

ISABELLE ROMY

*Professorin an der Universität Freiburg
und an der ETHL, Rechtsanwältin
ehemalige Ersatzrichterin am Bundesgericht
Bellerivestrasse 201
CH-8034 Zürich*

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY

*Professor an der Universität Freiburg
Präsident des Instituts für Schweizerisches
und Internationales Baurecht
Av. Beauregard 13
CH – 1700 Freiburg*

Sicherstellung der Deckung der Ausfallkosten
Erklärungen und Anmerkungen zu Art. 32d^{bis} Abs. 1 und 2 USG

Oktober 2014

Diese Studie wurde im Auftrag des BAFU verfasst.

Für den Inhalt ist allein der Auftragnehmer verantwortlich.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	3
II.	Kontext	4
III.	Bedingungen für die Anwendung des Art. 32d^{bis} Abs. 1 und 2 USG	6
1.	Begünstigter der Sicherstellung	6
2.	Sicherstellende	6
3.	Betroffene belastete Standorte	6
4.	Ausfallrisiko als Voraussetzung für die Sicherstellung: Es genügen Indizien	8
5.	Sonderfall Überschuldung des Verursachers	8
6.	Höhe und Anpassung der Sicherstellung.....	11
6.1	Festsetzung der voraussichtlichen Kosten	11
6.2	Anpassung der Höhe der Sicherheit	14
7.	Form der Sicherstellung	14
8.	Dauer und Beendigung der Sicherstellung.....	14
9.	Verfahren.....	15
IV.	Verweigerung der Bereitstellung einer Sicherstellung	16
V.	Formen der Sicherstellung	19
1.	Allgemeines	19
2.	Persönliche Sicherheiten	21
2.1	Die Bürgschaft.....	21
2.2	Der Garantievertrag	23
2.2.1	Allgemein	23
2.2.2	Bankgarantie	24
3.	Realsicherheiten	26
3.1	Grundpfandrechte: Allgemeines.....	26
3.2	Hypothek (Grundpfandverschreibung).....	28
3.3	Der Schuldbrief	29
4.	Andere Arten von «Sicherstellungen»	30
4.1	Rückstellungen in der Bilanz	30
4.2	Gesamtschuldnerische Haftung.....	30
4.3	Versicherung	31
VI.	Empfehlungen	31
1.	Einholung von Informationen.....	32
2.	Massnahmen zur Prävention.....	34
3.	Massnahmen zur Intervention	37
VII.	Schlussfolgerungen	37

I. Einleitung

- 1 Am 22. März 2013 hat der Bundesgesetzgeber einen neuen Art. 32d^{bis} USG verabschiedet, dessen Ziel darin besteht, den Kantonen und den zuständigen eidgenössischen Behörden Rechtsmittel an die Hand zu geben, um im Rahmen der Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte das Entstehen von Ausfallkosten zu vermeiden.
- 2 Der Art. 32d^{bis} Abs. 1 und 2 USG ist per 1. November 2013 in Kraft getreten. Er versetzt die Behörde in die Lage, von den Verursachern eine finanzielle Sicherstellung zu verlangen. Demgegenüber sind die Abs. 3 und 4 des Art. 32d^{bis} USG seit dem 1. Juli 2014 in Kraft. Der Abs. 3 unterstellt die Veräusserung oder die Teilung eines Grundstücks, auf dem sich ein im Kataster der belasteten Standorte eingetragener Standort befindet, unter den Vorbehalt der Bewilligung durch die Behörde. Bezüglich Abs. 4 sieht die Bestimmung vor, dass die kantonale Behörde im Grundbuch auf dem betroffenen Grundstück die Eintragung im Kataster anmerken lassen kann.
- 3 Die Umsetzung dieser neuen Bestimmung wirft eine Reihe von Fragen auf. Deshalb hat das BAFU die Unterzeichner des vorliegenden Gutachtens mit der Abfassung von Erklärungen für die Kantone beauftragt, welche die Bedingungen für die Anwendung speziell der Abs. 1 und 2 des Art. 32d^{bis} USG darlegt und klärt.
- 4 Die hier analysierte Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

Art. 32d^{bis} Sicherstellung der Kostendeckung

1 Die Behörde kann vom Verursacher verlangen, die Deckung seines voraussichtlichen Anteils an den Kosten für Untersuchung, Überwachung und Sanierung in geeigneter Form sicherzustellen, wenn von einem belasteten Standort schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind.

2 Die Höhe der Sicherstellung wird insbesondere unter Berücksichtigung der Ausdehnung sowie der Art und Intensität der Belastung festgelegt. Sie wird angepasst, wenn dies auf Grund eines verbesserten Kenntnisstands gerechtfertigt ist.

- 5 Ziel dieses neuen Gesetzes ist es, zu vermeiden, dass die Ausfallkosten dem Gemeinwesen aufgebürdet werden, weil die Verursacher versuchen, unter Einsatz von Bestimmungen des Privatrechts und mit Hilfe geschäftlicher Operationen ihrer finanziellen Haftung zu entgehen.¹ Weiterhin hat sich das Gesetz zum Ziel gesetzt, dem

¹ 09.477 – Parlamentarische Initiative: Verantwortung der Unternehmen für die Kosten der Sanierung von kontaminierten Flächen; eingebracht von Jean-René Fournier am 9.09.2009.

Verursacherprinzip Geltung zu verschaffen und die Gleichbehandlung aller Verursacher zu gewährleisten, um sicherzustellen, dass sich kein Verantwortlicher seinen Verpflichtungen entziehen kann².

II. Kontext

6 Im Fall der Insolvenz oder des Ausfalls eines Verursachers (durch sein Verhalten verursacht oder als Inhaber des Standortes beteiligt) trägt das zuständige Gemeinwesen dessen Anteil an der Verantwortung (Art. 32d Abs. 3 USG). Allerdings verfügen die Unternehmen, welche die Belastung verursacht haben bzw. die an der Entstehung der belasteten oder kontaminierten Standorte beteiligt sind über verschiedene rechtliche Möglichkeiten, um zu versuchen, ihre finanziellen Verpflichtungen gemäss Art. 32d USG zu reduzieren oder diesen ganz zu entgehen.

7 In unserem Rechtsgutachten von 2008, auf das verwiesen wird, haben wir verschiedene Rechtsgeschäfte vorgestellt, die es einem Unternehmen ermöglichen, sich seiner ökologischen Verantwortung zu entziehen. An dieser Stelle seien lediglich einige Beispiele aus dieser Stellungnahme angeführt, um die Ausfallrisiken zu schildern, denen der Art. 32d^{bis} USG entgegenwirken soll:

8 Das Handelsrecht erleichtert die Unterscheidung zwischen Verursachern durch Verhalten und Verursachern in ihrer Eigenschaft als Inhaber des Standortes (zwischen Verursacher und Eigentümer). So ist es relativ einfach, bestimmte kritische Vermögenswerte (belastete Liegenschaften) aus der Bilanz eines Unternehmens herauszulösen und in einen anderen Unternehmensteil auszulagern. Auf diese Weise behält das Unternehmen bei Bedarf die faktische Kontrolle über den betreffenden Vermögenswert und kann andererseits zugleich sein juristisches Haftungsrisiko reduzieren. Das verschmutzende Unternehmen kann seine interessanten Vermögenswerte an Dritte verkaufen (insbesondere seine Produktionsanlagen, Vertriebsseinrichtungen und seine Exklusivrechte), bis nur noch die belasteten Liegenschaften als Betriebsvermögen übrig sind.

9 Selbst für den Fall, dass der Verursacher durch Verhalten eindeutig feststeht, erlaubt ihm der Umstand, dass es sich um ein Unternehmen handelt, sich seiner finanziellen Haftung zu entziehen oder diese zu verringern:

- Per Definition ist die Haftung einer Aktiengesellschaft auf ihr Gesellschaftskapital beschränkt. Den Gläubigern ist es nicht möglich, das Vermögen der Aktionäre zu Haftungszwecken heranzuziehen, es sei denn, man bedient sich eher unsicherer Rechtskonstruktionen. Gleiches gilt in Bezug auf das Vermögen der Verwaltungsratsmitglieder (oder ihrer Versicherer).

² 09.477 – Parlamentarische Initiative Fournier.

- Unter einem rein wirtschaftlichen Blickwinkel betrachtet hat eine Aktiengesellschaft – bzw. haben ihre Aktionäre – die Möglichkeit, (unter Vorwegnahme allfälliger zukünftiger Haftungsansprüche an sie) ihr Haftungsrisiko mittels einer massiven Verringerung ihres Kapitals zu reduzieren, oder indem sie freiwillig ihre eigene Liquidation beantragt, bevor ein Entscheid über die Aufteilung von Sanierungskosten ergeht.
- Für ein Unternehmen ist es relativ einfach, seinen juristischen Hauptsitz in einen Rechtsraum ausserhalb der Schweiz zu verlagern. Hieraus ergeben sich für die ortsansässigen Verwaltungsbehörden, die bestrebt sind, Verfügungen rein finanzieller Art gegenüber dem Verursacher durchzusetzen, nahezu unüberwindliche Verfahrensschwierigkeiten.
- Ab dem Moment, ab dem sich ein belasteter Standort im Besitz einer juristischen Person befindet, (meistens handelt es sich dabei um eine Aktiengesellschaft im Sinne der Artikel 620 ff. OR), ist die wirtschaftliche Übertragung der Gesellschaft (und somit des in ihrem Besitz befindlichen Grundstücks) auf dem Wege eines einfachen Aktienverkaufs möglich, einer Methode also, die prinzipiell weder eine Eintragung in ein Register erfordert, das die Behörden konsultieren könnten, noch eine Bewilligung, welche diese als Vorbedingung erteilen könnten³. Änderungen in der Zusammensetzung der Aktionärsschaft können ein gewisses Risiko darstellen, wenn der neue Aktionär die Übertragung der guten Aktiva (z.B. die nicht belasteten Liegenschaften) an einen Dritten fordert und wenn Vorkehrungen getroffen werden, die den Zweck verfolgen, die Gesellschaft ihres Substanzwertes zu entledigen, so dass diese ihren finanziellen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Aber selbst wenn solche Massnahmen nicht ergriffen werden, erschwert ein blosser Wechsel der Identität des Eigentümers zwangsläufig die Arbeit der Behörden. Dies trifft in besonderem Masse zu, wenn solche Transfers ins Ausland erfolgen.

10 In allen diesen Fällen läuft das Gemeinwesen Gefahr, für Ausfallkosten einspringen zu müssen. Der neue Art. 32d^{bis} USG ermöglicht es dem Gemeinwesen zur Vermeidung dieses Risikos unter den nachfolgend dargelegten Bedingungen für ein laufendes Sanierungsverfahren Sicherstellungen zur Deckung von Ausfallkosten zu erhalten.

³ Das Verwaltungsrecht kennt Situationen, bei denen die Übertragung von Anteilen unter einem Bewilligungsvorbehalt steht. Beispiele: der Erwerb von Liegenschaften durch im Ausland ansässige Personen mittels Übertragung von vom Unternehmen selbst gehaltenen Aktien der Gesellschaft; der Erwerb einer qualifizierten Beteiligung (im Prinzip 10%) an einer als Bank, Versicherung oder Effektenhändler beaufsichtigten Gesellschaft.

III. Bedingungen für die Anwendung des Art. 32d^{bis} Abs. 1 und 2 USG

1. Begünstigter der Sicherstellung

11 Die im Rahmen dieser Bestimmung vorgesehene Sicherstellung kann nur von den Vollzugsbehörden gefordert werden, die den Entscheid über die Kostenbeteiligung erlassen, und nicht vom Gemeinwesen, das letztendlich die Ausfallkosten übernimmt (in einigen Fällen sind dies die Gemeinden).

2. Sicherstellende

12 Bei dem Sicherstellenden handelt es sich um eine Person, welche die erforderlichen Massnahmen verursacht hat: Dementsprechend kann es sich hier um einen Verursacher durch Verhalten oder um einen Verursacher in seiner Eigenschaft als Inhaber des Standortes im Sinn der in Anwendung von Artikel 32d USG ergangenen Rechtsprechung handeln⁴.

3. Betroffene belastete Standorte

13 Entsprechend dem Wortlaut des Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG dient die Sicherstellung zur Deckung der Kosten für Untersuchung, Überwachung und Sanierung eines belasteten Standorts, von dem schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind. Diese Formulierung ist unpräzise: Sind damit kontaminierte Standorte gemeint oder sämtliche belasteten Standorte? Der in den Parlamentsdebatten eingebrachte Vorschlag, den Gesetzestext zu präzisieren und vorzusehen, dass die Sicherstellung nur dann verlangt werden kann, wenn eine Kontamination festgestellt worden ist, wurde abgelehnt, um den Kantonen ein Höchstmass an Flexibilität zu belassen⁵. In der Praxis bedeutet dies, dass die Sicherstellung für diejenigen im Kataster eingetragenen Standorte gefordert werden kann, für die eine Untersuchung erforderlich ist, um festzustellen, ob eine Überwachung oder Sanierung zu erfolgen hat. Es handelt sich also um Standorte der Kategorie wie in Art. 5 Abs. 4 Buchst. b der Altlasten-Verordnung ausgeführt.

14 Demgegenüber fallen die Standorte, die im Kataster als Standorte klassifiziert sind, von denen keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind (Art. 5 Abs. 4 Buchst. a Altlasten-Verordnung), nicht in den Anwendungsbereich des Art. 32d^{bis} USG⁶.

⁴ Siehe z.B. BG, 1A.277/2005 vom 3. Juli 2006 und Bezug.

⁵ BO 2013 N 9.

⁶ Gleicher Meinung ist auch: Wagner Pfeifer, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a., Zürich/St. Gallen 2013, N. 744: keine Sicherstellung für die Entsorgung von belastetem Abraummaterial.

