für eine Zahlungsverweigerung seitens der Bank, da diese nur dann zur Zahlung berechtigt und verpflichtet ist, wenn der Garantieabruf vom Zweck der Garantie gedeckt ist.

Der Rückgriff auf den Rechtsmissbrauch ist allerdings in solchen Fällen überflüssig. Wird die Garantie für einen Zweck abgerufen, der vom Garantievertrag nicht erfasst ist, fehlt es an einer Abrufvoraussetzung. Die Zahlungsverweigerung folgt diesfalls bereits aus dem Grundsatz der Garantiestrengung, sie beruht rechtlich und tatsächlich einzig auf dem Garantievertrag, ohne dass eine Bezugnahme auf das Valutaverhältnis notwendig wäre.⁸⁵ In einem früheren Entscheid hatte das Bundesgericht den zweckwidrigen Abruf und den rechtsmissbräuchlichen Abruf aus diesen Gründen auch klar unterschieden.⁸⁶

⁸² BGer 4C.172/2000.

⁸³ Vgl. hierzu die positive Würdigung der differenzierten bundesgerichtlichen Herangehensweise KOLLER, AJP 2002, 470.

⁸⁴ BGer 4P.44/2005 E. 3 (Hinweis auf den Entscheid der Vorinstanz), bestätigt in E. 4.2.1.

⁸⁵ So auch die Urteilsrezension von DE GOTTRAU, Actualité no. 340.

⁸⁶ Vgl. BGer 4P.5/2002 («Cette situation [de l'appel abusif] doit être distinguée d l'appel à garantie contraire au but pour lequel cette dernière est stipulée; dans ce cas, la garantie n'est pas due, car le motif qui justifierait son appel n'existe pas – ou plus –, le défaut

c) Vorlage gefälschter Dokumente

Weiter sieht das Bundesgericht einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch darin, dass der Begünstigte der Bank gefälschte Dokumente vorlegt.⁸⁷ Wie schon beim zweckwidrigen Abruf ist auch hier der Lösungsweg über den Rechtsmissbrauch nicht zwingend. Dass ein gefälschtes Dokument nicht genügt, um die Zahlungspflicht auszulösen, ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Dokumentenstrenge. Die Echtheit der vorgelegten Dokumente gehört zu den regulären Voraussetzungen des Garantieabrufs. Diese Voraussetzungen muss die Bank mit der üblichen Sorgfalt prüfen. Sie kann sich also insbesondere nicht auf den Standpunkt stellen, die Fälschung sei nicht offensichtlich gewesen, weshalb sie die Garantie zu Recht honoriert habe.

Tatsächlich hat das Bundesgericht die hier angestellten Überlegungen im fraglichen Entscheid auch bestätigt. Es hat insbesondere festgehalten, dass eine mit der üblichen Sorgfalt erkennbare Fälschung die Abrufberechtigung nicht gültig begründen könne. Wo es bereits am Abrufrecht fehle, könne dieses Recht auch nicht missbräuchlich ausgeübt werden.⁸⁸ Dass das Bundesgericht dennoch mit dem Rechtsmissbrauch operiert, liegt an der konkreten Fallkonstellation. Die Bank hatte das in Frage stehende Dokumenten-Akkreditiv honoriert, ohne dass man ihr das Nichterkennen der Fälschung hätte vorwerfen können. Damit hätte sie allerdings das Akkreditiv zu Recht honoriert, was einen Rückgriff auf den Begünstigten ausgeschlossen hätte. Die Annahme des Rechtsmissbrauchs eröffnete der Bank hingegen diese Möglichkeit. Denn in diesem Fall hätte der Begünstigte nicht abrufen dürfen. Die Zahlung der Bank erfolgte also ohne Rechtsgrund, weshalb sie ihre Leistung vom Begünstigten kondizieren konnte.

Der Entscheid verdient im Ergebnis Zustimmung. Allerdings ist er nicht ganz frei von Widersprüchen. Dem hier angenommenen Rechtsmissbrauch fehlt die doppelte Offensichtlichkeit, die das Bundesgericht für die Zahlungsverweigerung von «abstrakten» Zahlungsverprechen, wie sie das Akkreditiv und die Garantie darstellen, sonst fordert.

découlant directement du contrat de garantie passé entre le donneur d'ordre et le garant (rapport de couverture de provision), et non pas du rapport de valeur.»).

⁸⁷ Vgl. BGE 131 III 222 E. 4.2. S. 225 («L'abus de droit peut être réalisé aussi lorsque le bénéficiaire remet à la banque un document inauthentique (...)»).

⁸⁸ BGE 131 III 222 E. 4.2. S. 225.

d) Unverhältnismässigkeit zwischen Valuta-Restschuld und abgerufener Garantiesumme

Einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch sieht das Bundesgericht weiter darin, dass die abgerufene Garantiesumme in keinem Verhältnis steht zur geschuldeten Leistung im Valutaverhältnis.⁸⁹ Zwei neuere Entscheide konkretisieren die vom Bundesgericht geforderte Unverhältnismässigkeit des Garantieabrufs. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2005 stand der Fall zur Diskussion, dass Dokumente vorlagen, wonach der Begünstigte die Restschuld im Valutaverhältnis auf rund 60'000 USD bezifferte, er aber die Garantie in Höhe von 300'000 USD abrief. In den Augen des Bundesgerichts würde darin ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch liegen.⁹⁰ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 behauptete der Garantieforderunggeber, es seien nur noch 176'000 EUR geschuldet. Der Begünstigte rief die Garantie in Höhe von 300'000 EUR ab. In diesem Fall äusserte das Bundesgericht grosse Zweifel, dass hier angesichts der Zahlendifferenzen überhaupt eine Unverhältnismässigkeit des Garantieabrufs vorliegen könnte.⁹¹

Während also ein Faktor 5 den Rechtsmissbrauch auf den Plan ruft, erfüllt ein Faktor 2 den Tatbestand tendenziell nicht. Allerdings wird man im Einzelfall auch die absoluten Beträge in Rechnung stellen müssen. Falls der Faktor 2 eine Summe von mehreren Millionen bedeuten würde, müsste dies das Fallbeil der Unverhältnismässigkeit auslösen.

⁸⁹ Vgl. etwa BGer 4P.44/2005 E. 4.2.1. («Le créancier qui a été totalement ou en grande partie désintéressé commet un abus de droit manifeste en faisant appel à une garantie bancaire, fût-elle à première demande, pour tenter d'obtenir le versement du montant de la créance ainsi garantie, dont il sait qu'elle a déjà été éteinte par le paiement du débiteur, ou d'un montant sans proportion avec le solde impayé de cette créance.»). In diesem Sinne auch BGer 4A.171/2007 E. 4.3.3, unter Hinweis auf BGer 4P.44/2005 E. 4.2.1. Siehe auch BGE 131 III 222 E. 4.2. S. 225; BGE 130 III 462 E. 6.1 S. 470.

⁹⁰ BGer 4P.44/2005, besprochen von DE GOTTRAU, *Actualité* no. 340.

⁹¹ BGer 4A.171/2007 E. 4.3.3. in fine («Au demeurant, il n'est même pas certain que l'on puisse qualifier de tel le fait d'admettre l'existence d'une disproportion manifeste entre le montant appelé en garantie (300'000 EUR) et celui des prétentions de l'intimé, tel qu'il est proposé par la recourante (176'000 EUR)(...)»).

e) Sonderfall: Ankündigung eines gerichtlichen Zahlungsverbots

In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht sich schliesslich zur Frage der gerichtlichen Zahlungsverbote geäussert.⁹² Das Zahlungsverbot ist die Verteidigungsmassnahme des Garantieauftraggebers, wenn er der Auffassung ist, dass der Begünstigte die Garantie rechtsmissbräuchlich abrufen will. Er beantragt dann beim Gericht, dass der Bank die Zahlung der Garantiesumme zu verbieten sei. Unstreitig ist, dass die Bank die Garantie dann unberechtigterweise honoriert, wenn ihr ein solches Zahlungsverbot zugeht. Die dem Bundesgericht vorliegende Frage lautete hingegen, ob die Bank die Garantie bereits dann unberechtigterweise honoriert, wenn sie weiss, dass der Garantieauftraggeber ein provisorisches oder gar ein superprovisorisches Zahlungsverbot beantragt hat.

Im konkreten Fall ging es um die Lieferung einer Verpackungsmaschine für Würfelzucker von der Schweiz in die Türkei. Dieser Vertrag war mit einer Rückgarantie abgesichert, für den Fall einer Nicht- oder Schlechterfüllung seitens des Schweizer Unternehmens. Nachdem die Käuferin über mehrere Jahre Beanstandungen hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Maschine meldete und die Garantie zahlreiche Male verlängert wurde, wurde sie schliesslich am 4. Februar 2003 bei der Garantiebank des Schweizer Unternehmens abgerufen. Die Bank benachrichtigte am selben Tag ihre Kundin. Diese liess der Bank auch noch am selben Tag über ihren Anwalt melden, man habe ein provisorisches und ein superprovisorisches Zahlungsverbot beantragt. Am 5. Februar 2003 um 8:55 honorierte die Bank die Garantie. Am selben Tag, um 9:40, ging der Bank ein Zahlungsverbot per Fax zu. In der Folge wehrte sich das Schweizer Unternehmen gegen die Belastung der Zahlung mit dem Argument, die Bank habe einen offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Garantieabruf honoriert. Das Bundesgericht schützte die Bank und hielt fest, dass die Ankündigung von provisorischen Massnahmen nicht genügt, um die Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs zu begründen, und dass die Bank ihrer Garantieverpflichtung zu Recht nachgekommen war.⁹³

Das erscheint sehr streng, und der Entscheid wurde entsprechend kritisch rezipiert⁹⁴, zumal man bis jetzt gestützt auf die kantonale Rechtsprechung davon ausging, dass die Bank, die von ihrem Auftraggeber über einen missbräuchlichen Abruf informiert wird, die Zahlung aussetzen muss, um dem Auftraggeber die Gelegenheit zu geben, innerhalb einer kurzen

⁹² BGer 4C.12/2007.

⁹³ BGer 4C.12/2007 E. 3.3.a.

⁹⁴ Siehe DE GOTTRAU, actualité no. 539.

Frist von wenigen Tagen ein gerichtliches Zahlungsverbot zu bewirken.⁹⁵ Man muss aber auch hier auf den Einzelfall abstellen. Aus dem Entscheid ergibt sich nämlich auch, dass der Bank keinerlei andere Anhaltspunkte für einen rechtsmissbräuchlichen Abruf vorlagen und zudem bereits die obere kantonale Instanz festgehalten hatte, dass die Voraussetzungen für die superprovisorischen und provisorischen Massnahmen nicht gegeben waren.⁹⁶ Dass das Bundesgericht unter diesen Umständen bei einer Honorierung der Garantie am Tag nach dem Abruf eine Vertragsverletzung im Deckungsverhältnis verneint, erscheint vertretbar.

Im Ergebnis ist im Hinblick auf die Ankündigung von Zahlungsverboten Folgendes festzuhalten: Erstens muss die Bank das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs selbständig prüfen. Sie steht in dieser Sache unabhängig zwischen dem Garantierauftraggeber und dem Begünstigten. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Zahlungsfrist für Bankgarantien usanzgemäss 1–3 Tage beträgt, wobei es darauf ankommt, wie komplex das Geschäft ist und welche Dokumente sie prüfen muss.⁹⁷ Diese Bandbreite spielt auch bei einem behaupteten Rechtsmissbrauch eine Rolle:

Wenn die Bank zum Schluss kommt, dass keine Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch vorliegen, dann kommt es bei den 1–3 Tagen einzig darauf an, wie komplex der Abruf sonst ist. Wenn keine zusätzlichen, zeitaufwendigen Prüfungen vorgesehen sind, darf und muss sie die Garantie sofort honorieren. Sie darf, ohne gegenüber dem Garantierauftraggeber haftbar zu werden, und sie muss, weil sie sonst gegenüber dem Begünstigten haftbar wird. Wenn der Bank hingegen Anhaltspunkte vorliegen, dass die Garantie rechtsmissbräuchlich abgerufen wird, so darf und muss sie die Bandbreite ausreizen. Sie darf die drei Tage ausreizen, ohne gegenüber dem Begünstigten haftbar zu werden, und sie muss sie ausreizen, weil sie sonst gegenüber dem Garantierauftraggeber haftbar wird. Nach den drei Tagen wird es für die Bank heikel, weil sie den Usanz-Rahmen sprengt. Wenn sie dann noch

⁹⁵ Quellenhinweis bei DOHM, Bankgarantien, Rn. 141: *Société de Banque Suisse gegen ACTIMON SA*, SJ 1984, 465, Erw. 4.3. in fine. Näher dazu auch DOHM, SJ 1985, 421–423 und 433–435. Quellenhinweis bei DE GOTTRAU, *Actualité* no. 539; KGer GE, Urteil vom 13. September 1984, *Union de Banque Suisse c/Dag Commercial Corporation Ltd.*, E. 2, p. 8.

⁹⁶ BGer 4C.12/2007 E. 3.3.

⁹⁷ Vgl. DOHM, Bankgarantien, Rn. 210; DE GOTTRAU, Bankgarantie, 464 f. Für Deutschland vgl. etwa BERGER, *DZWir* 1993, 10.

1–2 Tage zuwartet, riskiert sie die Haftung gegenüber dem Begünstigten. Grundsätzlich darf sie nach den drei Tagen die Zahlung nur noch aussetzen, wenn der Rechtsmissbrauch in der Zwischenzeit offensichtlich ist oder wenn ihr bis dann durch ein Gericht die Zahlung verboten wurde.

f) Fazit zur Praxis

Die neuere Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff lässt erkennen, dass das Bundesgericht Wort gehalten hat: Es hat den offensichtlichen Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend bejaht, was zu begrüßen ist.

V. Internationale Entwicklungen

Sowohl die Bankgarantie als auch das Dokumenten-Akkreditiv stellen bei der Abwicklung von internationalen Wirtschaftsbeziehungen unverzichtbare Sicherungsinstrumente dar. Indessen rufen die im internationalen Verhältnis bestehenden Rechtsunterschiede in verschiedener Hinsicht Unsicherheiten im Umgang damit hervor. Dieser Problematik soll durch Rechtsharmonisierung begegnet werden; dies letztlich mit dem Ziel, eine solide Basis dieser Sicherungsinstrumente auch im internationalen Verhältnis zu schaffen.

1. Die Richtlinien der Internationalen Handelskammer

Die Vereinten Nationen, vor allem aber auch die Internationale Handelskammer (ICC), haben die Rechtsharmonisierung in den vergangenen Jahren vorangetrieben. Das Regelwerk der Vereinten Nationen, die UN-Konvention über Unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit von 1995, hat sich kaum durchsetzen können.⁹⁸ Grund hierfür dürfte mitunter in der nur wenig befriedigenden Regelung des Rechtsmissbrauchs liegen.⁹⁹ Indessen finden die einschlägigen Richtlinien der ICC ein breiteres Anwendungsfeld:

⁹⁸ Stand vom 30. April 2008: Acht Staaten haben die UN-Konvention über Unabhängige Garantien und Standby Letters of Credit von 1995 unterzeichnet und ratifiziert bzw. genehmigt. Es sind dies Belarus, Ecuador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia, Panama und Tunesien. Die USA haben die UN-Konvention nur unterzeichnet. Zum aktuellen Stand vgl. [www.uncitral.org/uncitral/-> text and statuts -> international payments -> 1995 United Nations Convention \(...\) -> status](http://www.uncitral.org/uncitral/-> text and statuts -> international payments -> 1995 United Nations Convention (...) -> status).

⁹⁹ DE GOTTRAU, Bankgarantie, 435.

Es sind dies die Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien (ERAG 458)¹⁰⁰ sowie die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA 600)¹⁰¹.

Insbesondere die ERA 600 wird in der Praxis häufig als anwendbar erklärt; entsprechende Anerkennung fanden bereits die Vorgängerwerke.¹⁰² Im Vergleich dazu ist die ERAG 458 in der Vergangenheit deutlich weniger erfolgreich gewesen, auch wenn sie in der Zwischenzeit ein bisschen Terrain gutgemacht hat.¹⁰³ Zurückzuführen ist dieser Aufschwung vorab auf die Inkorporierung der Richtlinie in die Vertragswerke verschiedener internationaler Organisationen, namentlich der Weltbank.¹⁰⁴

Zur Anwendung gelangen die Richtlinien der ICC immer dann, wenn sie von den Parteien zum Vertragsbestandteil erklärt worden sind (Art. 1 ERAG 458; Art. 1 ERA 600). Der Umkehrschluss, dass ohne solche Parteierklärung die Richtlinien der ICC keine Anwendung finden, greift indessen zu kurz. So wird in der Kommentierung zur Garantie-Richtlinie festgehalten, dass es den Gerichten im Einzelfall unbenommen sei, auch ohne Parteivereinbarung die (oder einzelne) Bestimmungen der Garantie-Richtlinie als anwendbar zu erklären: Erforderlich sei hierfür, dass es sich bei den als anwendbar erklärten Bestimmungen um Handelsusancen im betroffenen Wirtschaftssektor handle.¹⁰⁵ In der Schweiz gestaltet sich der Anwendungsbereich der beiden

¹⁰⁰ Die englische Bezeichnung lautet: Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 458).

¹⁰¹ Die englische Bezeichnung lautet: Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600).

¹⁰² LOMBARDINI, *Droit bancaire*, 32 N 32: (« L'application des RUU est presque universelle »). LÖW, *Missbrauch von Bankgarantien*, 23: (« Sie [ERA 500] finden seit Jahrzehnten weltweit Anerkennung und werden in die meisten Dokumentenakkreditive einbezogen. »). Für Beispiele siehe etwa BGE 121 III 436, E. 4b/bb S. 438; BGE 114 II 45 E. 4a S. 48; BGE 111 II 76 E. 3a S. 78 f.; BGE 100 II 145 E. 3c S. 149. Die Entscheide beziehen sich noch auf die ERA 400 und ERA 500, die Vorgängerwerke zur aktuellen ERA 600.

¹⁰³ Als Grund für die bis anhin eher zurückhaltende Verbreitung der ERAG 458 in der Praxis wird etwa die in Art. 20 ERAG 458 vorgesehene zusätzliche und möglicherweise von der Parteivereinbarung abweichende Zahlungsvoraussetzung (nämlich die Erklärung des Begünstigten, wonach der Auftraggeber seine Vertragspflichten verletzt habe und welcher Art diese Verletzung sei) genannt, vgl. LÖW, *Missbrauch von Bankgarantien*, 26. Kritisch zu dieser Bestimmung auch BÜSSER, *Einreden und Einwendungen*, Rn. 179 f.

¹⁰⁴ Siehe die Bemerkungen der COMMISSION ON BANKING TECHNIQUE AND PRACTICE, *Business Case*, Ziff. 2.3.

¹⁰⁵ Vgl. AFFAKI, *URDG Handbook*, 27: Der Autor geht von der Anwendbarkeit der Garantie-Richtlinie ohne explizite Inkorporation immer dann aus, wenn folgende Frage positiv beantwortet werden kann: «Would a reasonable person operating in the same place

Richtlinien ausserhalb einer schriftlichen Unterwerfung durch die Parteien wie folgt: Sowohl die Akkreditiv-Richtlinie als auch die Garantie-Richtlinie dienen dem Bundesgericht als Auslegungshilfe.¹⁰⁶ Weiter geht das Bundesgericht mit Bezug auf die Akkreditiv-Richtlinie: Diese wird im Interbankenverkehr auch dann angewendet, wenn der entsprechende Vertrag nicht darauf verweist.¹⁰⁷

2. Neuerungen

Im Juli 2007 sind die neuen Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA 600) in Kraft getreten und haben die Vorgängerversion (ERA 500) abgelöst. Sie betreffen zwar – wie es der Name sagt – nicht die Bankgarantie, sondern das Dokumenten-Akkreditiv. Die Neuerungen in diesem Bereich geben aber Hinweise auf Entwicklungen im Bankgarantie-Bereich. Und Neuerungen stehen hier in unmittelbarer Zukunft an:

Fast gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der ERA 600 wurde nämlich die Überarbeitung der ERAG 458 angekündigt. Die Arbeiten sollen im Jahr 2009 abgeschlossen sein. Wie schon das Beispiel der Dokumentenstrenge zeigt, sind die beiden Gebiete sehr eng miteinander verflochten; die Entwicklungen, die Rechtsprechung und die Literatur im einen Gebiet werden regelmässig im anderen Gebiet rezipiert.¹⁰⁸ Zudem ist die terminologische und strukturelle Angleichung der beiden Richtlinien das explizite Ziel der Revision.¹⁰⁹ Im Hinblick auf mögliche Neuerungen im Bankgarantiebereich scheinen bei der Akkreditiv-Richtlinie vor allem zwei Änderungen relevant. Die erste betrifft die Prüfung der vorgelegten Dokumente, die zweite betrifft Lockerungen im Bereich der Dokumentenstrenge.

or sector or trade as that of the parties to the guarantee expect those parties to be aware, or to ought to have been aware, of the URDG and to act in accordance with their provisions?».

¹⁰⁶ Für die Akkreditiv-Richtlinie: BGE 111 II 76 E. 3b/cc S. 80. Für die Garantie-Richtlinie: BGer, SJ 1997 246 E. 4a/aa S. 249; BGE 122 III 273 E. 3 a/aa S. 276.

¹⁰⁷ BGE 130 III 462 E. 4.2 S. 467; BGE 78 II 42 E. 3 S. 47. Vgl. auch LOMBARDINI, *Droit bancaire*, 327 Rn. 36 (Anwendbarkeit im Interbankenverkehr und im Verkehr zwischen Banken und sonstigen Unternehmen mit Erfahrung im Akkreditiv-Geschäft).

¹⁰⁸ Vgl. etwa BGE 122 III 273 E. 3 S. 275; BGer 4C.144/2003 E. 2.2.

