

SICHERUNGSGESCHÄFTE

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil:	Einleitung.....	2
	I. Sicherungsgeschäfte allgemein.....	2
	1. Realkredite	2
	2. Personalkredite	2
	II. Die einzelnen Sicherungsgeschäfte	2
	1. Fahrnispfandrechte & Retentionsrecht	2
	2. Eigentumsvorbehalt.....	3
	3. Leasingvertrag (Finanzierungsleasing).....	3
	4. irreguläre Pfandrechte	3
	5. Sicherungsübereignung	4
	6. Sicherungszession	4
	7. Sicherungshinterlegung	4
	8. Bürgschaft	5
	9. Garantievertrag (Vertrag zulasten Dritter).....	5
	10. Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)	6
Zweiter Teil:	Beziehung zwischen den Sicherungsgeschäften.....	6
	I. Abgrenzungsprobleme.....	6
	1. Faustpfandrechte, irreguläre Pfandrechte	6
	2. Leasingvertrag, Eigentumsvorbehalt	6
	3. Sicherungsübereignung, Fahrnispfand.....	6
	4. Irreguläre Pfandrechte, Sicherungsübereignung	6
	5. Sicherungsübereignung, Sicherungszession	6
	6. Reguläre Sicherungshinterlegung, Fahrnispfand	6
	7. Irreguläre Sicherungshinterlegung, irreguläres Pfandrecht.....	7
	8. Fiduziarische Sicherungshinterlegung, Sicherungsübereignung bzw. Sicherungszession	7
	9. Dreierpack: Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldbeitritt	7
	II. Konversion (Umdeutung).....	7
	1. Allgemein	7
	2. Spezialfall: Garantievertrag und Schuldbeitritt zu Bürgschaft umdeuten?	7
	III. Mehrere Sicherungsgeschäfte nebeneinander?	7

Entstanden während der Lerngruppe

Brigitte Lüthi, Manuela Mosimann, Jonathan Erhardt, Yves Minnier, Dominic Buttlinger.

Erster Teil: Einleitung

I. Sicherungsgeschäfte allgemein

- 👁 Sicherungsgeschäfte werden geschlossen, um eine Forderung zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner zu sichern.

Unterschieden werden grundsätzlich zwei Arten: Entweder leistet der Schuldner dem Gläubiger eine Sicherheit (Realkredit) oder der Gläubiger erhält zu seiner Forderung einen weiteren obligationenrechtlichen Anspruch gegen einen Dritten (Personalkredit).

1. Realkredite

Der Schuldner übergibt dem Gläubiger eine Sache als Sicherheit. Pfandrechte an unbeweglichen Sachen werden (da nicht Bachelorstoff) weggelassen.

z.B. Fahrnispfandrechte (Faustpfand, Pfandrechte an Forderungen und anderen Rechten, Versatzpfand) & Retentionsrecht, Eigentumsvorbehalt, Leasingvertrag, irreguläre Pfandrechte, Sicherungsübereignungen, Sicherungszeessionen, Sicherungshinterlegung.

2. Personalkredite

Der Gläubiger hat unter gewissen Umständen die Möglichkeit auf einen Dritten zu greifen.

z.B. Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldbeitritt, Kreditauftrag.

II. Die einzelnen Sicherungsgeschäfte

Es werden im Folgenden die verschiedenen Sicherungsgeschäfte ganz kurz erläutert. Ausführliche Erläuterungen sind hier nicht enthalten – es soll sich um einen Überblick handeln.

1. Fahrnispfandrechte & Retentionsrecht

§§ Gesetzliche Grundlagen: Art. 884, 886 ff. ; Art. 900 ff. ; Art. 907 ff. ; Art. 895 ZGB.

📖 Literatur: Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 1863 ff.

Es gibt einen *numerus clausus* der Fahrnispfandrechte: das Faustpfand, welches die Grundform der Fahrnispfändung bildet, Pfandrechte an Forderungen und anderen Rechten und das Versatzpfand.

Definition: Beim Fahrnispfand wird dem Gläubiger einer Forderung eine Sache (oder eine Forderung) des Schuldners übertragen, ohne dass ersterer Eigentümer der Sache wird. Beim Retentionsrecht ist der Gläubiger schon im Besitz einer Sache des Gläubigers, welche er zurückbehalten kann, bis dass die Schuld getilgt ist (Achtung: Voraussetzungen!).

