



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII

Kreditsicherheiten



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII

Kreditsicherheiten

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7418-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Pfandrechte in der Insolvenz	7
<i>lic. iur. HSG Marco Häusermann, Rechtsanwalt, LL.M., C.B.A., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Dr. iur. Urs Hofer, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Retentionsrecht	49
<i>Prof. Dr. iur. Roger Giroud, Rechtsanwalt, LL.M., FCIArb, Giroud & Anderes, Küsnacht</i>	
Kreditsicherheiten in der Insolvenz – Zession und Globalzession in der Insolvenz	69
<i>Dr. iur. Adrian Dörig, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei VISCHER AG, Zürich</i>	
Bürgschaft und Garantieverprechen	87
<i>lic. iur. Felix Rutschmann, Rechtsanwalt, Rutschmann Schwaibold Partner, Zürich</i>	
Bankgarantie in der Insolvenz	111
<i>Dr. iur. Marc Russenberger, Rechtsanwalt, Partner bei RKR Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Schuldbeitritt und Schuldübernahme in der Insolvenz	131
<i>lic. iur. Rolf Schuler, Rechtsanwalt, Partner bei Altenburger Ltd legal + tax, Küsnacht</i>	
Der Eigentumsvorbehalt und seine Besonderheiten in der Zwangsvollstreckung	149
<i>Dr. iur. Dominik Vock, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei MME Legal AG, Zürich, und MLaw Luca Hitz, MME Legal AG, Zürich</i>	

Bürgschaft und Garantieverprechen

Felix Rutschmann

Inhalt

I.	Einleitung.....	88
II.	Fallbeispiel (anonymisiert).....	88
III.	Personalsicherheiten in der Sanierung.....	89
IV.	Zur Theorie.....	90
	1. Das Garantieverprechen (der Garantievertrag).....	90
	a) Gesetzliche Grundlage, Überblick.....	90
	b) Zwei Haupterscheinungsformen.....	91
	c) Varianten und praktisches Vorkommen von Garantieverträgen.....	91
	d) Abgrenzung des Garantievertrags zur Anweisung (Art. 466 ff. OR).....	92
	e) Exkurs: Garantien bei Unternehmenskäufen.....	92
	f) Garantieähnliche Verträge.....	94
	g) Einreden bei der Garantie und deren Substantiierung, vorsorgliche Massnahmen.....	95
	2. Die Bürgschaft.....	96
	a) Gesetzliche Grundlage.....	96
	b) Solidarische Bürgschaft / Einfache Bürgschaft.....	97
	c) Strenge Formvorschriften und weitere Hürden.....	97
	d) Subrogation.....	98
V.	Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft.....	99
	1. Abgrenzungen des Bundesgerichts.....	99
	2. Abgrenzung im Fallbeispiel (anonymisiert).....	101
VI.	Die Paulianische Anfechtung.....	104
	1. Vorbemerkungen.....	104
	2. Beim Garantievertrag.....	104
	a) Insolvenz des Dritten (Schuldner der Leistung).....	104
	b) Insolvenz des Garanten.....	106
	3. Bei der Bürgschaft.....	107
	a) Insolvenz des Hauptschuldners.....	107
	b) Insolvenz des Bürgen.....	108

VII.	Behandlung der Forderungen aus Bürgschaft und Garantie in der Insolvenz (Kollokation)	108
	1. Vorbemerkungen.....	108
	2. Im Konkurs	108
	3. Im Nachlassverfahren	109
VIII.	Fazit	110

I. Einleitung

Die Bürgschaft und das Garantieverprechen sind nach wie vor übliche Kreditsicherungsmittel. Entscheidend für den Gläubiger ist, dass sie gültig zustande kommen und sie auch im Falle der Insolvenz des Kreditnehmers Bestand haben und durchgesetzt werden können. In diesem Beitrag geht es darum, diese Probleme der Praxis aufzuzeigen und die Leser dafür zu sensibilisieren. Unvermeidbar ist, dazu auch einen kurzen Überblick über die Theorie dieser Verträge zu geben. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Garantieverprechen und deren Folgen werden an einem konkreten, unveröffentlichten Gerichtsfall aufgezeigt. Die Gültigkeit des Sicherungsvertrages kann aber auch an fehlender Vertretungsmacht, fehlender Vertretungsbefugnis oder anderen Voraussetzungen scheitern, die hier nicht behandelt werden. Ist die Hürde der zivilrechtlichen Gültigkeit genommen, so können sich danach noch paulianische Probleme stellen.

II. Fallbeispiel (anonymisiert)

H.P. verkaufte seine Aktien der X AG an F.R. Neben einer Anzahlung von 50% des Kaufpreises waren drei jährliche Ratenzahlungen des Käufers an den Verkäufer vorgesehen. Bei Abschluss des Kaufvertrages gab der Dritte M.K. nachfolgende schriftliche Erklärung an den Verkäufer ab.

„Selbständige Garantie

Ich garantiere Ihnen im Sinne von Art. 111 OR, dass Herr F.R. die Kaufpreisraten fristgerecht bezahlt und werde die entsprechenden Raten auf ihre erste Aufforderung hin selbst zahlen, wenn Sie mir mittei-

len, dass Herr F.R. eine Rate nicht bezahlt hat, vorbehältlich allfälliger Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag.“

Der Käufer F.R. bezahlte bereits die erste Rate nicht und auch der Dritte M.K. als Garant zahlte die ausgebliebenen und von ihm garantierten drei Raten nicht – oder zumindest zahlte er nicht freiwillig. Auf Klage des Verkäufers H.P. erhob er die Einrede, die von ihm gegebene Personalsicherheit sei keine Garantie, sondern eine Bürgschaft und diese sei wegen fehlender öffentlicher Beurkundung formungültig.

III. Personalsicherheiten in der Sanierung

Garantie und Bürgschaft gehören, wie der Schuldbeitritt und die Schuldmitübernahme, zu den Personalsicherheiten und unterscheiden sich damit von den Realsicherheiten, wie den Pfandrechten, Sicherungsabtretungen/Sicherungsübereignungen, Eigentumsvorbehalt, Retentionsrechten und andere mehr. Personalsicherheiten gehören fast zu jeder Insolvenz und Sanierung. Involviert sind jeweils drei Parteien:

- Der Dritte, Schuldner einer Leistung an den Promissar/Gläubiger;
- der Garant/Bürge, der an den Promissar/Gläubiger leisten müsste;
- der Promissar/Gläubiger, der die Leistung vom Dritten/Schuldner oder den Ersatz vom Garant/Bürgen erwartet.