¹⁰⁹ Vgl. COMMISSION ON BANKING TECHNIQUE AND PRACTICE, *Business Case*, Ziff. 1.

a) Frist zur Prüfung der Garantiekonformität

Die aktuelle Garantie-Richtlinie sieht vor, dass die Bank das Vorliegen des formellen Garantiefalles innerhalb einer *angemessenen Frist* überprüfen muss (Art. 10 ERAG 458). Gemäss einer Stellungnahme der ICC Banking Commission aus dem Jahre 2000 wird eine Prüffrist von drei Bankarbeitstagen grundsätzlich noch als angemessen erachtet, wobei je nach Komplexitätsgrad des Einzelfalles eine Verlängerung gerechtfertigt sein kann.¹¹⁰ Auch die Fristenregelung der bisherigen Akkreditiv-Richtlinie operierte mit einer *angemessenen Frist* zur Überprüfung der Dokumente. Diese Richtlinie enthielt zusätzlich und abweichend von der Garantie-Richtlinie eine Maximalfrist von sieben Bankarbeitstagen (Art. 13b ERA 500). Mit anderen Worten: Die Bank musste sich fragen, ob der Fall einen aufwändigen Prüfungsvorgang auslöste oder nicht. Bei einfachen Fällen musste sie sofort bezahlen, bei komplexen Fällen hatte sie maximal sieben Bankarbeitstage Zeit.

In der revidierten Akkreditiv-Richtlinie wurde die Formulierung der «angemessenen Frist» gestrichen. Neuerdings muss die Bank innerhalb von maximal fünf Bankarbeitstagen entscheiden, ob die Dokumentenvorlage konform ist (Art. 14b ERA 600). In Anlehnung an die revidierte Akkreditiv-Richtlinie will man auch im Rahmen der Revision der Garantie-Richtlinie die «angemessene Frist» streichen und stattdessen für die Prüfung der Garantiekonformität eine Maximalfrist einführen.¹¹¹ Noch offen ist die genaue Dauer des Fristenlaufs.

Unabhängig von der genauen Dauer des Fristenlaufs wird sich bei der Garantie-Richtlinie dieselbe Frage stellen, die aktuell im Zusammenhang mit der Akkreditiv-Richtlinie kontrovers diskutiert wird: Bedeutet die Streichung der «angemessenen Frist», dass die Angemessenheitsprüfung für die Bank fortan entfällt? In praktischer Konsequenz würde daraus folgen, dass die Bank auch in Fällen, die keine aufwändigen Überprüfungsvorgänge auslösen, die vorgesehene Fünftagesfrist ausreizen könnte.¹¹² Höchstrichterliche Entscheide zur Klärung dieser Frage stehen noch aus. Dass der Verzicht auf die einzelfallbezogene Angemessenheitsfrist für die Banken eine spürbare Vereinfachung und vor allem ein vermindertes Haftungsrisiko bringen würde, liegt auf der Hand. Auf der anderen Seite führt eine solche Lesart

¹¹⁰ Stellungnahme der ICC Banking Commission vom 1. Dezember 2000, Opinion 470/TA.467rev., abgedruckt in: AFFAKI, URDG Handbook, 197 f.; zur Kommentierung dieser Stellungnahme vgl. AFFAKI, URDG Handbook, 87, Ziff. 3 (i).

¹¹¹ Vgl. COMMISSION ON BANKING TECHNIQUE AND PRACTICE, Business Case, Ziff. 3.1.

¹¹² Vgl. die Nachweise bei DE GOTTRAU, AJP 2007, 974, insb. Fn. 43–46.

der Fristenregelung zu einer Einbusse bei der Liquiditätsfunktion des Dokumenten-Akkreditivs. All dies gilt auch für die Garantie-Richtlinie, bei der mit einer ähnlichen Regelung zu rechnen ist. Dabei ist zu bedenken, dass eine Relativierung der Liquiditätsfunktion die Attraktivität dieser Rechtsinstitute beeinträchtigen könnte. Ob man dies wirklich in Kauf nehmen soll, muss gut überlegt sein.¹¹³

b) Dokumentenstrenge

Die neue Akkreditiv-Richtlinie nimmt zudem *im Ergebnis* eine Lockerung des Grundsatzes der Dokumentenstrenge vor. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Studien, die besagen, dass bei den Dokumenten-Akkreditiven rund 70 % der vorgelegten Akkreditivdokumente bei der ersten Vorlage von den Banken zurückgewiesen werden, weil sie nicht den Akkreditivvorgaben entsprechen.¹¹⁴

aa) Regelung gemäss ERA 500

Der Grundsatz der Dokumentenstrenge fand sich unter dem Regime der ERA 500 in Art. 13a: Darin wurden die Banken angehalten, alle im Akkreditiv vorgeschriebenen Dokumente mit angemessener Sorgfalt zu prüfen, um festzustellen, ob sie in ihrer äusseren Aufmachung den Akkreditivbedingungen entsprechen. Hinsichtlich dieser Feststellung haben sich die Banken am Standard internationaler Bankpraxis zu orientieren, wie er sich in den ERA widerspiegelt.¹¹⁵ Im Sinne einer wohlgemeinten, indessen missverständlichen Präzisierung hielt Art. 13a ERA 500 zudem fest, dass Dokumente, welche in ihrer äusseren Aufmachung einander widersprechen per se als nicht mit den Akkreditivbedingungen entsprechend zu beurteilen sind.

Einer der wesentlichen Gründe, weshalb Dokumente von den Banken in der Vergangenheit zurückgewiesen wurden, lag in der Formulierung von Art. 13a ERA 500.¹¹⁶ Nicht selten wurde Art. 13a ERA 500 dahingehend interpretiert, dass die Dokumente inhaltlich wörtlich mit den Akkreditivbedingungen übereinstimmen müssen und andernfalls nicht honoriert werden dürfen.¹¹⁷ Eine etwas moderatere Ansicht bezüglich dieser Bestimmung vertrat das Bundesgericht: An sich – so das Bundesgericht – gelte der Grund-

¹¹³ Zu dieser Kritik siehe (für den Akkreditiv-Bereich) DE GOTTRAU, AJP 2007, 974.

¹¹⁴ Vgl. DE GOTTRAU, AJP 2007, 973.

¹¹⁵ BGer 4C.393/2005 E. 3.1.

¹¹⁶ AFFAKI, Banque & Droit 2007, 17 f. N 80.

¹¹⁷ DE GOTTRAU, AJP 2007, 973, MATTOU, Banque & Droit 2007, 24.

satz der buchstäblichen Übereinstimmung. Fehlerhafte Dokumente seien aber dann zu honorieren, wenn für jeden Dritten ohne Heranziehen von Fachleuten unmittelbar klar sei, dass die Abweichung bedeutungslos sei und Nachteile für den Käufer keinesfalls entstehen können.¹¹⁸ Nach Ansicht des Bundesgerichts erforderte Art. 13a ERA 500 somit keine buchstäbliche Übereinstimmung zwischen Akkreditivbedingung und Dokument, keine sklavische Imitation. Die Berufung auf Abweichungen in den Dokumenten fand ihre Grenze in der nutzlosen Rechtsausübung.

bb) Regelung gemäss ERA 600

Art. 14d ERA 600 schafft in diesem Punkt nun Klarheit: Unter anderem wird ausdrücklich gesagt, dass die Inhalte der Akkreditivdokumente nicht spiegelbildlich den Akkreditivvorgaben entsprechen müssen; eine wörtliche Übereinstimmung ist also nicht gefordert, damit das vorgelegte Dokument als konform betrachtet wird. Indessen dürfen die Angaben nicht zueinander im Widerspruch stehen. Auch die Adressen des Begünstigten und des Auftraggebers dürfen von den Akkreditivvorgaben oder von anderen Dokumenten abweichen; die genannten Personen müssen aber in dem Staat ansässig sein, der in der Akkreditivadresse genannt wird (Art. 14j ERA 600). Auch die Anforderungen für Originaldokumente sind weniger streng ausgestaltet (Art. 17b ERA 600).¹¹⁹

cc) Mögliche Konsequenzen für die künftige Garantie-Richtlinie

Was kann daraus nun für die anstehende Revision der ERAG 458 abgeleitet werden? Art. 9 ERAG 458 hält den Garanten an, die von der Garantie geforderten Dokumente mit angemessener Sorgfalt zu prüfen, um sich zu vergewissern, ob sie ihrer äusseren Aufmachung nach den Garantiebedingungen entsprechen. Falls sie ihnen nicht entsprechen oder ihrer äusseren Aufmachung nach einander widersprechen, sind sie zurückzuweisen. Folgendes ist ersichtlich: Der Wortlaut von Art. 9 ERAG 458 entspricht inhaltlich Art. 13a ERA 500.

¹¹⁸ Bger 4C.393/2005 E. 3.2.

¹¹⁹ Vorher (Art. 13): Banks will accept as an original document a document produced as a copy provided that it is marked as original and appears to be signed. Nachher (insb. Art. 17b): A bank shall treat as an original any document bearing an apparently original signature, mark, stamp, or label of the issuer of the document, unless the document itself indicates that it is not an original.

Ausgehend von der dargelegten Anpassung der ERAG 458 an die ERA 600 scheint es somit naheliegend, dass auch bei der Revision des Art. 9 ERAG 458 ein klarstellender Wortlaut im folgenden Sinne gewählt wird: Die Inhalte der Garantiedokumente müssen nicht spiegelbildlich den Garantievorgaben entsprechen; eine wörtliche Übereinstimmung ist also nicht gefordert, damit das vorgelegte Dokument als konform betrachtet wird. Aus dem Abgleich der Dokumente dürfen indessen keine Widersprüche hervorgehen. Führt man sich das Ziel der vorliegenden Harmonisierungsbestrebungen vor Augen, nämlich eine solide Basis dieser Sicherungsinstrumente im internationalen Verhältnis zu schaffen, ist eine solche Klarstellung wünschenswert.

Die Sicherungszession: Aktuelle Rechtsfragen

Peter Reetz, Küsnacht-Zürich*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	176
I. Begriff und Wesen der Sicherungszession.....	178
1. Begriff der Sicherungszession.....	178
a) Der übliche Begriff.....	178
b) Varianten.....	179
aa) Vorbemerkungen.....	179
bb) Garantieähnliche Sicherungszession.....	179
cc) Sicherungszession durch einen Dritten.....	179
dd) Fiduziarische Sicherungshinterlegung von Forderungen... 180	
ee) Sicherungszession eines anderen abtretbaren Rechts.....	180
ff) Teilweise Sicherung der Hauptforderung.....	180
2. Wesen der Sicherungszession.....	181
a) Sicherungszession enthält gewöhnliche Zession.....	181
b) Ergänzung der «gewöhnlichen» Zession durch ein fiduziarisches Grundgeschäft.....	181
aa) «pactum de cedendo» i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR.....	181
bb) Einigung über den Sicherungszweck der Zession.....	182
cc) «Verwertungsabrede».....	182
dd) «Rückzessionsabrede».....	183

* Meinen Assistentinnen cand. iur. Jeannette Kha und Pia Aeberhard danke ich für die Durchsicht und formale Kontrolle dieses Aufsatzes. Die nachfolgenden Literaturangaben sind dabei aus Platzgründen bewusst knapp gehalten worden; wobei sich die Zitate immer auf die jeweils aktuellste verfügbare Auflage beziehen). Weiterführende Hinweise und (umfassende) Zitate zu allen im vorliegenden Aufsatz behandelten Fragestellungen finden sich bei PETER REETZ, Die Sicherungszession, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Freiburger Habilitationsschrift 2005, Zürich 2006.

c)	Massgeblichkeit des Bedingungsrechtes.....	184
d)	Überschiessende Rechtsmacht des Sicherungszessionars.....	184
e)	Zur Rechtslage bei Verfügungen des Sicherungszessionars vor Eintritt des «Verwertungsfalles».....	186
aa)	Herrschende Lehre.....	186
bb)	Stellungnahme.....	186
cc)	Ergänzung und Präzisierung.....	188
II.	Auf die Sicherungszession anwendbares Recht.....	195
1.	Vorbemerkungen.....	195
2.	Übersicht über die anwendbaren Rechtsnormen.....	196
III.	Pflicht zur Übergabe des Schuldscheins?.....	198
1.	Ausgangspunkt: Rechtslage bei der Forderungsverpfändung.....	198
a)	Sicherung des Forderungspfandgläubigers.....	199
b)	Publizität.....	199
2.	Rechtslage bei der «gewöhnlichen» Zession.....	200
3.	Rechtslage bei der Sicherungszession.....	200
a)	Zusammenfassung der Fragestellung.....	200
b)	Lösung.....	201
aa)	Herrschende Lehre.....	201
bb)	Stellungnahme.....	201
c)	Rechtslage bei unterlassener Übergabe des Schuldscheines.....	202
aa)	Schutz Dritter nach Art. 717 Abs. 1 ZGB.....	202
bb)	Von Art. 717 Abs. 1 ZGB erfasste Konstellationen.....	204
cc)	Ergebnis.....	204
d)	Der Begriff «Schuldschein» in Art. 900 Abs. 1 ZGB.....	205
aa)	Herrschende Lehre.....	205
bb)	Stellungnahme.....	206
cc)	Zusammenfassung.....	211

Literaturverzeichnis

- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003.
- BAUER THOMAS, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel 2003.
- BERGMAIER HANS, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1945.
- BOLLA PLINIO, La costituzione in pegno dei crediti secondo il codice civile svizzero, con un'introduzione generale allo studio del pegno dei diritti, Diss. Lausanne 1921.

- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? Referat für den Schweizerischen Juristenverein (1983), ZSR 102 II (1983), S. 251 ff., 375.
- VON FOERSTER HEINZ/PÖRKSEN BERNHARD, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners: Gespräche für Skeptiker, Heidelberg 1999.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.
- GIRSBERGER DANIEL, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641-729, 2. Aufl., Zürich 1977.
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980.
- KRAMER ERNST A., in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.
- Juristische Methodenlehre, Bern 1998.
- LEEMANN HANS, in: (Berner) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, I. Abteilung: Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl, Bern 1920.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, in: (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- OFTINGER KARL/BÄR ROLF, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI. Band: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Kommentar zu Art. 884-918 OR, Zürich 1981.
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929.
- PETER HANSJÖRG, Das bedingte Geschäft. Seine Pendency im römischen und im schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- REETZ PETER, Die Sicherungszession, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme (Habil. Freiburg), Zürich 2006.
- SCHLUEP WALTER/AMSTUTZ MARC, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007.
- SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001.
- SPIRIG EUGEN, in: (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung: Art. 164-174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993.

- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974; Zweite Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1979.
- WALTER HANS PETER, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Mobiliarsicherheiten, Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht, Berner Bankrechtstag 1998, Bern 1998.
- WIEGAND WOLFGANG, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, Eugen Bucher/Peter Saladin (Hrsg.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern und Stuttgart 1979.
- ZOBL DIETER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888–906 ZGB, Bern 1996.

I. Begriff und Wesen der Sicherungszession

1. Begriff der Sicherungszession

a) Der übliche Begriff

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition der Sicherungszession. In Lehre und Rechtsprechung hat sich jedoch ein Begriff herausgebildet, der üblicherweise verwendet wird. In diesem üblichen Sinne dient die Sicherungszession nach dem Willen der Parteien der *Sicherung einer Forderung* und damit der *Erfüllung einer Schuld*. Zu ihren Merkmalen gehört, dass der Schuldner einer Hauptforderung seinem Gläubiger eine Forderung abtritt, um diese Hauptforderung zu sichern. Der Sicherungszweck wird in der Weise erreicht, dass der Gläubiger (Sicherungszessionar) nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung berechtigt ist, die abgetretene Forderung (Sicherungsforderung) bei Eintritt des vereinbarten «Verwertungsfalles» zu seinen Gunsten zu verwerten, umgekehrt aber verpflichtet ist, die Sicherungsforderung auf den Schuldner (Sicherungszedent) zurück zu übertragen, sobald sich der Sicherungszweck durch Tilgung oder anderweitiges Erlöschen der Hauptforderung erledigt hat («Rückleistungsfall»). Der Schuldner der Sicherungsforderung wird als Sicherungsschuldner bezeichnet¹.

¹ Ähnlich: ZOBL, Berner Kommentar, N 1507 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 271 ff. zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; BERGMAIER, Sicherungszession, S. 21.

b) Varianten

aa) Vorbemerkungen

Jeder Begriffsbestimmung ist eigen, dass sie zugleich auch ausschliesst und begrenzt². So verhält es sich auch mit der Bestimmung des üblichen Begriffes der Sicherungszession. Diese orientiert sich an der hauptsächlichlichen Erscheinungsform der Sicherungszession in der Praxis und abstrahiert von den anderen Formen der Sicherungszession, welche nur selten anzutreffen sind. Diese anderen Formen der Sicherungszession können untereinander wiederum kombiniert sein. Zu ihnen gehören insbesondere die folgenden Varianten der Sicherungszession:

bb) Garantieähnliche Sicherungszession

Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar können vereinbaren, dass durch die Sicherungszession nicht eine Pflicht zu einer Leistung bzw. die Erfüllung einer Forderung sichergestellt wird, sondern dass eine *Leistung als solche bzw. deren Erbringung garantiert wird*, unbekümmert um den Bestand einer Leistungspflicht. Wird die «garantierte» Leistung nicht erbracht, so ist der Sicherungszessionar berechtigt, die Sicherungsforderung zu verwerten – und zwar auch dann, wenn die Leistungspflicht nicht mehr besteht oder nie bestanden hat. Die Sicherungszession hat diesfalls «garantieähnlichen» Charakter, weshalb ich sie als garantieähnliche Sicherungszession bezeichne. Ob eine garantieähnliche Sicherungszession vorliegt oder nicht, bestimmt sich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen.

cc) Sicherungszession durch einen Dritten

Nach der üblichen Definition der Sicherungszession, die auf den Regelfall abstellt, handelt es sich beim Sicherungszedenten um den Schuldner der Hauptforderung (vgl. soeben sub aa). Möglich ist jedoch auch, dass ein vom Schuldner der Hauptforderung verschiedener *Dritter als Sicherungszedent* auftritt und dem Gläubiger der Hauptforderung – dem nachmaligen Sicherungszessionar – eine ihm (d. h. dem Dritten) gegenüber einem Sicherungsschuldner zustehende Forderung zur Sicherstellung der Hauptforderung abtritt. Diesfalls liegt ein Vierpersonenverhältnis vor. Auf die Sicherungs

² V. FOERSTER/PÖRKSEN, Wahrheit, S. 105.

zession durch einen Dritten sind infolge der gleichartigen Interessenlage sowohl die für das Drittpfand geltenden Grundsätze als auch einzelne Bestimmungen des Bürgschaftsrechts (Art. 492 ff. OR) analog anwendbar, soweit sie passen.

dd) Fiduziarische Sicherungshinterlegung von Forderungen

Bei der Sicherungshinterlegung von Forderungen *zediert der Sicherungszedent* zwecks Sicherung einer Hauptforderung, welche der Sicherungszessionar ihm gegenüber hat, *einem Dritten (Depositär) eine Sicherungsforderung*, die dieser an den Sicherungszessionar weiter zu zedieren hat, falls die Hauptforderung bis zu einem durch Vereinbarung festgelegten Zeitpunkt weder getilgt worden noch anderweitig erloschen ist. Die Besonderheit dieses Rechtsgeschäftes besteht nur (aber immerhin) darin, dass die Parteien eine Drittperson beiziehen, über welche die Sicherungszession ablaufen soll. Auf die fiduziarische Sicherungshinterlegung von Forderungen sind grundsätzlich die Regeln über die Sicherungszession anwendbar³. Da Forderungen keine beweglichen Sachen sind, ist der Terminus «Hinterlegung» nicht restlos präzise; dennoch hat er sich in diesem Zusammenhang eingebürgert.

ee) Sicherungszession eines anderen abtretbaren Rechts

Gegenstand der Sicherungszession kann nicht nur eine Forderung sein. Es ist auch zulässig, ein anderes abtretbares Recht (z. B. ein Baurecht oder ein Immaterialgüterrecht) sicherungshalber zu zedieren. Sind solche anderen Rechte abtretbar, so können sie – *argumentum a maiore ad minus* – auch verpfändet werden (Art. 899 Abs. 1 ZGB).

ff) Teilweise Sicherung der Hauptforderung

Bei der (bloss) teilweisen Sicherung der Hauptforderung vereinbaren der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar, dass die Rückzessionspflicht des Sicherungszessionars bereits dann entsteht, wenn der gesicherte Teil der Hauptforderung (z. B. 80 % derselben) getilgt worden oder anderweitig erloschen ist.

³ OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 224 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; ZOBL, Berner Kommentar, N 1208 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB.

2. Wesen der Sicherungszession

a) Sicherungszession enthält gewöhnliche Zession

Jeder Sicherungszession ist eine Forderungsabtretung inhärent. Diese Forderungsabtretung bildet den «Verfügungsteil» der Sicherungszession und ist nichts anderes als eine «gewöhnliche» Zession i.S.v. Art. 165 Abs. 1 OR. Die Forderungsabtretung bei der Sicherungszession beruht (als Verfügungsgeschäft) auf einem fiduziarischen Grundgeschäft (als Verpflichtungsgeschäft), welches jener vorangeht und durch das die Sicherung des Sicherungszessionars erreicht werden soll. Das fiduziarische Grundgeschäft ist die eigentliche Besonderheit der Sicherungszession. Im Einzelnen:

b) Ergänzung der «gewöhnlichen» Zession durch ein fiduziarisches Grundgeschäft

Gleich wie bei jeder Zession geht der Forderungsabtretung auch bei der Sicherungszession ein «pactum de cedendo» i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR voraus [dazu sub (aa)]. Zu diesem «pactum de cedendo» treten sodann weitere Elemente hinzu, welche für die Sicherungszession charakteristisch sind: Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar sind sich über den Sicherungszweck der Zession einig [dazu sub (bb)]. Sodann treffen die Parteien im Rahmen des fiduziarischen Grundgeschäftes zwei weitere Abreden, durch die sie die Befugnis des Sicherungszessionars zur Verwertung und seine Verpflichtung zur Rückzession der Sicherungsforderung festlegen [dazu sub (cc) und (dd)]. Insgesamt besteht demnach das fiduziarische Grundgeschäft – ein Innominatkontrakt⁴ – aus vier Abreden, welche zusammen den fiduziarischen Charakter der Zession ausmachen. Es sind dies die folgenden:

aa) «pactum de cedendo» i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR

Jeder Forderungsabtretung geht grundsätzlich ein «pactum de cedendo» i.S.v. Art. 165 Abs. 2 OR voraus. So verhält es sich auch bei der Sicherungszession. Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar vereinbaren, dass der Sicherungszedent verpflichtet sein soll, dem Sicherungszessionar eine Forderung – die Sicherungsforderung – in sein Vermögen zu übertragen (Entstehung der Verpflichtungslage).