Zweck der Kreditsicherung: Bezahlte der Schuldner nicht, so darf der Gläubiger das Pfand, die retinierte Sache verwerten lassen und sich aus dem Erlös befriedigen. Ein allfälliger Überschuss muss dem Schuldner zurückgegeben werden.

Voraussetzungen: Bei Fahrnispfandrechten braucht es einen Pfandvertrag (Verpflichtungsgeschäft) und die Besitzübertragung (Verfügungsgeschäft). Beim Retentionsrecht braucht es zwischen dem zurückbehaltenen Gegenstand und der fälligen Forderung Konnexität (sie müssen durch den gleichen Zweck gebunden sein – nicht aber auf dem gleichen Rechtsverhältnis beruhen).

Formvorschriften: Je nach Typus verschieden (vgl. Mobiliarsachenrecht-Zusammenfassung S. 23 ff.).

2. Eigentumsvorbehalt

§§ Gesetzliche Grundlage: Art. 715ff. ZGB

📖 Literatur: Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 1095.

Definition: Der Veräusserer einer Sache soll das Eigentum behalten, bis der Erwerber den Preis der Sache bezahlt – d.h. der Eigentumsübergang wird auf den Zeitpunkt der Zahlung verschoben.

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Im Konkursfall hat der Veräusserer ein Aussonderungsrecht aus der Konkursmasse, da er trotz Übergabe der Sache Eigentümer geblieben ist. Es darf nur die Gegenforderung abgesichert werden – nicht irgend eine andere Forderung.

Voraussetzungen: (entgeltlicher) Veräusserungsvertrag über eine bewegliche Sache, Besitzesübertragung, Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts.

Formvorschriften: Eintragung in das Eigentumsvorbehaltsregister.

Besonderheit: Eigentumsvorbehalt gilt als konkludente Rücktrittsvereinbarung gemäss Art. 214 Abs. 3 OR – Rücktrittsrecht beim Postnumerando-Kauf (Kreditkauf). Unterschied: die Rücktrittsvereinbarung bewirkt einen obligatorischen Anspruch, d.h. im Konkursfall gibt es kein Aussonderungsrecht. Grund: ein obligatorisches Rückabwicklungsschuldverhältnis liegt vor.

➔ Eine Eigentumsvorbehaltsvereinbarung ist also ohne Registereintrag nicht sinnlos beim Kauf.

3. Leasingvertrag (Finanzierungsleasing)

§§ Gesetzliche Grundlage: keine, es handelt sich um Innominatkontrakte.

📖 Literatur: Honsell, OR Besonderer Teil, S. 415 ff.

Definition: Die Leasinggeberin (Leasing-Gesellschaft) kauft auf eigene Kosten nach Anweisung des Leasingnehmers das zu finanzierende Objekt beim Lieferanten und stellt es dem Leasingnehmer während der Vertragsdauer (Leasingvertrag) zur Verfügung.

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Der Leasinggeber hat im Konkursfall des Leasingnehmers ein Aussonderungsrecht am Leasinggut, da dieses in seinem Eigentum steht. Die gesicherte Forderung sind die ausstehenden Raten, welche der Leasingnehmer dem Leasinggeber zu zahlen hat.

Voraussetzungen: Leasingvertrag und Kaufvertrag zwischen Leasinggeber und Lieferant.

Formvorschriften: keine. Schriftlichkeit empfohlen.

Besonderheiten: Umgehung des Faustpfands? Umstritten. Auf keinen Fall darf aber im Voraus eine Kaufoptionsklausel im Leasingvertrag vereinbart werden.

4. irreguläre Pfandrechte

§§ Gesetzliche Grundlage: keine, von der Praxis anerkannt.

📖 Literatur: Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 2003.

Definition: Der Schuldner überträgt dem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung bestimmte *vertretbare Sachen zum Eigentum*. Sie vereinbaren (obligatorischer Anspruch!!!), dass der Gläubiger beim Erlöschen der Forderung, entsprechende Sachen (in gleicher Menge und Qualität) zurückzugeben hat. (meist Geld).

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Irgend eine Forderung kann damit sichergestellt werden.

Voraussetzungen: vertretbare Sachen, Eigentumsübertragung, Zurückgabe der gleichwertigen Sache.

Formvorschriften: keine.

5. Sicherungsübereignung

§§ Gesetzliche Grundlage: keine.

📖 Literatur: Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 2012.