Die Durchsetzbarkeit der gegebenen Sicherheit ist somit für drei Parteien von grosser Bedeutung und letztlich auch für deren Gläubiger. Immer wieder ist die Durchsetzbarkeit auch entscheidend, ob eine Sanierung gelingt, sei dies beim Dritten, d.h. Schuldner der Hauptleistung, dem Garant/Bürgen oder dem Promissar/Gläubiger.

Fast jeder Anwalt ist in seiner Praxis von der grossen Bedeutung der Unterscheidung von Garantie und Bürgschaft betroffen. Entweder hat er versucht, ein Garantieversprechen in eine Bürgschaft umzudeuten, um so seinen Klienten von der Haftung zu befreien, oder er wollte eine Drittsicherung für seinen Klienten erhalten, unter Vermeidung von abschreckenden Formvorschriften wie der öffentlichen Beurkundung und der Zustimmung des Part-

ners bei Privatpersonen. Regelmässig stellen sich auch Haftungsfragen, wenn die Durchsetzbarkeit einer vom Anwalt formulierten Personalsicherheit scheitert.

IV. Zur Theorie

1. Das Garantieverprechen (der Garantievertrag)

a) *Gesetzliche Grundlage, Überblick*

Der Garantievertrag ist nicht, wie zu vermuten wäre, im Obligationenrecht unter den einzelnen Vertragsverhältnissen geregelt, sondern im allgemeinen Teil, unter den Beziehungen zu dritten Personen. Unter dem Titel „B. Vertrag zu Lasten eines Dritten“ heisst es dort bei Art. 111 OR:

„Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn die nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Klar ist, dass der Titel „Vertrag zu Lasten eines Dritten“ nicht nur verwirrend, sondern falsch ist.¹ Es wird kein „Dritter“ verpflichtet oder belastet, sondern ein Vertragspartner verspricht dem anderen, dass er ihm den Schaden ersetzt, wenn ein Dritter nicht leistet. Es ist somit ein „Versprechen der Leistung eines Dritten“² oder allenfalls ein „Vertrag zu Gunsten eines Dritten“. Ein Dritter, Unbeteiligter, kann nicht vertraglich verpflichtet werden, ausser bei einer gesetzlichen Stellvertretung.

Nach einhelliger Lehre ist mit „Schaden“ das positive Interesse gemeint. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre. Wenn vereinbart, kann der Garant dem Gläubiger anstelle des Schadenersatzes auch in Natura leisten. Die Verpflichtung des Garanten wird fällig, wenn die garantierte Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, es braucht dazu we-

¹ BK-WEBER, Art. 111 OR, N 4.

² BK-BECKER, Art. 111 OR, N 2, Aufl. 1941.

der eine Mahnung noch eine Fristansetzung oder ein Verschulden des Dritten.³

b) *Zwei Haupterscheinungsformen*

Das Bundesgericht hat in seiner langen Praxis zur Garantie vor allem zwei Erscheinungsformen unterschieden. Einerseits die reine Garantie, wenn „der Garant für einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg“ eintritt und andererseits die bürgschaftsähnliche Garantie, welche Verpflichtungen darstellen, die sich in irgendwelcher Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt, beziehen.⁴ Es hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass es in der Praxis kaum eine Garantie gibt, die völlig losgelöst von einem bestehenden Vertragsverhältnis ist. Als solche erwähnt das Bundesgericht die Garantie einer Bank oder eines Gemeinwesens, die Verluste einer Unternehmung abdecken, ohne dass Dritte dem Begünstigten etwas schulden.⁵

c) *Varianten und praktisches Vorkommen von Garantieverträgen*

In der Praxis sind verschiedene Varianten von Garantieverträgen zu finden. Diese fallen vorwiegend unter die bürgschaftsähnlichen Garantien, wie die Erfüllungsgarantien, auch *performance bonds* genannt, welche die Erfüllung eines Vertrages des Schuldners durch den Garantensichert. Weiter bekannt sind Liefergarantien (Sicherstellung, dass ein Dritter rechtzeitig liefert), Anzahlungsgarantien (der Garant sichert die Anzahlung eines Dritten an den Gläubiger) und Ausführungsgarantien (typisch im Bauwesen, der Garant sichert die korrekte Ausführung des Dritten ab). Auch negative Garantien sind in der Praxis zu finden wie das Versprechen auf Unterlassung durch einen Dritten.⁶ Beispiele hierfür sind die Zusicherung des Garantens, dass ein Konkurrent des Gläubigers nicht durch einen Dritten beliefert wird, oder das

³ BK-Weber, Art. 111 OR, 146 ff.

⁴ BGE 113 II 436 E. 2a S. 436.

⁵ BGE 113 II 436 ff.

⁶ ZR 1976 Nr. 101, S. 271.

indirekte Konkurrenzverbot, bei dem sich konkurrenzierende Arbeitgeber gegenseitig und gegen Zahlung einer Strafe, versprechen, keine Arbeitnehmer des anderen einzustellen.⁷ Zu den meist bankseitigen Garantien sind die dokumentarischen Garantien zu zählen (nur gegen Vorweisung von im Vertrag erwähnten Dokumenten wird bezahlt). Die Defizitgarantien (der Garant übernimmt das Risiko eines Defizits, typisch im Sport oder Kulturbereich) fallen dagegen vorwiegend unter die reinen Garantien.

d) Abgrenzung des Garantievertrags zur Anweisung (Art. 466 ff. OR)

Viele Formen des Garantievertrags gehen auch in Richtung einer Anweisung gemäss Art. 466 ff. OR. Der Anweisende ermächtigt dabei den Angewiesenen auf Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten. Letzterer wird damit ermächtigt, die Leistung direkt beim Angewiesenen zu verlangen.⁸ Im Gegensatz zum Garantieverprechen wird die Anweisung vorwiegend als eine Doppelermächtigung und nicht als ein Vertrag verstanden. In der Praxis hat sie eine zentrale Rolle übernommen und bildet die Basis für den bargeldlosen Zahlungsverkehr.⁹

Bei der Anweisung handelt es sich um ein Zahlungsverprechen unter einschränkenden Bedingungen. Es wird keine andere Leistung als die Zahlung versprochen, d.h. auch kein Schaden ersetzt wie beim Garantieverprechen, sondern nur die Zahlung einer genau bezeichneten Geldsumme zugesagt. So wird das Dokumentenakkreditiv vom Bundesgericht nicht als Garantieverprechen, sondern als Anweisung verstanden.¹⁰

e) Exkurs: Garantien bei Unternehmenskäufen

Kaufrechtliche Zusicherungen und Gewährleistungen (Art. 197 Abs. 1 OR) werden regelmässig, und nicht nur in der Umgangssprache, als „Garantien“ bezeichnet. Auch unter Anwälten herrscht in der Praxis, vor allem bei Unter-

⁷ BK-BECKER, Art. 11 OR, N 7, Aufl. 1941.