- 15 Theoretisch kann die Sicherstellung daher ab dem Zeitpunkt verlangt werden, ab dem die Vollzugsbehörde eine Voruntersuchung veranlasst. In der Praxis allerdings wird die Behörde selten eine Sicherstellung fordern können, bevor ein (sei es auch nur partielles) Ergebnis der Voruntersuchung (historisch und technisch) vorliegt, und zwar aus folgenden Gründen:
- 16 Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG dient der Sicherstellung des vorgesehenen Haftungsanteils, der einer Person zukommt, welche die erforderlichen Massnahmen verursacht hat. Gemäss Art. 32d USG ist dieser Haftungsanteil abhängig von der Ursache der Belastung. Sofern es sich um mehrere Verursacher handelt, muss die Behörde den kausalen Anteil eines jeden Verursachers bestimmen und jedem einzelnen Verursacher in gerechter Weise entsprechend den durch die Rechtsprechung in Anlehnung an Art. 32d USG aufgestellten Grundsätzen zuordnen. Um allerdings diese jeweiligen Anteile bestimmen zu können, liegt es zunächst nahe, die potenziellen Verursacher zu identifizieren.
- 17 Diese Aufgabe kann sich als schwierig erweisen, insbesondere dann, wenn sich die Eigentumsverhältnisse des entsprechenden belasteten Standorts mehrmals geändert haben. Aber auch ohne solche Eigentümerwechsel können die Eigentümer-Unternehmen zwischenzeitlich ihre Firmenbezeichnung und/oder ihre Rechtsform (mehrfach) geändert haben (insbesondere ihren hauptsächlichen Geschäftsgegenstand, so dass es sich beispielsweise nicht mehr um einen Industriebetrieb handelt und sich der Unternehmenszweck nur mehr auf den Besitz von Immobilien beschränkt).
- 18 Die Identifikation der verantwortlichen Verursacher sowie der Ursachen der Belastung erfolgt in der Regel im Rahmen der Voruntersuchung (historisch und technisch). Es liegt also nahe, das Ergebnis der Voruntersuchung abzuwarten, um die entsprechenden Haftungsanteile definieren zu können, die letztendlich in den Anwendungsbereich des Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG fallen.
- 19 Darüber hinaus ist die Behörde erst nach Abschluss der Voruntersuchung in der Lage, zu entscheiden, ob der Standort saniert werden muss oder ob er zu überwachen ist. Weiterhin kann die Behörde auch erst dann die Kosten der Untersuchung, der Überwachung oder der Sanierung im Einzelnen abschätzen.
- 20 Daher muss in den Fällen, bei denen die Ursache der Belastung und die dafür Verantwortlichen nicht unmittelbar identifiziert werden können, erst das Ergebnis der Voruntersuchung abgewartet werden, bevor die Sicherstellung in die Wege geleitet werden kann.
- 21 Ferner ist anzumerken, dass es in der Praxis selten notwendig ist, eine Sicherstellung für die Kosten im Zusammenhang mit der Voruntersuchung zu erhalten. Vielmehr sind diese Kosten normalerweise relativ gering, und die Verursacher sind weniger

abgeneigt, diese vorzustrecken oder sich an deren Aufbringung zu beteiligen. Oftmals sind die Verursacher hierzu in Verbindung mit einer Erklärung sogar bereit, wonach sie dadurch keinerlei eigene Verantwortung für die entsprechende Belastung anerkennen.

4. Ausfallrisiko als Voraussetzung für die Sicherstellung: Es genügen Indizien

22 Obwohl der Gesetzestext die Auferlegung der Sicherstellung nicht ausdrücklich vom Vorliegen eines Ausfallrisikos abhängig macht, ergibt sich diese Bedingung unserer Ansicht nach aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dem Verfassungsrang zukommt. Es obliegt der Vollzugsbehörde, welche die Bereitstellung einer Sicherstellung verlangt, den Nachweis für ein solches Ausfallrisiko beizubringen.

23 Allerdings können keine allzu strikten Anforderungen an die Etablierung dieses Nachweises gestellt werden, ansonsten bliebe diese Bestimmung wirkungslos. Es genügt, wenn die Behörde Indizien vorlegt, aus denen sich die Vermutung schliessen lässt, dass sich der Verursacher möglicherweise seinen Verpflichtungen entziehen will. Je nach den Gegebenheiten können solche Anhaltspunkte etwa aus dem Umstand abgeleitet werden, dass der Verursacher Vorbereitungen zur Verringerung seiner finanziellen Mittel trifft (beispielsweise indem er seine Vermögenswerte verkauft und Dividenden an seine Aktionäre ausschüttet, oder indem er sein Gesellschaftskapital massiv verringert oder die belasteten Liegenschaften an ein überschuldetes Unternehmen überträgt). Andere Hinweise für ein Ausfallrisiko können in der Tatsache bestehen, dass der Verursacher sich gegen die Durchführung geforderter Massnahmen zur Untersuchung oder Sanierung sträubt, dass er von der Behörde verlangte Angaben zu seiner finanziellen Lage oder zu seinen grösseren wirtschaftlichen Transaktionsvorhaben verweigert oder auch, dass Hinweise über eine möglicherweise bevorstehende Verlagerung des Unternehmenssitzes ins Ausland vorliegen.

5. Sonderfall Überschuldung des Verursachers

24 Die Vollzugsbehörde muss sich der Tatsache bewusst sein, dass ihr bei Vorliegen eines Ausfallrisikos des verursachenden Unternehmens aufgrund von Überschuldung eine Sicherstellung keinen absoluten Schutz garantiert, wenn das Unternehmen tatsächlich in Konkurs geht oder wenn der Schuldner Gegenstand einer Pfändung wird. In diesem Fall kann die der Vollzugsbehörde gegenüber gegebene Sicherstellung bei Vorliegen der Voraussetzungen wie in den Artikeln 286 ff. des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung und den Konkurs (SchKG) angefochten werden. Diese Bestimmungen seien nachfolgend kurz beschrieben.

25 Mit der Anfechtung sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286–288 SchKG entzogen worden sind. Dabei geht es darum zu verhindern, dass ein Dritter bzw. ein bestimmter Gläubiger (im vorliegenden Fall die Vollzugsbehörde) gegenüber den anderen

Gläubigern in ungerechter Weise bevorzugt wird. Bei der Anfechtung handelt es sich um ein besonderes Instrument zur Rechtsdurchsetzung, das es erlaubt, das Vermögen des Schuldners in einen Zustand zu rekonstituieren, der dessen Vermögen vor der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung entspricht, so dass sämtliche Gläubiger in gleichberechtigter Weise befriedigt werden können.

- 26 Die Wiederherstellung des Gläubigerzugriffs unterliegt dem Vorbehalt von vier allgemeinen Bedingungen, wie sie Art. 285 SchKG vorgibt, sowie von bestimmten sonstigen Bedingungen je nach Lage des entsprechenden Einzelfalls (Art. 286, 287 oder 288 SchKG). Die allgemeinen Bedingungen sind folgende: Es ist eine anfechtbare Rechtshandlung erfolgt; die Gläubiger erleiden einen Nachteil (die Bedingung ist jedes Mal dann erfüllt, wenn die entsprechende Rechtshandlung zu einer Abnahme der Zwangsvollstreckungsmasse führt⁷); es besteht ein angemessener kausaler Zusammenhang zwischen der anfechtbaren Rechtshandlung und dem erlittenen Nachteil, und die Zwangsvollstreckung ist vollständig oder teilweise fruchtlos geblieben⁸. Die Anfechtungsklage kann im Anschluss an eine fruchtlos gebliebene Pfändung, (Art. 285 Abs. 2 SchKG), an einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 331 SchKG) oder einen Konkurs (Art. 285 Abs. 2 SchKG) erfolgen⁹.
- 27 Zu den anfechtbaren Rechtshandlungen wie in Art. 287 Abs. 1 dargelegt ist lediglich Ziffer 1 SchKG im Rahmen der vorliegenden Analyse relevant¹⁰. Diese Bestimmung sieht vor, dass «*die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war*» als anfechtbare Rechtshandlung anzusehen ist, «*wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war.*»
- 28 Die Überschuldung des Schuldners ist gegeben, wenn das Gesellschaftskapital (Aktiva abzüglich allfälliger Verluste) tiefer ist als das Fremdkapital (Passiva abzüglich Eigenkapital), d.h., wenn die Summe der Verbindlichkeiten die Summe der Aktiva

⁷ vgl. Peter Coro zu Art. 285 SchKG, N. 15 in: Dallèves/Foëx/Jeandin (Hsg.), Commentaire romand, Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, art. 1-336 LP (Westschweizer Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs – Kommentar zum Bundesgesetz über die Schuldbetreibung und den Konkurs sowie über die Artikel 166 bis 175 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, Art. 1–336 SchKG), Basel/Genf/München 2005.

⁸ Über die allgemeinen Bedingungen der Anfechtung, vgl. Peter CoRo zu Art. 285 SchKG N. 11 bis 30.

⁹ vgl. Staehelin, BaKomm, zu Art. 285 SchKG, N. 8 in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352, Basel 2010; vgl. eb. Peter, CoRo, zu Art. 285 SchKG, N. 3.

¹⁰ Die anderen anfechtbaren Rechtshandlungen des Art. 287 Abs. 1, Ziffer 1 SchKG umfassen die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel sowie die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld. Im Übrigen lassen wir die Bedingungen der Anfechtung nach Art. 288 SchKG ausser Acht, demzufolge Rechtshandlungen anfechtbar sind, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Obwohl dieser Fall nicht völlig ausgeschlossen werden kann, wird die mit dieser Bestimmung ins Auge gefasste Hypothese in der Praxis selten im Zusammenhang mit dem Problem belastete Standorte auftreten.

übersteigt¹¹. Der Begriff der Überschuldung nach Art. 287 SchKG entspricht demjenigen des Art. 725 Abs. 2 OR¹². Die Insolvenz des Schuldners reicht also zur Geltendmachung der Anfechtung nicht aus¹³. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Überschuldung zum Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung gegeben sein muss. Dabei spielt es keine Rolle, ob dem Schuldner zu diesem Zeitpunkt seine Lage bekannt war oder nicht¹⁴.

29 Im Übrigen muss die Bestellung von Sicherheiten gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG innerhalb des dem Tag der erfolglosen Durchführung der Pfändung, der Konkursöffnung oder der Gewährung der Nachlassstundung (sofern ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung entsprechend Art. 287 Abs. 1 SchKG angeboten wurde) vorangegangenen Jahres erfolgt sein¹⁵, vorbehaltlich allfälliger Fristverlängerungen wie in Art. 288a SchKG vorgesehen¹⁶. Es sei angemerkt, dass die Anfechtung möglich bleibt, wenn die anfechtbare Rechtshandlung innerhalb der letzten fünf Jahre erfolgt ist und die Bedingungen des Artikels 288 SchKG erfüllt sind¹⁷.

30 Nach Art. 287 Abs. 2 SchKG ist die Anfechtung indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen¹⁸. Die Überschuldung muss demnach erkennbar sein¹⁹. Dieser Artikel etabliert eine widerlegliche Vermutung von Unredlichkeit des durch die Rechtshandlung begünstigten Gläubigers²⁰. Der Nachweis der Unkenntnis des Begünstigten der Überschuldung und der Unmöglichkeit, sie gekannt zu haben, ist jedoch schwer zu erbringen. Die einfache Plausibilität reicht nicht²¹. Diese Bedingung ist schwer zu erfüllen, wenn es sich bei dem Gläubiger um den Staat handelt und die Sicherstellung eben dem Zweck dient, Ausfallkosten zu vermeiden.

¹¹ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 14; in: Dallèves/Foëx/Jeandin (Hsg.), Commentaire romand, Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, art. 1–336 LP (Westschweizer Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs - Kommentar zum Bundesgesetz über die Schuldbetreibung und den Konkurs sowie über die Artikel 166 bis 175 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, Art. 1–336 SchKG), Basel/Genf/München 2005.

¹² Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 14.

¹³ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 14.

¹⁴ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 15 f.

¹⁵ Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 271–352, (Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 271–352), Lausanne 2003, zu Art. 287, N. 13; siehe auch Peter, CoRo, zu Art. 286 SchKG, N. 17–21.

¹⁶ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 17.

¹⁷ vgl. Gilliéron, Kommentar SchKG, zu Art. 287, N. 13.

¹⁸ vgl. Gilliéron, Kommentar SchKG, zu Art. 287, N. 20; BGE 19 I 554, JdT 1893 693, Ziff. 2 ; SJ 1923 17 ff, in BGE 48 II 412 nicht veröffentlichte Passage.

¹⁹ Stoffel/Chabloz, Voies d'exécution – Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse (Möglichkeiten des Vollzugs – Schuldbetreibung, Vollzug von Urteilen im schweizerischen Recht), 2. Ausgabe, Bern 2010 §7, N. 25.

²⁰ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 18.

²¹ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 18 f. Peter, CoRo zu Art. 287 SchKG, N. 18 f.

31 Der in Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG verwendete Begriff «Sicherheiten» beinhaltet sämtliche Mittel zur Sicherstellung einer bestehenden Schuld des Schuldners, wobei diese Mittel in der Form eines Pfands im wirtschaftlichen Sinne bestehen²². Der Begriff der Sicherheit wird dabei sehr weit gefasst: «Sie erstreckt sich auf sämtliche Rechtshandlungen, welche die wirtschaftliche Verschaffung einer Sicherstellung bewirken»,²³ und welche das Vermögen des Schuldners verringern. Dabei handelt es sich zum Beispiel um die Bereitstellung eines Pfands, um die Abtretung von Forderungen oder um die Bestellung einer Hypothek bzw. die Erstellung eines Schuldbriefs.

32 Die Schuld muss bei Stellung der Sicherheit bereits bestanden haben (muss aber nicht zwingend bereits fällig gewesen sein²⁴.)