Definition: Der *Schuldner*, bzw. ein *Dritter* (Fiduziant) überträgt zur Sicherstellung einer Forderung das Eigentum an einer beweglichen Sache mit der Absprache, dass der Gläubiger (Fiduziar) erstens nur im Rahmen des für den Sicherungszweck Erforderlichen von der Sache Gebrauch macht und zweitens bei Erlöschen der Forderung die Sache auf den Fiduzianten zurück überträgt (beides obligatorische Ansprüche, also kein Aussonderungsrecht des Fiduzianten).

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Sicherstellung der Forderung, für den Fall, dass der Fiduziar in Konkurs fällt oder die Forderung nicht bezahlt. → Verwertungsrecht, allfälliger Überschuss muss dem Fiduzianten zurückerstattet werden.

Voraussetzungen: Verpflichtungsgeschäft für die Eigentumsübertragung (Sicherungsabrede [Innominatkontrakt]).

Formvorschriften: keine.

Besonderes: Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut ist gegenüber Dritten unwirksam, weil dadurch die Bestimmungen über das Faustpfand umgangen werden (Art. 717 ZGB).

Sicherungsübereignungen sind nicht akzessorisch zur Forderung. Zedent ist obligatorisch verpflichtet, dem Zessionar die Gegenstände zu übertragen.

6. Sicherungszession

§§ Gesetzliche Grundlage: keine.

📖 Literatur: Ingeborg Schwenzer, OR Allgemeiner Teil, N 90.03.
Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 2021.

Definition: Der Schuldner (oder ein Dritter) tritt der Gläubigerin zur Sicherstellung einer Hauptforderung eine ihm zustehende Forderung oder ein anderes Recht (z.B. Namenpapiere) ab, mit der Vereinbarung, dass der Gläubiger (Fiduziar) erstens nur im Rahmen des für den Sicherungszweck Erforderlichen von der übertragenen Forderung Gebrauch macht und zweitens bei Erlöschen der Hauptforderung eine Rückzession vornimmt. (beides obligatorische Ansprüche).

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Sicherstellung der Forderung, für den Fall, dass der Fiduziar in Konkurs fällt oder die Forderung nicht bezahlt. → Die zederte Forderung kann geltend gemacht, ein allfälliger Überschuss muss zurückgegeben werden.

Voraussetzungen: Bei der Übertragung von Forderungen müssen die Voraussetzungen der Zession (Art. 164 ff. OR) gegeben sein, bei anderen Rechten ist zu beachten ob besondere Vorschriften bestehen (z.B. Indossament).

Formvorschriften: Schriftlichkeit.

Besonderheit: Art. 899 ZGB wird analog angewendet!

7. Sicherungshinterlegung

§§ Gesetzliche Grundlage: spezifische Regelungen.

📖 Literatur: Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 2031.

Definition: Der Schuldner (oder ein Dritter) übergibt zwecks der Sicherung der Forderung dem Aufbewahrer einen Gegenstand mit der Weisung im Fall der Nichterfüllung der Forderung den Gegenstand an den Gläubiger herauszugeben oder für die Zwangsverwertung zur Verfügung zu halten.

Reguläre Sicherungshinterlegung:

- Der Deponent hinterlegt bewegliche Sachen oder Wertpapiere.
- Der Deponent bleibt Eigentümer.

- Der Depositär wird unselbständiger Besitzer der Gegenstände.

Folge: Variante des gewöhnlichen Pfandrechts (h. L.)! [vgl. Abgrenzung unten]

Irreguläre Sicherungshinterlegung:

- Der Deponent hinterlegt vertretbare Sachen.
- Der Depositär wird Eigentümer.
- Der Depositär wird verpflichtet Sachen der gleichen Art und Menge zur Verfügung zu halten.

Folge: Variante des irregulären Pfandrechts. [vgl. Abgrenzung unten]

Fiduziarische Sicherungshinterlegung

- Der Deponent überträgt dem Depositär bewegliche Sachen bzw. Forderungen oder andere Rechte zu Eigentum.
- Der Depositär wird somit Eigentümer.
- Der Depositär wird verpflichtet dieselben Objekte dem Deponenten herauszugeben.

Folge: Spezialfall der Sicherungsübereignung bzw. Sicherungszession. [vgl. Abgrenzung unten]

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Bei den Sicherungshinterlegungen kann der Gläubiger die Sache(n) oder Forderungen vom Depositär herausverlangen und verwerten.

Voraussetzungen: Sicherungshinterlegungsvertrag ist der Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft) für die Sicherungshinterlegung.

Formvorschriften: Sicherungshinterlegungsvertrag ist formfrei.

8. Bürgschaft

§§ Gesetzliche Grundlage: Art. 492 ff. OR

📖 Literatur: Honsell, OR Besonderer Teil, S. 387 ff.