⁸ KuKo-LARDELLI, Art. 466 OR, N 1.

⁹ BaK-KOLLER, Vorbemerkungen zu Art. 466-471 OR, N 2.

¹⁰ BGE 108 Ib 277 E. 4a S. 277.

nehmenskaufverträgen, ein begriffliches Durcheinander. Zusicherungen und Gewährleistungen werden als „Garantien nach Art. 111 OR“ bezeichnet, trotzdem sind sie selten echte Garantieverprechen.

Nur wenn „Garantien“ des Verkäufers über die gewöhnlichen Gewährleistungen und über die kaufrechtlichen Zusicherungen hinausgehen, sind sie nach der Rechtsprechung echte Garantieverprechen im Sinne von Art. 111 OR. Bei diesen wird meist ein Fortbestand einer gegenwärtigen Eigenschaft über das Abschluss- und Vollzugsdatum hinaus oder sogar etwas Neues zugesichert wie:

- das gekaufte Unternehmen wird zukünftig einen bestimmten Umsatz machen;
- ein zukünftiger Gewinn oder zukünftige Dividenden werden zugesichert.¹¹

Wird dagegen bei Abschluss des Vertrages etwas Bestehendes garantiert, wie beispielsweise die letzte Jahresrechnung, so handelt es sich in der Regel um eine Gewährleistung oder um eine kaufrechtliche Zusicherung.¹²

Die Folgen eines gültigen Garantieverprechens sind einschneidend und zwar sowohl bei der Verjährung als auch bei den Einreden. Im Gegensatz zur Gewährleistung oder Zusicherung beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre anstelle der gesetzlich vorgesehenen 2 Jahre.¹³ Die Einrede, der Käufer habe den Mangel gekannt oder es fehle an seinem Verschulden, entfällt. Solche Garantieverprechen stehen nahe bei einer Konventionalstrafe, da es um eine erleichterte Schadensregulierung geht.¹⁴

¹¹ BK-GIGER, Art. 197 OR, N 20.

¹² BGer 4A_220/2013; BGE 122 III 426 ff.

¹³ VISCHER MARKUS, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 109/213, 328, BGE 122 III 430.

¹⁴ BÖCKLI PETER Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, Ziffer III.2.a, in: TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), Merger & Acquisitions, Zürich 1998, 59 ff.

f) *Garantieähnliche Verträge*

Garantieähnliche Verträge und Erklärungen haben vor allem in Konzernverhältnissen zunehmend Bedeutung erhalten.¹⁵ Diese gehen von unverbindlichen Erklärungen bis zu garantieähnlichen Verpflichtungen. Typischerweise werden sie von der Unternehmensmutter für ihre Tochtergesellschaft ausgestellt.¹⁶ In der Praxis werden sie als Patronatserklärungen, letter of intent, comfort letter, letter of awareness, keepwell agreement, Sicherstellungserklärung etc. bezeichnet. Ob sie bindend sind oder nicht, ergibt sich aus dem Resultat der Auslegung.¹⁷ Wie die Rechtsprechung zeigt, werden sie nur restriktiv als bindend, d.h. als echte Garantie im Sinne von Art. 111 OR beurteilt.

„Eine vertragliche Bindung setzt voraus, dass der Empfänger nach Treu und Glauben von einem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen der Muttergesellschaft ausgehen durfte [...]“¹⁸

Konkret bedeutet dies beispielsweise, dass geprüft wird, ob der Empfänger davon ausgehen durfte, die Erklärung sei als Verpflichtung bei der Mutter bilanziert. Gegen eine Garantie spricht, dass die Erklärung meist im Zusammenhang mit einer Verpflichtung steht und somit akzessorisch ist.

Im bekannten *Swissair-Entscheid*¹⁹ über haftungsbegründende Erklärungen einer Muttergesellschaft ging es um die Auslegung eines werbeähnlichen Hinweises auf dem Briefpapier einer später konkursiten Tochtergesellschaft der *Swissair Beteiligungen AG*. Auf dem Briefpapier der Tochter waren das *Swissair-Logo* sowie der Satz „Die IGR ist ein Unternehmen der *Swissair*“ aufgedruckt. Das Bundesgericht hielt dies aus verschiedenen Gründen, insbesondere weil der Wille zur vertraglichen Bindung erkennbar fehle, nicht für eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR. Es prüfte die Haftung aber weiter unter dem Gesichtspunkt der *culpa in contrahendo*. In diesem Sinne entsteht eine Haftung nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bei

¹⁵ BK-WEBER, Art. 111 OR, N 108.

¹⁶ BK-WEBER, Art. 111 OR, N 109.

¹⁷ BK-WEBER, Art. 111 OR, N 110 ff.

¹⁸ BGE 120 II 331 E. 2 S. 334.

¹⁹ BGE 120 II 331 ff.

der Gegenseite bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, diese aber später in treuwidriger Weise enttäuscht. So kam das Bundesgericht dann doch noch zu einer Haftung der Swissair Beteiligungen AG für ihre Tochter.

g) *Einreden bei der Garantie und deren Substantiierung, vorsorgliche Massnahmen*

Der Garantievertrag ist eine selbständige Verpflichtung und somit abstrakt. Der Garant kann keine Einreden aus dem Hauptvertrag, d.h. aus der Verpflichtung des Dritten gegenüber dem Gläubiger, erheben, soweit dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Ausnahmen davon gibt es nur, wenn die versprochene Leistung des Dritten widerrechtlich oder sittenwidrig ist. Die Unmöglichkeit der Leistung aus dem Hauptvertrag, auch die ursprüngliche Unmöglichkeit, ist dagegen kein Hinderungsgrund. Bei der Garantie wird (ausser wenn ausdrücklich vorgesehen, wie „in Natura“) keine Leistung versprochen, sondern der Schaden aus der Nichterfüllung ersetzt.²⁰ Die Einreden sind somit auf die Garantieerklärung selbst, d.h. auf dessen Wortlaut, beschränkt.²¹

Eine Ausnahme ist jedoch im Bürgschaftsrecht geregelt: Steht jemand für eine verjährte, irrtümlich errichtete oder wegen Vertragsunfähigkeit des Verpflichteten ungültige Schuld ein, so muss diese Garantie zwingend in der strengen Form einer Bürgschaft abgegeben werden (Art. 492 Abs. 3 OR). Der Garant wird in diesem Falle zum Bürgen, obwohl es an der Akzessorietät fehlt.