⁴ Gl.M. WALTER, Sicherungszession, S. 45; ZOBL, Berner Kommentar, N 1376 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; Bergmaier, Sicherungszession, S. 69 ff.

bb) Einigung über den Sicherungszweck der Zession

Der Sicherungszedent und der Sicherungszessionar sind sich darüber einig, dass die Zession nur (aber immerhin) Sicherungszwecken dienen soll; der Vertragszweck der Zession besteht ausschliesslich in der Sicherung des Sicherungszessionars. Daraus folgt insbesondere, dass der Sicherungszessionar – anders als ein «gewöhnlicher» Zessionar – nicht unbeschränkt, sondern nur unter Beachtung des Sicherungszweckes der Zession über die Sicherungsforderung verfügen darf.

cc) «Verwertungsabrede»

Dem auf Sicherung des Sicherungszessionars gerichteten Vertragszweck entsprechend treffen die Parteien sodann eine weitere Abrede folgenden Inhaltes: Der Sicherungszessionar ist (auch in seinem Verhältnis zum Sicherungszedenten) befugt, die Sicherungsforderung zu verwerten (und entsprechende Verfügungen vorzunehmen), wenn er die geschuldete Leistung nicht in demjenigen Zeitpunkt erhält, in dem er sie spätestens erwarten darf (was im Folgenden als «Verwertungsfall» bezeichnet wird): Der «Verwertungsfall» bestimmt sich nach der von den Parteien getroffenen «Verwertungsabrede»; ist nichts anderes vereinbart, so gilt der Eintritt des Verzuges des Sicherungszedenten (Art. 102 ff. OR) als «Verwertungsfall»⁵. Verwertet diesfalls der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung, so vollzieht er diese Verfügung – anders als bei einem Einzug der Sicherungsforderung vor dem Eintritt des «Verwertungsfalles»⁶ – nicht als blosser Verwaltungshandlung, sondern für sich (d. h. zu seinen Gunsten). Dies bedeutet, dass er die aus der Verwertung erzielten Vorteile definitiv behalten kann, weshalb die Hauptforderung im Umfang des realisierten Wertes getilgt wird und damit untergeht.

⁵ Die «Verwertungsabrede» ist demnach aufschiebend bedingt i.S.v. Art. 151 ff. OR, da im Zeitpunkt, in dem sie getroffen wird, ungewiss ist, ob der «Verwertungsfall» zukünftig eintreten wird oder nicht.

⁶ Zieht der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vor dem Eintritt des «Verwertungsfalles» ein, so hat er das erhaltene Surrogat bei einem allfälligen späteren Eintritt des «Rückleistungsfalles» [dazu sogleich sub (dd) im Text] dem Sicherungszedenten zurück zu geben. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, für diesen Fall von einer Verwertung des Sicherungszessionars für sich zu sprechen.

dd) «Rückzessionsabrede»

Schliesslich verpflichtet sich der Sicherungszessionar, die ihm übertragene Sicherungsforderung wieder auf den Sicherungszedenten zurück zu übertragen, falls die Hauptforderung (auf andere Weise als durch zulässige Verwertung der Sicherungsforderung durch den Sicherungszessionar) getilgt wird oder sonstwie – sei es mit oder ohne Befriedigung des Sicherungszessionars – erlischt (was im Folgenden als «Rückleistungsfall» bezeichnet wird)⁷. Mangels anderweitiger Abrede schliesst jeder Eintritt des «Rückleistungsfalles», welcher vor der Verwertung der Sicherungsforderung erfolgt, deren Vornahme durch den Sicherungszessionar aus und lässt die Rückzessionspflicht entstehen – also auch ein Eintritt des «Rückleistungsfalles» nach dem Eintritt des «Verwertungsfalles»^{8,9}. Da der Eintritt des «Rückleistungsfalles» im Zeitpunkt, in dem die «Rückzessionsabrede» getroffen wird, eine ungewisse zukünftige Tatsache ist, entpuppt sich die «Rückzessionsabrede» als aufschiebend bedingte Vereinbarung i.S.v. Art. 151 ff. OR¹⁰. Zur Verdeutlichung: Im Falle des Eintritts der ungewissen zukünftigen Tatsache «Rückleistungsfall» entsteht eine Obligation auf Rückzession der Sicherungsforderung, deren Gläubiger der Sicherungszedent und deren Schuldner der Sicherungszessionar ist. Tritt der «Rückleistungsfall» ein (und wird damit die aufschiebende Bedingung erfüllt), so besteht demgemäss die gleiche Rechtslage, wie wenn die Parteien – in Bezug auf die Sicherungsforderung – nach dem Vollzug der Sicherungszession ein «pactum de retrocedendo» geschlossen hätten, dessen Schuldner der Sicherungszessionar und dessen

⁷ Wurde die Rückzession dagegen für den Fall der Erbringung der Leistung vereinbart (unabhängig vom Bestand einer Leistungspflicht), so liegt eine garantieähnliche Sicherungszession vor.

⁸ Der Grund liegt darin, dass der Sicherungszessionar diesfalls hat, was ihm gebührt. – Befindet sich der Sicherungszedent im Verzug, so hat er immerhin Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten (Art. 103 Abs. 1 OR). Handelt es sich bei der Hauptforderung um eine Geldschuld, so hat der Sicherungszedent überdies Verzugszinsen zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).

⁹ Ist der «Verwertungsfall» eingetreten und hat der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung bereits verwertet, so ist dadurch die Hauptforderung im Umfang des erzielten Verwertungserlöses untergegangen, womit die Verpflichtung des Sicherungszessionars zur Rückzession der Sicherungsforderung (im entsprechenden Umfang) dahinfällt.

¹⁰ Ausnahmsweise kann die von den Parteien (Sicherungszedent und Sicherungszessionar) ins Auge gefasste ungewisse zukünftige Tatsache auch (teilweise) anderen Inhalts sein. Beispiel: Es wird vereinbart, dass der «Rückleistungsfall» (zusätzlich) auch dann als eingetreten gilt, wenn die Hauptforderung anderweitig sichergestellt wird.

Gläubiger der Sicherungszession ist. – In der aufschiebend bedingten Verpflichtung des Sicherungszessionars, die Sicherungsforderung wieder auf den Sicherungszedenten zurück zu übertragen, zeigt es sich, dass die Zession nur zu Sicherungszwecken erfolgt, währenddem seine Befugnis zur Verwertung der Sicherungsforderung bei Eintritt des «Verwertungsfalles» gewissermassen zeigt, dass die Zession immerhin zu Sicherungszwecken vorgenommen wird.

Die «Verwertungsabrede» und die «Rückzessionsabrede» (vgl. soeben lit. c. und d.), die ebenfalls zum Inhalt des fiduziarischen Grundgeschäftes gehören, werden bisweilen ausdrücklich vereinbart. Häufig aber ergeben sie sich nur mittelbar aus der Einigung über den Sicherungszweck der Zession, in der sie dann als stillschweigend mitverständener Inhalt enthalten sind.

c) **Massgeblichkeit des Bedingungsrechtes**

Die hier vorgetragene Auffassung, wonach das fiduziarische Grundgeschäft eine aufschiebend bedingte Vereinbarung – die «Rückzessionsabrede» – beinhaltet, hat zur Folge, dass die Rechtsstellung des Sicherungszedenten und des Sicherungszessionars (teilweise) auch in den Art. 151 ff. OR normiert ist. Dies hat etwa zur Folge, dass die Verpflichtungen des Sicherungszessionars gegenüber dem Sicherungszedenten – zumindest in negativer Hinsicht – aus Art. 152 Abs. 1 OR abzuleiten sind. Zu beachten ist immerhin, dass der in Art. 152 Abs. 1 OR stipulierte Grundsatz, wonach der Sicherungszessionar bei schwebender Bedingung nichts vornehmen darf, was die gehörige Rückzession der Sicherungsforderung hindern könnte, nur seine Verpflichtungslage betrifft. Die Verfügungsmacht des Sicherungszessionars wird demgegenüber im Grundsatz in Art. 152 Abs. 3 OR normiert. Diese Bestimmung sieht vor, dass Verfügungen, welche der Sicherungszessionar während der Schwebezeit vornimmt, bei Eintritt des «Rückleistungsfalles» insoweit hinfällig werden, als sie dessen Wirkung beeinträchtigen.

d) **Überschiessende Rechtsmacht des Sicherungszessionars**

Indem der Sicherungszessionar durch die Sicherungszession alleinberechtigter Gläubiger wird, verfügt er über eine Rechtsposition, die über den eigentlichen Zweck der Sicherungszession (= Sicherung des Sicherungszessionars) hinausgeht – er hat eine sog. «*überschiessende Rechtsmacht*¹¹» (vgl. allerdings

¹¹ BGE 71 II 169; ZÖBL, Berner Kommentar, N 1300 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 273 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff.

Art. 152 Abs. 3 OR). Die volle Gläubigerschaft des Sicherungszessionars ist nämlich nach dem Parteiwillen nur dann gerechtfertigt, wenn der «Rückleistungsfall» nicht eintritt. Solange jedoch über diesen Umstand – d. h. über den Eintritt der in der «Rückzessionsabrede» als ungewiss erachteten zukünftigen Tatsache «Rückleistungsfall» (vgl. Art. 151 Abs. 1 OR) – keine Gewissheit herrscht, hat der Sicherungszessionar extern (gegenüber Dritten) eine Rechtsstellung, die über dasjenige hinaus geht, zu dem er aufgrund des (mit dem Sicherungszedenten) im fiduziarischen Grundgeschäft Vereinbarten befugt wäre (Art. 152 Abs. 1 OR)¹².

Die überschüssende Rechtsmacht des Sicherungszessionars dauert fort, wenn zwar der «Rückleistungsfall» eingetreten ist, der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung jedoch noch nicht wieder auf den Sicherungszedenten zurück übertragen hat: Diesfalls hat sich die von den Parteien in der «Rückzessionsabrede» ins Auge gefasste aufschiebende Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR verwirklicht und die Pflicht des Sicherungszessionars, die Sicherungsforderung wieder auf den Sicherungszedenten zurück zu übertragen, ist entstanden. Handelt der Sicherungszessionar dieser Verpflichtung zuwider, indem er beispielsweise die Sicherungsforderung auf einen gutgläubigen¹³ Dritten überträgt, so macht er sich – obwohl er diesfalls extern zur Rechtsübertragung befähigt ist – intern, d. h. dem Sicherungszedenten gegenüber, nach Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig¹⁴.

ZGB; SPIRIG, Zürcher Kommentar, N 119 zu Vorbemerkungen zu Art. 164–174 OR; v. TUHR/ESCHER, OR AT, S. 340; v. TUHR/PETER, OR AT, S. 204; BUCHER, OR AT, S. 559; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 1029.

¹² Vgl. dazu OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 273 f. zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB.

¹³ Ist der Dritte bösgläubig (d. h. weiss er, dass der Sicherungszessionar eben nur Sicherungszessionar und damit nicht vollberechtigter Gläubiger ist), so kann er nicht Gläubiger der Sicherungsforderung werden. Vgl. zu dieser Problematik im Einzelnen REETZ, Sicherungszession, N 152 ff.

¹⁴ Vgl. dazu auch von TUHR/ESCHER, OR AT, S. 340.

e) Zur Rechtslage bei Verfügungen des Sicherungszessionars vor Eintritt des «Verwertungsfalles»

aa) Herrschende Lehre

Die herrschende Lehre legt der Erörterung der Problematik von Verfügungen des Sicherungszessionars vor dem Eintritt des «Verwertungsfalles» die sog. «Vollrechtstheorie» zugrunde¹⁵. Nach dieser Theorie erhält der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten zu vollem Recht übertragen und ist diesem gegenüber in dessen Ausübung lediglich obligatorisch beschränkt; bei Verletzung der im fiduziarischen Grundgeschäft getroffenen Abreden macht er sich bei gegebenen Voraussetzungen schadenersatzpflichtig gegenüber dem Sicherungszedenten¹⁶. Folgerichtig haben die Vertreter der «Vollrechtstheorie» den folgenden, im Zusammenhang mit fiduziarischen Rechtsgeschäften zum juristischen Gemeingut gewordenen Satz geprägt: «Er [der Sicherungszessionar] kann mehr, als er darf¹⁷.» Des Weiteren gehen die Vertreter der «Vollrechtstheorie» davon aus, dass dem Sicherungszessionar eine unbeschränkte Verfügungsmacht über die Sicherungsforderung zusteht¹⁸.

bb) Stellungnahme

(1) Grundsätzliche Zustimmung

Der herrschenden Lehre bzw. der «Vollrechtstheorie» ist insofern zuzustimmen, als sie davon ausgeht, dass der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten zu vollem Recht übertragen erhält und diesem gegenüber in dessen Ausübung obligatorischen Beschränkungen unterliegt. In der Tat wird der Sicherungszessionar auch nach der hier vertretenen Auffassung voll berechtigter Gläubiger der Sicherungsforderung, was insbesondere im Falle einer allfälligen Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Sicherungszessionars von erheblicher (nachteiliger) Be-

¹⁵ Vgl. BERGMAIER, Sicherungszession, S. 26 ff.; Zobl, Berner Kommentar, N 1600 ff. und N 1640 ff. zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB.

¹⁶ BERGMAIER, Sicherungszession, S. 26; GIRSBERGER, Basler Kommentar, N 44 zu Art. 164 OR; vgl. auch ZOBL, Berner Kommentar, N 1615 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; WALTER, Sicherungszession, S. 44.

¹⁷ BGE 119 II 328; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 1029; BAUER, Basler Kommentar, N 33 vor Art. 884–894 ZGB; Kramer, Berner Kommentar, N 119 zu Art. 18 OR.

¹⁸ BERGMAIER, Sicherungszession, S. 31.

deutung für den Sicherungszedenten sein kann, da sich dieser diesfalls bei Eintritt des «Rückleistungsfalles» mit einer Konkursdividende begnügen muss¹⁹.

Als voll berechtigter Gläubiger der Sicherungsforderung verfügt der Sicherungszessionar über mehr rechtliche Befugnisse, als ihm aufgrund seiner gegenüber dem Sicherungszedenten bestehenden obligatorischen Bindung auszuüben erlaubt ist. Aus diesem Grunde ist auch der Satz «Er kann mehr, als er darf»²⁰ durchaus richtig.

(2) *Ablehnung der «unbeschränkten Verfügungsmacht des Sicherungszessionars*

Nach der hier vertretenen Auffassung nicht zutreffend ist dagegen die von den Vertretern der «Vollrechtstheorie» ebenfalls geäußerte Ansicht, wonach dem Sicherungszessionar eine «unbeschränkte Verfügungsmacht» über die Sicherungsforderung zustehen soll. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich unmittelbar aus Art. 152 Abs. 3 OR:

Nach dieser Bestimmung sind Verfügungen während der Schwebezeit einer aufschiebenden Bedingung insoweit hinfällig, als sie – wenn die Bedingung eintritt – deren Wirkung beeinträchtigen. Dementsprechend fallen Verfügungen über die abgetretene Sicherungsforderung dahin, wenn sie der später entstehenden Rückzessionspflicht entgegenstehen. Dies gilt für alle Verfügungen, welche der Sicherungszessionar vor dem Eintritt des «Verwertungsfalles» vornimmt, sofern später der «Rückleistungsfall» noch vor dem «Verwertungsfall» eintritt. Durch entsprechende Verfügungen nach dem Eintritt des «Verwertungsfalles» geht dagegen die Hauptforderung unter, weshalb der «Rückleistungsfall» gar nicht mehr eintreten (und damit die Rückzessionspflicht des Sicherungszessionars gar nicht mehr entstehen) kann. Dasselbe gilt, wenn der Sicherungszessionar vor dem Eintritt des «Verwertungsfalles» verfügt hat und sich nachher der «Verwertungsfall» ereignet, ohne dass zuvor der «Rückleistungsfall» eingetreten ist.

Unrichtig ist es daher, aus dem Begriff der «Vollrechtstheorie» eine «unbeschränkte Verfügungsmacht» des Sicherungszessionars abzuleiten; eine derartige begriffliche Argumentation ist abzulehnen, da dadurch die wahre Fragestellung verkannt wird. Vielmehr gilt Folgendes: Der Begriff der «Vollrechtstheorie» ist beizubehalten, da er eine wichtige Rechtsfolge – den Vollrechtserwerb des Sicherungszessionars²¹ – treffend umschreibt (wobei sich

¹⁹ Vgl. dazu im Einzelnen REETZ, Sicherungszession, N 581 ff.

²⁰ BGE 119 II 328; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 1029.

²¹ Vgl. REETZ, Sicherungszession, N 64 ff.

der Vollrechtserwerb des Sicherungszessionars aus den Bestimmungen des OR und nicht aus dem Begriff der «Vollrechtstheorie» ergibt). Der Grundsatz des vollen Rechtserwerbs des Sicherungszessionars wird allerdings i.S. einer Ausnahme insoweit eingeschränkt, als er aufgrund von Art. 152 Abs. 3 OR nicht die Bedeutung hat, dass der Sicherungszessionar (vor dem Eintritt des «Verwertungsfalles») eine geradezu «unbeschränkte Verfügungsmacht» in Bezug auf die Sicherungsforderung hat. Dass die herrschende Lehre dennoch diese Auffassung vertritt, ist deswegen nicht weiter erstaunlich, da sie sich keine Rechenschaft darüber abgibt, dass es sich bei der «Rückzessionsabrede» um eine aufschiebend bedingte Vereinbarung i.S.v. Art. 151 ff. OR handelt.

cc) Ergänzung und Präzisierung

(1) *Herrschende Lehre zu Art 152 Abs. 3 OR*

Nach BUCHER²² ist die Formulierung von Art. 152 Abs. 3 OR verunglückt, da diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut (und gleich wie Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 OR) nicht den Fall der (vorbestehenden) bedingten Verfügung, sondern den Fall der (vorbestehenden) bedingten Verpflichtung betreffe (d. h. den Fall, in dem jemand trotz vorbestehender bedingter Verpflichtung abrewidrige Verfügungen vornimmt). Dies könne jedoch – so BUCHER²³ – unmöglich gemeint sein, da doch selbst Verfügungen, welche die Erfüllung unbedingter Verpflichtungen vereiteln, uneingeschränkt gültig seien (z. B. die Übereignung einer Sache, obwohl damit die Erfüllung eines früher mit einem Dritten geschlossenen Verkaufsvertrages verunmöglicht wird).

BUCHER selbst führt zwar für seine Auffassung keine weiteren Literaturstellen an. Tatsächlich befindet sich BUCHER jedoch im Einklang mit der herrschenden Lehre²⁴, der zufolge Art. 152 Abs. 3 OR nur auf (vorbestehende) bedingte Verfügungsgeschäfte, nicht jedoch auch auf (vorbestehende) bedingte Verpflichtungsgeschäfte anwendbar ist. BUCHER und mit ihm die herrschende Lehre²⁵ stützen ihre Auffassung auf § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB²⁶; diese Bestimmung soll Art. 152 Abs. 3 OR als Vorbild gedient haben.

²² BUCHER, OR AT, S. 511 Fn. 31.

²³ BUCHER, a.a.O.

²⁴ V. TUHR/ESCHER, OR AT, S. 267 f.; v. TUHR/PETER, S. 222; ausführlich: PETER, Das bedingte Geschäft, S. 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

²⁵ V. TUHR/ESCHER, S. 267 f.; v. Tuhr/Peter, S. 222; ausführlich: PETER, Das bedingte Geschäft, S. 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

Anders ausgedrückt – und auf die vorliegende Konstellation zugeschnitten – bedeutet dies, was folgt: BUCHER und die herrschende Lehre²⁷ sind der Auffassung, dass der (aufschiebend bedingt) zur Rückzession der Sicherungsforderung verpflichtete Sicherungszessionar in seinem Verfügungsmässigen Handeln (trotz des – auch von ihnen anerkannten – gegenteiligen Wortlautes von Art. 152 Abs. 3 OR) nicht beschränkt sein könne, da er dies nicht einmal dann wäre, wenn er nicht bloss bedingt, sondern unbedingt zur Rückzession der Sicherungsforderung auf den Sicherungszedenten verpflichtet wäre. Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

(2) *Stellungnahme*

Die Auffassung von BUCHER und der herrschenden Lehre²⁸ ist zwar rechtlich durchaus richtig (*argumentum a fortiori*²⁹). Sie widerspricht indes nicht nur dem Wortlaut von Art. 152 Abs. 3 OR (i.V.m. Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 OR), sondern auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, weshalb ihr nicht zu folgen ist. Ausweislich der insoweit eindeutigen Materialien^{30, 31, 32} ging es dem Gesetzgeber beim Erlass von Art. 152 Abs. 3 OR

²⁶ § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB hat folgenden Wortlaut: «Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde [Hervorhebung hinzugefügt].»

²⁷ V. TUHR/ESCHER, S. 267 f.; v. TUHR/PETER, S. 222; ausführlich: PETER, Das bedingte Geschäft, S. 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

²⁸ V. TUHR/ESCHER, S. 267 f.; v. TUHR/PETER, OR AT, S. 222; ausführlich: PETER, Das bedingte Geschäft, S. 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

²⁹ Vgl. dazu KRAMER, Methodenlehre, S. 151 f.

³⁰ Sten.Bull. 1909, NR, 542 f. (Eugen Huber als deutscher Berichterstatter der vorberatenden Kommission): «Dazu kommen nun aber einige materielle Neuerungen in diesem 29. Titel ... Unter den Bedingungen finden Sie in Art. 1177 einen Zusatz. Es war schon nach dem geltenden Recht, Art. 172, Vorschrift, dass der bedingt verpflichtete Schuldner nichts unternehmen durfte, was die Erfüllung der bedingten Leistung für die Zukunft erschweren konnte; allein es war nicht gesagt, welche Wirkung es habe, wenn der Schuldner trotz des Verbotes eine solche Handlung vornimmt. Um die Lücke auszufüllen schlagen wir Ihnen vor, im dritten Absatz des Art. 1177 zu sagen: «Verfügungen während der Schwebezeit sind, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfällig, als sie die Wirkung, die vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde, beeinträchtigen.» Sie sollen hinfällig sein, auch Dritten gegenüber nicht Geltung haben, sofern diese Dritten nicht etwa durch ihren bona fide Erwerb anderweitig genügend geschützt erscheinen ... [Hervorhebungen hinzugefügt].»