Definition: Der Bürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, dafür dessen Schuld einzustehen.

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Leistet der Schuldner aus der Hauptschuld nicht, so kann der Gläubiger auf den Bürgen zurückgreifen.

Voraussetzungen: Eine Hauptschuld wird vorausgesetzt (Akzessorietät). Dazu bedarf es eines Bürgschaftsvertrags zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen!

Formvorschriften: Art. 493 OR: Schriftlichkeit, Unterschrift des Bürgen, öffentliche Beurkundung des Vertrags bei Summen über 2'000 Franken. Unter 2'000 Franken braucht es eine eigenschriftliche Angabe des zahlenmässig bestimmten Haftungsbetrags.

Bei der Solidarbürgschaft muss diese Tatsache handschriftlich eingetragen werden.

9. Garantievertrag (Vertrag zulasten Dritter)

§§ Gesetzliche Grundlage: Art. 111 OR

📖 Literatur: Ingeborg Schwenzer, OR Allgemeiner Teil, N 86.28.
Honsell, OR Besonderer Teil, S. 388 ff.

Definition: Der Garant übernimmt eine Verpflichtung zum Schadenersatz für den Fall, dass ein bestimmter garantierter Erfolg nicht eintritt (v. a. Bankgarantie: Die Bank verspricht einem Dritten eine Zahlung für den Fall, dass ein bestimmter garantierter Erfolg nicht eintritt).

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Wenn der Schuldner nicht bezahlt, kann der Gläubiger direkt auf den Garanten zurückgreifen. Der Garant schuldet Schadenersatz, d.h. auch Schäden wegen den Verzugsfolgen (z.B. Zinsen,...).

Voraussetzungen: Vorliegen eines Garantievertrags.

Formvorschriften: keine.

10. Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)

§§ Gesetzliche Grundlage: keine.

📖 Literatur: Ingeborg Schwenzer, OR Allgemeiner Teil, N 91.33.

Definition: Der Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) ist die Verpflichtung eines Dritten gegenüber einem Gläubiger, neben dem Schuldner solidarisch zu haften.

Folgen bei Nichtbezahlung der gesicherten Forderung: Der Gläubiger kann auf beide Schuldner greifen (Art. 144 Abs. 1 OR). Zwischen den beiden Schuldnern entsteht ein Regressanspruch (Art. 144 OR).

Voraussetzungen: Entweder ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden (ohne Befreiung des Schuldners), oder ein Vertrag des Beitretenden mit dem Schuldner – dies ist aber ein Fall des Vertrages zugunsten Dritter (Art. 112 OR).

Formvorschriften: keine.

Besonderheiten: Kein Schuldnerwechsel, sondern der Beitretende haftet solidarisch (Art. 143 ff. OR). Er verpflichtet sich also zu einer eigenen Leistung. Würde der erste Schuldner mit dem Beitritt des zweiten befreit, läge eine externe Schuldübernahme (Schuldnerwechsel, Art. 176 ff. OR) vor.

Zweiter Teil: Beziehung zwischen den Sicherungsgeschäften

I. Abgrenzungsprobleme

Zwischen verschiedenen Sicherungsgeschäften kann es Abgrenzungsprobleme geben. Es werden nicht alle Geschäfte miteinander verglichen, sondern nur die ganz typischen (*sprich: prüfungsrelevanten*) Abgrenzungsproblematiken dargelegt.

1. Faustpfandrechte, irreguläre Pfandrechte

Beim irregulären Pfandrecht werden vertretbare Sachen dem Gläubiger zu Eigentum übertragen. Bei Faustpfandrechten wird nur der Besitz übertragen.

2. Leasingvertrag, Eigentumsvorbehalt

Beim Leasing fehlt der Willen Eigentum zu übertragen. Zudem braucht man keinen Registereintrag.

3. Sicherungsübereignung, Fahrnispfand

Bei der Sicherungsübereignung geht das Eigentum vom Schuldner auf den Gläubiger über. Beim Fahrnispfand ist dies nicht der Fall.

4. Irreguläre Pfandrechte, Sicherungsübereignung

Bei irregulären Pfandrechten handelt es sich um vertretbare Sachen, welche der Gläubiger benutzen und verbrauchen darf. Bei der Sicherungsübereignung muss genau das bestimmte Objekt zurückübergeben werden. Die Sache darf nur im Rahmen des Sicherungszwecks des Geschäfts verwendet werden.