In BGE 138 III 241 hält das Bundesgericht fest, dass bezüglich des Eintritts des Garantiefalles eine streng formalisierte Betrachtungsweise gilt, die alleine auf den Wortlaut der Garantie abstellt.²² Der Begünstigte ist nicht verpflichtet, den Eintritt des Garantiefalles über den Wortlaut der Garantieklausel hinausgehend näher zu substantiieren.²³ Die Unabhängigkeit der Garantie

²⁰ BK-WEBER, Art. 111 OR, N 148.

²¹ BGE 138 III 241 E. 3.5 S. 245.

²² BGE 138 III 241 E. 3.4 S. 245.

²³ BGE 138 III 241 E. 3.5 S. 243.

findet ihre Grenzen aber in offensichtlich rechtsmissbräuchlichen Fällen. In solchen Fällen ist der in Anspruch genommene Garant nicht nur berechtigt, sondern gegenüber dem Dritten auch verpflichtet, die Zahlung zu verweigern.²⁴

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat mit Hinweis auf das Bundesgericht²⁵ festgehalten, dass die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Garantie darin bestehen kann, dass der eingeforderte Betrag in einem Missverhältnis zum entstandenen Schaden stehe.²⁶

„Da der Zweck einer selbständigen Garantie in der Deckung eines bestimmten Risikos und nicht in einer blossen Zahlung besteht, ist die Beanspruchung missbräuchlich im Sinne von Art. 2 ZGB, wenn ein Anspruch gedeckt werden soll, dessen Absicherung mit der Garantie nicht bezweckt war. Der Garant ist zur Verweigerung ihrer Leistung verpflichtet, falls der Missbrauch offensichtlich ist.“²⁷

In einem neueren Entscheid bezeichnete der Einzelrichter des Handelsgerichts die Abrufung einer Garantie als Druckmittel gegen den Dritten zur Verhinderung von Bauhandwerkerpfandrechten als rechtsmissbräuchlich und bewilligte als vorsorgliche Massnahme ein Verbot an den Garanten, Leistungen aus der Garantie zu erbringen.²⁸

2. Die Bürgschaft

a) Gesetzliche Grundlage

Das heute gültige Bürgschaftsrecht ist 1942 in Kraft getreten. Es wird allgemein als schwerfällig und kompliziert beurteilt. Widersprüchliche Interessen wurden in die 20, zudem meist langen Artikel aufgenommen. Ziel war vor

²⁴ BGE 138 III 241 E. 3.2 S. 244.

²⁵ BGer 4P.44/2005.

²⁶ HG-Zürich 120001 vom 13. Januar 2014, E. 3.5.1.2.

²⁷ HG-Zürich 120001 vom 13. Januar 2014, E. 3.5.1.4.

²⁸ ZR 114 (2015) Nr. 17.

allem, unbedachte Bürgschaften zu verhindern, weshalb der Bürge auf die ihm eingeräumten Rechte nicht zum Voraus verzichten kann.²⁹

Art. 492 OR hält zum Begriff der Bürgschaft fest:

„Durch die Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen. Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus. Für den Fall, dass die Hauptschuld wirksam werde, kann die Bürgschaft auch für eine künftige oder bedingte Schuld eingegangen werden.“

b) *Solidarische Bürgschaft / Einfache Bürgschaft*

Die wesentlichste Unterscheidung von Bürgschaftsarten ist diejenige zwischen solidarischer und einfacher Bürgschaft (Art. 495 f. OR). Bei der solidarischen Bürgschaft kann der Bürge vor dem Hauptschuldner und ohne Verwertung von Grundpfändern belangt werden. Voraussetzung ist einzig, dass sich der Hauptschuldner im Zahlungsrückstand befindet und erfolglos gemahnt wurde (Art. 496 Abs. 1 OR). Bei anderen Pfandrechten (Faust- oder Forderungspfand) muss zudem klar sein, dass sie keine Deckung bieten oder dass über den Schuldner ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde (Art. 496 Abs. 2 OR). Bei der einfachen Bürgschaft muss der Bürge erst zahlen, wenn der Hauptschuldner in Konkurs bzw. Nachlass geraten ist oder ein definitiver Verlustschein vorliegt. Bestehen Pfandrechte, so müssen diese zuerst verwertet werden (Art. 495 OR). Die solidarische Bürgschaft ist somit für den Bürgen wesentlich gefährlicher und für den Gläubiger vorteilhafter als die einfache Bürgschaft.

c) *Strenge Formvorschriften und weitere Hürden*

Die Bürgschaft einer natürlichen Person verlangt zwingend die öffentliche Beurkundung, soweit sie den Betrag von CHF 2'000.00 übersteigt (Art. 493 Abs. 2 OR). Bei verheirateten Personen und eingetragener Partnerschaft ist

²⁹ BaK-PESTALOZZI, Vorbemerkungen zu Art. 492-512 OR, N 1; FOUNTOULAKIS CHRISTINA, Bürgschaftsrecht – von der Hoffnung des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt, AJP 2010, 425 f.

zudem die schriftliche Zustimmung des Partners notwendig (Art. 494 OR). Weiter muss der Höchstbetrag der Bürgschaft in der Urkunde selbst zwingend angegeben sein (Art. 493 Abs. 1 OR). Eine Haftung für bereits bei Abschluss der Bürgschaft bestehende Schulden besteht nur, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde (Art. 499 Abs. 3 OR). Bei natürlichen Personen reduziert sich die Bürgschaft jedes Jahr um ein Prozent des Betrages, ausser es sei etwas anderes vereinbart worden (Art. 500 OR). Haben mehrere gebürgt, dann haben sie Rückgriff untereinander (Art. 497 Abs. 2 OR). Der Bürge hat nicht dafür einzustehen, wenn die Leistungspflicht des im Ausland wohnenden Schuldners nicht wegen Zahlungsunfähigkeit, sondern wegen einer Gesetzesänderung im Ausland nicht erfolgt (Art. 501 Abs. 4 OR).

d) Subrogation

Der zahlende Bürge ist berechtigt, beim befreiten Hauptschuldner Rückgriff zu nehmen. Diese Berechtigung basiert primär auf dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis, z.B. Auftrag etc.³⁰ Über diesen vertraglichen Anspruch hinaus gibt es die im Gesetz fixierte Subrogation: Auf den Bürgen gehen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über. Er kann sie sofort nach Eintritt der Fälligkeit geltend machen (Art. 507 OR).

Insbesondere auch hier unterscheiden sich die Bürgschaft und der Garantievertrag stark. Obwohl auch beim Garantievertrag ein „Dreiecks- oder Dreiparteienverhältnis“ besteht, gibt es von Gesetzes wegen bei der Garantie keinen Forderungsübergang vom befriedigten Gläubiger an den Garanten.³¹

³⁰ KuKo-ERNST/ZELGER, Art. 507 OR, N 1.