³¹ Sten.Bull. 1909, NR, 544 (M. ROSSEL als französischsprachiger Berichterstatter der vorberatenden Kommission): «Le troisième alinéa, que nous insérons dans l'art 1177, ren-

darum, den aus einem bedingten Verpflichtungsgeschäft Berechtigten besser zu schützen als den aus einem unbedingten Verpflichtungsgeschäft Berechtigten. Mithin war es die Absicht des Gesetzgebers, einen speziellen «Gesamtatbestand» des Bedingungsrechts zu schützen; Art. 152 Abs. 3 OR sollte die Rechtslage regeln bei Verfügungen, mit denen vorbestehenden bedingten Verpflichtungslagen zuwider gehandelt wird³³. Zur Verdeutlichung:

Die durch das bedingte Rechtsgeschäft «Rückzessionsabrede» hervorgerufene Rechtslage (d. h. die aufschiebend bedingte Verpflichtung des Siche-

ferme une sanction expresse qui ne figurait pas dans le code fédéral et qui était nécessaire. La voici (nous sommes dans le chapitre des obligations conditionnelles): «Tout acte de disposition accompli avant l'avènement de la condition est nul dans la mesure où il en compromet les effets.» ... [Hervorhebungen hinzugefügt].»

³² Sten.Bull. 1910, StR, 183 (HOFFMANN als Berichterstatter der vorberatenden Kommission): «Zu Art. 1177 ist folgendes zu sagen: Der geltende Art. 172, Absatz 1, wird im ersten Absatze des Art. 1177 reproduziert. Dagegen enthält das Obligationenrecht keine Lösung darüber, wie es zu halten ist, wenn dieser Verpflichtung entgegengehandelt wird; das wird im dritten Absatz geregelt wie folgt: «Verfügungen während der Schwebezeit sind, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfällig, als sie die Wirkung, die vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde, beeinträchtigen.» [Hervorhebung hinzugefügt].»

³³ Auch indem EUGEN HUBER ausdrücklich von materiellen Neuerungen sprach (die es einzuführen galt; siehe Fn. 31), zeigt es sich, dass Art. 152 Abs. 3 OR (entspricht dem von Eugen Huber zitierten Art. 1177 Abs. 3) auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen anwendbar ist: Wäre Art. 152 Abs. 3 OR (im Sinne von BUCHER und der herrschenden Lehre) tatsächlich nur auf vorbestehende bedingte Verfügungen anwendbar, so hätte die Aufnahme von Art. 152 Abs. 3 in das OR gerade keine materielle Neuerung dargestellt. Dies deshalb nicht, da vorbestehende bedingte Verfügungen bereits im alten OR (getreu der ganzen pandektistisch-gemeinrechtlichen Doktrin) die Verfügungsmacht desjenigen, der bereits bedingt verfügt hat, beschränkten. Dass derjenige, der bedingt verfügt hat, bei einer zweiten, nachfolgenden Verfügung in seiner Verfügungsmacht durch die vorbestehende bedingte Verfügung beschränkt ist, ergab und ergibt sich bereits aus dem Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen («nemo plus iuris transferre potest quam ipse habe[re]t»). Hätte durch Art. 152 Abs. 3 OR nur dies (Einschränkung der Verfügungsmacht durch eine vorbestehende bedingte Verfügung) festgehalten werden sollen, so hätte dessen Aufnahme in das OR am bestehenden Rechtszustand gar nichts geändert, weshalb EUGEN HUBER, dem der zitierte Grundsatz bestens bekannt war (vgl. etwa EUGEN HUBERS Regelung der Art. 933 ff. ZGB), diesfalls nicht von einer «materiellen Neuerung» gesprochen hätte. – § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB hält an sich nichts fest, was sich nicht bereits aus dem Grundsatz «nemo plus iuris transferre potest quam ipse habe[re]t» ergibt, weshalb die Bestimmung wenn auch nicht überflüssig, so doch entbehrlich wäre (obwohl sie der Klarheit dienen mag).

rungszessionars zur Rückzession der Sicherungsforderung auf den Sicherungszedenten) ist Teil eines Gesamttatbestandes (bestehend aus unbedingter Verpflichtung und anschliessender Verfügung). Als Entwicklungsstufe des Vollrechts («Rück»erwerb der Sicherungsforderung durch den Sicherungszedenten) zieht diese Rechtslage eine Teilfolge nach sich³⁴. Diese Teil(rechts)folge besteht nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 152 Abs. 3 OR darin, den Sicherungszedenten während der Schwebezeit (d. h. bis zum Eintritt des «Verwertungsfalles») mit Bezug auf nachteilige Verfügungen des Sicherungszessionars zu schützen (obwohl er – der Sicherungszedent – bloss bedingt berechtigter Gläubiger ist). Der Gesetzgeber hat demnach den aufschiebend bedingt berechtigten Gläubiger gegenüber dem unbedingt berechtigten Gläubiger bewusst bevorzugt, indem Verfügungen des aufschiebend bedingt verpflichteten Schuldners während der Schwebezeit die Wirkung der Bedingung (die als Teil eines Gesamttatbestandes betrachtet wird) nicht beeinträchtigen können.

Die hier vertretene These, wonach Art. 152 Abs. 3 OR auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen (denen nun durch eine Verfügung zuwidergehandelt wird) anwendbar ist, lässt sich im Übrigen – abgesehen vom (aufgrund der vorliegend aufschlussreichen Materialien) deutlich erkennbaren gesetzgeberischen Willen – wie folgt begründen:

Erstens spricht der Wortlaut von Art. 152 Abs. 1 OR, auf den sich Art. 152 Abs. 3 OR nach der (auch von BUCHER und den Vertretern der herrschenden Lehre anerkannten) Gesetzssystematik bezieht, vom bedingt Verpflichteten (in den romanischen Gesetzestexten vom débiteur bzw. vom debitore). Bedingt verpflichtet ist jedoch nur derjenige, der ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen hat, nicht hingegen auch derjenige, der ein bedingtes Verfügungsgeschäft abgeschlossen hat. Der Gesetzeswortlaut bezieht sich demnach ausschliesslich auf die Rechtslage bei Verfügungen, welche vorbestehenden bedingten Verpflichtungen zuwiderlaufen³⁵.

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den vorliegenden Materialien (Amtliches Bulletin, welches die von den Kommissionssprechern in den Räten vorgetragene Kommissionsgedanken enthält) nicht um irgendwelche Materialien handelt, sondern um die bedeutendsten Materialien

³⁴ Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N 1 zu Art. 152 OR.

³⁵ Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 152 Abs. 3 OR jedoch auch auf vorbestehende bedingte Verfügungen anwendbar (denen nun durch eine zweite Verfügung zuwidergehandelt wird); dies indes nicht aufgrund einer unmittelbaren Anwendung der Norm, sondern lediglich aufgrund eines Analogieschlusses.

überhaupt: Mit Bezug auf Art. 152 Abs. 3 OR ging es um die Konzeption eines (neuen) Absatzes, der von der vorberatenden parlamentarischen Kommission als materielle Neuerung zwecks Aufnahme in das revidierte OR konzipiert wurde; die Ausführungen der Kommissionssprecher geben demnach Aufschluss über die Motivierung der Einführung einer neuen Bestimmung. Die Kommissionssprecher sprachen sodann als Vertreter der Kommission zuhanden der Räte und die Räte akzeptierten die Neuaufnahme von Art. 152 Abs. 3 OR aufgrund der von den drei Kommissionssprechern vorgelegten (identischen) Begründung³⁶. Legt man der Auslegung die sog. objektiv-historische Methode³⁷ als Ausgangspunkt zugrunde, so hat dies die Berücksichtigung des entsprechenden gesetzgeberischen Willens zur Folge. Vom objektiv-historischen Sinn einer Norm, welcher – wie vorliegend – im Wortlaut der Bestimmung seinen Niederschlag gefunden hat, darf ferner nur dann abgewichen werden, wenn a) sich die Verhältnisse geändert haben, b) der Gesetzgeber in einem (offenkundigen) Irrtum war oder c) unbillige Ergebnisse entstehen³⁸. Mit Bezug auf Art. 152 Abs. 3 OR liegt indes kei-

³⁶ Die vorliegende Konstellation ist damit nicht vergleichbar mit dem Fall, in dem sich ein einzelnes Ratsmitglied in einem bestimmten Sinn zu einer bestimmten Frage äussert. Zu beachten ist nämlich, dass es sich bei der vorberatenden parlamentarischen Kommission um ein von der Verfassung und vom Gesetzgeber vorgesehenes Organ handelt, welches mit bestimmten Aufgaben (Ausarbeitung von Gesetzen und Begründung derselben in den Räten) betraut ist, weshalb den entsprechenden Ausführungen dieses (durch die Kommissionssprecher vertretenen) Organs höchstes Gewicht zuzumessen ist, wenn diese – wie vorliegend – unwidersprochen geblieben sind. Demgegenüber äussert ein einzelner Parlamentarier anlässlich eines Votums grundsätzlich nur seine eigene (persönliche) Meinung. Bleibt diese indes unangefochten, so kann allenfalls auch sie Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers zulassen; dies gilt es allerdings im Einzelfall zu prüfen.

³⁷ Die objektiv-historische Methode (zumindest als Ausgangspunkt jeder Auslegung) ist in der Schweiz immer noch vorherrschend, vgl. dazu BGE 121 III 225; 123 III 26; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 151 ff. zu Art. 1 ZGB; SCHMID, Einleitungsartikel, N 128.

³⁸ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 155 ff. zu Art. 1 ZGB, mit Verweisen; SCHMID, Einleitungsartikel, N 129. Soweit ersichtlich ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung bis anhin noch nie vom objektiv-historischen Sinn einer Norm (d. h. vom für die seinerzeitigen Rechtsunterworfenen [auch aufgrund der Materialien] nach Treu und Glauben erkennbaren Sinn einer Norm) abgewichen, wenn dieser auch im Wortlaut der Norm seinen Niederschlag gefunden hatte. Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 122 III 474; SCHMID, Einleitungsartikel, N 150.

ner dieser drei Fälle vor; insbesondere behaupten auch die Vertreter der herrschenden Lehre nicht, dass durch die Anwendung von Art. 152 Abs. 3 OR auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen unbillige Ergebnisse entstehen würden³⁹.

Drittens ist zu bedenken, dass die Auffassung von BUCHER und der herrschenden Lehre⁴⁰ im Ergebnis dazu führt, dass eine bewusste Risikoverteilung des Gesetzgebers allein aufgrund dogmatischer Überlegungen umgestossen wird. Dies geht indes nicht an, steht es doch dem Gesetzgeber frei, dogmatische Grundsätze (welche vorliegend mit Sicherheit verletzt sind) aufgrund von wertenden Überlegungen im Einzelfall zu missachten; dies hat er auch in anderen Fällen getan⁴¹. Die Rechtsanwendenden haben sich – auch bei dogmatischen Bedenken – an vom Gesetzgeber bewusst getroffene Wertungen zu halten. Eine andere Entscheidung würde das Gewaltentrennungsprinzip verletzen und damit auch die Rechtssicherheit stören.

Viertens ist darauf hinzuweisen, dass weder BUCHER noch die anderen Vertreter der herrschenden Lehre einen Beleg für ihre Auffassung beizubringen vermögen, wonach sich der schweizerische Gesetzgeber beim Erlass von Art. 152 Abs. 3 OR an § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB orientiert habe⁴². Die Materialien enthalten denn auch keine einzige Stelle, aus der dies geschlossen werden könnte; § 161 BGB wird – soweit ersichtlich – nicht ein einziges Mal erwähnt⁴³. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass selbst

³⁹ Beizufügen ist, dass sich die Verhältnisse seit der Revision des OR von 1911 in der fraglichen Hinsicht nicht geändert haben. Zudem scheidet ein Irrtum des Gesetzgebers aufgrund der eindeutigen Materialienlage vorliegend aus.

⁴⁰ V. TUHR/ESCHER, OR AT, S. 267 f.; V. TUHR/PETER, OR AT, S. 222; ausführlich: PETER, Das bedingte Geschäft, S. 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

⁴¹ Vgl. etwa Art. 974 Abs. 2 ZGB, wo sich der Gesetzgeber – entgegen der dannzumal herrschenden Tradition – bewusst für das Kausalitätsprinzip entschieden und damit eine andere Wertung als die damalige Doktrin vorgenommen hat.

⁴² Dies überrascht nicht besonders, weiss man doch zumindest von Eugen Huber, dass er dem BGB gegenüber ziemlich skeptisch eingestellt war. Tatsächlich bestanden die Aufträge des schweizerischen OR-Revisionsgesetzgebers denn auch einzig darin, a) das OR an das ZGB von 1907 anzupassen, b) Versehen im alten OR zu beheben und c) dort, wo Revisionsbedarf bestand, korrigierend einzugreifen. Eine «Anpassung» des OR an das BGB von 1896 war demgegenüber nicht Gegenstand des Revisionsauftrages des schweizerischen Gesetzgebers.

⁴³ Soweit ersichtlich war der deutsche Andreas von Tuhr der erste, der in Art. 152 Abs. 3 OR – zu Unrecht – eine Übernahme von § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB erblickte, vgl. V. TUHR/ESCHER, OR AT, S. 267 Fn. 32 (ohne Belegstelle mit Bezug auf die schweizerischen Gesetzesmaterialien). Von von Tuhr ist heute bekannt, dass er zu Hause schrieb

BUCHER⁴⁴ in einer anderen Publikation die «Beseitigung oder Neufassung dieser in der Revision von 1911 eingeführten missverständlichen und fragwürdigen Regel» (gemeint: Art. 152 Abs. 3 OR) gefordert hat. Dieses Anliegen ist nur dann verständlich, wenn man davon ausgeht, dass BUCHER Art. 152 Abs. 3 OR nicht als durch dogmatische Regeln «korrigierbare» Norm, sondern schlicht als gesetzgeberische Fehlleistung begreift, die es indes – bis zu einer allfälligen Gesetzesänderung – hinzunehmen gilt.

Fünftens hält die hier vorgeschlagene Auslegung von Art. 152 Abs. 3 OR auch einer ergebnisorientierten Prüfung durchaus stand; die Ergebnisse sind sogar besser als nach Massgabe der von BUCHER und der herrschenden Lehre vertretenen Auslegung von Art. 152 Abs. 3 OR⁴⁵: Zunächst ist festzustellen, dass das Ergebnis, welches die Anwendung von Art. 152 Abs. 3 OR auch auf vorbestehende bedingte Verpflichtungen zeitigt, in vielen Fällen ohnehin deckungsgleich ist mit dem Ergebnis, das sich bei einer Beschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 152 Abs. 3 OR auf vorbestehende bedingte Verfügungen ergäbe. Der Grund dafür liegt darin, dass nach der hier vorgetragenen Auffassung – entsprechend der Intention des Gesetzgebers⁴⁶ – der gute Glaube Dritter vorbehalten bleibt bzw. Dritte bei Gutgläubigkeit geschützt werden⁴⁷. Ist der Dritte demnach gutgläubig und auch berechtigt, sich auf den guten Glaube zu berufen (was die Regel ist), so wird er geschützt und Art. 152 Abs. 3 OR entfaltet keine Wirkungen, weshalb sich diesfalls die Frage nach dem Umfang des Anwendungsbereichs der Bestimmung gar nicht stellt. Ist der Dritte dagegen bösgläubig bzw. nicht berechtigt, sich auf seinen guten Glaube zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB), so verliert er das (zuvor erworbene) Recht, das ihm der (gegenüber einem Vormann) bedingt Verpflichtete verschaffen wollte, nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund von Art. 152 Abs. 3 OR in demjenigen Zeitpunkt, in dem die im Verpflichtungsgeschäft (zwischen dem bedingt Verpflichteten und dessen Vormann) vorbehaltene Bedingung eintritt. – Diese Lösung ist

und zudem die Materialien in seinen Schriften nie zitierte, was die Vermutung nahe legt, dass er diese gar nicht besass.

⁴⁴ BUCHER, ZSR 102 II (1983), S. 251 ff., 375.

⁴⁵ V. TUHR/ESCHER, OR AT, S. 267 f.; V. TUHR/PETER, OR AT, S. 222; ausführlich: PETER, Das bedingte Geschäft, S. 347 ff., in Fn. 19 mit Verweisen auf die herrschende Lehre.

⁴⁶ Sten.Bull. 1909, NR, 542 f. (Eugen Huber als deutscher Berichterstatter der vorberatenden Kommission): «...Sie sollen hinfällig sein, auch Dritten gegenüber nicht Geltung haben, sofern diese Dritten nicht etwa durch ihren bona fide Erwerb anderweitig genügend geschützt erscheinen ... [Hervorhebung hinzugefügt].»

⁴⁷ Siehe dazu ausführlich REETZ, Sicherungszession, N 152 ff. und N 206 ff.

wesentlich sachgerechter als die von den Vertretern der herrschenden Lehre im Ergebnis mitgetragene Lösung, wonach der Bösgläubige auch dann (noch) geschützt wird, wenn nach dessen Rechtserwerb die Bedingung des vorbestehenden bedingten Verpflichtungsgeschäftes eintritt. Es ist wertungsmässig nicht einzusehen, warum diesfalls der Bösgläubige Schutz geniessen soll⁴⁸.

(3) *Zusammenfassung*

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich Art. 152 Abs. 3 OR nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers wie auch nach dem sich aus der Gesetzessystematik (Art. 152 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 OR) ergebenden Wortlaut – entgegen der herrschenden Auffassung – nicht nur auf Verfügungen bezieht, welche einer vorbestehenden bedingten Verfügung zuwiderlaufen. Art. 152 Abs. 3 OR bezieht sich vielmehr auch auf Verfügungen, welche einer vorbestehenden bedingten Verpflichtung widersprechen. Von der herrschenden Auffassung abweichende Ergebnisse ergeben sich jedoch nur für den (in der Praxis seltenen) Fall, in dem der Dritte bösgläubig ist, wobei die hier vorgetragene Auffassung die in Frage stehenden Interessen besser berücksichtigt als diejenige der herrschenden Lehre.

II. Auf die Sicherungszession anwendbares Recht

1. Vorbemerkungen

Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen davon aus, dass die Sicherungszession i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, da deren Zulässigkeit immer wieder ausdrücklich anerkannt oder als selbstverständlich vorausgesetzt worden sei⁴⁹.

⁴⁸ Wollte man im Sinne von Bucher und der herrschenden Lehre entscheiden (und Art. 152 Abs. 3 OR nur auf vorbestehende bedingte Verfügungen anwenden), so bedürfte es in methodischer Hinsicht einer teleologischen Reduktion. Eine teleologische Reduktion darf jedoch nur dann Platz greifen, wenn bei Nichtvornahme derselben unbillige Ergebnisse zutage träten. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall; tatsächlich sind die Ergebnisse nach der hier vertretenen Auffassung sogar besser als nach der von der herrschenden Lehre vertretenen Deutung von Art. 152 Abs. 3 OR (siehe dazu die Ausführungen im Text).

⁴⁹ Vgl. etwa – teilweise in Bezug auf die ähnliche Rechtsfigur «Sicherungsübereignung» – BGE 97 IV 215; 96 II 93; 94 II 304; 88 II 73 ff.; 86 II 221 ff.; 85 II 97 ff.; 78 II 412 ff.; 78 II 207 ff.; 72 II 240; 71 III 86; 56 II 447; 43 II 27; 41 III 446; 26 II 544 sowie OFTINGER/BÄR,

Nach der hier vertretenen Auffassung beruht dagegen die Zulässigkeit der Sicherungszession nicht bloss auf Gewohnheitsrecht. Vielmehr ergeben sich sowohl die Zulässigkeit als auch die Rechtswirkungen der Sicherungszession direkt aus verschiedenen geschriebenen zivilrechtlichen (oder öffentlich-rechtlichen) Normen, welche unmittelbar oder analog anwendbar sind. So ergibt sich etwa die Zulässigkeit der Sicherungszession aus Art. 325 OR, aus Art. 663b Ziff. 2 OR, aus Art. 717 ZGB (analog) sowie aus Art. 201 SchKG (analog). Die Sicherungszession hat demnach eine gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 1 Abs. 1 ZGB.

2. Übersicht über die anwendbaren Rechtsnormen

Auf die Sicherungszession sind folgende Rechtsnormen unmittelbar oder analog anwendbar:

- Normen des *Zessionsrechts* (Art. 164–174 OR); bei der Sicherungszession durch einen Dritten sind zudem die Art. 110 Ziff. 1 OR und Art. 178 Abs. 2 OR sowie einzelne Bestimmungen des Bürgschaftsrechts (Art. 492–512 OR) analog anwendbar. Beachtlich sind ferner die Art. 325 OR (bei der Lohnzession), Art. 401 OR und Art. 663b Ziff. 2 OR (wenn es sich beim Sicherungszedenten um eine Aktiengesellschaft handelt).
- Normen des *Bedingungsrechts* (Art. 151–157 OR).
- Normen des *Forderungspfandrechts* (Art. 899–906 ZGB) sowie infolge des in Art. 899 Abs. 2 ZGB enthaltenen Verweises auch die Normen des Faustpfandrechts (Art. 884–894 ZGB). Diese Normen sind grundsätzlich analog auf die Sicherungszession anwendbar, da die Forderungsverpfändung und die Sicherungszession denselben wirtschaftlichen Zweck (Sicherstellung einer Hauptforderung) verfolgen und ihnen die gleiche Interessenlage zugrunde liegt⁵⁰. Da sich die Forderungsverpfändung und die Sicherungs-

Zürcher Kommentar, N 246 und N 279 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; ZOBL, Berner Kommentar, N 1302 mit Verweisen zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB.

⁵⁰ Gl.M. BERGMAIER, Sicherungszession, S. 85; BAUER, Basler Kommentar, N 35 vor Art. 884–894 ZGB. Analog anwendbar sind grundsätzlich – also nicht immer – auch Normen ausserhalb der Vorschriften über das Fahrnispfand (Art. 884 ff. ZGB), welche von einem «Pfand» handeln. Dazu gehören etwa zivilprozessuale Bestimmungen über die Bemessung des Streitwertes (vgl. z. B. § 23 ZPO ZH) oder Normen über die Bilanzierung.

zession in Bezug auf die Qualität des dem Gläubiger verschafften Rechts allerdings voneinander unterscheiden, ist es im Einzelfall durchaus möglich, dass eine pfandrechtliche Norm nicht oder nur beschränkt (analog) auf die Sicherungszession anwendbar ist⁵¹.