5. Sicherungsübereignung, Sicherungszession

Sicherungszession hat Forderungen und andere Rechte zum Gegenstand, die Sicherungsübereignung Fahrnisachen.

Übereignung von Inhaber- und Ordrepapieren ist Sicherungsübereignung!

6. Reguläre Sicherungshinterlegung, Fahrnispfand

Bei der Sicherungshinterlegung übt nicht die Gläubigerin sondern ein Dritter den unmittelbaren Besitz aus. Bei Erlöschen der Forderung muss der Dritte dem Schuldner die Sache herausgeben.

7. Irreguläre Sicherungshinterlegung, irreguläres Pfandrecht

Bei der Sicherungshinterlegung übt nicht die Gläubigerin sondern ein Dritter den unmittelbaren Besitz aus. Bei Erlöschen der Forderung muss der Dritte dem Schuldner gleichwertige Sachen herausgeben.

8. Fiduziarische Sicherungshinterlegung, Sicherungsübereignung bzw. Sicherungszession.

Der Anspruch auf Rückübertragung respektive auf Rückzession geht gegen den Depositar und nicht gegen die Gläubigerinnen.

9. Dreierpack: Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldbeitritt

- **Bürgschaft – Garantievertrag:** Bei der Bürgschaft besteht immer eine Hauptschuld für deren Erfüllung der Schuldner einsteht. Besteht eine Hauptschuld bei Garantie, ist es eine bürgschaftsähnliche Garantie.

Unterschied zur Bürgschaft: Die Garantie ist unabhängig vom Bestehen oder Fortbestand der garantierten Leistungspflicht (nicht akzessorisch).

Unterschiedliche Rechtsfolgen: Art. 111 OR – der Garant muss Schadenersatz leisten, wenn der garantierte Erfolg nicht eintritt. Art. 495 OR – bei der einfachen Bürgschaft haftet der Bürge erst bei Konkurs des Schuldners oder wenn dieser in Nachlassstundung gerät oder wenn ein definitiver Schuldschein ausgestellt wird.

Ob Bürgschaft oder Garantie vorliegt, ist durch Auslegung festzustellen – im Zweifel soll aber Bürgschaft angenommen werden.

Besteht ein erhebliches Eigeninteresse an der Erfüllung (d.h. wer von der Gegenleistung profitiert), spricht dafür, dass keine Bürgschaft vorliegt, respektive spricht für die Annahme eines Garantievertrags.

- **Garantievertrag – Schuldbeitritt:** Beim Schuldbeitritt wird eine eigene Leistung versprochen, die Schuldner haften solidarisch. Beim Garantievertrag wird die Leistung eines Dritten versprochen, der Erklärende will hier nur subsidiär leisten.
- **Bürgschaft – Schuldbeitritt:** Beim Schuldbeitritt gibt es ein erkennbares eigenes Interesse des Beitretenden. Bei der Bürgschaft besteht nur ein Sicherheitsinteresse an der Erfüllung der Hauptschuld.

II. Konversion (Umdeutung)

Fragestellung: Ist es möglich, gewisse Sicherungsgeschäfte in andere (ähnliche) umzudeuten, weil sie etwa nahe beieinander liegen oder ev. Formvorschriften fehlen?

1. Allgemein

Erfüllt ein Sicherungsgeschäft die Formvorschriften nicht, so kann geprüft werden, ob der Willen der Parteien einem anderen Sicherungsgeschäft entspricht. Ist dies der Fall, so ist eine Konversion grundsätzlich möglich.

2. Spezialfall: Garantievertrag und Schuldbeitritt zu Bürgschaft umdeuten?

Der Schutzgedanke des Bürgschaftsrechts (öffentliche Beurkundung), bewirkt, dass eine Umdeutung (Konversion) einer formunwirksamen Bürgschaft in eine Garantie oder einen Schuldbeitritt unzulässig ist. → Schutzgedanke des Bürgschaftsrechts.

III. Mehrere Sicherungsgeschäfte nebeneinander?

Fragestellung: Welche Sicherungsgeschäfte können nebeneinander bestehen? Gibt es Sicherungsgeschäfte, die sich mit anderen Sicherungsgeschäften nicht vertragen?

Zwischen zwei Parteien sind mehrere Sicherungsgeschäfte möglich. In jedem Fall kann ein Realkredit mit einem Personalkredit gekoppelt werden. Mehrere Personalkredite sind nebeneinander auch möglich. Mehrere Realkredite bezüglich der gleichen Sache sind nicht möglich.