³¹ BGer 4C.351/2006 E. 4.2; BK-WEBER, Art. 111 OR, N 160; BaK-PESTALOZZI, Art. 111 OR, N 14.

V. Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft

1. Abgrenzungen des Bundesgerichts

Die Qualifikation des Vertrages ist für die Durchsetzung oder die Abwehr von Forderungen aus Sicherungsverträgen von entscheidender Bedeutung. Wird der Vertrag als Bürgschaft qualifiziert, so kann die Sicherung an den strengen Formvorschriften scheitern. Wie oben beschrieben, ist die Absicherung durch eine natürliche Person bei der Bürgschaft nur gültig, wenn das Dokument öffentlich beurkundet wurde und gegebenenfalls noch der Partner des Sicherungsgebers die schriftliche Zustimmung erteilt hat. Auch für juristische Personen bestehen bei der Bürgschaft zwingende Formerfordernisse, wie die Schriftlichkeit und die explizite Angabe des Höchstbetrages der Haftung in der Urkunde selbst.

Das Bundesgericht hat in zahlreichen Entscheiden dazu Stellung genommen und wiederholt festgehalten, dass primär mittels Auslegung des Vertrages zu ermitteln ist, ob eine Bürgschaft oder ein Garantieverprechen vorliegt, soweit der Parteiwille nicht klar ist.³²

Als wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen Bürgschaft und Garantievertrag bezeichnet das Bundesgericht die „Akzessorietät“³³ und definiert diese wie folgt:

„Akzessorietät bedeutet, dass die Sicherheit das Schicksal der Hauptschuld teilt, indem die akzessorische Verpflichtung von der Hauptschuld abhängig ist und dieser als Nebenrecht folgt mit der Wirkung, dass der akzessorisch Verpflichtete dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenhalten darf.“³⁴

Ist die Akzessorietät gegeben, dann liegt eine Bürgschaft vor, wenn nicht, spricht dies für einen Garantievertrag.³⁵ Wenn die Auslegung des Vertrages nach den üblichen Methoden nicht zu einem eindeutigen Resultat führt, dann

³² BGE 111 II 279 E. 2b S. 287.

³³ BGE 113 II 434 E. 2b S. 437; BGE 125 III 305 (Pra 1999, Nr. 172).

³⁴ BGE 113 II 434 E. 2b S. 437.

³⁵ BaK-PESTALOZZI, Art. 111 OR, N 22; BK-WEBER, Art. 111 OR, N 53.

greifen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verschiedene Vermutungen.

Indizien und Vermutungen für eine Garantie:

- wenn die garantierte Summe nicht mit der Hauptschuld übereinstimmt;
- wenn ein detaillierter, selbständiger Leistungsbeschrieb enthalten ist, der keinen Rückgriff auf das Grundverhältnis erfordert;³⁶
- wenn auf alle Einreden aus dem Grundgeschäft verzichtet wird;³⁷
- wenn auf erstes Verlangen zu zahlen ist;³⁸
- wenn ein eigenes Interesse des Garanten an der Leistung besteht;³⁹
- wenn Garantieerklärungen von Banken und ähnlichen Instituten sowie Sicherungsversprechen über Auslandsverträge vorliegen.⁴⁰

Indizien und Vermutungen für eine Bürgschaft:

- im Zweifelsfalle ist eher auf Bürgschaft zu schliessen, um so den dort gewollten Schutz zu verwirklichen;⁴¹
- bei reinen Privatpersonen als Garanten (vermutungsweise Schutz des Bürgschaftsrechts (Friends and Family));⁴²
- Verzicht auf die Einrede des „beneficium excussionis“ (Vorausklage), weil diese nur bei der Bürgschaft Sinn macht;⁴³

³⁶ BGE 113 II 434 E. 3c S. 439.

³⁷ BGE 113 II 434 E. 3c S. 440; BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 526.

³⁸ BGer 4A.279/2009/BGE 131 III 511 E. 4.3 S.525

³⁹ BGE 125 III 305 ff. (Pra 1999, Nr. 172).

⁴⁰ BGE 124 III 382 ff.; BGE 117 III 76 ff.

⁴¹ BGE 113 II 434 E. 2c S. 438; BGE 111 II 276 E. 2b S. 279.

⁴² BGE 129 III 702 ff.; BGer 4C.274/2001.

⁴³ BGE 113 II 434 E. 3f S. 441.

- nicht geschäftsgewandte Personen;⁴⁴
- ein Ausschluss des Regressrechts, weil nur die Bürgschaft einen Regress kennt.⁴⁵

Die Bezeichnung des Vertrages ist als solche nicht entscheidend. So kann auch unter dem englischen Begriff „Guaranty“ beides verstanden werden.⁴⁶

2. Abgrenzung im Fallbeispiel (anonymisiert)

Wie unter Ziff. II oben ausgeführt, gab ein Dritter bei Abschluss eines Unternehmensverkaufs nachfolgende Erklärung ab und erhob dann bei der Durchsetzung der Forderungen gegen ihn, nachdem der Käufer die Raten nicht bezahlt hatte, die Einrede, es hätte sich um eine Bürgschaft gehandelt und seine Erklärung sei deshalb formungültig:

„Selbständige Garantie

Ich garantiere Ihnen mit Sinne von Art. 111 OR, dass Herr F.R. die Kaufpreisraten fristgerecht bezahlt und werde die entsprechenden Raten auf Ihre erste Aufforderung hin selbst zahlen, wenn Sie mir mitteilen, dass Herr F.R. eine Rate nicht bezahlt hat, vorbehaltlich allfälliger Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag.“

Zum Sachverhalt ist anzufügen, dass der Dritte ein wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Kaufvertrages hatte. Alle drei Parteien waren anwaltlich vertreten. Der letzte Satzteil „*vorbehaltlich allfälliger Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag*“ wurde kurz vor Unterzeichnung noch auf Antrag des Sicherungsgebers in die „Garantie“ aufgenommen.

Der Fall wurde von den Gerichten des Kantons Zug beurteilt. Daneben stellt sich die Frage, ob der Anwalt des Verkäufers, der die Formulierung und insbesondere den Nachtrag des letzten Satzteils zugelassen hatte, wegen Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht vom Verkäufer ins Recht genommen werden kann.

⁴⁴ BGE 129 III 702 ff.

⁴⁵ BGE 113 II 434 E. 3e S. 441.

⁴⁶ BGE 113 II 434 E. 3 S. 438 f.

Klar ist, dass sich diese Garantie auf einen konkreten Kaufvertrag bezog und sie von der Erfüllung der dort vereinbarten Zahlung direkt abhing. Zudem konnten der Garantie die kaufvertraglichen Gewährleistungen entgegengehalten werden. Die Garantie ist somit klar auf einen Vertrag bezogen und – mindestens auf den ersten Blick – akzessorisch.