6. Höhe und Anpassung der Sicherstellung

33 Gemäss Art. 32d^{bis} Abs. 2 USG wird «*die Höhe der Sicherstellung insbesondere unter Berücksichtigung der Ausdehnung sowie der Art und Intensität der Belastung festgelegt. Sie wird angepasst, wenn dies auf Grund eines verbesserten Kenntnisstands gerechtfertigt ist.*»

34 Diese Bestimmung liefert einige Hinweise über die Art und Weise der Festsetzung der Höhe der Sicherstellung und bedingt eine Anpassung, wenn die Umstände dies rechtfertigen.

6.1 Festsetzung der voraussichtlichen Kosten

35 Die Analyse möglicher Sanierungsszenarien und die Ausarbeitung des Sanierungsprojekts dauern manchmal mehrere Jahre. Am Ende dieses Prozesses ist es möglich, die Sanierungskosten mit einer gewissen Genauigkeit zu bestimmen. Um allerdings die Höhe der Sicherheit festzulegen, ist es unserer Ansicht nach weder notwendig noch gerechtfertigt, das Ergebnis dieses Prüfungsprozesses und den genauen Betrag der Kosten der Sanierung abzuwarten. So bliebe der Art. 32dbis USG in der Tat wirkungslos, wenn die Sanierungskosten zuerst ganz genau festgelegt werden müssten, bevor eine Sicherstellung verlangt werden könnte. Diese Sicherstellung könnte nicht in den langwierigen komplexen Verfahren gewährt werden, die eben die erhöhte Gefahr eines Ausfallrisikos vonseiten des Verursachers in sich bergen.

²² vgl. Gilliéron, Kommentar SchKG, zu Art. 287, N. 7 und 21; BBI 1991 III 203–204.

²³ Peter, CoRo, zu Art. 287 SchKG, N. 6.

²⁴ Gilliéron, Kommentar SchKG, zu Art. 287, N. 24; siehe auch Staehelin, BaKomm, zu Art. 287 SchKG, N. 7; in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352, Basel 2010.

- 36 Umgekehrt und gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist es unserer Meinung nach nicht möglich, sich von vornherein und generell auf ein Worst-Case-Szenario zu stützen, um die höchstmögliche Summe für eine Sanierung zu fordern²⁵.
- 37 Demzufolge muss der Betrag der Sicherstellung entsprechend den voraussichtlichen Kosten festgesetzt werden, die gemäss Kenntnisstand und auf der Grundlage vergleichbarer Fälle aufgestellt werden. Die Behörde muss die Höhe der Kosten der erforderlichen Massnahmen anhand einer nachvollziehbaren Schätzung plausibel darlegen²⁶. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit müssen bleibende Ungewissheiten gebührende Berücksichtigung finden.
- 38 Bei divergierenden Einschätzungen zwischen der Vollzugsbehörde und dem Verursacher hinsichtlich der Höhe der voraussichtlichen Kosten kann Erstere je nach Lage der Dinge und in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auf Antrag oder von Amts wegen ein Gutachten von einem neutralen Dritten erstellen lassen, das als Grundlage für die Festlegung der Höhe der geforderten Sicherstellung dient.
- 39 Im Übrigen wird der Betrag für jeden einzelnen Verursacher entsprechend seinem jeweiligen Anteil an der Verursachung festgelegt. Die Behörde muss sich daher bei der Feststellung des Anteils der Verantwortlichen auf den durch Art. 32d USG vorgegebenen Grundsatz der Aufteilung der Verantwortlichkeiten stützen. (Zur Erinnerung: Aufgrund von Art. 32d Abs. 2 Satz 1 USG erfolgt die Aufteilung der Kosten zwischen mehreren Verursachern «entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung». In erster Linie trägt die Kosten, wer die Massnahmen durch sein Verhalten verursacht hat. Wer als Inhaber des Standortes beteiligt ist, trägt ebenfalls einen Kostenteil, es sei denn, er weist nach, dass er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte.)
- 40 Hieraus ergeben sich die folgenden Konsequenzen:
- 41 Sind mehrere Verursacher zu verzeichnen, kann die Behörde von einem einzelnen Verursacher nicht verlangen, dass er eine Sicherstellung für die gesamten Kosten der Untersuchung, Überwachung und Sanierung eines belasteten Standortes leistet. Der einzelne Sicherstellende ist lediglich für den ihm gemäss Art. 32d USG zuzuschreibenden Anteil an der Verantwortung heranzuziehen. Dies ergibt sich nach Art. 32d USG aus der Nichtanwendbarkeit der gesamtschuldnerischen Haftung unter den Verursachern.
- 42 Hieraus folgt, dass der aktuelle Inhaber des Standorts, dem die materielle Pflicht obliegt, die erforderlichen Untersuchungen und die Sanierung im Sinne von Art. 20 Abs. 1 der Altlasten-Verordnung zu veranlassen, und der nicht Verursacher durch Verhal-

²⁵ Sinngemäss argumentiert Wagner Pfeifer, N. 747.

²⁶ Wagner Pfeifer, N. 747.

ten ist, nicht für die Sicherstellung der Vorfinanzierung der gesamten Kosten herangezogen werden kann, sondern lediglich für den ihm zuzuschreibenden kausalen Anteil. In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass nach der neueren Rechtsprechung des Bundes²⁷ der Kostenanteil des Verursachers, der lediglich als Inhaber des belasteten Standortes beteiligt ist, nicht mehr als 5 Prozent betragen darf, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind. Ein höherer Kostenanteil (zwischen 10 und 30 Prozent, je nach den Gepflogenheiten der einzelnen Kantone) ist nur bei Vorliegen besonderer Gründe gerechtfertigt, z.B. wenn der Verursacher, der als Inhaber des Standortes beteiligt ist, bereits Inhaber des Standortes war, als sich die Verschmutzung ereignete und diese hätte vermieden werden können, sowie bei Vorliegen von Eigentumsübertragungen unter Berücksichtigung der anteiligen Verantwortlichkeiten der jeweiligen Voreigentümer, oder auch wenn ihm die Verschmutzung oder Sanierung einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft.

- 43 Wenn der Inhaber des Standortes seine ihm gemäss Art. 20 Abs. 1 der Altlasten-Verordnung obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann die Behörde diese an seiner statt und auf seine Kosten entsprechend den für eine Ersatzvornahme geltenden Grundsätzen vornehmen (siehe Art. 32c Abs. 3 USG). Die Behörde verfügt also über einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme. Es sei angemerkt, dass das kantonale Recht manchmal die Bestellung eines öffentlich-rechtlichen Grundpfands zugunsten des Kantons vorsieht, um die Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme sicherzustellen²⁸. Der Kanton kann entsprechend dem nach kantonalem Recht vorgesehenen Verfahren und mit Hilfe des Zwangsvollstreckungsrechts die Bestellung dieser Sicherstellung vornehmen. Dieses Rechtsmittel, das auf einer speziellen kantonalen Rechtsgrundlage beruhen muss, ist von der Sicherstellung gemäss Art. 32d^{bis} USG zu unterscheiden. Es kann herangezogen werden, wenn die Vollzugsbehörde anstelle und anstatt eines Verursachers – in der Regel des Inhabers des belasteten Standorts – tätig wird, um die Kosten der von ihr veranlassten durchzuführenden Massnahmen zu decken, wobei sie ein Ausfallrisiko nicht plausibel machen muss. Ausserdem erstreckt sich ein öffentlich-rechtliches Grundpfand im Gegensatz zur Sicherstellung nach Art. 32d^{bis} USG auf sämtliche Kosten der durchzuführenden Massnahmen und ist demnach nicht auf den kausalen Anteil des einzelnen Inhabers wie in Art. 32d USG ausgeführt beschränkt. Im Fall einer Zwangsvollstreckung des öffentlich-rechtlichen Grundpfands kann der Kanton zwar nicht mehr als den Kostenanteil einbringen, welcher der Eigentümer der belasteten Liegenschaft nach Art. 32d USG schuldet. Allerdings kann sich der Eigentümer nicht der Zwangsvollstreckung seiner Liegenschaft entziehen, wenn er sich weigert, seinen Kostenanteil zu entrichten.

²⁷ BGE 139 II 106.

²⁸ Siehe beispielsweise Art. 21 des Genfer Gesetzes vom 31. Januar 2003 zur Anwendung des Bundesrechts auf belastete Standorte (SR/GE K 1 71).

44 Weiterhin ist die Behörde gehalten, für jeden einzelnen Sicherstellenden (also für jeden einzelnen Verursacher) zu prüfen, ob die Bedingungen von Art. 32d^{bis} USG erfüllt sind, d.h., ob ein Ausfallrisiko für den einzelnen kausalen Anteil gegeben ist.

6.2 Anpassung der Höhe der Sicherheit

45 Sofern sich die Umstände ändern, muss die Sicherstellung an diese angepasst werden.

46 Die Verfahren im Rahmen der Altlasten-Verordnung können lange dauern, und im Zuge der eigentlichen Untersuchungen, Überwachungsmassnahmen oder der Sanierung treten in der Regel neue Sachverhalte zu Tage. Diese neuen Sachverhalte veranlassen die Behörde dazu, die Höhe der Sicherstellung anzupassen, wenn die durchgeführten Prognosen in Bezug auf die Kosten der Detailuntersuchung und der Sanierung erheblich variieren.

47 Weiterhin ist eine Anpassung in denjenigen Fällen erforderlich, wenn die Behörde phasenweise vorgeht und nur die Kosten für die jeweilige Phase angemessen und vorhersehbar geschätzt werden können.

48 Sofern die Behörde für die Aufteilung der Kosten Zwischenentscheide erteilt (z.B. nach Abschluss der Voruntersuchung) oder wenn die Verursacher zustimmen, Ihren Kostenanteil im Zuge des Fortschreitens des Verfahrens im Rahmen der Altlasten-Verordnung zu zahlen, muss die Sicherstellung entsprechend gekürzt werden (sofern nicht neue Umstände zu der Einschätzung führen, dass die Kosten höher ausfallen als ursprünglich angesetzt).

7. Form der Sicherstellung

49 Im Gegensatz zu den Bestimmungen anderer Rechtsvorschriften²⁹ schreibt Art. 32d^{bis} USG keine bestimmte Form der Sicherstellung vor, was den Vollzugsbehörden einen gewissen Ermessensspielraum belässt. Die Formen der Sicherstellung werden im Einzelnen im Kapitel V weiter unten vorgestellt.

8. Dauer und Beendigung der Sicherstellung

50 Die Sicherstellung muss auf den Namen der Vollzugsbehörde ausgestellt werden. Diese hebt sie erst auf, wenn die betreffende Person sämtliche ihr zufallenden Kosten gezahlt hat oder wenn feststeht, dass Massnahmen nicht erforderlich sind³⁰.

²⁹ So schreibt der Art. 20 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Juni 2005 über den Verkehr mit Abfällen vor, dass die finanzielle Sicherstellung «in Form einer Bankgarantie oder einer Versicherung» zu erfolgen hat.

³⁰ BBI 2012 S. 8677.

51 Dieser Grundsatz gilt selbst in Fällen, in denen es die Gemeinden sind, die die Ausfallkosten nach kantonalem Recht tragen.

9. Verfahren

52 Die Bereitstellung von Sicherstellungen kann Gegenstand einer Vereinbarung zwischen der Behörde und den betreffenden Verursachern sein.

53 Sofern keine Vereinbarung zustande kommt, muss die Behörde einen Entscheid fällen, dem die folgenden Wesensmerkmale zukommen:

54 Der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung hat vorläufigen Charakter und berührt nicht den nachfolgenden Entscheid über die Aufteilung der Kosten³¹. Um allerdings eine Sicherstellung verlangen zu können, muss die Behörde Stellung nehmen zu den voraussichtlichen Kosten und zu dem Anteil an denselben, der dem Sicherstellenden aufzuerlegen ist. In diesem Sinne kommt der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung einem Entscheid über die Aufteilung der Verantwortlichkeiten im Sinne des Art. 32d USG gleich. (Das Bundesgericht räumt ein, dass die Behörde einen Bescheid über die zuzuweisenden Kostenanteile zu einem Zeitpunkt erteilt, zu dem die Gesamtkosten noch nicht bekannt sind³².)

55 Die Behörde, welche einen Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung erlässt, muss das Recht auf Anhörung des von dem Entscheid Betroffenen respektieren. Konkret muss dieser zum Sachverhalt der Sicherstellung angehört werden; er muss die Möglichkeit (und ausreichend Zeit) haben, um im Grundsatz zu ihrer Form und ihren Bedingungen (schriftlich) Stellung zu beziehen; und die Behörde muss diese Stellungnahme dann in die Begründung ihres Entscheids einbeziehen.

56 Der Betroffene des Entscheids, der ihm die Bereitstellung einer Sicherstellung auferlegt, ist legitimiert, gegen diesen Entscheid Beschwerde einzulegen. Die meisten Kantone sehen vor, dass die Beschwerde automatisch aufschiebende Wirkung hat. Die Behörde, die den Entscheid gefällt hat, kann jedoch verfügen, dass eine mögliche Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Dieses Vorgehen ist (von Amts wegen) gängige Praxis in vielen Verwaltungsbereichen, wenn ein unmittelbares öffentliches Interesse besteht. Die Beschwerdeinstanz kann ihrerseits die aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufheben, zum einen von Amts wegen, aber häufiger erfolgt dies auf Ersuchen einer der beteiligten Seiten. Auf der Ebene des Bundes hat die Beschwerde beim Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG), sofern der Instruktionsrichter nicht anders befindet.

57 Das Versagen/Aufheben der aufschiebenden Wirkung kann angeordnet werden, wenn dies nach Abwägen der Interessen unter Anwendung des Grundsatzes der

³¹ Wagner Pfeifer, N. 748; siehe auch Bericht CEATE-E, BBI 2012 S. 8677.

³² BG, 1A.273/2005 vom 25. September 2006, Ziff. 3.2.