- *Weitere sachenrechtliche ZGB-Normen.* Art. 717 ZGB. Aus dieser in den Regeln über das Fahrniseigentum (Art. 713–729 ZGB) angesiedelten Bestimmung ergibt sich per argumentum e contrario nicht nur die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung, sondern – durch Analogie – auch jene der Sicherungszession. Bei der Sicherungszession durch einen Dritten ist überdies Art. 831 ZGB zu beachten.
- *Normen des Einleitungstitels des ZGB.* Besondere Beachtung verdient hier namentlich Art. 2 ZGB. Diese Bestimmung ist einerseits bei der Auslegung der Sicherungszession⁵², andererseits auch bei deren Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen bedeutsam. Die Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen kommt vorwiegend dann zum Zuge, wenn im Einzelfall eine Sicherungszession mit individuellen «atypischen» Besonderheiten vorliegt, die sich im Hinblick auf die konkrete Interessenlage der Parteien passend weder durch dispositives Gesetzesrecht noch durch eine «modo legislatoris» gebildete Regel ergänzen lässt⁵³.
- *Normen des Personenrechts.* Einschlägig ist insbesondere Art. 27 ZGB, der i.V.m. Art. 20 OR namentlich im Bereich der Globalzession eine beachtliche Rolle spielt.
- *Normen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes (SchKG).* Bedeutend sind in dieser Hinsicht namentlich die Normen des Konkursrechtes (Art. 197–270 SchKG), und zwar sowohl im Konkurs des

⁵¹ Die analoge Rechtsanwendung setzt voraus, dass die analog anzuwendende Rechtsnorm die zu beurteilende Rechtsfrage passend regelt, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 1262; SCHLUEP/AMSTUTZ, Basler Kommentar, N 16 zu Einleitung vor Art. 184 ff. OR. Aus der Rechtsprechung vgl. BGE 115 II 478; 110 II 474 ff.; 109 II 466; 60 II 335 f.

⁵² Vgl. z. B. BGE 111 II 293; 110 II 146; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 419 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 1224 ff.; vgl. auch KRAMER, Berner Kommentar, N 67 zu Art. 18 OR.

⁵³ JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 533 und N 550 zu Art. 18 OR sowie – zum hypothetischen Parteiwillen insbesondere – N 498 ff. zu Art. 18 OR; KRAMER, Berner Kommentar, N 228–241 und N 258 zu Art. 18 OR.

Sicherungszeessionars als auch in jenem des Sicherungszedenten. Im Konkurs des Sicherungszedenten sind ferner die Art. 286–288 SchKG relevant⁵⁴. Soweit die Normen des SchKG auf das Pfandrecht zugeschnitten sind (vgl. namentlich Art. 41 SchKG und Art. 151–158 SchKG), ist wiederum im Einzelfall zu prüfen, ob und inwiefern diese Normen einer analogen Anwendung auf die Sicherungszeession zugänglich sind.

- *Normen des Strafrechts*. Die im Hinblick auf die Sicherungszeession wichtigste strafrechtliche Norm ist Art. 138 StGB, der die Veruntreuung regelt. Im Rahmen einer Sicherungszeession kann sich nicht nur der Sicherungszeessionar, sondern auch der Sicherungszedent der Veruntreuung schuldig machen⁵⁵.

III. Pflicht zur Übergabe des Schuldscheins?

1. Ausgangspunkt: Rechtslage bei der Forderungsverpfändung

Die Verpfändung einer Forderung, für die keine Urkunde oder nur ein Schuldschein besteht, setzt die schriftliche Abfassung des Pfandvertrages und gegebenenfalls die Übergabe des Schuldscheines voraus (Art. 900 Abs. 1 ZGB). Soweit also ein Schuldschein besteht, ist dessen Übergabe *konstitutiv* für die Entstehung des Pfandrechts⁵⁶. Der Begriff «Schuldschein» in Art. 900 Abs. 1 ZGB ist dabei vom Begriff des «schriftlichen Schuldbekenntnisses» in Art. 164 Abs. 2 OR zu unterscheiden, der seinerseits jedoch deckungsgleich mit dem Begriff der «Schuldurkunde» in Art. 170 Abs. 2 OR ist.

Die Übergabe des Schuldscheines nach Art. 900 Abs. 1 ZGB ist nach herrschender Lehre das Pendant zur Übertragung des Besitzes bei der Verpfändung von Fahrnis gemäss Art. 884 Abs. 1 ZGB. Die *ratio legis* des für die Forderungsverpfändung konstitutiven Erfordernisses der Übergabe des Schuldscheines ist demgemäss eine doppelte⁵⁷:

⁵⁴ Wird über den Sicherungszeessionar oder den Sicherungszedenten ein Nachlassverfahren eröffnet, so sind überdies die Art. 293 ff. SchKG anwendbar.

⁵⁵ Vgl. REETZ, Sicherungszeession, N 548 ff.

⁵⁶ OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 12 zu Art. 900 ZGB.

⁵⁷ Vgl. dazu OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 31 zu Art. 900 ZGB, sowie N 197 ff. zu Art. 884 ZGB.

a) Sicherung des Forderungspfandgläubigers

Einerseits geht es um die Sicherung des Forderungspfandgläubigers⁵⁸: Der Forderungspfandgläubiger, dem der Schuldschein übergeben worden ist, kann in tatsächlicher Hinsicht davon ausgehen, dass der Sicherungsschuldner nicht ohne weiteres an den Forderungspfandbesteller leisten wird, da dieser den Schuldschein nicht mehr besitzt. Der Grund liegt darin, dass der Sicherungsschuldner dem Forderungspfandbesteller grundsätzlich nur zu leisten hat, wenn ihm dieser Zug um Zug den Schuldschein zurück gibt (Art. 88 Abs. 1 OR)⁵⁹. Insofern verfügt der Forderungspfandgläubiger auch dann über einen gewissen tatsächlichen Schutz, wenn dem Sicherungsschuldner die Verpfändung der Sicherungsforderung nicht i.S.v. Art. 900 Abs. 2 ZGB notifiziert worden ist.

b) Publizität

Andererseits geht es um die Publizität⁶⁰: Wie vom Besitz an Sachen auf die Kreditwürdigkeit geschlossen wird, so ergibt sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine gewisse Kreditwürdigkeit auch dann, wenn man sich im Besitz eines Schuldscheines befindet. Aus diesem Grunde darf sich derjenige, der einem Forderungspfandgläubiger ein Forderungspfandrecht verschafft hat und seine Kreditwürdigkeit insofern eingebüsst hat, nicht mehr im Besitz des Schuldscheines befinden, würde er doch sonst potentielle Kreditgeber über seine Kreditwürdigkeit täuschen. Da der Forderungspfandbesteller nach der Bestellung des Pfandrechts den Schuldschein nicht mehr besitzt, kann er ihn potentiellen Kreditgebern nicht mehr vorweisen. Demzufolge müssen diese davon ausgehen, dass die Sicherungsforderung zumindest verpfändet ist und können ihre allfällige Kreditvergabe den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend gestalten^{61, 62}.

⁵⁸ Vgl. dazu OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 31 zu Art. 900 ZGB, welche namentlich auch auf die Unterscheidung Sachübergabe beim Fahrnispfand vs. Schuldscheinübergabe bei der Forderungsverpfändung eingehen.

⁵⁹ BERGMAIER, Sicherungszession, 149. Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 2487 ff.

⁶⁰ BGE 77 II 169. Vgl. dazu auch ZOBL, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 900 ZGB; BERGMAIER, Sicherungszession, S. 149.

⁶¹ Vgl. BERGMAIER, Sicherungszession, S. 149.

⁶² Denkbar ist der Fall, in dem Kreditgeber aufgrund unzutreffender Angaben des Forderungspfandbestellers davon ausgehen, es bestehe kein Schuldschein und die Forderung sei nicht verpfändet, währenddem sie in Wirklichkeit einem Forderungspfandgläubiger verpfändet und der Schuldschein diesem übergeben worden ist. Aus diesem

2. Rechtslage bei der «gewöhnlichen» Zession

Es ist unstrittig, dass die Übergabe der Schuldurkunde i.S.v. Art. 170 Abs. 2 OR nicht Gültigkeitserfordernis für die Zession ist. Eine Abtretung ist demnach auch dann möglich und gültig, wenn die Schuldurkunde nicht mehr vorhanden ist⁶³ oder wenn der Zedent deren Übergabe unterlässt. Im zuletzt genannten Fall hat der Zessionar allerdings einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Zedenten auf Verschaffung des Eigentums an der Schuldurkunde⁶⁴. Es geht um eine Nebenleistungsverpflichtung des Zedenten, die zur Hauptleistungsverpflichtung – Abtretung der Forderung – hinzutritt.

3. Rechtslage bei der Sicherungszession

a) Zusammenfassung der Fragestellung

Es fragt sich, welche Schlüsse aus den soeben sub 1. und 2. gemachten Ausführungen in Bezug auf die Übergabe des Schuldscheines bei der Sicherungszession zu ziehen sind. Ist die Übergabe des Schuldscheines konstitutiv und damit Voraussetzung für den Forderungsübergang bei der Sicherungszession? Oder trifft den Sicherungszedenten bloss die Pflicht, dem Sicherungszessionar den Schuldschein zu übergeben, ohne dass die Missachtung dieser Pflicht die Gültigkeit des Forderungsüberganges tangiert? Es geht demnach um die praktisch bedeutsame Frage, ob die Übergabe des Schuldscheines bei der Sicherungszession ein Konstitutiverfordernis oder eine blosser Nebenleistungsverpflichtung ist.

Grunde empfiehlt es sich, die Existenz eines Schuldscheines im Zweifel durch eine entsprechende Rückfrage beim Sicherungsschuldner abzuklären. Dem steht bei (praktisch wohl eher seltenem) Verdacht auf unwahre Auskünfte des Forderungsgläubigers nichts entgegen, weshalb der Schuldscheinübergabe hinsichtlich des Schutzes von Dritten sehr wohl eine erhebliche Bedeutung zukommt. A.M. BERGMAIER, Sicherungszession, S. 148.

⁶³ V. TUHR/ESCHER, OR AT, S. 336; SPIRIG, Zürcher Kommentar, N 75 zu Art. 170 OR.

⁶⁴ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 3675, und SPIRIG, Zürcher Kommentar, N 74 zu Art. 170 OR, jeweils mit Verweisen.

b) Lösung

aa) Herrschende Lehre

Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass die *Übergabe des Schuldscheines* für die Gültigkeit des Forderungsüberganges bei der Sicherungszession *konstitutiv* sei, soweit ein Schuldschein überhaupt bestehe. Sie begründet dies damit, dass andernfalls Art. 900 Abs. 1 ZGB umgangen werde, der infolge seines Publizitätszweckes auch auf die Sicherungszession anwendbar sei⁶⁵. Sodann wird ausgeführt, dass die Übergabe nach den für die Sicherungsübereignung entwickelten Grundsätzen zu erfolgen habe, wobei die Besitzübertragung durch Besitzeskonstitut aufgrund der analogen Anwendbarkeit von Art. 717 ZGB ausgeschlossen sei⁶⁶. Was ist davon zu halten?

bb) Stellungnahme

Der herrschenden Lehre ist nicht zuzustimmen: Die Übergabe des Schuldscheines ist bei der Sicherungszession nicht konstitutiv für den Forderungsübergang. Ein derartiges «Konstitutiverfordernis» ergibt sich insbesondere nicht aus einer analogen Anwendung des in Art. 900 Abs. 1 ZGB statuierten Publizitätszweckes. Andernfalls hätte der Gesetzgeber die Übergabe des Schuldscheines auch bei der «gewöhnlichen» Zession als konstitutiv erklären müssen. Gerade dies hat er jedoch nicht getan; vielmehr nimmt er es dort ausdrücklich in Kauf, dass jemand (Zedent) die Gläubigerschaft an einer Forderung bereits verloren hat, den dazugehörigen Schuldschein jedoch noch immer besitzt (vgl. Art. 170 Abs. 2 OR). Nicht anders kann es sich bei der Sicherungszession verhalten: Ist es generell zulässig, eine Forderung ohne Übergabe des dazugehörigen Schuldscheines abzutreten, so muss dies –

⁶⁵ OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 304 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; ZOBL, Berner Kommentar, N 1588 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; BERGMAIER, Sicherungszession, S. 146 und 157. A.M. WALTER, Sicherungszession, S. 58 («... die Begebung einer Schuldurkunde ist ausserhalb des Wertpapierrechts nicht Gültigkeitsvoraussetzung der Zession ...»). Walter scheint jedoch – nach der hier vertretenen Auffassung zu Unrecht – a.a.O. in Fn. 71 die analogieweise Anwendung von pfandrechtlichen Normen auf die Sicherungszession überhaupt in Frage zu stellen.

⁶⁶ ZOBL, Berner Kommentar, N 1588 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 304 zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB. Art. 717 Abs. 1 ZGB verbietet die Übertragung von Eigentum zu Sicherungszwecken durch Besitzeskonstitut (sog. «Verbot der Sicherungsübereignung durch Besitzeskonstitut»), vgl. WIEGAND, Kreditsicherung, S. 306.

argumentum a maiore ad minus⁶⁷ – erst recht dann der Fall sein, wenn eine Forderung nur zu Sicherungszwecken abgetreten wird. Die *zedierte Sicherungsforderung geht damit auch dann auf den Sicherungszessionar über, wenn ihm der Schuldschein nicht übergeben wird.*

Das Gesagte bedarf allerdings der Ergänzung und Präzisierung in mehrfacher Hinsicht. Namentlich fragt es sich, welches die Rechtslage ist, wenn die Übergabe des Schuldscheines unterlassen wird und dieser beim Sicherungszedenten verbleibt. Dazu, was folgt:

c) Rechtslage bei unterlassener Übergabe des Schuldscheines

Die entsprechende Rechtslage ergibt sich aus Art. 717 Abs. 1 ZGB. Diese auf die Sicherungsübereignung zugeschnittene Bestimmung ist infolge der gleichartigen Interessenlage analog auch auf die Sicherungszession anwendbar. Mit Bezug auf die Sicherungszession ordnet sie (sinngemäss) an, dass der Forderungsübergang bei unterlassener Schuldscheinübergabe Dritten gegenüber unwirksam ist, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Forderungspfand beabsichtigt worden ist. Die Frage ist, welche Rechtsfolgen aus dieser Bestimmung abzuleiten sind.

Zunächst ist zu fragen, wer durch Art. 717 Abs. 1 ZGB analog geschützt wird und unter welchen Voraussetzungen sich dieser Schutz rechtfertigt [sogleich sub (aa)]. Hernach bedarf der Prüfung, in welchen Konstellationen Art. 717 Abs. 1 ZGB analog Schutz gewährt [sogleich sub (bb)]. Bei der Beantwortung beider Fragen sind jeweils die Interessen zu berücksichtigen, deren Schutz der Gesetzgeber mit Art. 717 Abs. 1 ZGB verfolgte. Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung des Ergebnisses [sogleich sub (cc)].

aa) Schutz Dritter nach Art. 717 Abs. 1 ZGB.

Verbleibt der Sicherungszedent im Besitz des Schuldscheines, so geht zwar die abgetretene Sicherungsforderung nach dem Gesagten (soeben Ziff. 3) dennoch auf den Sicherungszessionar über. Nach Art. 717 Abs. 1 ZGB sind diesfalls jedoch Dritte – insbesondere potentielle Kreditgeber des Sicherungszedenten – zu schützen, wenn dadurch ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Forderungspfand beabsichtigt wird.

⁶⁷ Vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 152.

Nach Lehre und Rechtsprechung⁶⁸ ist dies regelmässig anzunehmen, wenn bei einer Sicherungszession der Schuldschein nicht übergeben wird. Art. 717 Abs. 1 ZGB schützt demnach das Vertrauen Dritter, dass Vermögen⁶⁹, mit dem sich der Sicherungszedent und potentielle Kreditnehmer umgibt, diesem auch wirtschaftlich vollumfänglich zusteht und löst einen Verwertungsschutz zu ihren Gunsten aus. *Dritte werden allerdings nur dann durch Art. 717 Abs. 1 ZGB geschützt, wenn sie gutgläubig sind*⁷⁰. Weiss der kreditgebende Dritte, dem der Sicherungszedent einen Schuldschein präsentiert, dass der Sicherungszedent die durch den Schuldschein ausgewiesene Sicherungsforderung vorgängig bereits dem Sicherungszessionar abgetreten hat, so ist er nicht schutzwürdig: Der Grund liegt darin, dass es diesfalls gar nicht möglich ist, dass der Kreditgeber bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Sicherungszedenten darauf vertraute, dass diesem die im vorgewiesenen Schuldschein verbrieftete Forderung auch tatsächlich zu vollem Recht zusteht (da er ja um die Sicherungszession wusste). Der Wortlaut von Art. 717 Abs. 1 ZGB, welcher generell von Dritten spricht, ist demnach i.S. einer teleologischen Reduktion auf gutgläubige Dritte zu reduzieren, da es der Zweck von Art. 717 Abs. 1 ZGB nicht erfordert, auch Dritte zu schützen, die wissen oder wissen müssen, dass das Vermögen, mit dem sich der Kreditsuchende umgibt, wirtschaftlich einer andern Person zusteht^{71, 72}. Im Ergebnis werden

⁶⁸ Vgl. statt aller: ZOBL, Berner Kommentar, N 1408 mit zahlreichen Verweisen zu Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB.

⁶⁹ Dazu gehören auch Forderungen, deren Gläubigerschaft der potentielle Kreditnehmer durch den Besitz der entsprechenden Schuldscheine vermuten lässt.

⁷⁰ G.L.M. OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 292 zu Art. 884 ZGB. Bösgläubigen Dritten kann der Sicherungszessionar dagegen alle sich aus der Sicherungszession ergebenden Rechte vorrangig entgegen halten. – Im Ergebnis hat damit Art. 717 Abs. 1 ZGB eine ähnliche Funktion wie Art. 933 ZGB.

⁷¹ Daraus folgt auch, dass es im Fall, in dem der Sicherungszedent im Besitz des Schuldscheins verbleibt, nur gutgläubigen Dritten möglich ist, die Sicherungsforderung oder ein Recht daran vom Sicherungszedenten zu erwerben. Dazu mehr bei REETZ, Sicherungszession, N 334 ff. Die dortigen Ausführungen beziehen sich auf den analog zu beurteilenden Fall des Rechtserwerbs durch Dritte vom Sicherungszedenten während der Zeitspanne, in welcher der Sicherungszessionar dem Sicherungszedenten den Schuldschein vorübergehend zurück gegeben hat.

⁷² Vgl. auch Art. 936 ZGB, wo der Gesetzgeber die gleiche Wertung ausspricht. Diese Bestimmung untersagt es dem Bösgläubigen generell, auf den von einem Dritten gegenüber der Aussenwelt geschaffenen Rechtsschein zu vertrauen, da aus seiner Sicht ein entsprechender vertrauensbildender Rechtsschein gar nie entstanden ist. Diese gesetzgeberische Wertung ist auch bei einer Kreditierung oder einem Rechtserwerb, welche sich auf die Präsentation von Schuldscheinen stützen wollen, zu beachten.

demnach gutgläubige Dritte geschützt, wenn sie *infolge der Präsentation eines Schuldscheines durch den Sicherungszedenten darauf vertrauen*, dass ihm die durch den Schuldschein ausgewiesene Forderung zu vollem Recht zusteht.

bb) Von Art. 717 Abs. 1 ZGB erfasste Konstellationen

Art. 717 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass der Schutz Dritter primär für den Fall des sog. Besitzeskonstitutes (Art. 924 Abs. 1 ZGB, 2. Fall) gilt, in dem «... die Sache [bei der Sicherungszession: der Schuldschein] infolge eines besondern Rechtsverhältnisses beim Veräusserer [verbleibt] ...». Die Schutzbedürftigkeit gutgläubiger Dritter (d. h. potentieller Kreditgeber), welche auf den durch die Präsentation des Schuldscheines durch den Sicherungszedenten erweckten Rechtsschein vertrauen, ist jedoch über den Fall des Besitzeskonstitutes hinaus generell und immer dann zu bejahen, wenn der Schuldschein – aus welchem Grund auch immer – im Besitz des Sicherungszedenten verbleibt. Diese Analogie drängt sich deshalb auf, da es aus Sicht des zu schützenden gutgläubigen Dritten keinen Unterschied macht, ob sich der Schuldschein kraft eines Besitzeskonstitutes oder aufgrund eines anderen Umstandes immer noch im Besitze des Sicherungszedenten befindet (obwohl die Forderung bereits dem Sicherungszessionar abgetreten worden ist). In beiden Fällen ist es möglich, dass er bei der Kreditvergabe getäuscht wird, wenn ihm der Sicherungszedent den Schuldschein präsentiert. Präsentiert der Sicherungszedent den Schuldschein gutgläubigen Dritten, so sind diese daher in jedem Fall zu schützen, sei es, dass die Voraussetzungen des Besitzeskonstitutes⁷³ erfüllt sind⁷⁴ oder sei es, dass die Parteien die Übergabe des Schuldscheines schlicht vergessen haben, in Unkenntnis über die entsprechende Pflicht zur Übergabe (Art. 170 Abs. 2 OR) waren oder sie aus einem anderen Grunde unterliessen.

cc) Ergebnis

Wird bei der Sicherungszession die Übergabe des Schuldscheines unterlassen und verbleibt dieser beim Sicherungszedenten, so ist die Forderungsabtretung *gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam*, wenn diese *infolge der Präsentation des Schuldscheines durch den Sicherungszedenten darauf vertrauen*, dass

⁷³ Das Besitzeskonstitut setzt in tatsächlicher Hinsicht voraus, dass die Parteien einen Besitzvertrag abgeschlossen haben. Demgemäss ist es erforderlich, dass diesbezüglich sämtliche Voraussetzungen von Art. 1 ff. OR erfüllt sind.