Das Obergericht des Kantons Zug hat in diesem Fall entschieden, dass es sich bei dem vom Beklagten abgegebenen Sicherungsversprechen nicht um eine Bürgschaft, sondern um eine bürgschaftsähnliche Garantie handle und wies den Fall an die Vorinstanz zurück, um das Quantitative festzustellen, d.h. zu prüfen, ob es allenfalls Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag gebe, die einer vollständigen Zahlung entgegenstehen.⁴⁷ Die Vorinstanz, das Kantonsgericht, hatte noch eine echte Bürgschaft gesehen und die Klage deswegen abgewiesen. Der Entscheid des Obergerichts blieb unangefochten.

Das Obergericht begründete seine Entscheidung zusammengefasst wie folgt:

Ob es sich um eine Bürgschaft oder Garantie handle, sei durch Auslegung zu ermitteln. Die Vorinstanz habe keinen übereinstimmenden Parteiwillen feststellen können. Somit sei für die Auslegung das Vertrauensprinzip massgebend. Das Obergericht habe die Willensäusserungen der Parteien so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Ein klarer Wortlaut habe bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Vorrang vor anderen Auslegungsmitteln.

Das Obergericht beurteilte in der Folge den Wortlaut des Sicherungsversprechens als klar. Es trage den Titel „selbständige Garantie“ und enthalte die Worte „garantiere“ und „Art. 111 OR“. Zudem sei das Dokument von den Rechtsvertretern der Parteien ausgearbeitet worden und die beiden Parteien seien geschäftserfahren gewesen. Der Beklagte selbst sei aufgrund seiner Tätigkeit auch mit Sicherungsgeschäften vertraut gewesen. Daher habe sich der Beklagte den objektiven juristischen Sinn der verwendeten Formulierung entgegenhalten zu lassen. Das Obergericht kam zum Schluss, dass die Wortauslegung ein Garantieverprechen ergebe.

Es sei deshalb weiter zu prüfen, ob sich aus anderen Vertragspunkten eine andere Qualifikation ergebe. Der Umstand, dass die Bezahlung ausstehender

⁴⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. Dezember 2011, Nr. Z1 2011 13.

Raten garantiert werde, lasse noch nicht auf Akzessorietät schliessen, denn sowohl bei der Bürgschaft als auch beim bürgschaftsähnlichen Garantievertrag müsse in der Regel ein Drittschuldverhältnis vorhanden sein. Das Obergericht wies dann die Auffassung des Beklagten zurück, dass der letzte Satzteil des Sicherungsverprechens, wonach der Beklagte „vorbehältlich allfälliger Gewährleistungsansprüche aus dem erwähnten Kaufvertrag“ die Zahlung zu leisten habe, klar auf eine akzessorische Besicherung und somit auf eine Bürgschaft hinweise. Der Beklagte habe im ersten Satzteil erklärt, auf eine erste schriftliche Aufforderung hin zu zahlen, wenn ihm vom Kläger schriftlich mitgeteilt worden sei, dass der Käufer eine Rate nicht bezahlt hätte. Dass einzig eine schriftliche Erklärung die Zahlungspflicht auslöst, spreche für eine selbständige Garantie. Denn die erwähnte Vertragsbestimmung „vorbehältlich allfälliger Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag“ sei Ausdruck davon, dass mit einer Garantieleistung nur der Ausfall aus der Nichterfüllung des Grundgeschäftes bzw. aus dem Nichteintritt des garantierten Erfolges ausgeglichen werden solle.⁴⁸ Zudem sei es Sache der Parteien, ob sie beim Garantievertrag einzelne Einreden gegen die Zahlungspflicht zulassen wollen. Ebenfalls auf einen Garantievertrag schliessen lasse ein grosses Eigeninteresse an der Leistung des Dritten, wie es hier der Beklagte hatte.⁴⁹

Der Fall und die Entscheide darüber zeigen auf, wie nahe Bürgschaft und Garantieverprechen beieinanderliegen können. Die Akzessorietät ist beim Entscheid des Obergerichts nicht das wesentliche Unterscheidungsmerkmal, sondern entscheidend waren die Umstände des Vertragsschlusses und die Interessen der Parteien.

⁴⁸ Das Obergericht verweist hierzu auf BGer 4A_530/2008 E. 5.2.5.

⁴⁹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. Dezember 2011, Nr. Z1 2011 13.

VI. Die Paulianische Anfechtung

1. Vorbemerkungen

Ist die erste Hürde genommen und die Sicherungsvereinbarung gültig zustande gekommen, dann stellt sich in der Insolvenz eines Beteiligten die Frage, ob sie auch einer paulianischen Anfechtung standhält, und wenn nicht, was die Folgen sind. Da drei Parteien in ein solches Sicherungsgeschäft involviert sind, gibt es verschiedenste Konstellationen, wobei nachfolgend nur auf die Wesentlichsten eingegangen wird. Vor allem die Fragen des paulianisch relevanten Zeitpunkts sind jedoch in allen Konstellationen ähnlich.

2. Beim Garantievertrag

a) Insolvenz des Dritten (Schuldner der Leistung)

Der vermutlich typischste Fall tritt ein, wenn der Dritte (Schuldner einer Leistung) in die Insolvenz gerät. Für diesen Fall hat der Garant dem Gläubiger des Dritten die Sicherheit auch eingeräumt. In der Insolvenz des Dritten bleibt die Verpflichtung des Garanten zur Zahlung an den Gläubiger entsprechend der Garantie, was letztlich auch der Sinn der Garantie war.

Eine paulianische Konstellation, d.h. eine Anfechtung von Handlungen des insolventen Schuldners (des Dritten) ist dann denkbar, wenn der Schuldner vorgängig Sicherheiten an den Garanten gegeben hat, was bei Bankgarantien meist der Fall ist. Entweder werden bestehende Bankguthaben des Schuldners als Sicherheiten genommen und gesperrt oder der Schuldner muss solche einliefern.

Erfolgte diese Sicherstellung durch den insolventen Schuldner an den Garanten innert der einjährigen Anfechtungsfrist, so kann sie – soweit die übrigen Voraussetzungen, wie Überschuldung zum Zeitpunkt der Vornahme, nach Art. 287 SchKG (Überschuldungsanfechtung) gegeben sind – angefochten werden. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Pflicht des Schuldners zur Sicherstellung schon früher, d.h. vor der einjährigen Frist bestand. Eine Überschuldungsanfechtung ist in diesem Fall ausgeschlossen (Art. 287

Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).⁵⁰ Dem Begünstigten steht zudem der Beweis offen, dass er die Überschuldung nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen (Art. 287 Abs. 2 SchKG).