Verhältnismässigkeit aus nachvollziehbaren Gründen gerechtfertigt erscheint. Im Allgemeinen gilt: Die aufschiebende Wirkung kann nicht aufgehoben werden, wenn der Entscheid eine Leistung in Geld betrifft. Die Tragweite dieses Verbots im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Sicherheiten ist nicht eindeutig umrissen. Dennoch kann argumentiert werden, dass die Bereitstellung von Sicherheiten, selbst wenn es sich dabei um geldliche Sicherheiten handelt, nicht dem Zweck dient, dem Gläubiger einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen, sondern lediglich der Bereitstellung von Sicherheiten dient, auf die der Gläubiger erst Zugriff hat, wenn sein Anrecht auf die Forderung festgestellt worden ist.

58 Was die Bereitstellung einer Sicherstellung nach Art. 32d^{bis} USG anbetrifft, muss die Vollzugsbehörde beispielsweise nachweisen, dass zumindest unter einem Blickwinkel von Plausibilität ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Vollstreckung des Entscheids besteht, das ernsthaft gefährdet wäre, wenn der Entscheid nicht unverzüglich vollstreckt werden könnte³³. Indes sollte die Tragweite dieser Praxis nicht überschätzt werden: Wenn der Entscheid, der dem Betroffenen die Bereitstellung einer Sicherstellung auferlegt, unmittelbar vollstreckt werden kann – wobei die aufschiebende Wirkung aufgehoben bzw. versagt wurde – wird der Betroffene kaum das mit einer Nichterfüllung einhergehende Risiko eingehen wollen, da er ansonsten Gefahr läuft, von der Behörde mit Zwangsvollstreckungsmassnahmen überzogen zu werden. Im Übrigen ist das Einlegen einer Beschwerde gegen das Versagen des Begehrens auf Wiedereinsetzung/Bewilligung der aufschiebenden Wirkung auch dann noch möglich (Zwischenentscheid).

59 Aus der Sicht des Verfahrensrechts ist der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung auch ein Zwischenentscheid. Daraus folgt, dass die Beschwerde beim Bundesgericht (gegen den Entscheid der kantonalen Beschwerdebehörde) nur unter den restriktiven Bedingungen von Artikel 93 BGG zulässig ist. Der Sicherstellende muss demnach nachweisen, dass der Entscheid, der ihm die Bereitstellung einer Sicherstellung auferlegt, ihm einen nicht wiedergutzumachenden Schaden zufügt, oder aber dass durch die Zulassung der Beschwerde unmittelbar ein endgültiger Bescheid herbeigeführt werden kann, der es erlaubt, ein langwieriges und kostspieliges Beweisverfahren zu vermeiden. Im Interesse eines rationellen Verfahrensablaufs erscheint die Zulassung der Beschwerde gerechtfertigt, wenn der Sicherstellende seine Eigenschaft als Verursacher durch Verhalten bestreitet. Wenn ihm diese Eigenschaft nicht anhaftet, ist das Verfahren für ihn beendet³⁴.

IV. Verweigerung der Bereitstellung einer Sicherstellung

60 Falls der Sicherstellende der von der zuständigen Behörde erlassenen Verfügung nicht Folge leistet und die Bereitstellung einer Sicherstellung verweigert, kann die Vollzugsbehörde auf das Mittel der Zwangsvollstreckung zurückgreifen, um die nach

³³ Siehe Bovay, *Verwaltungsverfahren*, Bern 2000, S. 405 f.

³⁴ Siehe zum Beispiel: BG, 1C_47/2009 vom 7. Juli 2009, Ziff. 1.4.

Art. 38 Abs. 1 SchKG geforderten Sicherheiten beizubringen³⁵. Die Grundzüge dieses Zwangsvollstreckungsverfahrens gestalten sich wie folgt:

- 61 Die Betreibung der Leistung von Sicherheiten ist keine Form der besonderen Betreibung sondern vielmehr eine ordentliche Betreibung, die einem besonderen Zweck dient³⁶. Dieser Zweck besteht darin, «die Erbringung einer Leistung durch den Verfolgten sicherzustellen, die nicht der direkten Befriedigung des Verfolgers dient, sondern die diesem die Erbringung einer Verpflichtung gewährleistet, deren Begünstigter er ist»³⁷. Die Betreibung der Leistung von Sicherheiten ermöglicht es lediglich, ein Recht des Verfolgers wirksam werden zu lassen, damit der Verfolgte zur Sicherstellung seiner Verpflichtung eine Sicherheit anbietet und bereitstellt, die der Verfolger in Beschlag nehmen kann, wenn der Verfolgte seine Verpflichtung nicht erfüllt³⁸.
- 62 Die Verpflichtung zur Bereitstellung von Sicherheiten kann sich auf das Privatrecht oder das öffentliche Recht stützen und sich aus einem Vertrag, von Gesetzes wegen oder aus einem gerichtlichen oder behördlichen Entscheid ergeben³⁹. In dem uns hier beschäftigenden Fall findet sich die Grundlage für die Verpflichtung zur Bereitstellung von Sicherheiten in dem von der Vollzugsbehörde erlassenen Entscheid, welcher auf Artikel 32d^{bis} USG beruht. Die Betreibung zur Leistung von Sicherheiten macht es möglich, den verursachenden Sicherstellenden zur Bereitstellung der Sicherstellung gemäss dieser gesetzlichen Bestimmung zu zwingen, falls er sich dem ergangenen Entscheid widersetzt.
- 63 Zu diesem Zweck muss die Behörde, wie weiter oben dargelegt, im Besitz eines vollstreckbaren (aber nicht zwangsläufig endgültigen) Titels sein.
- 64 Die Vollzugsbehörde leitet diese Betreibung zur Leistung von Sicherheiten durch die Vorlage eines Betreibungsbegehrens (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG) ein und indem sie erklärt, dass es um die Betreibung zur Leistung von Sicherheiten geht, wobei sie auch den Wert der geforderten Sicherheit festlegt. Die entsprechende Zahlungsaufforderung enthält die gleichen Angaben (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG)⁴⁰. Eine

³⁵ BGE 129 III 193, Ziff. 2.2. Die Grundlage des Rechts auf die Stellung von Sicherheiten kann sich aus einem Vertrag, einem gerichtlichen Entscheid oder auch, wie im vorliegenden Fall, aus einer Bestimmung des Zivilrechts, des öffentlichen Rechts oder des Verwaltungsrechts ergeben: Rigot, CoRo, zu Art. 38 SchKG, N. 3; in: Dallèves/Foëx/Jeandin (Hsg.), *Commentaire romand, Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, art. 1–336 LP* (Westschweizer Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs – Kommentar zum Bundesgesetz über die Schuldbetreibung und den Konkurs sowie über die Artikel 166 bis 175 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht, Art. 1–336 SchKG), Basel/Genf/München 2005; siehe auch Gilliéron: *Poursuite pour dettes, faillite et concordat* (Schuldbetreibung, Konkurs und Vergleich), 5. Ausgabe, Basel 2012, N. 158 (zitiert: Gilliéron, Précis).

³⁶ BGE 129 III 193, Ziff. 2.1; siehe auch Gilliéron, Précis, N. 156.

³⁷ BGE 129 III 193, Ziff. 2.1; siehe auch Gilliéron, Précis, N. 156.

³⁸ siehe auch BGE 93 III 72, c. 2b = JdT 1967 II 112; JdT 2003 II 59, 61.

³⁹ Rigot, CoRo, zu Art. 38 SchKG, N. 3.

⁴⁰ Gilliéron, Précis, N. 167; siehe auch Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 1–88*, (Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 1–88), Lausanne 1999, zu Art. 38, N. 29;

solche Betreuung mit dem Ziel der Leistung von Sicherheiten – die in jedem Fall in monetärer Form zu erfolgen hat – gestaltet sich in gleicher Form wie in den Fällen, bei denen es um die Zahlung einer Geldsumme geht. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die durch die Realisierung der beschlagnahmten Vermögenswerte erlangten Mittel nicht an den Verfolger abgegeben werden dürfen, sondern im Sinne von Artikel 24 SchKG in der Depositanstalt in der Weise verwahrt werden müssen, dass sie dem Gläubiger zur Verfügung stehen, wenn dieser im Grundsatz sein Anrecht auf die Forderung legitimiert, für welche die Sicherheiten geleistet worden sind⁴¹.

65 Der Schuldner (Sicherstellende) kann Widerspruch gegen die Zahlungsaufforderung einlegen. In diesem Fall muss die Vollzugsbehörde in ihrer Eigenschaft als Gläubiger auf der Grundlage des vollstreckbaren Entscheids zur Stellung von Sicherheiten die Aufhebung dieses Widerspruchs beantragen (Nach Art. 80 SchKG kann der Gläubiger, der im Besitz eines vollstreckbaren Urteils ist, beim Richter die definitive Rechtsöffnung des Widerspruchs gegen die Zahlungsaufforderung beantragen. Die Entscheide der schweizerischen Verwaltungsbehörden in Bezug auf Verpflichtungen des öffentlichen Rechts sind Gerichtsurteilen gleichgestellt.).

66 Im Rahmen der Betreuung zur Leistung von Sicherheiten kann der Verfolgte Sicherheiten in monetärer oder persönlicher Form oder in Form von Sachwerten stellen. Wenn er diese nicht stellt oder wenn die gestellten Sicherheiten vom Verfolger nicht akzeptiert werden, kann Letzterer die Fortführung der Betreuung verlangen. Diese erfolgt dann entsprechend Art. 43 Abs. 3 SchKG ausschliesslich auf dem Wege der Pfändung und nicht durch Konkursöffnung. Der Eintrag des Verfolgten im Handelsregister ändert hieran nichts⁴². Die Kraft öffentlichen Rechts beizubringende Leistung von Sicherheiten im Sinne von Artikel 38 SchKG unterliegt ebenfalls der Bestimmung von Art. 43 SchKG⁴³.

67 Die Betreuung der Leistung von Sicherheiten zielt auf die Bereitstellung eines Geldbetrages an die Behörde bzw. die Erfüllung sonstiger Leistungen, die als Sicherstellung dienen können. Hierzu zählen beispielsweise die Eintragung einer Hypothek im Grundbuch, die Hinterlegung einer bestimmten Summe Geldes, die Stellung einer Bürgschaft oder einer im Geschäftsverkehr üblichen Realsicherheit, oder auch die Bereitstellung einer Bankgarantie⁴⁴ oder schliesslich die Hinterlegung von Wertpapieren⁴⁵.

⁴¹ Siehe auch BGE 110 III 1.

⁴² JdT 2003 II 59, 61; vgl. Gilliéron, Kommentar SchKG, zu Art. 38, N. 30.

⁴³ Rigot: Recouvrement forcée des créances de droit public selon le droit de poursuite pour dettes et la faillite (Zwangsbetreibung von Forderungen des öffentlichen Rechts nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht), Doktorarbeit, Lausanne, Yens-sur-Morges 1991, S. 113, N. 91.

⁴⁴ Gilliéron, Kommentar SchKG, zu Art. 38, N. 34.

⁴⁵ JdT 1967 II 112, 116.

Es sei angemerkt, dass bei Vorlage der Voraussetzungen wie in Art. 271 SchKG ausgeführt Vermögenswerte mit Arrest belegt werden können, um den Vollzug der Leistung von Sicherheiten zu garantieren. Ausser im Fall des Arrests nach Art. 271 Abs. 2 (der Schuldner schafft Vermögensgegenstände beiseite) ist ein Fall nach Abs. 6 hier von besonderer Bedeutung, wenn die Forderung nach Stellung von Sicherheiten auf einem vollstreckbaren Titel beruht (siehe Ziff. 56 ff.), der einem definitiven Rechtsöffnungstitel gleichkommt. Der Art. 271 SchKG hat folgenden Wortlaut:

1 Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen:

- 1. wenn der Schuldner keinen festen Wohnsitz hat;*
- 2. wenn der Schuldner in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft;*
- 3. wenn der Schuldner auf der Durchreise begriffen ist oder zu den Personen gehört, welche Messen und Märkte besuchen, für Forderungen, die ihrer Natur nach sofort zu erfüllen sind;*
- 4. wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist, die Forderung aber einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einer Schuldanerkennung im Sinne von Artikel 82 Absatz 1 beruht;*
- 5. wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen provisorischen oder einen definitiven Verlustschein besitzt;*
- 6. wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt.*

2 In den unter den Ziffern 1 und 2 genannten Fällen kann der Arrest auch für eine nicht verfallene Forderung verlangt werden; derselbe bewirkt gegenüber dem Schuldner die Fälligkeit der Forderung.

3 Im unter Absatz 1 Ziffer 6 genannten Fall entscheidet das Gericht bei ausländischen Entscheiden, die nach dem Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu vollstrecken sind, auch über deren Vollstreckbarkeit.

V. Formen der Sicherstellung

1. Allgemeines

69 Die Pflicht zur Leistung einer Sicherstellung wird durch Art. 32d^{bis} USG festgeschrieben. Demgegenüber unterliegen die Bedingungen der Bereitstellung einer Sicherstellung und deren Umsetzung dem Privatrecht.