⁷⁴ Vgl. jedoch auch LEEMANN, Berner Kommentar, N 10 ff. zu Art. 717 ZGB; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar, N 32 ff. zu Art. 717 ZGB.

dieser Gläubiger der durch den Schuldschein ausgewiesenen Forderung ist (Art. 717 Abs. 1 ZGB). Dritte müssen sich demnach den Forderungsübergang auf den Sicherungszessionar nicht entgegenhalten lassen, wenn sie (1) gutgläubig sind und (2) ihr Vertrauen in die Gläubigerschaft des Sicherungszedenten an der Sicherungsforderung auf der Präsentation des Schuldscheines durch diesen gründet. Damit zeigt es sich, dass die Übergabe des Schuldscheines keine unmittelbare rechtliche Wirkung hat. Dennoch hat der Sicherungszessionar ein im Vergleich zur «gewöhnlichen» Zession gesteigertes Interesse daran, dass ihm der Schuldschein ausgehändigt wird. Nur durch die «effektive» Übergabe des Schuldscheines (unter Ausschluss des Besitzeskonstitutes) kann er nämlich in tatsächlicher Hinsicht sicherstellen, dass der Sicherungszedent den Schuldschein gutgläubigen Dritten nicht mehr vorweisen kann bzw. dass deren guter Glaube keinen Schutz findet («faktische Zerstörung des Gutglaubensschutzes»).

d) Der Begriff «Schuldschein» in Art. 900 Abs. 1 ZGB

aa) Herrschende Lehre

Sodann ist zu fragen, was unter einem Schuldschein i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB zu verstehen ist, wobei von der Rechtslage beim Forderungspfandrecht auszugehen ist; diese gilt es alsdann analog auf die Sicherungszession zu übertragen, da wertungsmässig die gleichen Verhältnisse vorliegen⁷⁵. Die herrschende Lehre⁷⁶ und die Rechtsprechung⁷⁷ erachten eine Urkunde nur dann als Schuldschein i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB, wenn sie i.S. der ratio legis repräsentativ für die Forderung ist. Entsprechend wird der Schuldschein als einseitige schriftliche Schuldanerkennung definiert, was sich insbesondere auch aus den romanischen Gesetzestexten [«reconnaissance de dette», «riconoscimento scritto del debito»] ergebe⁷⁸. Gefordert wird demnach, dass die Urkunde entweder ein einseitiges Schuldbekenntnis enthalte oder dass das

⁷⁵ Vgl. dazu REETZ, Sicherungszession, N 74 f.

⁷⁶ OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 32 zu Art. 900 ZGB; ZOBL, Berner Kommentar, N 61 ff. zu Art. 900 ZGB; BAUER, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 900 ZGB.

⁷⁷ BGE 52 II 436; 45 II 262.

⁷⁸ ZOBL, Berner Kommentar, N 62 f. zu Art. 900 ZGB.

Schuldbekennnis der einen Partei nach der Verkehrsauffassung der massgebliche Bestandteil der Urkunde sei⁷⁹. Keine Schuldscheine i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB seien namentlich Vertragsurkunden über synallagmatische Verträge, da diese kein einseitiges Schuldbekennnis enthalten würden⁸⁰.

bb) Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der herrschenden Lehre nicht zu folgen. Zunächst ist festzuhalten, dass der Begriff «Urkunde» in Art. 900 Abs. 1 ZGB gleichbedeutend ist mit dem Begriff «Wertpapier», was sich aus einer systematischen Auslegung von Art. 900 und Art. 901 ZGB ergibt⁸¹. Daraus folgt, dass unter dem Begriff «*Schuldschein*» in Art. 900 Abs. 1 ZGB grundsätzlich jedes Papier bzw. jede Urkunde zu verstehen ist, das/die *keine Wertpapierqualität* aufweist. In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass zwar nicht gerade jede sich irgendwie auf die Sicherungsforderung beziehende Urkunde zu übergeben ist⁸², wohl aber auch Vertragsurkunden über synallagmatische und unvollkommen zweiseitige Verträge, sofern solche bestehen. Überdies ist es – argumentum a fortiori – angezeigt, auch weitere Dokumente wie etwa Urteile, Verlustscheine und Pfandausfallscheine als Schuldscheine i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB zu qualifizieren; diese Urkunden weisen die Schuld noch besser aus als privat-schriftliche Verträge. Für diese Auffassung sprechen sowohl den Wortlaut als auch die ratio legis von Art. 900 Abs. 1 ZGB betreffende Überlegungen:

(1) *Bedeutung des Wortlautes von Art. 900 Abs. 1 ZGB*

(a) *Gleichrangigkeit des deutschen Wortlautes mit den romanischen Fassungen*

Zu bedenken ist, dass die romanischen Fassungen des Gesetzes nach dem deutschen Text verfasst wurden und insofern Übersetzungen darstellen, die allerdings infolge der Gleichrangigkeit der drei Amtssprachen nicht weniger bedeutsam sind als der deutsche Wortlaut. Allein, es geht nicht an, den deutschen Text ohne stichhaltige Gründe einfach «beiseite zu schieben». Solche Gründe werden jedoch weder von der herrschenden Lehre noch vom

⁷⁹ OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 32 zu Art. 900 ZGB; BAUER, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 900 ZGB.

⁸⁰ OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 32 zu Art. 900 ZGB; ZOBL, Berner Kommentar, N 70 zu Art. 900 ZGB; BAUER, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 900 ZGB.

⁸¹ Vgl. dazu OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 29 zu Art. 900 ZGB.

⁸² So aber BOLLA, codice civile, S. 183 ff. Nicht zu übergeben sind etwa Buchhaltungseinträge, vgl. OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 45 zu Art. 900 ZGB.

Bundesgericht namhaft gemacht. Vielmehr wird ohne weitere Begründung davon ausgegangen, dass die romanischen Fassungen den deutschen Text präzisieren, ohne dass letzterer weiter reflektiert wird.

(b) *Berücksichtigung auch des deutschen Wortlautes*

Mit dem gleichen Recht, mit dem herrschende Lehre und Rechtsprechung von der Ungenauigkeit des deutschen Gesetzestextes ausgehen, liesse sich auch die Ungenauigkeit der romanischen Fassungen annehmen – wie erwähnt auch deshalb, weil diese in tatsächlicher (wenn auch nicht in rechtlicher) Hinsicht Übersetzungen darstellen. Stellt man nun jedoch auf den deutschen Wortlaut «Schuldschein» ab, so wäre es jedenfalls nicht verfehlt, unter diesen Begriff nicht nur einseitige schriftliche Schuldanerkennungen, sondern auch Urkunden über synallagmatische und unvollkommen zweiseitige Verträge sowie – analog – auch weitere Urkunden, welche die Schuld ausweisen, zu subsumieren. Der Begriff «Schuldschein» als solcher ist nämlich sprachlich betrachtet offen und schliesst – gleich wie der Begriff der «Schuldurkunde» – keinesfalls aus, dass das entsprechende Schriftstück auch Gegenleistungen verurkundet oder von einem Dritten – namentlich vom Staat – abgefasst worden ist⁸³. Überdies ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber in Art. 900 Abs. 1 ZGB den Begriff «Schuldschein» verwendet hat, obwohl ihm der Begriff der «Schuldanerkennung» durchaus geläufig war (vgl. etwa Art. 82 Abs. 1 SchKG)⁸⁴. Weshalb hätte der Gesetzgeber den Begriff «Schuldschein» für den deutschen Gesetzestext wählen sollen, wenn er nur einseitige Schuldanerkennungen von Art. 900 Abs. 1 ZGB erfasst wissen wollte?

(c) *Auslegungsbedürftigkeit des Wortlautes von Art. 900 Abs. 1 ZGB*

Schliesslich ist festzuhalten, dass der Begriff «Schuldschein» weder im ZGB noch im OR definiert wird⁸⁵, weshalb er unter Berücksichtigung der ratio legis von Art. 900 Abs. 1 ZGB auszulegen ist. Dies gilt umso mehr, als der Wortlaut von Art. 900 Abs. 1 ZGB im deutschen Gesetzestext nicht gleichbedeutend ist mit den romanischen Fassungen und es deshalb beim Wortlaut allein nicht sein Bewenden haben kann. Der Wortlaut allein ist nur massge-

⁸³ Die Begriffe «Schuldschein» und «Schuldurkunde» sind daher im vorliegenden Kontext gleichbedeutend. Die Wortteile «Schein» und «Urkunde» bezeichnen beide ein Schriftstück, das regelmässig aus Papier besteht.

⁸⁴ Das SchKG datiert bekanntlich vom 11. April 1889 und ist damit 18 Jahre älter als das ZGB.

⁸⁵ ZOBL, Berner Kommentar, N 61 zu Art. 900 ZGB.

bend, wenn er klar ist und den wirklichen Sinn der Bestimmung wiedergibt⁸⁶; gerade dies trifft jedoch bei Art. 900 Abs. 1 ZGB nicht zu. Und selbst wenn der romanische Wortlaut [«reconnaissance de dette», «riconoscimento scritto del debito» = deutsch: Schuldanerkennung] allein massgebend wäre – was jedoch nicht der Fall ist –, wäre aus ihm nicht zu schliessen, dass Urkunden über synallagmatische und unvollkommen zweiseitige Verträge sowie weitere die Schuld ausweisende Urkunden nicht von Art. 900 Abs. 1 ZGB erfasst werden: Zu beachten ist nämlich, dass auch der Begriff «Schuld- anerkennung» in jedem einzelnen Fall auszulegen ist und dass dieser Begriff etwa in Art. 82 Abs. 1 SchKG, wo es überwiegend um privat-schriftliche Urkunden geht, auch Urkunden über synallagmatische und unvollkommen zweiseitige Verträge einschliesst⁸⁷. In diesem Lichte spräche demnach selbst dann nichts dagegen, auch Urkunden über synallagmatische und unvollkommen zweiseitige Verträge unter Art. 900 Abs. 1 ZGB zu subsumieren, wenn man den dort enthaltenen Begriff des «Schuldscheines» in Berücksichtigung der romanischen Gesetzestexte (zu Unrecht) in den Begriff der «Schuld- anerkennung» umdeuten wollte.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass bei der Beantwortung der Frage, welche Schriftstücke als «Schuldschein» i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB zu betrachten sind, massgeblich auf den *Sinn und Zweck dieser Norm* abzustellen ist. In dieser Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

- (2) *Bedeutung der ratio legis von Art. 900 Abs. 1 ZGB*
- (a) *Unbeachtlichkeit des Sicherungszwecks für die Definition des Begriffes «Schuldschein»*

Mit Bezug auf den Zweck der Sicherung des Forderungspfandgläubigers ist festzuhalten, dass es an sich nicht erforderlich ist, dass dem Forderungspfandgläubiger auch Urkunden über synallagmatische und unvollkommen zweiseitige Verträge sowie weitere die Schuld ausweisende Urkunden übergeben werden. Der Grund liegt darin, dass der Sicherungsschuldner bei Tilgung der Sicherungsforderung nur die Rückgabe einer einseitigen schriftlichen Schuldanerkennung (Art. 88 Abs. 1 OR)⁸⁸, nicht jedoch die Rückgabe von Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Ver-

⁸⁶ Vgl. BGE 125 III 58.

⁸⁷ Vgl. z. B. AMONN/WALTHER, SchKG, § 19 N 77.

⁸⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht, N 2487.

träge oder anderen die Schuld ausweisenden Dokumenten verlangen kann⁸⁹. Der Sicherungsschuldner hat daher die entsprechenden ihm obliegenden Leistungen regelmässig auch ohne Aushändigung der entsprechenden Vertragsurkunden zu erbringen. Dem Forderungspfandgläubiger erwächst demnach durch die Übergabe der entsprechenden Urkunden nur insofern ein zusätzlicher Schutz, als er dadurch sein Pfandrecht gegenüber dem Sicherungsschuldner (noch) besser ausweisen kann als bloss durch den schriftlichen Pfandvertrag, den Art. 900 Abs. 1 ZGB ebenfalls voraussetzt. Der Zweck der Sicherung des Forderungspfandgläubigers erfordert es demnach nicht zwingend, dass diesem auch Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge sowie andere die Schuld ausweisende Urkunden übergeben werden.

(b) *Massgeblichkeit des Publizitätszwecks für die Definition des Begriffe
«Schuldschein»*

Insoweit es um die Publizität geht, gestaltet sich dagegen die Sachlage durchaus anders: Der Verkehrsteilnehmer schliesst nicht nur aus dem Besitz einer einseitigen schriftlichen Schuldanerkennung auf eine gewisse Kreditwürdigkeit, sondern auch aus dem Besitz von Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge und – umso mehr – aus dem Besitz von staatlich gezeichneten Urkunden, welche die Schuld ausweisen, wie etwa Urteile, Verlustscheine oder Pfandausfallscheine⁹⁰. Mit Bezug auf Vertragsurkunden zeigt sich dies namentlich dann, wenn der potentielle Kreditnehmer seine Leistungen aus dem synallagmatischen oder dem unvollkommen zweiseitigen Vertrag (etwa infolge Vorleistungspflicht) nachweislich schon vollständig erbracht hat, er jedoch seinerseits noch Leistungen zu fordern hat⁹¹. Diesfalls zeitigt die Urkunde über den synallagmatischen bzw. den unvollkommen zweiseitigen Vertrag die glei-

⁸⁹ In Art. 88 Abs. 1 OR hat der Begriff «Schuldschein» demnach eine andere, wesentlich engere Bedeutung als in Art. 900 Abs. 1 ZGB: Art. 88 Abs. 1 OR erfasst nur einseitige schriftliche Schuldanerkennungen, währenddem Art. 900 Abs. 1 ZGB nach der hier vertretenen Auffassung auch Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge sowie weitere die Schuld ausweisende Dokumente einschliesst.

⁹⁰ Diese haben in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht eine hohe Durchschlagskraft, weshalb sie geeignet sind, den Inhaber als tatsächlich Berechtigten erscheinen zu lassen. Vgl. dazu Art. 80 f., 149, 158 und 265 SchKG.

⁹¹ Der Besitz entsprechender Vertragsurkunden kann die Kreditwürdigkeit auch bei Zug um Zug abzuwickelnden Verträgen positiv beeinflussen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der potentielle Kreditnehmer einen für ihn vorteilhaften synallagmatischen Vertrag abgeschlossen hat, aus dem er (deutlich) mehr zu fordern hat als er leisten muss.

chen Wirkungen wie eine einseitige schriftliche Schuldanererkennung oder eine vom Staat verfasste Schuldurkunde – nämlich ein Forderungsrecht des potentiellen Kreditnehmers, der seinerseits keine Leistungen mehr zu erbringen hat. Insofern kann auch eine Urkunde über einen synallagmatischen oder einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag die Kreditwürdigkeit durchaus erhöhen und nimmt sie dieselbe Funktion wie eine einseitige schriftliche Schuldanererkennung oder eine staatliche Schuldurkunde wahr. Dies gilt zumal auch deshalb, da sie in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht die gleiche Durchschlagskraft hat wie eine einseitige schriftliche Schuldanererkennung (Art. 82 Abs. 1 SchKG)⁹².

Die in bestimmten Fällen *kreditfördernde Wirkung des Besitzes von Urkunden* über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge oder anderen die Schuld ausweisenden Urkunden erfordert es nun jedoch, dass derjenige, der in diesen Urkunden «verkörperte» Forderungen verpfändet, auch den Besitz an diesen Urkunden aufgibt⁹³. Würde ihm diese Pflicht nicht obliegen, so hätte er die Möglichkeit, durch die Vorweisung der entsprechenden Urkunden Kreditquellen zu erschliessen, obwohl ihm die darin verbrieften Forderungen infolge Verpfändung wirtschaftlich betrachtet gar nicht mehr zustehen. Der Verkehrsschutz wäre in diesen Fällen nicht mehr gewährleistet: Der potentielle Kreditgeber würde auf die krediterhöhende Wirkung der genannten Urkunden vertrauen, obwohl dieses Vertrauen gar nicht geschützt würde und er in der Zwangsvollstreckung dem Forderungspfandgläubiger den Vortritt lassen müsste.

Dieses Ergebnis wäre aus zweierlei Gründen stossend: Einerseits ist es dem potentiellen Kreditgeber auch bei grösster Sorgfalt nicht möglich zu erkennen, dass Forderungen, welche in Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge oder in staatlich gezeichneten Urkunden «verkörpert» sind, bereits vorgängig verpfändet wurden, wenn ihm der potentielle Kreditnehmer diese Urkunden im Rahmen der Kreditverhandlungen vorweisen kann. Andererseits darf vom Forderungspfandgläubiger durchaus verlangt werden, dass er vom Forderungspfandbesteller die Herausgabe der entsprechenden Urkunden (im Original) verlangt, wenn er an

⁹² Vgl. AMONN/WALTHER, SchKG, § 19 N 77.

⁹³ Auch OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, welche in N 32 zu Art. 900 ZGB die Übergabe von Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge oder staatlichen Schuldurkunden – im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung – als nicht konstitutiv für die Entstehung des Pfandrechts erachten, empfehlen in N 34 zu Art. 900 ZGB dem Forderungspfandgläubiger, im Zweifel die Übergabe der einschlägigen Urkunden zu verlangen.

darin verbrieften Forderungen ein Pfandrecht beanspruchen will. Dies würde weder den Forderungspfandgläubiger noch den Forderungspfandbesteller (und potentiellen Kreditnehmer) übermässig belasten⁹⁴. Dem potentiellen Kreditgeber würde dies jedoch sehr viel bringen, indem dieser davor geschützt wäre, auf die Werthhaftigkeit von in Urkunden verbrieften Forderungen zu vertrauen, welche dem Besitzer der Urkunden – dem Forderungspfandbesteller – gar nicht mehr zu vollem Rechte zustehen.

cc) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff «Schuldschein» in Art. 900 Abs. 1 ZGB nicht nur einseitige schriftliche Schuldanerkennungen⁹⁵, sondern auch Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge sowie weitere die Schuld ausweisende Urkunden wie Urteile, Verlustscheine und Pfandausfallscheine umfasst^{96,97}. Bei der Sicherungszession ist zwar die Übergabe des Schuldscheines – anders als beim Forderungspfandrecht (Art. 900 Abs. 1 ZGB) – nicht konstitutiv für den

⁹⁴ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere Art. 906 Abs. 2 ZGB. Nach dieser Bestimmung darf der Sicherungsschuldner, dem die Forderungsverpfändung angezeigt worden ist, nur leisten, wenn sowohl der Forderungspfandbesteller als auch der Forderungspfandgläubiger zustimmen. Dem Forderungspfandbesteller nützt daher der Besitz von Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge ohnehin nichts, wenn der Forderungspfandgläubiger nicht damit einverstanden ist, dass der Sicherungsschuldner leistet. Insofern ist nicht ersichtlich, welcher Nachteil dem Forderungspfandbesteller aus der Herausgabe der entsprechenden Urkunden an den Forderungspfandgläubiger erwachsen könnte.

⁹⁵ Würde Art. 900 Abs. 1 ZGB nur einseitige schriftliche Schuldanerkennungen umfassen, so wäre der Anwendungsbereich der Norm ganz erheblich eingeschränkt, da einseitige schriftliche Schuldanerkennungen im Geschäftsverkehr nur sehr selten anzutreffen sind.

⁹⁶ Der Forderungspfandbesteller hat demnach dem Forderungspfandgläubiger Urkunden über synallagmatische oder unvollkommen zweiseitige Verträge sowie weitere die Schuld ausweisende Urkunden zu übergeben, wenn er ihm an darin verkörperten Forderungen ein Pfandrecht verschaffen will.

⁹⁷ Anders verhält es sich dagegen bei blossen Buchforderungen, welche zwar aus den Geschäftsbüchern ersichtlich sind, für die jedoch kein Schuldschein besteht, der übergeben werden könnte (und müsste). Die Übergabe des entsprechenden Buchauszuges, aus dem Bestand und Umfang der Sicherungsforderung hervorgeht, ist nicht notwendig. Der Grund liegt darin, dass es sich bei einem Buchauszug gerade nicht um einen Schuldschein i.S.v. Art. 900 Abs. 1 ZGB handelt, der entweder durch Mitwirkung des Sicherungsschuldners oder durch eine Bescheinigung einer staatlichen Behörde zustande kommt, sondern um eine einseitige Aufzeichnung des Sicherungszedenten (der auch bloss eine eingeschränkte Beweiskraft zukommt).

Rechtserwerb des Gläubigers. Dennoch hat der Begriff «Schuldschein» bei der Sicherungszession die gleiche (umfassende) Bedeutung wie beim Forderungspfandreht, da sich die Interessenlage (namentlich was den Schutz gutgläubiger Dritter angeht) durchaus vergleichbar gestaltet. Es ergibt sich damit, was folgt:

Gutgläubige Dritte, welche darauf vertrauen, dass die Sicherungsforderung dem Sicherungszedenten zusteht (obwohl sie in Wirklichkeit bereits dem Sicherungszessionar abgetreten worden ist), sind nicht nur dann zu schützen, wenn ihr Vertrauen darauf gründet, dass ihnen der Sicherungszedent eine die Sicherungsforderung ausweisende einseitige schriftliche Schuldanerkennung präsentiert. Ihr guter Glaube wird vielmehr auch dann geschützt, wenn es sich beim Papier, das ihnen der Sicherungszedent als Ausweis über die Sicherungsforderung präsentiert, um eine *Urkunde über einen synallagmatischen oder unvollkommen zweiseitigen Vertrag oder eine andere die Schuld ausweisende Urkunde wie etwa ein Urteil, ein Verlustschein oder ein Pfandausfallschein handelt* – auch der Besitz solcher Papiere hat krediterhöhende Wirkung⁹⁸.

⁹⁸ Dem steht nicht entgegen, dass der Begriff «Schuldschein» in Art. 88 Abs. 1 OR einen anderen, wesentlich engeren Bedeutungsgehalt hat und vorwiegend einseitige schriftliche Schuldanerkennungen umfasst. Art. 88 Abs. 1 OR regelt nämlich ausschliesslich das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger der Forderung, ohne die Rechtsstellung Dritter beeinflussen zu wollen.

Globalzession und Insolvenz

Karl Wüthrich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	214
I. Einleitung	214
II. Gültigkeit und Umfang einer Globalzession	216
1. Grundsätze	216
2. Einfluss eines Insolvenzverfahrens auf die Gültigkeit einer Globalzession	218
III. Anfechtung einer Globalzession	219
IV. Aussonderungsrechte des Sicherungszessionars	221
1. Einleitung	221
2. Debitorenzahlungen an den Sicherungszedenten vor der Nachlassstundung	222
3. Debitorenzahlungen an den Sicherungszedenten nach der Nachlassstundung	223
4. Aussonderungsverfahren	223
5. Anwendung auf den Sachverhalt gemäss Ziff. 1	224
V. Kollokation der durch eine Globalzession gesicherten Forderung	224
1. Problemstellung	224
2. Kollokation als pfandgesicherte oder ungesicherte Forderung	225
3. Zinsforderung ab Nachlassstundung	226
4. Einrede der Ungültigkeit oder der Anfechtung der Globalzession	227
5. Kollokation der Forderungen der Y Bank im Sachverhalt gemäss Ziff. 1	228
VI. Verteilung im Konkurs der X AG gemäss Sachverhalt in Ziff. 1	229
1. Überbrückungskredit der Y Bank	229
2. Betriebskredit der Y Bank	230
VII. Zusammenfassung	231

Literaturverzeichnis

- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1988; Bucher, Obligationenrecht.
- BUCHER EUGEN, Zur Gültigkeit von Globalzessionen, recht 1989, S. 12–21; Bucher, Globalzessionen.
- KADERLI RUDOLPH, Die Sicherung des Bankkredites, Bern 1938; KADERLI, Bankkredit.
- KRAMER ERNST A., Bemerkungen zu BGE 128 III 434, in AJP 2003, S. 707-711, Kramer, Bemerkungen.
- HIERHOLZER DIETER, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998; Hierholzer, Kommentar.
- OFTINGER/BÄR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1981; Oftinger/Bär, Kommentar.
- REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen, Zürich 2006; Reetz, Sicherungszession.
- STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998; Staehelin, Kommentar.
- ZOBL DIETER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern 1982, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB; Zobl, Kommentar.