Möglich bleibt die Absichtsanfechtung der Sicherstellung nach Art. 288 SchKG, soweit die Verpflichtung zur Sicherstellung in die fünfjährige Frist fällt. Der Anfechtende hat jedoch bei nicht nahestehenden Personen zusätzlich zu beweisen, dass der Begünstigte die Absicht des Schuldners, Gläubiger auf Kosten anderer zu bevorzugen, hätte erkennen können.⁵¹ Sind diese Voraussetzungen der Absichtsanfechtung erfüllt, dann müsste die Sicherstellung selbst, auch wenn die Verpflichtung bereits bestand und die Einjahresfrist nach Art. 287 SchKG abgelaufen ist, anfechtbar sein. Konkret bedeutet dies, dass die Stellung der Sicherheit durch den Dritten, unabhängig, ob die Verpflichtung schon früher bestand, erfolgreich angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen der Absichtspauliana erfüllt sind.

Hat der Schuldner noch paulianisch anfechtbar Sicherstellung an den Garanten geleistet und der Garant hat aber bereits an den sichergestellten Gläubiger zahlen müssen, so stellt sich auch die Frage der Passivlegitimation. Hat der Anfechtende gegen den sichergestellten Garanten oder den begünstigten Gläubiger zu klagen?

Passivlegitimiert ist, wer das anfechtbare Rechtsgeschäft abgeschlossen hat oder wer vom Schuldner in anfechtbarer Weise begünstigt wurde (Art. 290 SchKG). Konkret könnte das bedeuten, dass nicht gegen die Bank, sondern gegen den befriedigten Gläubiger zu klagen ist. Dieses Resultat überzeugt in dieser Konstellation jedoch nicht. Hat der Garant die Sicherstellung durch den Schuldner in anfechtbarer Weise erhalten, dann ist letztlich er begünstigt worden, soweit er auch ohne diese Sicherstellung an den Gläubiger hätte zahlen müssen.

⁵⁰ BGE 62 III 62 E. 2 S. 64 f.

⁵¹ BGE 130 III 235 E. 2 S. 238; BGE 101 III 92 E. 4b S. 95; LORANDI FRANCO, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 11/2005, 1308.

Nicht belangt werden kann jemand, der Geld für einen Dritten lediglich inkassiert hat und nicht definitiv begünstigt wird, wie dies bei einer Zahlstelle der Fall ist.⁵²

Wurde dagegen ein Rückgriff des Garanten auf den später insolventen Dritten/Schuldner, in oder neben der Garantie, und keine Vorauszahlung oder vorgängige Sicherstellung vereinbart, dann wird dieser Anspruch des Garanten zu einer normalen Konkursforderung. Anzumerken ist, dass es beim Garantieverprechen keine Subrogation gibt und ein Regress auf den Dritten speziell vereinbart werden müsste.⁵³

Analog zur Bürgschaft kann sich auch das Problem stellen, dass der insolvente Dritte paulianisch anfechtbar an den Gläubiger erfüllt hat und der Garant dadurch von seinen Pflichten zur Leistung des Schadens befreit wurde. Klagt die Insolvenzmasse oder ein Abtretungsgläubiger später erfolgreich gegen den befriedigten Gläubiger, so stellt sich die Frage, ob letzterer wieder auf den Garanten greifen kann.

Unter Berücksichtigung der entsprechenden Rechtsprechung zur Bürgschaft⁵⁴ ist m.E. davon auszugehen, dass dieses Recht nicht wieder auflebt. Die Garantie ist nicht akzessorisch zum Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem insolventen Schuldner und lebt damit nicht als Nebenrecht wieder auf. Meist dürfte die Garantie zum Zeitpunkt der erfolgreichen Anfechtung oder auch nur schon der Geltendmachung der Ansprüche zeitlich abgelaufen sein, womit sich die Frage des „Rückgriffs“ nicht mehr stellen kann.

b) Insolvenz des Garanten

Wird der Garant insolvent und hat er zuvor dem Gläubiger noch geleistet, so fragt sich, welcher Zeitpunkt für die Anfechtung dieser Leistung (Zahlung) relevant ist: Die Ausstellung der Garantie an den Gläubiger oder die spätere Zahlung im Garantiefall an ihn. In Analogie zum vorstehend Ausgeführten,

⁵² BGE 30 II 154 ff.

⁵³ BGer 4C.351/2006 E. 4.2.; BaK-PESTALOZZI, Art. 111 OR, N 14.

⁵⁴ BGE 64 III 147 ff.; BGE 89 III 14 ff.

ist davon auszugehen, dass die Leistung (Zahlung) dann erfolgreich anfechtbar ist, wenn sie selbst – oder die überjährige Verpflichtung dazu, d.h. die Ausstellung der Garantie – die erhöhten Voraussetzungen einer Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) erfüllen. Die Überschuldungspauliana kommt nur dann in Frage, wenn die Ausstellung der Garantie in die einjährige Frist fällt, die Überschuldung damals schon bestand und der Begünstigte nicht nachweisen kann, dass er dies hätte wissen müssen.

3. Bei der Bürgschaft

a) *Insolvenz des Hauptschuldners*

Fällt der Hauptschuldner in Konkurs, so ist der typische Bürgschaftsfall, bei der einfachen wie auch bei der Solidarbürgschaft, eingetreten. Hat der Hauptschuldner noch in den paulianischen Fristen an seinen durch eine Bürgschaft abgesicherten Gläubiger geleistet, so ist diese Zahlung anfechtbar, wenn die Voraussetzungen einer Pauliana erfüllt sind. Kann der zur Rückleistung verpflichtete Gläubiger nun wieder auf seinen Bürgen greifen?

Das Bundesgericht hat in einem ersten Entscheid dies zwar bejaht, aber noch davon abhängig gemacht, dass der Bürge von der anfechtbaren Zahlung gewusst und diese unterstützt hat.⁵⁵ Kurz danach stellte es aber klar, dass die Bürgschaft als Nebenrecht im Sinne von Art. 291 Abs. 2 SchKG wieder auflebt und der Gläubiger somit wieder auf den Bürgen greifen kann.⁵⁶ Im älteren Entscheid musste sich der Gläubiger jedoch seine wegen der erhaltenen Zahlung unterlassene Anmeldung seines Retentionsrechts an die Bürgschaftsforderung anrechnen lassen. Die Bürgschaft ging somit durch die Zahlung des Schuldners an seinen Gläubiger nicht unter.

⁵⁵ BGE 61 III 49 E. 1 S. 52.