- 70 Der Art. 32d^{bis} USG schreibt keine besondere Form der Sicherstellung vor, sondern begnügt sich mit der Massgabe, dass diese «angemessen» sein muss. Andererseits bietet Art. 32b USG die Wahl zwischen mehreren Sicherstellungsformen (Rückstellungen, Versicherung oder in anderer Form). Aus den vorbereitenden Arbeiten ergibt sich, dass der Gesetzgeber auf die Vorgabe bestimmter Formen finanzieller Sicherstellungen verzichtet hat, um den Sicherstellenden und den Vollzugsbehörden bei der Wahl der für die jeweilige Situation am besten geeigneten Sicherstellung ausreichende Freiheit und Handlungsspielraum zu lassen⁴⁶. Die entsprechende Prüfung erfolgt von Fall zu Fall⁴⁷, und die Lösung wird üblicherweise zwischen der staatlichen Instanz und den jeweiligen sicherstellenden Verursachern ausgehandelt⁴⁸.
- 71 Nachfolgend untersuchen wir die unterschiedlichen Arten von Sicherstellungen und Sicherheiten (Letztere stellen eine Untergruppe der Ersteren dar), welche ein Interesse im Rahmen des Art. 32d^{bis} USG darstellen. Dabei ist es hilfreich, zwischen persönlichen Sicherheiten und Realsicherheiten zu unterscheiden. Erstere bieten dem Begünstigten einen Forderungstitel gegenüber dem Sicherstellenden. Hierzu zählen insbesondere die Bürgschaft und der Garantievertrag. Letztere verschaffen dem Begünstigten ein dingliches Recht über eine Sache. Dabei handelt es sich insbesondere um die Hypothek und den Schuldbrief. Die Bedingungen der Bereitstellung dieser Sicherstellungen variieren ebenso wie die Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung für den Fall, dass der Sicherstellende die Bereitstellung verweigert.
- 72 Es kann nicht deutlich genug darauf hingewiesen werden, dass die Vollzugsbehörde die Bedingungen für die ihr im Einzelfall angemessen erscheinende bereitzustellende Sicherstellung sorgfältig abwägen und dabei erforderlichenfalls auch den Rat eines Sachverständigen heranziehen muss. Von der Verwendung vorformulierter Sicherstellungsvorlagen (wie diese beispielsweise im Internet zu finden sind) raten wir eindringlich ab, denn sie berücksichtigen nicht die Komplexität des jeweiligen Einzelfalls. Vielmehr muss bei jeder einzelnen Sicherstellung genau geprüft werden, ob sie den formalen Bedingungen und den Grundbedingungen, wie sie das Privatrecht vorschreiben, genügen.
- 73 Es ist schwierig, auf die Frage nach der geeignetsten Form der Sicherstellung eine abstrakte und allgemeine Antwort zu geben. Dies gäbe eine trügerische Sicherheit. In Wirklichkeit hat jede Art der Sicherstellung ihre Vor- und Nachteile. Allenfalls kann man sagen, dass in erster Linie eine Sicherstellung zu bevorzugen ist, welche sich durch die Merkmale «solidarisch» und «unabhängig» auszeichnet, denn sie macht die Sicherheit, welche die Behörde in Beschlag hat, unabhängig von der persönlichen Situation des Betroffenen, der sie zu stellen hat. Für die Behörde geht es also darum, von Fall zu Fall zu prüfen, welche Sicherstellung für die gegebenen Umstände am

⁴⁶ vgl. hierzu AB 2013 N. 8.

⁴⁷ AB 2013 N. 8.

⁴⁸ AB 2012 E 1237.

geeignetsten ist. Bei der Wahl der Form der Sicherstellung ist ausserdem auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit anzuwenden. Die Behörde muss demnach diejenige Form der Sicherstellung bestimmen, die einerseits für den Betroffenen am wenigsten einschneidend ist, andererseits aber auch das festgestellte wirtschaftliche Risiko vollständig abdeckt. Das Recht auf Anhörung des Betroffenen erstreckt sich auch auf diesen Aspekt.

2. Persönliche Sicherheiten

74 Sicherheiten werden als persönliche Sicherheiten bezeichnet, wenn sie dem Begünstigten einen Forderungstitel, ein persönliches Recht gegenüber dem Sicherstellenden einräumen. Die Hauptformen dabei sind die Bürgschaft, der Garantievertrag und die Bankgarantie⁴⁹.

2.1 Die Bürgschaft

75 Die Parlamentsdebatten rund um den Art. 32dbis Abs. 1 und 2 drehen sich immer wieder um die Frage, ob die Bürgschaft eine hinreichende Form der Sicherstellung darstellt⁵⁰. In der Tat ist die Bürgschaft aus den nachfolgend dargelegten Gründen in den allermeisten Fällen eine unzureichende Sicherstellung für die Erfordernisse dieser Bestimmung.

76 Laut Art. 492 Abs. 1 OR handelt es sich bei der Bürgschaft um einen einseitigen Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners verpflichtet, für die Erfüllung der Schuld einzustehen. Aufgrund seines akzessorischen Charakters ist der Bürgschaftsvertrag auf Gedeih und Verderb an die Hauptschuld gebunden – im Gegensatz beispielsweise zur Bankgarantie und zum Garantievertrag⁵¹.

77 Auf der Grundlage von Art. 492 Abs. 2 OR kann eine Bürgschaft auch für eine künftige Schuld eingegangen werden – unter der Voraussetzung allerdings, dass diese bereits in ausreichendem Mass feststeht bzw. bestimmt werden kann, wobei allerdings das Eingehen der Bürgschaft für alle künftigen Schulden des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger gegen den Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst⁵². Die Angabe der Höhe der Schuldung ist nicht erforderlich⁵³. Allerdings muss gemäss Art. 493 Abs. 1 OR der Gesamtbetrag der Bürgschaft im Bürgschaftsvertrag angegeben sein⁵⁴. Der Betrag der Bürgschaft muss dort in der Tat als Zahlenangabe festgehalten sein, denn

⁴⁹ Tercier/Favre/Eigenmann, in: Tercier/Favre: Les contrats spéciaux (Sonderverträge), 4. Ausgabe, Genf/Zürich/Basel 2009 (zitiert: Tercier/Favre/Auteur), N. 6762.

⁵⁰ AB 2012 E 1236; AB 2013 N. 8.

⁵¹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6790.

⁵² Braconi/Carron/Scyboz, ZGB & OR Anmerkungen, 9. Ausgabe, Basel 2013, S. 384; ATF 120 II 35; siehe auch Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6858 und 6889.

⁵³ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6889.

⁵⁴ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6890.

dies erlaubt es dem Bürgen, sich seiner Verpflichtung bewusst zu sein.⁵⁵ Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass «bestimmte Autoren der Auffassung sind, dass die Angabe des Höchstbetrages eine ausreichende Sicherheit gewährleistet, die genügend Flexibilität hinsichtlich der Festlegbarkeit des Umfangs der Schuld-sicherstellung bietet⁵⁶».

78 Der Art. 493 Abs. 3 OR, der sich auf die zu beachtende Form bezieht, schreibt für Bürgschaften, die gegenüber der Eidgenossenschaft oder ihren öffentlich-rechtlichen Anstalten oder gegenüber einem Kanton für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen wie Zölle, Steuern und ähnliche Abgaben eingegangen werden, zwingend die schriftliche Erklärung des Bürgen und die Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst vor⁵⁷. Ausserdem verfällt entsprechend Art. 509 Abs. 3 OR jede Bürgschaft natürlicher Personen nach Ablauf von 20 Jahren nach ihrer Eingehung. Ausgenommen sind die gegenüber der Eidgenossenschaft oder ihren öffentlich-rechtlichen Anstalten oder gegenüber einem Kanton für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen eingegangenen Bürgschaften.

79 Das Obligationenrecht kennt zwei Hauptformen der Bürgschaft: zum einen die Individualbürgschaft, «wenn ein einzelner Bürge gegenüber dem Gläubiger für eine Schuld einsteht»⁵⁸, und zum anderen die Pluralbürgschaft, «wenn mehrere Bürgen gegenüber dem Gläubiger für ein und dieselbe Schuld eintreten»⁵⁹. Die Individualbürgschaft kann einerseits einfach sein, wenn der Gläubiger den Bürgen nicht heranziehen kann, ohne zuvor seine Rechte gegenüber dem Schuldner selbst geltend gemacht zu haben⁶⁰, oder sie kann andererseits solidarisch sein, wenn der Gläubiger den Bürgen auch heranziehen kann, ohne zuvor seine Rechte gegenüber dem Hauptschuldner selbst geltend gemacht zu haben und ohne dass er zuvor die gegebenen Pfandleistungen einlösen muss⁶¹. Die üblichste Form der Bürgschaft ist die solidarische Bürgschaft⁶².

80 Eine der Folgen des akzessorischen Charakters der Bürgschaft besteht darin, dass der Bürge erst herangezogen werden kann, wenn die Hauptschuld fällig geworden

⁵⁵ Es scheint, dass «die Festlegbarkeit also nicht ausreicht», vgl. Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6890 ; BGE 117 II 490 = JdT 1993 I 312.

⁵⁶ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6890 und zitierte Verweise: Develioglu: Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Etude de droit suisse et de droit turc (Betrachtung der unabhängigen Sicherheiten im Lichte der Regeln für die Bürgschaft, Studie des schweizerischen und türkischen Rechts), Doktorarbeit, Neuenburg, Bern 2006, S.158; Giovanoli, BKomm., zu Art. 493 OR, N. 23, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, t. VI, Bern ab 1910; Meier, CoRo. I, zu Art. 493 OR, N. 4, in: Thévenoz/Werro (Hsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, (Westschweizer Kommentar, Obligationenrecht I), Basel/Genf/München 2012.

⁵⁷ vgl. hierzu Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6895.

⁵⁸ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6812.

⁵⁹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6825.

⁶⁰ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6814.

⁶¹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6823.

⁶² Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6812.

ist.⁶³ Dies gilt selbst dann, wenn die Fälligkeit infolge des Konkurses des Schuldners aufgrund Art. 501 Abs. 1 OR vorgerückt wird. So gilt ungeachtet des Grundsatzes, wonach «die Fälligkeit der Hauptschuld in der Regel die Fälligkeit der Bürgschaftsschuld nach sich zieht»⁶⁴: Wenn die Hauptschuld infolge des Konkurses des Schuldners fällig wird, dann wird die Fälligkeit der Nebenleistungspflicht deshalb nicht vorgerückt, und der Bürge kann auf dem für die Zahlung festgesetzten Termin beharren⁶⁵.

81 Der Gläubiger hat aufgrund des einseitigen Charakters des Bürgschaftsvertrages, der lediglich dem Bürgen Verpflichtungen auferlegt, keinerlei Verpflichtung gegenüber dem Bürgen⁶⁶. Er ist gehalten, seine Rechte entsprechend den Regeln der Redlichkeit wie in Art. 2 Abs. 1 ZGB ausgeführt auszuüben und muss seine besonderen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 503 ff. OR beachten.

82 Der Bürgschaftsvertrag wird durch das Gesetz detailliert, wenn nicht sogar zu detailliert reglementiert. In der Praxis (im Wesentlichen im Bankwesen) werden vielmehr andere Formen persönlicher Sicherheiten bevorzugt, die oftmals weniger einengend sind und das gleiche Ziel erreichen⁶⁷.

2.2 Der Garantievertrag

2.2.1 Allgemein

83 Der Garantievertrag ist ein «Vertrag, anhand deren eine Person einem anderen die Handlung eines Dritten verspricht und sich zur Leistung von Entschädigung verpflichtet für den Fall, dass dieser Dritte die versprochene Handlung nicht erbringt»⁶⁸. Selbst wenn der Sicherstellende die Vornahme der Handlung durch den anderen (im vorliegenden Fall die Erbringung der Leistung durch den Dritten) nicht versprechen kann, so kann er sich indes dazu verpflichten, den Begünstigten zu entschädigen für den Fall, dass der Dritte die versprochene Leistung nicht erbringt⁶⁹. Die einzige Regelung, die den Garantievertrag erwähnt, ohne allerdings die damit verbundene Vorgehensweise genauer zu beschreiben, besteht in Gestalt des Art. 111 OR. Der Garantiever-

⁶³ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6972.

⁶⁴ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6972.

⁶⁵ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6973.

⁶⁶ Tercier/Favre/Eigenmann: N. 6990 ff; sur les cinq devoirs incombant au créancier (über die fünf dem Gläubiger obliegenden Pflichten), siehe Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6995-7026.

⁶⁷ vgl. Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7130.

⁶⁸ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7130.

⁶⁹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7140.

trag und sein Inhalt hängen daher weitgehend von der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung ab⁷⁰. Das Versprechen des Zusagenden kann sich insbesondere «auf eine beliebige Leistung beziehen»⁷¹.

84 Wenn der Garantievertrag als «qualifiziert» anzusehen ist, wenn also eine vertragliche Beziehung besteht zwischen dem Begünstigten und dem Dritten, dann kann davon ausgegangen werden, dass eine Sicherstellung im eigentlichen Sinne vorliegt⁷². Das Entscheidende beim Garantievertrag ist der unabhängige Charakter der Verpflichtung: Im Gegensatz zum Bürgen, der sich akzessorisch an die Hauptschuld bindet, hat der Garantievertrag von vornherein den Charakter einer Hauptverpflichtung⁷³.

85 Es ist wichtig zu erwähnen, dass aufgrund des unabhängigen Charakters der Hauptverpflichtung des Garantievertrages dieser im Fall der Nichtigkeit und Ungültigkeit des Hauptvertrages nicht automatisch erlischt⁷⁴. Weiterhin ist festzuhalten, dass die geläufigste Form des Garantievertrags die Bankgarantie ist⁷⁵.

86 Beim Garantievertrag handelt es sich um eine Form der Sicherstellung, die in der Praxis zum Einsatz kommt. Dabei handelt es sich in der Regel um eine Garantie, die durch die Muttergesellschaft des Unternehmens gegeben wird, das die Sicherstellung im Sinne von Artikel 32dbis USG leisten muss, oder gegebenenfalls auch durch ein anderes Unternehmen der betreffenden wirtschaftlichen Unternehmensgruppe. Sofern es sich bei dem Unternehmen um eine schweizerische Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns handelt, ist es oftmals die Dachgesellschaft der in der Schweiz tätigen Tochter, die sich bereit erklärt, einen Garantievertrag abzuschliessen. In jedem Fall ist bei dieser Form der Sicherstellung davon auszugehen, dass das sicherstellende Unternehmen über eine ausreichende Finanzkraft verfügt.

2.2.2 Bankgarantie

87 Das Obligationenrecht erwähnt die Bankgarantie nicht explizit, sondern höchstens in Gestalt des Art. 111 OR, wo es um den Garantievertrag geht. Die Banken und anderen Kreditinstitute stellen daher üblicherweise Allgemeine Geschäftsbedingungen oder spezielle Vertragsformulierungen zu diesem Thema bereit⁷⁶.

⁷⁰ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7150.

⁷¹ Eine Liste möglicher beispielhafter Leistungen siehe Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7146.

⁷² Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7139.

⁷³ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7141.