I. Einleitung

Die sich im Zusammenhang mit Globalzessionen stellenden Rechtsfragen, insbesondere im Bereich von Fehlzahlungen von Debitoren an den Sicherungszedenten respektive an dessen Nachlass- oder Konkursmasse sowie im Bereich der Kollokation der durch die Globalzession gesicherten Forderungen, sind komplex. Zur Vereinfachung der Ausführungen und zur Erhöhung der Verständlichkeit dient als Basis der nachfolgend dargestellte Sachverhalt.

Die X AG mit Sitz in Zürich ist eine als Generalunternehmung im Bau- und Immobilienbereich tätige Gesellschaft. Durch eine falsche Strategie im Bereich eigener Immobilienprojekte sowie die schlechte Abwicklung von Grossaufträgen ist die X AG in finanzielle Bedrängnisse geraten. Es droht kurzfristig ein Liquiditätsengpass.

Die Y Bank hat der X AG einen ungesicherten Betriebskredit von CHF 2'000'000 gewährt. Nach intensiven Verhandlungen über die Erhöhung dieser Kreditlimite um CHF 1'000'000 gewährt die Y Bank der X AG einen speziellen Überbrückungskredit von CHF 1'000'000. Als Sicherheit für diesen Kredit übergibt die X AG der Y Bank einen Inhaberschuldbrief über CHF 1'000'000 lastend auf einer ihrer Liegenschaften. Gleichzeitig tritt sie

zur Sicherung des bestehenden Betriebskredites und des neuen Übergangskredites alle ihre aktuellen und zukünftigen Forderungen aus welchem Rechtsgrund auch immer an die Y Bank ab. Zusammen mit der Globalzession übergibt die X AG der Y Bank eine aktuelle Debitorenliste. Diese Liste wird jeweils monatlich erneuert.

Trotz intensiven Bemühungen der Eigentümer der X AG können weder ein neuer Investor noch andere Lösungen zur Sanierung der X AG gefunden werden. Der Verwaltungsrat stellt deshalb die Überschuldung der Gesellschaft fest und reicht beim zuständigen Gericht ein Gesuch um Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung ein. Der Nachlassrichter gewährt der X AG sofort die provisorische Nachlassstundung und setzt einen provisorischen Sachwalter ein. Die Abklärungen des provisorischen Sachwalters ergeben schliesslich, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer definitiven Nachlassstundung nicht gegeben sind. Der Nachlassrichter lehnt deshalb das Nachlassstundungsgesuch der X AG zwei Monate nach Gewährung der provisorischen Nachlassstundung ab. Über die X AG wird anschliessend der Konkurs eröffnet.

Kurz vor der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung hat die X AG ihre Tochtergesellschaft B AG zum Preis von CHF 500'000 verkauft. Die Kaufpreiszahlung des Käufers wird auf Anweisung des provisorischen Sachwalters während der provisorischen Nachlassstundung auf ein neu eröffnetes Konto bei der C Bank bezahlt. Im Weiteren gehen auf dem Postcheckkonto der X AG vor der provisorischen Nachlassstundung Zahlungen von Debitoren über CHF 50'000 und während der provisorischen Nachlassstundung Zahlungen von Debitoren über CHF 100'000 ein. CHF 80'000 der letzteren Zahlungen betreffen Forderungen, die vor der provisorischen Nachlassstundung entstanden sind.

Die Y Bank weist die Konkursverwaltung auf die bestehende Globalzession hin und verlangt die Aussonderung sowohl der Kaufpreiszahlung für die B AG als auch der vor und nach der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung auf dem Postcheckkonto der X AG eingegangenen Debitorenzahlungen von CHF 150'000.

Die Y Bank meldet im Konkurs der X AG folgende Forderungen an:

Betriebskredit

– Kapital per Konkurseröffnung:	CHF	1'990'000
– Zins bis zur Gewährung der Nachlassstundung:	CHF	40'000
– Zins seit Gewährung der Nachlassstundung bis Abschluss des Debitoreninkassos	CHF	...
Sicherheit: Globalzession für alle Forderungen der X AG		

Überbrückungskredit

- Kapital per Konkursöffnung:	CHF	1'000'000
- Zins bis zur Gewährung der Nachlassstundung:	CHF	20'000
- Zins seit Gewährung der Nachlassstundung bis Abschluss der Verwertung der Sicherheiten	CHF	...

Sicherheit: Globalzession für alle Forderungen der X AG; Inhaberschuldbrief über CHF 1'000'000 lastend auf der Liegenschaft ...

Aus dem Schuldbrief über CHF 1'000'000 erhält die Y Bank CHF 600'000. Bis zum Eingang dieser Zahlung sind auf dem Überbrückungskredit noch Zinsen von CHF 20'000 angefallen.

Unmittelbar nach der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung hat die Y Bank alle Debitoren der X AG angewiesen, nur noch an sie zu zahlen. Insgesamt sind CHF 1'200'000 Debitorenzahlungen bei der Y Bank eingegangen. Bis zur letzten Zahlung sind auf dem Betriebskredit noch Zinsen von CHF 30'000 angefallen.

II. Gültigkeit und Umfang einer Globalzession

1. Grundsätze

Eine Globalzession ist gültig, wenn die abgetretenen Forderungen genügend bestimmbar sind, die mit der Globalzession gesicherten Forderungen genügend definiert sind, die Gültigkeit der Globalzession zeitlich begrenzt ist und der Sicherungszedent trotz der Globalzession handlungsfähig bleibt. Im Einzelnen gilt es Folgendes zu beachten.

So weit die Globalzession bereits bestehende Forderungen des Zedenten erfasst, stellen sich hinsichtlich der *Bestimmbarkeit der zedierten Forderungen* regelmässig keine Probleme. Diese lassen sich problemlos bestimmen. Anders ist die Situation bei erst in der Zukunft entstehenden Forderungen, die ebenfalls unter die Globalzession fallen sollen. Solche Forderungen müssen im Zeitpunkt ihrer Entstehung hinsichtlich der Person des Schuldners, des Rechtsgrundes sowie betragsmässig hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein. Die Abtretung aller zukünftig entstehenden Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Sicherungszedenten, erfüllt diese Anforderungen.¹ Die abgetretenen Forderungen sind genügend bestimmbar. Die Globalzession

¹ BGE 113 II 163 ff.; 112 II 243; 84 II 366; OFTINGER/BÄR, Kommentar, N 72 zu Art. 899 ZGB; Zobl, Kommentar, N 1663 ff.; REETZ, Sicherungszession, S. 254 ff.

muss nicht zusätzlich durch die Aushändigung von Debitorenlisten an den Sicherungszessionar aktualisiert werden.²

Die durch eine Globalzession *gesicherten Forderungen* müssen durch den Sicherungsvertrag genügend bestimmt oder zumindest so definiert werden, dass sie bestimmbar sind, damit sie vom Willen der Vertragsparteien, insbesondere des Sicherungszedenten, erfasst sind.³ Eine Formulierung «alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Sicherungszessionars gegenüber dem Sicherungszedenten aus den gegenwärtigen und zukünftigen, gegenseitigen Geschäftsbeziehungen» genügt diesen Anforderungen. Durch die Globalzession gesichert werden damit allerdings nur diejenigen Forderungen, von deren Entstehung die Parteien im Zeitpunkt der Vornahme der Globalzession vernünftigerweise ausgehen konnten. Nicht gesichert sind zum Beispiel Schadenersatzforderungen des Sicherungszessionars gegenüber dem Sicherungszedenten, die ihren Grund nicht in den gegenseitigen Geschäftsbeziehungen haben.⁴

In *zeitlicher Hinsicht* muss die Globalzession auf die Dauer der Geschäftsbeziehungen zwischen dem Sicherungszessionar und dem Sicherungszedenten beschränkt sein. Werden die Geschäftsbeziehungen aufgelöst und alle durch die Globalzession gesicherten Forderungen durch den Sicherungszedenten erfüllt, so muss auch die Wirkung der Globalzession dahinfallen. Der Sicherungszessionar muss eine Rückzession an den Sicherungszedenten vornehmen und allfällige noch bei ihm eingehende Zahlungen von Schuldnern von zedierten Forderungen an den Sicherungszedenten herausgeben.⁵

Schliesslich darf eine Globalzession die Handlungsfreiheit des Sicherungszedenten nicht so stark einschränken, dass sein Persönlichkeitsrecht im Sinne von Art. 27 ZGB verletzt wird. Dies ist dann der Fall, wenn er durch die Globalzession aller zukünftiger Betriebsmittel und aller Verdienstmöglichkeiten beraubt wird.⁶ Dies ist jeweils im Einzelfall anhand der konkreten Verhältnisse zu prüfen.

² BGE 113 II 163 ff.; a.M. BUCHER, Obligationenrecht, S. 544; BUCHER, Globalzessionen, S. 12 ff.

³ BGE 128 III 434 ff.; 106 II 263; REETZ, Sicherungszession, S. 250 f.; KRAMER, Bemerkungen, S. 710 f.

⁴ BGE 106 II 263.

⁵ REETZ, Sicherungszession, S. 251; ZOBL, Kommentar, N 1682 ff.

⁶ BGE 69 II 291 ff.; 53 II 329 ff.; OFTINGER/BÄR, passim: Zürcher Kommentar, N 72 zu Art. 899 ZGB; REETZ, Sicherungszession, S. 249 f.; ZOBL, passim: Berner Kommentar, N 1676 ff.

Auf den in Ziff. I vorstehend dargestellten Sachverhalt angewendet, bedeutet dies, dass die Globalzession nur Forderungen aus dem ordentlichen Geschäftsbetrieb der X AG umfassen kann, soweit dadurch die Handlungsfähigkeit der X AG nicht übermässig eingeschränkt wird. Die Kaufpreisforderung von CHF 500'000 aus dem Verkauf der Tochtergesellschaft B AG sprengt meines Erachtens diesen Rahmen. Würde auch diese Forderung von der Globalzession erfasst, so würde dies bedeuten, dass die X AG jegliche Verfügungsmöglichkeiten über ihr gesamtes Vermögen – Umlauf- und Anlagevermögen – verlieren würde. Sie könnte keine Teile ihres Anlagevermögens mehr verkaufen, ohne dass die daraus entstehenden Kaufpreisforderungen durch die Globalzession an die Y Bank abgetreten wären. Die X AG würde damit jeglicher freiverfügbarer zukünftiger Betriebsmittel beraubt.

2. Einfluss eines Insolvenzverfahrens auf die Gültigkeit einer Globalzession

Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens über den Sicherungszedenten – Konkursöffnung oder Gewährung einer Nachlassstundung – hat auf bereits vorher entstandene von der Globalzession erfasste Forderungen des Sicherungszedenten keine Auswirkungen. Sie sind auf den Sicherungszessionar übergegangen und gehören nicht mehr zur Insolvenzmasse des Sicherungszedenten. Der Sicherungszessionar hat die bei ihm eingehenden Zahlungen aus diesen Forderungen auf seine Forderung gegenüber dem Sicherungszedenten anzurechnen. Er bleibt abrechnungspflichtig (siehe Ziff. V.2. nachstehend).

Mit der Konkursöffnung verliert der Sicherungszedent seine Verfügungsfähigkeit (Art. 204 SchKG). Er kann nach der Konkursöffnung zum Beispiel keine Forderungen mehr an einen Dritten abtreten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts führt dies dazu, dass die Zession von zukünftigen Forderungen mit der Konkursöffnung unwirksam wird.⁷ Forderungen, die nach Konkursöffnung über den Sicherungszedenten entstehen, werden somit nicht mehr von einer bestehenden Globalzession erfasst. Sie verbleiben bei der Konkursmasse.

Durch die Gewährung einer Nachlassstundung wird der Sicherungszedent anders als durch die Konkursöffnung nicht vollständig handlungsunfähig. Seine Verfügungsbefugnis wird lediglich eingeschränkt (Art. 298 SchKG). Für die Beurteilung der Wirkung einer Globalzession auf Forderun-

⁷ BGE 111 III 73 ff.; 115 III 65 ff.

gen, die nach der Gewährung einer Nachlassstundung entstehen, ist Art. 298 Abs. 2 SchKG heranzuziehen. Der Sicherungszedent ist nach Gewährung der Nachlassstundung ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht mehr berechtigt, Pfänder zu bestellen oder Bürgschaften einzugehen. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass der Schuldner während der Nachlassstundung sein Vermögen zulasten der Gläubiger mit neuen Sicherungsgeschäften belasten kann. Eine Globalzession hat eine analoge Wirkung wie eine Verpfändung von Forderungen. Entsprechend ist ein Schuldner nach Gewährung der Nachlassstundung nicht mehr berechtigt, ohne Zustimmung des Nachlassrichters Sicherungszessionen vorzunehmen. Das Bundesgericht hat in BGE 111 III 73 ff. bei der Zession von zukünftigen Forderungen die sogenannte Durchgangstheorie angewendet. Dies bedeutet, dass der Sicherungszedent im Zeitpunkt des Entstehens einer Forderung die Befugnis haben muss, diese Forderung zu zedieren. Andernfalls bleibt die Zession wirkungslos. Auf die Situation nach Gewährung einer Nachlassstundung angewendet, bedeutet dies, dass eine Globalzession für Forderungen, die beim Sicherungszedenten nach Gewährung der Nachlassstundung entstehen, nicht mehr wirksam sein kann. Diese Forderungen verbleiben beim Sicherungszedenten und sind Bestandteil einer späteren Nachlass- oder Konkursmasse.

III. Anfechtung einer Globalzession

Für die Anfechtung einer Globalzession in Anwendung der Art. 286 bis 288 SchKG gelten grundsätzlich die gleichen Regeln, wie für die Anfechtung einer beliebigen anderen Rechthandlung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Mehrheit der Lehre ist eine Globalzession, soweit sie nicht zugunsten eines Drittschuldners erfolgt, nicht nach Art. 286 SchKG anfechtbar.⁸ Im Weiteren sind Globalzessionen, die gleichzeitig mit der Kredit- oder Darlehensgewährung ausgefertigt werden, regelmässig weder nach Art. 287 SchKG noch nach Art. 288 SchKG anfechtbar. Art. 287 SchKG fällt von vorneherein weg. Bei Art. 288 SchKG fehlt in solchen Fällen ein Gläubigerschaden. Das Haftungssubstrat des Sicherungszedenten wird durch die Globalzession nur soweit belastet, als ihm durch die Kreditgewährung respektive durch die Auszahlung eines Darlehens Mittel zufließen.

⁸ BGE 95 III 52; REETZ, Sicherungszession, S. 320 ff.

Anfechtbar ist eine Globalzession nach Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, wenn der Sicherungszedent sie in überschuldetem Zustand für eine bereits bestehende Verbindlichkeit ausführt, ohne dass er dazu verpflichtet gewesen wäre. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Anfechtung gemäss Art. 287 Abs. 2 SchKG nur dann ausgeschlossen, wenn der Sicherungszessionar beweist, dass er die Überschuldung des Sicherungszedenten nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen. Der Sicherungszessionar hat nachzuweisen, dass er die aufgrund der Umstände gebotene Pflicht zur Erkundigung über die finanzielle Lage des Sicherungszessionars erfüllt hat und er die Überschuldung trotzdem nicht erkennen konnte.⁹

Wird eine Globalzession zur Sicherung eines bereits bestehenden Kredits oder Darlehens vorgenommen, so kann eine Anfechtbarkeit der Globalzession gemäss Art. 288 SchKG gegeben sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Sicherungszedent sich bereits im Zeitpunkt der Kredit- oder Darlehensgewährung zur Vornahme verpflichtete hatte. Eine erfolgreiche Anfechtung setzt voraus, dass im Zeitpunkt des Vollzugs der Globalzession die drei Voraussetzungen, Gläubigerschädigung, Schädigungsabsicht des Sicherungszedenten und Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Sicherungszessionar gegeben waren. Nach der Praxis des Bundesgerichts werden die übrigen Gläubiger durch eine nachträgliche Kreditsicherung geschädigt.¹⁰ Für das Vorliegen der Schädigungsabsicht genügt Eventualvorsatz des Sicherungszedenten. Die Gläubigerschädigung muss nicht Ziel der Globalzession gewesen sein. Es genügt, wenn der Sicherungszedent sie als Folge der Globalzession in Kauf nimmt. Ob dies der Fall ist, ist anhand der bewiesenen Tatsachen im konkreten Einzelfall zu entscheiden.¹¹ Für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Sicherungszedenten durch den Sicherungszessionar genügt dagegen Fahrlässigkeit. Bestehen Anzeichen für eine Gläubigerbenachteiligung, so hat der Sicherungszessionar mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt abzuklären, ob vom Sicherungszedenten durch die Globalzession eine Gläubigerschädigung in Kauf genommen wird.¹² Unterlässt er solche Abklärungen, so wird auf Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht geschlossen.

Im unter Ziff. I dargestellten Sachverhalt stellt sich somit nur die Frage, ob die nachträgliche Sicherung des Betriebskredites durch die Globalzession

⁹ STAEHELIN, Basler Kommentar, N 19 ff. zu Art. 287 SchKG.

¹⁰ BGE 99 III 89 ff.

¹¹ BGE 83 III 82 ff.

¹² BGE 99 III 89 ff.; 89 III 47 ff.; 83 III 82 ff.

anfechtbar ist. Für diesen Kredit bestand keine Verpflichtung zur Sicherstellung durch eine Globalzession. Sollte die X AG im Zeitpunkt der Ausstellung der Globalzession bereits überschuldet gewesen sein, so wäre der Tatbestand von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG erfüllt. Der Sachverhalt enthält keine Angabe darüber, ob die X AG im Zeitpunkt der Globalzession überschuldet war. Allein aus der Tatsache, dass die Gefahr eines Liquiditätsengpasses bestand, kann noch nicht auf eine Überschuldung geschlossen werden. Allerdings könnten die Voraussetzungen einer Anfechtung der Globalzession nach Art. 288 SchKG gegeben sein. Bei der Absichtsanfechtung ist nicht erforderlich, dass der Schuldner die Rechtshandlung in überschuldetem Zustand vornimmt. Sollte die Situation der X AG im Zeitpunkt der Globalzession so schlecht gewesen sein, dass die Sanierungschancen kleiner waren als das Insolvenzrisiko, so wäre auf Anfechtbarkeit der Globalzession zur Sicherung des Betriebskredits zu schliessen. Sollten dagegen echte Sanierungschancen bestanden haben, so wäre dies nicht der Fall. In der Praxis wird diese Abgrenzung im konkreten Einzelfall regelmässig Probleme bereiten. Insbesondere dann, wenn die Aktenlage beim Schuldner schlecht ist, wird die Beweisführung für einen Anfechtungskläger – Konkursmasse oder Abtretungsgläubiger – schwierig.

IV. Aussonderungsrechte des Sicherungszessionars

1. Einleitung

Globalzessionen werden den Schuldnern der abgetretenen Forderungen in der Regel nicht angezeigt, solange über den Sicherungszedenten nicht ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der Sicherungszedent bleibt für das Forderungsinkasso zuständig. Er ist dabei verpflichtet, seine Debitoren anzuweisen, die Zahlungen auf ein Konto beim Sicherungszessionar zu leisten. Selbst bei korrekter Abwicklung des Debitoreninkasso lässt sich nicht verhindern, dass vereinzelte Debitoren ihre Zahlungen auf ein anderes Konto, zum Beispiel das Postcheckkonto des Sicherungszedenten, leisten. Dies ist insbesondere in einer Übergangsphase nach der Ausstellung der Globalzession der Fall. Solange der Sicherungszedent aufrecht stehend ist, wird er die eingehenden Debitorenzahlungen von sich aus auf das richtige Konto beim Sicherungszessionar überweisen.

2. Debitorenzahlungen an den Sicherungszedenten vor der Nachlassstundung

Nach der Konkursöffnung oder der Gewährung einer Nachlassstundung ist der Sicherungszedent nicht mehr in der Lage, bei ihm eingehende Fehlzahlungen an den Sicherungszessionar zu überweisen. Es stellt sich dann die Frage, ob der Sicherungszessionar für solche Fehlzahlungen ein Aussonderungsrecht gegenüber der Nachlass- oder Konkursmasse besitzt. Wird das Debitoreninkasso im Sinne der vorstehenden Ausführungen dem Sicherungszedenten überlassen, so handelt der Sicherungszedent im Auftrag des Sicherungszessionars. Das Aussonderungsrecht des Auftraggebers ist in Art. 401 OR geregelt. Soweit ein Auftraggeber ein Aussonderungsrecht besitzt, gilt dies gemäss Art. 401 Abs. 2 OR auch gegenüber der Konkursmasse. Grundsätzlich ist Art. 401 OR auf eine Geldsumme, die der Beauftragte vor seinem Konkurs für den Auftraggeber einkassiert hat, nicht anwendbar. Nur in ganz speziellen Ausnahmefällen, wenn die eingehende Geldsumme getrennt vom übrigen Geld des Beauftragten auf einem speziell für den Auftraggeber gekennzeichnetes Konto gehalten wird, ist Art. 401 OR anwendbar.¹³ Geldsummen, die von Schuldnern der zedierten Forderungen auf ein allgemeines Geschäftskonto des Sicherungszedenten bei einer Bank oder bei der Post bezahlt und mit anderen Guthaben des Sicherungszedenten auf dem gleichen Konto vermischt werden, erfüllen diese Anforderungen nicht. Der Sicherungszessionar kann solche Geldsummen, die vor der Konkursöffnung oder der Gewährung der Nachlassstundung beim Sicherungszedenten eingegangen sind, nicht aussondern und zur Deckung seiner Kredit- oder Darlehensforderung verwenden. Auf der anderen Seite muss er sich diese Forderungen aber auch nicht auf seine Kredit- oder Darlehensforderung anrechnen lassen (betreffend Kollokation der Kredit- oder Darlehensforderung siehe Ziff. V nachstehend).