⁵⁶ BGE 64 III 147 ff.; BGE 89 III 14 ff.

b) *Insolvenz des Bürgen*

Wird der Bürge insolvent und hat er zuvor noch an den bürgschaftsgesicherten Gläubiger erfüllt, so kann diese Zahlung durch die Liquidationsmasse oder einen Abtretungsgläubiger zurückgefordert werden, wenn

- die Abgabe der Bürgschaft der Überschuldungs-, Schenkungs- oder Absichtspauliana untersteht;
- die Erfüllung der Bürgschaftsforderung, d.h. die Zahlung der Absichtspauliana untersteht und sie somit in der dem Gläubiger erkennbaren Absicht erfolgte, ihn auf Kosten anderer zu bevorzugen, was bei Nahestehenden vermutet wird (Art. 288 Abs. 2 SchKG).

Es kann hier auch auf die oben stehenden Ausführungen zur Insolvenz des Garanten (Ziff. 2.b) verwiesen werden. Hat der insolvente Bürge bzw. Garant noch nicht bezahlt, dann besteht eine normale Konkursforderung des Gläubigers gegen den Bürgen. Allenfalls kann die Kollokation der Forderung auch einredeweise angefochten werden, wenn die paulianischen Voraussetzungen bei Abgabe der Bürgschaft erfüllt waren.

VII. Behandlung der Forderungen aus Bürgschaft und Garantie in der Insolvenz (Kollokationen)

1. Vorbemerkungen

Forderungen aus Bürgschaften werden im Konkurs und auch im Nachlassverfahren besonders und letztlich bevorzugt behandelt (jedoch nicht privilegiert im Sinne der Rangordnung). Die nachfolgenden Ausführungen geben lediglich einen Überblick über das umfangreiche Thema, das jedoch für jeden gesicherten Gläubiger von Relevanz ist.

2. Im Konkurs

Forderungen aus Bürgschaften des Schuldners können in seinem Konkurs geltend gemacht werden, auch wenn sie noch nicht fällig sind (Art. 215 Abs. 1 SchKG). Zweck der Bestimmung zu Gunsten des bürgschaftsgesi-

cherten Gläubigers ist zu verhindern, dass er bei einer späteren Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners nicht mehr auf den Bürgen greifen kann, da das Konkursverfahren bereits abgeschlossen ist.⁵⁷ Soweit eine Dividende an den bürgschaftsgesicherten Gläubiger bezahlt wird, tritt die Konkursmasse durch Subrogation (Art. 507 Abs. 2 OR) in die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ein (Art. 215 Abs. 2 SchKG).

Fällt neben dem Bürgen auch der Hauptschuldner in Konkurs, so kann der Gläubiger nach Art. 216 Abs. 2 SchKG beim Schuldner und beim Bürgen den vollen Betrag zur Kollokation eingeben. Der Gläubiger hat so in beiden Konkursverfahren den Anspruch auf die volle Konkursdividende. Übersteigt aber die Gesamtdividende seine gesicherte Forderung, so fällt der Überschuss nach Massgabe der unter den Mitverpflichteten bestehenden Rückgriffsrechte an die Masse zurück (Art. 216 Abs. 2 SchKG). In Art. 216 Abs. 1 SchKG wird dies zwar auf den gleichzeitigen Konkurs von Bürgen und Hauptschuldner beschränkt. Gemäss einhelliger Literatur bezieht sich diese jedoch nicht auf die gleichzeitige Konkursöffnung, sondern auf die gesamte Verfahrenslänge bis zur Verteilung.⁵⁸

Art. 217 SchKG gibt dem Gläubiger von Mitverpflichteten (gilt für Bürgschaften und Garantieverprechen) zudem das Recht, bei nur teilweiser Befriedigung durch einen Mitverpflichteten seine Forderung im Konkurs des Schuldners vollumfänglich einzugeben. Dieses Recht steht auch dem Mitverpflichteten selbst zu (Art. 217 Abs. 2 SchKG). Die Folge ist, dass nur eine Forderung doppelt eingegeben werden kann. Beahlt der Bürge den Gläubiger, so tritt er in die Rechte des Gläubigers ein und muss seine Forderung nicht nochmals im Konkurs des Hauptschuldners anmelden. Bei der Garantie trifft dies nicht zu, da der Garant kein gesetzliches Regressrecht auf den Dritten hat.

3. Im Nachlassverfahren

Obwohl nicht explizit geregelt und auch in der Literatur nur teilweise erwähnt – insbesondere nicht bei Art. 215 Abs. 1 SchKG, d.h. dem Recht zur

⁵⁷ BaK-STÄUBLI, Art. 215 SchKG, N 3.

⁵⁸ BaK-STÄUBLI, Art. 216 SchKG, N 10 f.

Geltendmachung ohne Fälligkeit im Konkurs des Bürgen – wird die Konkursöffnung der Eröffnung des Nachlassverfahrens (Bewilligung der Stundung) gleichgestellt sein.⁵⁹ Die Artikel 215-217 SchKG kommen somit auch dort zur Anwendung mit der Besonderheit von Art. 303 SchKG. Der Gläubiger im Nachlassverfahren wahrt seine Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen nur, wenn er dem Nachlassvertrag nicht zustimmt oder wenn er den Mitschuldnern zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitteilt und ihnen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung anbietet. Er kann auch die Mitschuldner, Bürgen etc. ermächtigen, an seiner Stelle über den Beitritt zum Nachlassvertrag zu entscheiden (Art. 303 Abs. 2 SchKG).

VIII. Fazit

Auch bei Anwendung aller anwaltlichen Sorgfalt bei der Gestaltung und Formulierung eines Garantieversprechens besteht das Risiko einer erfolgreichen Abwehr durch den Sicherungsgeber. Auch Vertragsvorlagen helfen wenig, wenn der konkrete Sachverhalt Hinweise auf eine Umgehung des mit dem formstrengen Bürgschaftsrecht gewollten Sozialschutzes gibt.

Erfolgt bei der Geltendmachung der Garantie die Einrede, es handle sich um eine formungültige Bürgschaft, kann darüber jahrelang gestritten werden. Um dies zu vermeiden, ist bei kleinsten Unsicherheiten auf andere Sicherungsmittel, wie Pfandrechte oder eben auf die Bürgschaft zurückzugreifen.

Sicherungen werden vor allem dann verlangt, wenn die Zahlungsfähigkeit der Schuldner unsicher ist. Auch bei Bürgschaften und Garantieverprechen besteht deshalb die latente Gefahr, dass Erhaltenes im Falle als Folge einer paulianischen Anfechtung zurückbezahlt werden muss. Bei Garantien kann dies für den vom Schuldner noch befriedigten Gläubiger zum Verlust seines Garantieanspruchs führen.

⁵⁹ BaK-STÄUBLI, Art. 216 SchKG, N 12.