⁷⁴ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7159.

⁷⁵ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7147.

⁷⁶ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7162.

88 Die Bankgarantie wird definiert als «die von einer Bank oder einem anderen Institut ähnlicher Natur dem Begünstigten gegenüber unwiderruflich eingegangene Verpflichtung zur Erbringung einer geldlichen Leistung für den Fall, dass ein Dritter seine Verpflichtungen ihm gegenüber nicht erfüllt»⁷⁷. Der Begünstigte ist im Prinzip der aktuelle oder künftige Gläubiger des Dritten, sodass die Bankgarantie als qualifizierter Garantievertrag angesehen werden kann⁷⁸.

89 Hierbei sind drei Rechtsbeziehungen zu unterscheiden:

- die Rechtsbeziehung zwischen dem Auftraggeber (dem Hauptschuldner) und dem Begünstigten (dem Hauptgläubiger); diese Beziehung besteht unabhängig von der Sicherstellung und kann sich aus verschiedenen Vertragsbeziehungen (Verkauf, Unternehmung, Kredit) ergeben;
- die Rechtsbeziehung zwischen der Bank (dem Sicherstellenden) und dem Begünstigten, bei der es sich um den Gegenstand der Sicherstellung handelt;
- und schliesslich die Rechtsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und der Bank, die auf der zwischen ihnen bestehenden Vertragsbeziehung gründet und die Eröffnung eines Sicherstellungskredits nach sich zieht⁷⁹.

90 Die Bankgarantie kann die Form einer ordentlichen oder dokumentarischen Sicherstellung annehmen oder eine auf erste Aufforderung oder Begehren zu erfüllende Sicherstellung⁸⁰. Letztere kommt in der Praxis sehr häufig vor. Dabei ist die einzige Bedingung, dass der Begünstigte die Zahlung fordert, um das Fälligwerden der Leistung zu bewirken⁸¹.

91 Es ist wichtig, auf einige Unterschiede zwischen der Bankgarantie und der Bürgschaft hinzuweisen. Der Artikel 493 OR ordnet die Gültigkeit der Bürgschaft einigen restriktiven Bedingungen unter, insbesondere in Bezug auf die Form, während die Zusage der Bankgarantie frei vereinbart werden kann⁸². Ferner kann der Hauptgläubiger die Bürgschaft erst abrufen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Demgegenüber kann er den Sicherstellenden der Bankgarantie direkt belangen⁸³. Schliesslich

⁷⁷ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7170.

⁷⁸ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7170.

⁷⁹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7171 ff.

⁸⁰ Über die verschiedenen Formen der Bankgarantie, siehe Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7175-7178.

⁸¹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7178.

⁸² Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7183.

⁸³ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7183.

hat die Bürgschaft im Gegensatz zur Bankgarantie gegenüber der Hauptschuld akzessorischen Charakter. Die Bankgarantie ist im Prinzip unabhängig⁸⁴. Dies bedeutet, dass die Leistung garantiert ist, unabhängig davon, ob sie fällig ist oder nicht⁸⁵. In Fällen, in denen hinsichtlich der Eigenschaft eines Vertrages über die Leistung von Sicherheiten Zweifel bestehen, neigt die Rechtsprechung mehr zugunsten der Bürgschaft, weil sie dem Sicherstellenden einen besseren Schutz bietet⁸⁶.

92 Es sei darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 127 OR mit Ablauf von zehn Jahren alle Forderungen verjähren, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt. Dieser Artikel gilt auch für Bankgarantien, sofern keine besonderen Vorschriften zur Anwendung kommen⁸⁷. Es bleibt eine Kontroverse hinsichtlich der Bestimmung des *Anfangstages der Verjährungsfrist*. Nach Art. 130 OR beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung. Im vorliegenden Fall ab dem Zeitpunkt, ab dem die (fällig gewordene) Leistung des Dritten nicht erfüllt worden ist⁸⁸. Einige wenige Autoren vertreten die Ansicht, dass der *Anfangstag der Verjährungsfrist* mit dem Tag der Zusage der Bankgarantie zusammenfallen kann⁸⁹.

3. Realsicherheiten

93 Sicherheiten sind als Realsicherheiten anzusehen, wenn sie dem Begünstigten ein dingliches Recht über eine Sache verschaffen, das dieser geltend machen kann, wenn der Schuldner seine zugesagte Leistung nicht erfüllt⁹⁰. Es handelt sich um Pfandrechte und die Übertragung von Eigentum als Sicherheiten.

3.1 Grundpfandrechte: Allgemeines

94 Beim Grundpfandrecht handelt es sich um «ein begrenztes dingliches Recht, das es seinem Inhaber erlaubt, eine verpfändete Liegenschaft zu verwerten, um die Zahlung der sichergestellten Forderung zu bewirken»⁹¹. Das Grundpfandrecht ermöglicht es dem Pfandgläubiger, die verpfändete Sache zu seinen Gunsten zu verwerten, wenn die Forderung nicht erfüllt wird⁹². Das Grundpfandrecht umfasst, ähnlich der anderen dinglichen Rechte, ein Recht des Hypothekargläubigers, sich an das verpfändete

⁸⁴ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7183.

⁸⁵ Siehe auch Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7204: der Grundsatz, wonach «die Gültigkeit der Sicherstellung nicht von der Gültigkeit der Ausgangsverpflichtung abhängt», muss differenziert betrachtet werden, wenn diese Verpflichtung in Gänze nichtig ist.

⁸⁶ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7187.

⁸⁷ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7224.

⁸⁸ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7224.

⁸⁹ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 7224; vgl. z.B. Develioglu: Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Etude de droit suisse et de droit turc (Betrachtung der unabhängigen Sicherheiten im Lichte der Regeln für die Bürgschaft, Studie des schweizerischen und türkischen Rechts), Doktorarbeit, Neuenburg, Bern 2006, S. 413.

⁹⁰ Tercier/Favre/Eigenmann, N. 6758.

⁹¹ Steinauer, Les droits réels (Dingliche Rechte) Bd. III, 4. Ausg., Bern 2012, N. 2619.

⁹² Steinauer, Bd. III, N. 2619.

Grundstück zu halten, auch wenn es auf einen Dritten übergegangen ist (Gläubigerfolgerecht), sowie ein Vorzugsrecht. Das Gläubigerfolgerecht bewirkt, dass auch ein neuer Eigentümer einer mit einem Grundpfand belasteten Liegenschaft die Verwertung derselben erleiden muss, um den Gläubiger zu befriedigen; und um dieses Ergebnis zu vermeiden, ist er gezwungen, die garantierte Schuld selbst zu bezahlen⁹³. Das Vorzugsrecht hingegen «erlaubt es dem Pfandgläubiger, sich aus dem Erlös der Verwertung der Liegenschaft zu befriedigen, indem er von seinem Vorrang vor den Chirographargläubigern profitiert, welche die Liegenschaft ansonsten ebenfalls in Beschlag nehmen würden»⁹⁴.

95 Artikel 793 ZGB schreibt zwei Formen des Grundpfandrechts vor: die Hypothek und den Schuldbrief. Beide Formen «garantieren eine Forderung, für die deren Schuldner mit seinen sämtlichen Vermögenswerten einsteht»⁹⁵. Es sei betont, dass die Vertragsparteien in der Wahl der Formen des Grundpfandrechts, das sie bestellen wollen, frei sind⁹⁶.

96 Ein Grundpfandrecht kann lediglich eine Forderung in Geld sicherstellen, und zwar im Grundsatz eine Forderung wie in Art. 794 Abs. 1 ZGB ausgeführt⁹⁷. Es ist jedoch möglich, ein Grundpfandrecht (in Form einer Hypothek) zu bestellen, um eine nicht näher bestimmte oder sogar zukünftige oder auch allfällige Forderung sicherzustellen⁹⁸. Die vereinbarenden Parteien müssen demnach auf der Grundlage von Art. 794 Abs. 2 ZGB einen Höchstbetrag für das Grundpfand angeben. Man spricht in diesem Fall von einer Maximalhypothek. Die Angabe eines bestimmten Betrages (bzw. eines Höchstbetrages für die Hypothek) für die Forderung ist eine Voraussetzung für die Gültigkeit des Grundpfandrechts⁹⁹.

97 Es ist auch möglich, zur Sicherstellung ein und derselben Schuld ein Grundpfand für mehrere Liegenschaften zu bestellen. Man spricht dann von einem Gesamtpfandrecht. Dieses Gesamtpfandrecht impliziert eine Aufteilung der Sicherstellung über mehrere Liegenschaften (Art. 798 Abs. 2 und 3 ZGB). Unter bestimmten Bedingungen können allerdings auch mehrere Liegenschaften für die Gesamtschuld mit einem Grundpfand belastet werden (Art. 798 Abs. 1 ZGB)¹⁰⁰.

⁹³ Steinauer, Bd. III, N. 2622.

⁹⁴ Steinauer, Bd. III, N. 2622; siehe auch Steinauer, Bd. III, N. 2585 f.

⁹⁵ Steinauer, Bd. III, N. 2618.

⁹⁶ Steinauer, Bd. III, N. 2629.

⁹⁷ Steinauer, Bd. III, N. 2642.

⁹⁸ Steinauer, Bd. III, N. 2643.

⁹⁹ Steinauer, Bd. III, N. 2644.

¹⁰⁰ Steinauer, Bd. III, N. 2661 ff.

3.2 Hypothek (Grundpfandverschreibung)

- 98 Die Hypothek (Grundpfandverschreibung) ist Gegenstand von Art. 824 bis 841 ZGB und ist als Nebenrecht definiert, das an das Hauptrecht, nämlich die Forderung, gebunden ist. Die Forderung ist im Übrigen eigenständig, d.h., sie ist vom Grundpfand zu unterscheiden¹⁰¹. Nach Massgabe des Art. 824 Abs. 1 ZGB kann es sich bei der sichergestellten Forderung um eine gegenwärtige, zukünftige oder lediglich mögliche Forderung handeln. Der Art. 824 Abs. 2 ZGB ergänzt, dass die verpfändete Liegenschaft nicht unbedingt im Eigentum des Schuldners sein muss. Wenn der Betrag der Forderungen unbestimmt oder variabel ist, müssen die Parteien einen gemäss Art. 825 Abs. 1 ZGB garantierten Höchstbetrag festlegen, damit der Grundsatz der Besonderheit der Grundpfandrechte gewahrt bleibt¹⁰². Die Hypothek eignet sich also gut für die Sicherstellung einer Forderung, die einer eventuellen Haftung nachgelagert ist¹⁰³.
- 99 Nach Art. 826 ZGB kann der Eigentümer der belasteten Liegenschaft vom Gläubiger verlangen, dass er die Löschung einer untergegangenen Forderung bewilligt. Das Erlöschen der sichergestellten Forderung unterbindet somit «jede Art materiellen Zugriffs auf die Eintragung der Hypothek»¹⁰⁴.
- 100 Des Weiteren kann das kantonale Recht dem Gläubiger aufgrund von Art. 836 Abs. 1 ZGB für Forderungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der belasteten Liegenschaft stehen, einen Anspruch auf ein Pfandrecht einräumen. Dies wird als gesetzliches Grundpfandrecht bezeichnet. Dieser Artikel öffnet das Instrument der Hypothek für Forderungen, die sich auf das öffentliche Recht gründen. Andererseits aber beschränkt die Bestimmung die kantonale Gesetzgebungskompetenz auf Hypotheken von Forderungen ausschliesslich in Verbindung mit der belasteten Liegenschaft¹⁰⁵. Das Vorhandensein eines gesetzlichen Grundpfandrechts bedingt ausdrücklich eine kantonale Rechtsgrundlage, denn dieses Grundpfand hat in der Tat gesetzlichen Charakter, weil sich sein Rechtstitel aus dem Gesetz selbst ergibt¹⁰⁶. Damit eine Forderung darüber hinaus in einem direkten Zusammenhang steht mit der belasteten Liegenschaft, genügt es nicht, dass «der Schuldner der Forderung Immobilieneigentümer ist oder seine Geschäftstätigkeit mit Liegenschaften ausübt. Entscheidend ist, dass die sichergestellte Forderung ihren Ursprung ausschliesslich in dem konkreten Grundbesitz hat»¹⁰⁷. Die meisten der kantonalen Rechtsvorschriften dehnen die Sicherstellung, die das gesetzliche Grundpfandrecht bietet, auf weitere

¹⁰¹ Steinauer, Bd. III, N. 2630.

¹⁰² Steinauer, Bd. III, N. 2805.

¹⁰³ Steinauer, Bd. III N. 2805; z.B. für die Forderung des Staates gegenüber einem verantwortlichen Funktionsträger.

¹⁰⁴ Steinauer, Bd. III, N. 2813.

¹⁰⁵ Abbet, L'hypothèque légale en garantie des créances de droit public (Das gesetzliche Grundpfandrecht als Sicherstellung für öffentlich-rechtliche Forderungen), RDAF 2009 II 405 ff. S. 406.

¹⁰⁶ Abbet, S. 406.

¹⁰⁷ Abbet, S. 410.

Forderungen des öffentlichen Rechts im Zusammenhang mit Immobilien aus. Diese umfassen insbesondere fällige Forderungen aus der Erbschaftssteuer und auf Schenkungen in Verbindung mit der Veräusserung der belasteten Liegenschaft, oder für Forderungen aus allgemeinen Steuern auf Einkommen oder Gewinne, welche die Erlöse aus der Liegenschaft betreffen.¹⁰⁸ Die Kantone sehen diese Art der Forderungssicherstellung auch beispielsweise für die obligatorischen Brandschutzversicherungsprämien für Immobilien vor, für die öffentlich-rechtlichen Gebühren für die Wasserversorgung und Abwasserreinigung, für die Instandhaltung des öffentlichen Strassenraums oder für Massnahmen zur Ersatzvornahme¹⁰⁹.