¹³ BGE 102 II 103 ff. = Pra 65 Nr. 251; 99 II 393 ff. = Pra 63 Nr. 121.

3. Debitorenzahlungen an den Sicherungszedenten nach der Nachlassstundung

Debitorenzahlungen für von der Globalzession erfasste Forderungen, die nach Gewährung der Nachlassstundung oder nach Konkurseröffnung beim Sicherungszedenten respektive dessen Konkursmasse eingehen, gehören nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zur Nachlass- oder Konkursmasse. Diese wird durch eine solche Zahlung ungerechtfertigt bereichert.¹⁴ Die Insolvenzverwaltung (Konkursverwaltung oder Nachlassliquidador) ist verpflichtet, solche Zahlungen an den Sicherungszessionar herauszugeben.

4. Aussonderungsverfahren

Sind ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine Aussonderung von vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Sicherungszedenten eingegangenen Debitorenzahlungen gegeben, so hat der Sicherungszessionar auf der Basis von Art. 401 Abs. 2 OR die Aussonderung zu verlangen. Verweigert die Insolvenzverwaltung die Aussonderung, so kann der Sicherungszessionar jederzeit Klage gegen die Insolvenzmasse (Konkurs- oder Nachlassmasse) einreichen. Er muss nicht abwarten, bis von der Insolvenzverwaltung eine Verfügung im Sinne von Art. 242 SchKG erlassen und ihm Frist zur Klage angesetzt wird.

Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch des Sicherungszessionars gegen die Insolvenzmasse auf Herausgabe der bei ihr nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangenen Debitorenzahlungen für von der Globalzession erfasste Forderungen eine Masseforderung.¹⁵ Diese Forderung ist bei der Verteilung im Sinne von Art. 262 Abs. 1 SchKG vorab zu decken. Weigert sich die Insolvenzverwaltung, die Masseforderung zu erfüllen, so kann der Sicherungszessionar auch in diesem Fall jederzeit Klage gegen die Insolvenzmasse einleiten. Art. 242 SchKG ist auch in diesem Fall nicht anwendbar.¹⁶ Die Insolvenzverwaltung hat somit nicht die Möglichkeit, dem Sicherungszessionar im Sinne von Art. 242 Abs. 2 SchKG eine Frist zur Geltendmachung seiner Forderungen anzusetzen. Allerdings muss

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2002, 7B.146/2002; BGE 108 II 121 f.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2002, 7B.146/2002.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2002, 7B.146/2002; BGE 108 II 121 f.; 105 III 11 ff.; 76 III 9 ff.; anders noch BGE 70 III 84.

sie mit der Verteilung nicht zuwarten bis der Sicherungszessionar seine Ansprüche irgendwann gerichtlich geltend macht. Leitet der Sicherungszessionar von sich aus keine gerichtlichen Schritte gegen die Masse ein, so hat die Insolvenzverwaltung zwei Möglichkeiten: Sie kann entweder für die Masse eine negative Feststellungsklage erheben, oder dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Geltendmachung seiner Ansprüche vor dem zuständigen Zivilgericht ansetzen mit der Androhung, dass sonst die Verteilung ohne Berücksichtigung des strittigen Anspruches stattfindet.¹⁷

5. Anwendung auf den Sachverhalt gemäss Ziff. I

In Anwendung der vorstehenden Ausführungen besitzt die Y Bank eine Masseforderung auf Auszahlung von CHF 80'000 für die nach der Nachlassstundung bei der X AG eingegangenen Zahlungen von Schuldnern von zedierten Forderungen, die vor der Nachlassstundung entstanden sind. Für die vor der Nachlassstundung bei der X AG eingegangenen Zahlungen sind die Anforderungen für eine Aussonderung nach Art. 401 OR nicht erfüllt. Die nach der Nachlassstundung entstandenen Debitorenforderungen werden von der Globalzession nicht mehr erfasst (siehe Ziff. II.2. vorstehend).

V. Kollokation der durch eine Globalzession gesicherten Forderung

1. Problemstellung

Im Zusammenhang mit der Kollokation von Forderungen, die durch eine Globalzession gesichert sind, stellen sich hauptsächlich folgende Fragen:

- Sind solche Forderungen als pfandgesicherte oder ungesicherte Forderungen zu kollozieren?
- Wie sind die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Sicherungszessionar eingehenden Zahlungen aus den zedierten Forderungen zu behandeln?
- Wie ist der ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufende Zins im Kollokationsplan zu behandeln?
- Kann in der Kollokationsverfügung über die Gültigkeit einer Globalzession oder deren Anfechtung verfügt werden?

¹⁷ BGE 75 III 61.

2. Kollokation als pfandgesicherte oder ungesicherte Forderung

Die mit einer Globalzession gesicherten Forderungen sind vergleichbar mit Forderungen, die gesichert sind durch ein Drittpfand oder durch Pfandgegenstände, die sich im Ausland befinden und nicht zur Masse gezogen werden können (Art. 61 und 62 KOV). In allen drei Fällen besitzt der Gläubiger eine Sicherheit für seine Forderung. Die Sicherungsgegenstände befinden sich jedoch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht im Einflussbereich der Insolvenzverwaltung. Diese ist daher nicht in der Lage, die Sicherungsgegenstände zu verwerten, über den Pfanderlös abzurechnen und eine allfällige Pfandausfallforderung zu bestimmen. Ausgehend von diesen Überlegungen hat das Bundesgericht entschieden, dass Forderungen, die durch eine Globalzession gesichert sind, zum vollen Wert per Konkursöffnung als ungesicherte, bedingte Forderungen in den Kollokationsplan aufzunehmen sind.¹⁸ Die Forderungen sind insofern bedingt, als deren Bestand und definitive Höhe vom Ergebnis des Inkassos der sicherungszierten Forderungen durch den Sicherungsziessionar abhängen. In analoger Anwendung von Art. 62 KOV muss sich der Sicherungsziessionar die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei ihm eingehenden Zahlungen aus den sicherungszierten Forderungen auf seine Forderungen anrechnen lassen. Er hat nur Anspruch auf die Konkurs- oder Nachlassdividende auf dem Ausfallbetrag. Diese Praxis des Bundesgerichts wurde vom Züricher Obergericht sowie in der Literatur bestätigt.¹⁹ Einzelne Autoren vertreten dagegen die Auffassung, dass der Sicherungsziessionar solange die Dividende auf dem vollen anerkannten Forderungsbetrag beziehen kann, bis seine Forderung durch die eingehenden Zahlungen von zedierten Forderungen und die Dividende vollständig gedeckt ist.²⁰ Diese Auffassung lässt sich aber weder mit materiellen noch vollstreckungsrechtlichen Bestimmungen begründen. Materiellrechtlich ist die Globalzession gleich wie eine Zession zahlungshalber zu behandeln. Soweit aus den zedierten Forderungen Zahlungen eingehen, werden die gesicherten Forderungen getilgt. Der Sicherungsziessionar hat nur noch Anspruch auf den nichtgetilgten Teil der Forderungen.²¹ In

¹⁸ BGE 55 III 84 f.

¹⁹ Urteil des Obergericht des Kantons Zürich vom 26. Februar 1957, SJZ Nr. 53, 1957, S. 104 ff.; HIERHOLZER, Kommentar, N 84 zu Art. 247 SchKG; OFTINGER/BÄR, Kommentar, Systematischer Teil, N 298.

²⁰ REETZ, Sicherungsziession, S. 316; ZOBL, Kommentar, N 1480; KADERLI, Bankkredit, S. 102 f.

²¹ BGE 55 III 85.

Anwendung dieser Regelung kann der Sicherungszessionar deshalb im Insolvenzverfahren des Sicherungszedenten nur seine per Konkurseröffnung respektive Gewährung der Nachlassstundung noch bestehenden Forderungen anmelden. Es gibt keinen Grund, dass die beim Sicherungszessionar aus den zedierten Forderungen eingehenden Zahlungen vor Beginn des Insolvenzverfahrens eine andere Wirkung haben sollen als nachher. Eine andere Behandlung der Forderungen des Sicherungszessionars im Konkurs oder in der Nachlassliquidation des Sicherungszedenten würde auf die Schaffung eines unzulässigen Konkursprivilegs für diesen Gläubiger hinauslaufen.²²

An dieser Stelle ist anzumerken, dass der Sicherungszessionar im Konkurs oder in der Nachlassliquidation des Sicherungszedenten gegenüber dem Gläubiger mit einem entsprechenden Forderungspfandrecht insofern bessergestellt ist, als er das Inkasso der an ihn sicherungszedierten Forderungen selbst vornehmen kann. Die Zahlungen aus den zedierten Forderungen gehen laufend bei ihm ein. Seine Forderung wird somit laufend reduziert. Demgegenüber wird das Inkasso von verpfändeten Forderungen durch die Insolvenzverwaltung vorgenommen. Die Auszahlung des Pfand Erlöses erfolgt erst nach Abschluss des Inkassos und erst nach Auflage einer entsprechenden Verteilungsliste. Der Pfandgläubiger erhält damit seine Pfanddeckung später als der Sicherungszessionar. Er muss einen entsprechenden Zinsverlust in Kauf nehmen (siehe Ziff. V.3. nachstehend).

3. Zinsforderung ab Nachlassstundung

Mit der Konkurseröffnung (Art. 209 Abs. 1 SchKG) respektive der Gewährung der Nachlassstundung (Art. 297 Abs. 3 SchKG) hört der Zinsenlauf gegenüber dem Schuldner grundsätzlich auf. Ausgenommen von dieser Regel sind pfandgesicherte Forderungen (Art. 209 Abs. 2 SchKG). Eine Globalzession erfüllt den gleichen Zweck wie ein Forderungspfandrecht an den gleichen Forderungen. Es ist deshalb gerechtfertigt, Art. 209 Abs. 2 SchKG auch auf Forderungen anzuwenden, die durch eine Globalzession gesichert sind. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Sicherungszessionar in Anwendung von Art. 85 OR aus den eingehenden Zahlungen von zedierten Forderungen zuerst die seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Zinsen decken kann. Art. 209 Abs. 2 SchKG enthält eine eindeutige Regelung. Der Zinsenlauf hört im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann und

²² Anmerkung zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 1957, SJZ Nr. 53, 1957, S. 107.

nur soweit nicht auf, als aus dem Pfanderlös vorab die Kapitalforderung sowie die Zinsforderung per Datum der Konkureröffnung respektive der Nachlassstundung gedeckt werden können und ein Überschuss verbleibt. Wenn auf die Globalzession Art. 209 Abs. 2 SchKG analog angewendet wird, so muss dies auch für die Verwendung der Zahlungen aus den zedierten Forderungen gelten.

Eine Kollokation der seit der Konkureröffnung respektive der Gewährung der Nachlassstundung laufenden Zinsen auf den sicherungszedierten Forderungen ist somit nicht notwendig. Werden die kollozierten Kapital- und Zinsforderungen per Insolvenzdatum nicht gedeckt, so entfällt der seit diesem Datum laufende Zins (Art. 209 Abs. 2 SchKG). Erhält der Sicherungszessionar durch die eingehenden Zahlungen aus den zedierten Forderungen für seine kollozierten Kapital- und Zinsforderungen volle Deckung und verbleibt ein Überschuss, so kann er über die laufenden Zinsen abrechnen und diese aus dem Überschuss decken.²³ Erst einen dann noch verbleibenden Überschuss hat er an die Insolvenzverwaltung herauszugeben.

4. Einrede der Ungültigkeit oder der Anfechtung der Globalzession

Die Forderungen des Sicherungszessionars, die durch die Globalzession gesichert sind, sind als ungesicherte Forderungen zu kollozieren (siehe Ziff. V.2. vorstehend). Die Insolvenzverwaltung hat somit im Kollokationsverfahren keine Möglichkeit, eine Verfügung über die Gültigkeit der Globalzession oder deren Anfechtung zu treffen. Selbst wenn sie dies tut, so ändert sich nichts daran, dass die per Konkureröffnung respektive Gewährung der Nachlassstundung bestehenden Forderungen des Sicherungszessionars vollumfänglich kolloziert werden müssen. Die Verfügung der Insolvenzverwaltung hat über den Kollokationsplan hinaus keine Wirkung. Entsprechend wird der Sicherungszessionar in seinen Rechten nicht betroffen, wenn die Insolvenzverwaltung in der Kollokationsverfügung die Gültigkeit der Globalzession bestreitet oder die Globalzession im Sinne der Art. 287 oder 288 SchKG anfecht. Der Sicherungszessionar bleibt Gläubiger der zedierten Forderungen. Er kann das Inkasso für diese Forderungen weiterführen, die eingehenden Zahlungen behalten und auf seine Forderungen anrechnen. Will die Insolvenzverwaltung dies verhindern, so muss sie eine ordentliche Klage gegen den Sicherungszessionar auf Herausgabe der bei ihm einge-

²³ ZOB, Kommentar, N 1480.

gangen Zahlungen aus den abgetretenen Forderungen einleiten. Soweit zedierte Forderungen noch nicht erfüllt sind, findet zwischen dem Sicherungszessionar und der Insolvenzverwaltung ein Prätendentenstreit statt.²⁴ In diesen allfälligen gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen dem Sicherungszessionar und der Insolvenzverwaltung hat die Kollokationsverfügung keine Rechtswirkung. Der Sicherungszessionar kann und muss deshalb eine Kollokationsverfügung der Insolvenzverwaltung, in welcher über die Gültigkeit der Globalzession oder deren Anfechtung eine Verfügung getroffen wird, nicht mit Kollokationsklage anfechten.²⁵

5. Kollokation der Forderungen der Y Bank im Sachverhalt gemäss Ziff. I

In Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze sind die von der Y Bank angemeldeten Forderungen im Konkurs der X AG wie folgt zu kollozieren:

Überbrückungskredit

Pfandgesicherte Forderungen

– Kapital per Konkurseröffnung:	CHF	1'000'000
– Zins bis zur Gewährung der Nachlassstundung:	CHF	20'000
– Zins seit Gewährung der Nachlassstundung bis Abschluss der Verwertung der Sicherheiten	CHF	...

Pfandgegenstand: Inhaberschuldbrief über CHF 1'000'000 lastend auf der Liegenschaft ...

3. Klasse

– Kapital per Konkurseröffnung:	CHF	1'000'000
– Zins bis zur Gewährung der Nachlassstundung:	CHF	20'000

Bedingte Forderung mit Hinweis auf die Pfandsicherung und die Sicherung durch die Globalzession.

Betriebskredit

3. Klasse

– Kapital per Konkurseröffnung:	CHF	1'990'000
– Zins bis zur Gewährung der Nachlassstundung:	CHF	40'000

Bedingte Forderungen mit Hinweis auf die Sicherung durch die Globalzession.

Die von der Y Bank angemeldete Forderung für den laufenden Zins seit Gewährung der Nachlassstundung bis zum Abschluss des Inkassos der zedierten Forderungen ist in der Kollokationsverfügung abzuweisen.

²⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2002, 7B.146/2002.

²⁵ A. M. REETZ, Sicherungszession, S. 310, FN 1007.

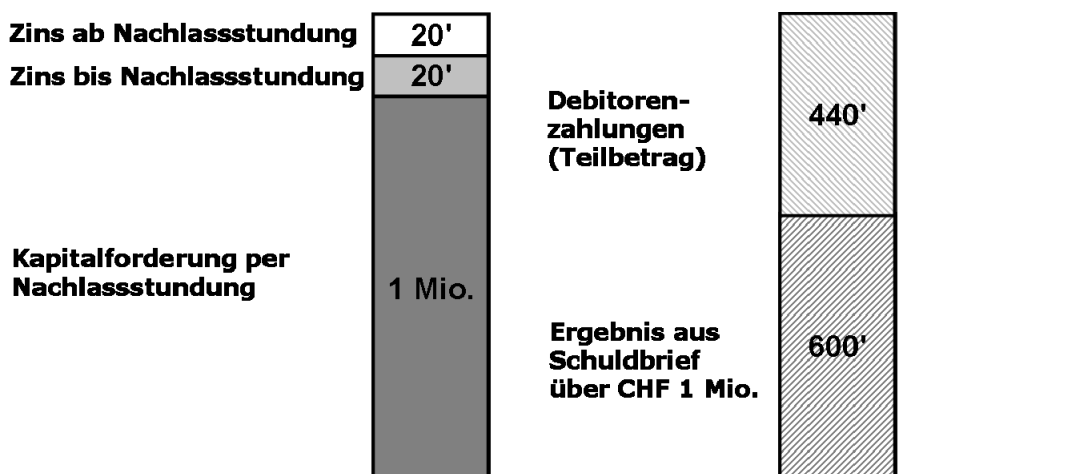
VI. Verteilung im Konkurs der X AG gemäss Sachverhalt in Ziff. I

1. Überbrückungskredit der Y Bank

Der Pfanderlös aus dem verpfändeten Schuldbrief beträgt CHF 600'000. Diesen Erlös erhält die Y Bank im Rahmen der Verteilung in Anrechnung auf ihre kollozierten Forderungen aus dem Überbrückungskredit.

Der der Y Bank gehörende Erlös aus der Globalzession beträgt insgesamt CHF 1'280'000. In diesem Betrag sind die nach der Nachlassstundung bei der X AG eingegangenen Zahlungen von CHF 80'000 aus zedierten Forderungen, die vor der provisorischen Nachlassstundung entstanden sind, enthalten. Diese Zahlungen sind von der Konkursverwaltung an die Y Bank herauszugeben (siehe Ziff. IV.3. vorstehend). Die Y Bank kann somit sowohl die nach Abzug des Pfanderlöses von CHF 600'000 verbleibende Kapitalforderung von CHF 400'000, als auch den Zins bis zur Gewährung der Nachlassstundung von CHF 20'000 und den ab Gewährung der Nachlassstundung bis zum Abschluss der Verwertung aufgelaufenen Zins von CHF 20'000 (siehe Ziff. V.3. vorstehend) vollständig decken.

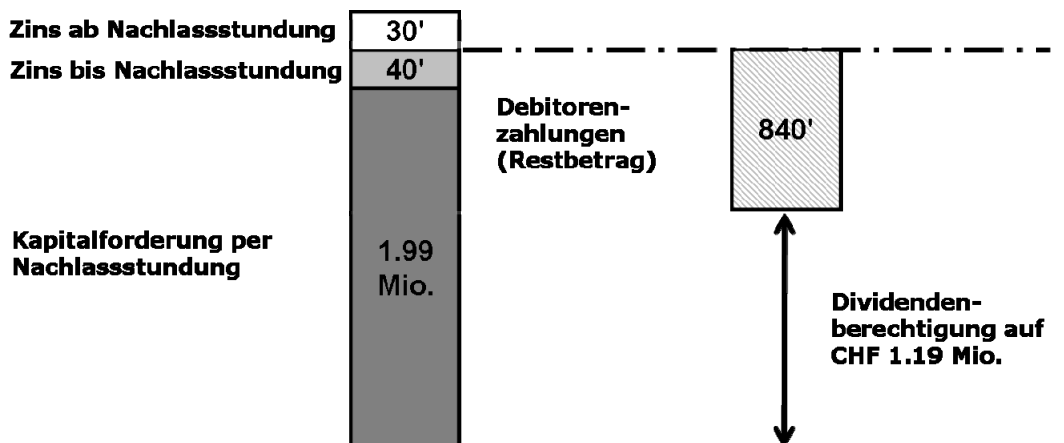
Dieses Verteilungsergebnis wird in der nachfolgenden Grafik dargestellt:



2. Betriebskredit der Y Bank

Nach vollständiger Tilgung des Überbrückungskredites durch den Pfanderlös aus dem verpfändeten Schuldbrief und durch einen Teil des Erlöses aus der Globalzession verbleibt bei der Y Bank aus der Globalzession ein Restbetrag von CHF 840'000. In der Annahme, dass die Globalzession hinsichtlich der Sicherung des Betriebskredites nicht nach Art. 287 oder 288 SchKG anfechtbar ist, kann die Y Bank diesen Erlös für die teilweise Tilgung ihrer kollozierten Kapital- und Zinsforderungen aus dem Betriebskredit von insgesamt CHF 2'030'000 verwenden. Es verbleibt eine Restforderung von CHF 1'190'000. Auf diesem Ausfall erhält die Y Bank die Konkursdividende ausbezahlt (siehe Ziff. V.2. vorstehend). Der ab Gewährung der Nachlassstundung auf dem Betriebskredit aufgelaufene Zins kann durch den Erlös aus der Globalzession nicht gedeckt werden. Entsprechend entfällt er (siehe Ziff. V.3. vorstehend).

Dieses Verteilungsergebnis für den Betriebskredit der Y Bank wird in der nachfolgenden Grafik dargestellt:



VII. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zum Thema «Globalzession und Insolvenz» Folgendes festhalten:

- Globalzessionen sind gültig; eine Aktualisierung der Globalzession durch Debitorenlisten ist nicht notwendig; die Grenze bildet ZGB 27 (siehe Ziff. II.1. vorstehend).
- Globalzessionen umfassen die bis zum Beginn eines Insolvenzverfahrens (Nachlassstundung oder Konkurs) entstandenen Forderungen des Schuldners und Sicherungszedenten (siehe Ziff. II.2. vorstehend).
- Für die Anfechtung (SchKG 286–288) von Globalzessionen gelten keine speziellen Regeln (siehe Ziff. III vorstehend).
- Die Aussonderung von beim Sicherungszedenten vor Beginn des Insolvenzverfahrens eingegangenen Zahlungen ist grundsätzlich möglich, sofern für die Zahlungen die vom Bundesgericht entwickelten strengen Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 401 Abs. 2 OR erfüllt werden (siehe Ziff. IV.2. und IV.4. vorstehend).
- Zahlungen, die nach Beginn des Insolvenzverfahrens bei der Masse eingehen, sind an den Sicherungszessionar herauszugeben. Der Sicherungszessionar besitzt eine entsprechende Massenforderung gegen die Insolvenzmasse (siehe Ziff. IV.3. und IV.4. vorstehend).
- Forderungen, die durch eine Globalzession gesichert sind, sind als ungesicherte, bedingte Forderungen in der 3. Klasse zu kollozieren. Die Dividendenberechtigung besteht nur auf der Ausfallforderung; der Sicherungszessionar ist abrechnungspflichtig (siehe Ziff. V.2. vorstehend).
- Für den Zinsenlauf nach Beginn des Insolvenzverfahrens (Nachlassstundung oder Konkurs) gilt SchKG 209 II analog (siehe Ziff. V.3. vorstehend).