101 Es ist anzumerken, dass der Rückgriff auf das gesetzliche Grundpfandrecht für die Kantone von Interesse sein kann, weil es eine privilegierte Sicherstellung in dem Sinn ist, «dass es gegenüber sämtlichen übrigen bestehenden Pfandrechten auf Liegenschaften bevorzugt ist»¹¹⁰. Damit ist dieses Instrument den vertraglichen Pfandrechten, aber auch den anderen gesetzlichen direkten und indirekten Pfandrechten überlegen.

3.3 Der Schuldbrief

102 Gemäss Art. 842 Abs. 1 wird durch den Schuldbrief eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist. Der Schuldner steht hier für die Schuld ein, die nicht nur durch die belastete Liegenschaft besichert ist sondern zusätzlich durch seine sämtlichen Vermögenswerte, ähnlich dem Schuldner einer Forderung, die durch eine Hypothek sichergestellt ist¹¹¹. Der Schuldner kann gemäss Art. 844 ZGB ausserdem auch eine andere Person als der Eigentümer der belasteten Liegenschaft sein. Im Gegensatz zur Hypothek umfasst der Schuldbrief sowohl die garantierte Forderung als auch das Grundpfandrecht. Er ermöglicht daher die Sicherstellung einer Forderung, aber auch die Mobilisierung des Grundstückwertes.¹¹² Die durch den Schuldbrief sichergestellte Forderung und das Grundpfandrecht bilden ein Ganzes, und die Forderung kann nicht unabhängig vom Pfandrecht bestehen¹¹³.

103 Es ist wichtig hervorzuheben, «dass im Gegensatz zur Hypothek, bei der es sich um ein einfaches Grundpfandrecht handelt, der Schuldbrief demnach eine neue Forderung beinhaltet, die zusammen mit dem Pfandrecht, das den Schuldbrief garantiert, eine von der Rechtsgrundlage, die Gläubiger und Schuldner aneinander bindet, unterschiedliche Rechtspersönlichkeit bildet»¹¹⁴.

¹⁰⁸ Abbet, S. 411 f.

¹⁰⁹ Abbet, S. 412.

¹¹⁰ Abbet, S. 413.

¹¹¹ Steinauer, Bd. III, N. 2634.

¹¹² Steinauer, Bd. III, N. 2635.

¹¹³ Steinauer, Bd. III, N. 2636.

¹¹⁴ Steinauer, Bd. III, N. 2928.

4. Andere Arten von «Sicherstellungen»

4.1 Rückstellungen in der Bilanz

104 Unter «Rückstellung» ist ein bestimmter Betrag zu verstehen, der auf der Passivseite der Bilanz des Unternehmens explizit ausgewiesen und für die Zahlung einer noch nicht fälligen Belastung reserviert ist. Eine Rückstellung kann für allgemeine Fälle (bezieht sich auf sämtliche Aktivitäten des Unternehmens) oder für bestimmte Fälle (bezieht sich auf ein spezielles allfälliges finanzielles Risiko) gebildet werden. Das Umweltrecht kennt diese Art der «Sicherstellung»: So kann beispielsweise der Betreiber einer Deponie nach Art. 32b Abs. 1 USG durch die Ausweisung von Rückstellungen in seiner Buchhaltung eigenständig eine Sicherstellung konstituieren.

105 Die Rückstellung ist nicht im eigentlichen Sinne eine «Sicherstellung» nach Art. 32dbis USG. Sie kann von der Behörde allerdings als solche anerkannt werden, wenn sie in einem bestimmten Fall aufgrund der weit gefassten Formulierung des Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG als «angemessen» erscheint. Umgekehrt hingegen kann die Behörde den Betroffenen nicht zur Bildung einer Rückstellung in seiner Bilanz zwingen, wenn er beispielsweise bereit ist, eine Sicherstellung seitens eines Dritten beizubringen. Eine kantonale Anwendungsbestimmung, die einen solchen Zwang auferlegt, würde unseres Erachtens gegen das Bundesrecht verstossen¹¹⁵.

106 Bevor sich die Behörde mit einer Rückstellung zufrieden gibt, ist sie gut beraten, zunächst zu überprüfen, ob die folgenden kumulativen Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Die zurückgestellten Beträge müssen explizit für die Sicherstellung von Kosten gemäss Art. 32d^{bis} USG bestimmt sein. (2) Die zurückgestellten Beträge müssen frei verfügbar sein. Hier besteht das Risiko, dass das betreffende Unternehmen einen Rückstellungsposten für sämtliche seiner allfälligen Umweltschutzverfahren (in der Schweiz) bildet und dass die Kosten für den konkreten Fall aufgrund anderer zuvor regulierter Fälle nicht mehr abgedeckt sind. (3) Der Rechnungsprüfer des Unternehmens muss jedes Jahr aufs Neue die Verfügbarkeit der Rückstellung attestieren. Die Behörde teilt dem Unternehmen den genauen Wortlaut des erforderlichen Testats mit.

4.2 Gesamtschuldnerische Haftung

107 Unter dem Begriff gesamtschuldnerische Haftung ist der Umstand zu verstehen, dass ein Unternehmen – bei dem es sich um ein anderes als das Unternehmen handelt, von dem die Bestellung einer Sicherstellung nach Art. 32d^{bis} USG gefordert wird – förmlich anerkennt, dass es die gleichen Verpflichtungen hat wie letztgenanntes und dass es für diese die unmittelbare Haftung zu denselben Bedingungen und mit seinem gesamten Vermögen übernimmt. Die Behörde hat somit die Option, die Kosten

¹¹⁵ Bezüglich einer ähnlichen Situation hinsichtlich der Sicherstellung einer Wiederaufforstung: siehe Entscheid des BG vom 25. Juli 2012 (1C_67/2012), DEP 2013, S. 52.

der Untersuchung, Überwachung und Sanierung dem einen oder dem anderen Unternehmen aufzuerlegen.

108 Sofern das gesamtschuldnerisch haftende Rechtsgebilde (beispielsweise die Muttergesellschaft) finanziell solide ist, kann diese Lösung in nutzbringender Weise eine Sicherstellung ersetzen: (1) Die Behörde kann es vermeiden, die Verfahrenskosten vorstrecken zu müssen. (2) Wenn der Verursacher der ökologischen Belastung mittellos wird, kann die Behörde den solidarisch Haftenden heranziehen. (3) Es besteht eine Affinität zwischen dem Rechtsgebilde, welches die Entscheidungsbefugnis bezüglich der im Zuge des Verfahrens unweigerlichen Verhandlungen und Aussprachen innehat, und dem Rechtsgebilde, das für allfällige Kosten aufzukommen hat.

109 Die gesamtschuldnerische Haftung ist eindeutig keine «Sicherstellung» im Sinne von Artikel 32d^{bis} USG. Daher gelten die zu den Rückstellungen gemachten Anmerkungen (siehe oben Ziff. 4.1) auch hier: Der Staat kann ein Drittunternehmen nicht dazu zwingen, gesamtschuldnerisch zu haften. Diese gesamtschuldnerische Haftung muss Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung sein.

4.3 Versicherung

110 Im Rahmen des Konsultationsverfahrens des Gesetzesentwurfs zu Art. 32d^{bis} USG hat der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) in seiner Stellungnahme geltend gemacht, dass die Versicherung seiner Ansicht nach nicht das geeignetste Mittel ist, um die Kosten der Untersuchung, Überwachung und Sanierung sicherzustellen. Im Übrigen kann in Frage gestellt werden, ob es überhaupt möglich ist, einen belasteten Standort, von dem schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind, gegen mögliche Schäden zu versichern¹¹⁶. Schliesslich ist es schwer vorstellbar, dass eine Versicherung für einen Umweltverschmutzungsfall einsteht, der bereits eingetreten ist. Die Situation ist daher eine ganz andere als beispielsweise im Fall eines Deponiebetriebes, für den Art. 32b USG die Versicherung als eine der Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsbewilligung anführt. Weiterhin ist zu bedenken, dass die Versicherung keine praktikable Form der Sicherstellung im Sinne von Artikel 32d^{bis} USG darstellt.

VI. Empfehlungen

111 Aus der vorstehenden Analyse ergibt sich, dass die Sicherstellung entsprechend Art. 32d^{bis} Abs. 1 und 2 USG ganz genauen Voraussetzungen unterliegt. Demnach kann sie nur dann gefordert werden, wenn die Vollzugsbehörde in der Lage ist, die Eigenschaft des Sicherstellenden als Verursacher, seinen Anteil an der Verantwortung

¹¹⁶ Zur Versicherung als Sicherstellung in Verbindung mit den Kosten beaufsichtigter Deponien, siehe Romy, zu Art. 32b USG, N. 20 in: Moor/Favre/Flückiger (Hsg.), Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG), Bern 2010; siehe auch Tschannen, zu Art. 32b USG, N. 13, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Ausg., Zürich/Basel/Genf 2004.

hierfür sowie ein Ausfallrisiko desselben plausibel darzulegen. Die Zusammenführung dieser Elemente kann je nach der Komplexität des Einzelfalles und dem Fortgang der Untersuchungen gewisse Zeit in Anspruch nehmen.

112 Im Zwischengang des Verfahrensablaufs, d.h., solange die Voraussetzungen für eine Sicherstellung nicht gegeben sind und diese nicht bereitgestellt ist, verfügen die Vollzugsbehörden über eine Reihe von Massnahmeninstrumenten bezüglich Information, Prävention und Intervention, die sie einsetzen können, um in bestmöglicher Weise die Gefahr zu reduzieren, mit Ausfallkosten konfrontiert zu werden.

113 Diese Massnahmeninstrumente wurden bereits in unserem Rechtsgutachten von 2008 beschrieben. Es enthält einen für die Vollzugsbehörden bestimmten Katalog empfohlener Massnahmen. Die Vollzugsbehörden haben somit die Möglichkeit, die ihnen für den jeweiligen Einzelfall geeignet erscheinenden Massnahmen auszuwählen, insbesondere unter Berücksichtigung der Bedeutung des Dossiers und der finanziellen Risiken, die sich daraus für das Gemeinwesen ergeben können. Die wichtigsten dieser Massnahmen seien nachfolgend noch einmal aufgeführt.

1. Einholung von Informationen

114 Den Vollzugsbehörden wird empfohlen, die nachfolgenden Informationen möglichst umfassend zu sammeln:

- Zusammentragen in den einzelnen Kantonen der Dossiers, bei denen die Risiken und potenziellen finanziellen Gefahren hinreichend bedeutend sind, um den hier vorgeschlagenen Katalog von Massnahmen zur Prävention und Intervention umzusetzen.
- Zusammentragen aller verfügbaren Informationen zu den betreffenden ausgewählten Dossiers, um die Vorgeschichte der Eigentümer und Betreiber der betroffenen Grundstücke möglichst lückenlos rekonstruieren zu können.

115 Diese Informationen sollten Aufschluss geben über die folgenden Elemente:

116 Im Fall von Unternehmen: (1) Namen und Namensänderungen; (2) Firmensitz und Änderung des Firmensitzes; (3) Geschäftsführer; (4) wichtigste Firmenleitungsorgane; (5) Hauptanteilseigner. Letztere Information ist ohne die Mitwirkung des betreffenden Unternehmens nicht leicht zu erhalten; (6) im Fall von Unternehmensgruppen: die wichtigsten Konzerngesellschaften und das Stammhaus bzw. die Holding-Gesellschaft; (7) vom Unternehmen üblicherweise in Anspruch genommene Notare.

117 Bei natürlichen Personen: Vorgänger-Inhaber, Nachfolger-Inhaber und gesetzliche Erben; Beteiligungen an kollektiven Strukturen (Partnerschaften, Personengesellschaften, Gemeinschaftseigentumsstrukturen).

- 118 Die Erhebung dieser Informationen ist nicht einfach und mit erheblichem Arbeitsaufwand verbunden. Wir können nur empfehlen, diese Dimension in die Vereinbarungen einzubeziehen, die regelmässig zwischen den Gebietskörperschaften und den Beteiligten der anderen Seite während der gesamten Dauer des Verfahrens zur Untersuchung und schliesslich Sanierung abgeschlossen werden. Diese Vereinbarungen dienen im Allgemeinen dem Zweck, die Modalitäten der Sanierung festzulegen, die Einsprüche gegen den Sanierungsplan bzw. den Sonderflächennutzungsplan beizulegen, die Baugenehmigung für die erforderlichen technischen Einrichtungen zu erteilen, die Beziehungen zwischen allen beteiligten Gebietskörperschaften (insbesondere zwischen dem Kanton und der Gemeinde, auf dessen Gemarkung sich der zu sanierende Standort befindet) zu regeln, bis in manchen Fällen hin zur Aufteilung der Kosten der Untersuchung oder Sanierung zwischen den verschiedenen Beteiligten (einschliesslich deren Versicherer).
- 119 Das Zusammentragen dieser Informationen kann allerdings auch auf den Widerstand der jeweils Betroffenen stossen. Sollte dies der Fall sein, stehen den Behörden die folgenden Rechtsmittel zur Verfügung: (1) Der Art. 46 USG sieht eine Verpflichtung des Einzelnen zur Erteilung der für den Vollzug erforderlichen Auskünfte an die Behörden vor. Unserer Meinung nach ist es nicht möglich, sich der Anwendung dieses Artikels zu widersetzen, indem man sich darauf beruft, dass der Staat solchermassen bereitgestellte Informationen auch für die Wahrung seiner finanziellen Eigeninteressen verwendet. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass sämtliche erteilten Informationen durch das Amtsgeheimnis gedeckt sind (Art. 47 Abs. 3 USG); (2) im Grossen und Ganzen wird das gleiche Ergebnis erzielt, wenn man die in den kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetzen und dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (vgl. Art. 13 VwVG) festgeschriebene allgemeine Mitwirkungspflicht heranzieht; (3) falls erforderlich, kann der Staat einen besonderen Verwaltungsentscheid über die Verpflichtung zur Beibringung der benötigten Informationen erlassen. Diese Mitwirkungspflicht kann insbesondere in dem nachfolgend (Ziff. 4) erläuterten Feststellungsentscheid in der Weise Erwähnung finden, dass sämtliche Verursacher gezwungen werden können, der Behörde über sämtliche ihre Situation beeinflussenden Veränderungen Auskunft zu erteilen; (4) der Staat kann die betreffenden Parteien darüber in Kenntnis setzen, dass deren Verweigerung der Mitwirkung den Entscheid über die Kostenaufteilung zu deren Nachteil beeinflussen wird; der Art. 13 Abs. 2 VwVG sieht ausdrücklich die Möglichkeit für die Behörde vor, die Verweigerung der Mitwirkung der betreffenden Parteien insbesondere durch die Möglichkeit des Entscheids nach Aktenlage in ihre Überlegungen mit einzubeziehen (vor allem bezüglich des Feststellungsentscheids wie nachfolgend ausgeführt); (5) schliesslich kann der Staat der sich widersetzenden Partei in Erinnerung bringen, dass das USG strafrechtliche Sanktionen für diejenigen vorsieht, die das Gesetz missachten (gemäss Art. 60 ff., insbesondere Art 61 Abs. 1 Buchst. o, wenn der Betreffende die von der zuständigen Behörde verlangten Auskünfte verweigert, oder auch Art 60 Abs. 1 Buchst. q und Art. 61 Abs. 1 Buchst. i, wenn Vorschriften über die Entsorgung von Abfällen verletzt werden).

120 Darüber hinaus kann die Umweltschutzbehörde die bestehende Gefährdung staatlicher Interessen geltend machen und von den Unternehmen, die sich an den Sanierungskosten beteiligen müssen, verlangen, (1) die Behörden über sämtliche wichtigen Änderungen in Verbindung mit ihrem Status zu informieren, und (2) vor der Übernahme ihrer Verpflichtungen durch einen Dritten eine staatliche Bewilligung einzuholen (siehe Art. 175 Abs. 1 OR, Schuldübernahme). Konkret gestellt werden diese Anforderungen im Rahmen der erteilten Entscheide bezüglich der laufenden Untersuchungs- und Sanierungsverfahren, insbesondere im Rahmen des Entscheids zur Einleitung des Verfahrens.

121 Sobald diese Informationsplattform steht, kann sie als Warnsystem dienen (z.B. mittels eines Pushsystems) für sämtliche an den nachfolgend erläuterten, eine gewisse Koordination erforderlichen Massnahmen zur Prävention und Intervention beteiligten Kantonsbehörden.

122 Dieses Informationsregime bietet unter dem Gesichtspunkt des materiellen Rechts noch zwei weitere Vorteile: (1) Es versetzt den Verursacher durch Verhalten in eine wesentlich schwierigere Position bei der Beweisführung seines guten Willens, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass er Vorkehrungen getroffen hat, um sich seiner Verpflichtungen zu entziehen. (2) Im Fall der Übertragung des Unternehmens oder Vermögens auf einen neuen Eigentümer ist die Behörde zu der Annahme berechtigt, dass sich die an dem Rechtsgeschäft Beteiligten in einer Weise verhalten, wie dies einem normalen Gang der Dinge entspricht. So ist die Behörde berechtigt anzunehmen, dass das Unternehmen, welches den Produktionsbetrieb übernommen hat, sowohl die gesamten Vermögenswerte als auch sämtliche Verbindlichkeiten übernommen hat. Dabei liegt die Beweislast für das Widerlegen (oder teilweise Widerlegen) dieser behördlichen Annahme beim neuen Eigentümer.

2. Massnahmen zur Prävention

123 Die Zusammenarbeit zwischen den kantonalen Verwaltungsbehörden (Grundbuch, Handelsregister, Raumordnungsbehörde) ist notwendig, um sämtliche Möglichkeiten zu nutzen, damit für das Gemeinwesen nachteilige geschäftliche Operationen verhindert werden können. Diese präventiven Massnahmen stützen sich auf die normalen Kompetenzen der beteiligten Dienststellen.

124 Es sei angemerkt, dass der neue Art. 32d^{bis} Abs. 3 und 4 USG, der seit dem 1. Juli 2014 in Kraft ist, Folgendes vorsieht:

3 Die Veräusserung oder die Teilung eines Grundstücks, auf dem sich ein im Kataster der belasteten Standorte eingetragener Standort befindet, bedarf der Bewilligung der Behörde. Die Bewilligung wird erteilt, wenn:

a. vom Standort keine schädlichen oder lästigen Einwirkungen zu erwarten sind;

b. die Kostendeckung für die zu erwartenden Massnahmen sichergestellt ist; oder

c. ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Veräusserung oder an der Teilung besteht.

4 Die kantonale Behörde kann im Grundbuch auf dem betroffenen Grundstück die Eintragung im Kataster anmerken lassen.

- 125 Diese Bestimmung bietet fortan eine Rechtsgrundlage auf der Ebene des Bundes, die es der zuständigen Kantonsbehörde erlaubt, auf Begehren im Grundbuch sämtliche belasteten Liegenschaften mit dem Vermerk versehen zu lassen, dass diese im Kataster der belasteten Standorte verzeichnet sind und saniert werden müssen. Der Vermerk blockiert nicht die Übertragung von Liegenschaften und hat keine juristischen Auswirkungen auf die mit den betreffenden Immobilien verbundenen dinglichen Rechte.
- 126 Der Vermerk kann nicht die Verhinderung der Aufgabe einer belasteten Liegenschaft durch Dereliktion durch seinen Eigentümer bewirken (Verzicht auf dessen Eigenschaft als Eigentümer durch Antrag auf entsprechenden Eintrag im Grundbuch). Selbst wenn der Betreffende nicht mehr Eigentümer ist, verliert er nicht seine Eigenschaft als Verursacher durch Verhalten.
- 127 Im Übrigen kann das Grundbuchamt die Umweltschutzbehörde über sämtliche die jeweiligen Liegenschaften betreffenden Anträge auf Eintragungen (Eigentumsübertragung, Eintragung von Dienstbarkeiten oder Pfandrechten) auf dem Weg der Amtshilfe informieren.
- 128 Im Vorfeld dieser Massnahmen kann die kantonale Umweltschutzbehörde einen Entscheid über die Einleitung des Verfahrens fällen, das folgende Punkte umfasst:
- (a) Die Ankündigung des Beginns der Untersuchungen. Ein Entscheid solchen Inhalts hat, sofern er schnellstmöglich getroffen wird, erheblichen Einfluss auf die Bestrebungen Dritter, eine zu sanierende Liegenschaft zu erwerben oder eine Beteiligung an den betroffenen Unternehmen anzustreben. Das laufende Verfahren wird dann Bestandteil des «Due-Diligence»-Prozesses, den diese Dritten mit Sicherheit durchführen werden.
 - (b) Eine Liste sämtlicher von dem Behördenvorgehen Betroffener, welche darüber in Kenntnis gesetzt werden, dass sie fortan Verfahrensbeteiligte sind und somit über die entsprechenden Rechte verfügen (im Wesentlichen das Recht auf Einsicht ins Dossier). Der Entscheid umfasst auch einen Vorbehalt hinsichtlich aller im Verlauf des Verfahrens (insbesondere infolge allfälliger Eigentümerwechsel) neu hinzukommenden Parteien. Dieser Vorbehalt entbindet die Behörde nicht von ihrer Pflicht, in jedem Fall auch diese entsprechenden Parteien über

diesen Entscheid zu benachrichtigen. Allerdings entbindet sie der Vorbehalt von der Pflicht, diese Benachrichtigung an sämtliche bereits in das Verfahren einbezogene Parteien zu richten.

- (c) Die Unterscheidung zwischen den Inhabern des zu sanierenden Standorts (Art. 20 Abs. 1 Altlasten-Verordnung) und den Dritten, also all jenen Personen, von denen angenommen werden kann, dass deren Verhalten die Ursache der Umweltverschmutzung sein könnte (Art. 20 Abs. 2 Altlasten-Verordnung). Es ist demnach nicht notwendig, die beiden Kategorien im Rahmen zweier gesonderter Entscheide ausdrücklich voneinander zu trennen.
- (d) Der Rechtsgrundsatz der finanziellen Haftung sämtlicher Verursacher durch Verhalten, und damit die Bestätigung, dass im konkreten Fall die Adressaten des Entscheids auch als die Verantwortlichen benannt werden können. Es ist möglich, dass die Mitteilung eines solchen Entscheids die Bereitschaft der Adressaten zur Mitwirkung an den Untersuchungen minimiert. Es geht daher also darum, in dem Entscheid zum Ausdruck zu bringen, dass dieser nicht in eine bestimmte Richtung zielt, das Ergebnis des Verfahrens nicht vorwegnimmt und lediglich dem Zweck dient, den im konkreten Fall zur Anwendung kommenden gesetzlichen Verfahrensablauf in Erinnerung zu bringen.
- (e) Der Höchstbetrag der anfallenden Sanierungskosten und – sofern dies aufgrund der Umstände bereits möglich ist – der maximal mögliche Kostenanteil der einzelnen heranzuziehenden Partei. Dabei können grobe Schätzungen zur Anwendung kommen, verbunden mit einem Änderungsvorbehalt mit Blick auf allfällige neu auftauchende Umstände (was einer teilweisen Aufhebung des Entscheids gleichkäme).
- (f) Die Verpflichtungen zur Angabe von Informationen wie weiter oben (siehe Ziff. 2) ausgeführt, insbesondere in Bezug auf alle geschäftlichen Operationen, die geeignet sind, einen Wechsel der verfahrensbeteiligten Parteien herbeizuführen.
- (g) Den Umstand, dass die zuständige Behörde die Eintragung eines Vermerks im Grundbuch über die Existenz des belasteten Standorts und die den Eigentümern obliegende Verpflichtung zur Sanierung veranlasst.

129

Dieser Entscheid erfolgt ad hoc und ist nicht vom Antrag einer verfahrensbeteiligten Partei abhängig. Sobald dieser Entscheid gefällt ist, wird die Forderung fällig (auch dann, wenn der Entscheid aufgrund eingebrachter Beschwerden nicht endgültig ist, und auch dann, wenn noch nicht alle pendenten Klagen abgeschlossen sind). Dies gilt sowohl hinsichtlich des Verursachers durch Verhalten, der seine Organisationsstruktur verändert, als auch hinsichtlich des Verursachers in seiner Eigenschaft als Inhaber des Standortes, der die Liegenschaft verkauft.

3. Massnahmen zur Intervention

130 Zu den in unserem Rechtsgutachten von 2008 beschriebenen Interventionsmassnahmen ist anzumerken, dass das Entstehen einer Forderung des Staates für die Kosten der Untersuchung, Überwachung oder Sanierung ein erhebliches praktisches Interesse in den folgenden Fällen mit sich bringt:

- (a) Bei Liquidation oder Konkurs eines verursachenden Unternehmens.
- (b) Bei einer Aufforderung an die Gläubiger angesichts einer bevorstehenden Herabsetzung des Aktienkapitals (Art. 733 OR). Allerdings findet keine Aufforderung statt, wenn die Herabsetzung des Aktienkapitals im Rahmen eines Verfahrens zur Sanierung des Unternehmens erfolgt (Art. 735 OR).
- (c) Bei der Umwandlung eines Unternehmens zur Ausnutzung der Dreijahresfrist, während der die früheren Anteilsinhaber weiterhin persönlich für Verbindlichkeiten haften, die vor der Umwandlung fällig geworden sind.
- (d) Bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft (aufgrund Konkurs mit Aufforderung an die Gläubiger; vgl. Art. 573 Abs. 2 ZGB und Art. 49 SchKG) oder bei ihrer Annahme unter öffentlichem Inventar.
- (e) Bei Fusionen, um sicherzustellen, dass das übernehmende Unternehmen die Forderungen des Staates gewährleistet (Art. 25 FusG).

VII. Schlussfolgerungen

131 Die wichtigsten Elemente der vorstehenden Analyse sind nachstehend als Schlussfolgerungen zusammengefasst:

132 Eine Sicherstellung gemäss Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG darf von den Vollzugsbehörden gefordert werden, nicht jedoch von den Gebietskörperschaften, die letztendlich die Ausfallkosten übernehmen.

133 Bei dem Sicherstellenden handelt es sich um eine Person, welche die erforderlichen Massnahmen verursacht hat, also den Verursacher durch Verhalten und/oder den Verursacher in seiner Eigenschaft als Inhaber des Standortes im Sinn des Artikels 32d USG.

134 Eine Sicherstellung kann für Standorte gefordert werden, die im Kataster der Standorte verzeichnet sind, für die eine Untersuchung erforderlich ist, um festzustellen, ob eine Überwachung oder Sanierung nach Art. 5 Abs. 4 Buchst. b der Altlasten-Verordnung zu erfolgen hat, sowie für Standorte, für die eine Untersuchung, Überwachung oder Sanierung erforderlich ist.

- 135 Der Betrag der Sicherstellung wird für jeden Verursacher gemäss dem ihm jeweils zuzuschreibenden Anteil an der Verantwortung festgelegt. Dieser Anteil wird entsprechend den Grundsätzen der Aufteilung der Verantwortung wie in Art. 32d USG vorgegeben bestimmt.
- 136 Die Vollzugsbehörde muss das Ausfallrisiko des betreffenden Verursachers glaubhaft darlegen; hierfür sind allerdings entsprechende Anhaltspunkte ausreichend.
- 137 Der Betrag der Sicherstellung muss entsprechend den voraussichtlichen Kosten festgesetzt werden, die gemäss Kenntnisstand und auf der Grundlage vergleichbarer Fälle aufgestellt werden. Die Behörde muss die Höhe der Kosten der erforderlichen Massnahmen anhand einer nachvollziehbaren Schätzung plausibel darlegen. Es entspricht nicht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, sich automatisch und generell auf ein Worst-Case-Szenario zu stützen; ein solches muss wahrscheinlich sein.
- 138 Wenn sich die Umstände ändern und auch dann, wenn die Behörde phasenweise vorgeht, muss die Sicherstellung angepasst werden. Die Sicherstellung muss freigegeben werden, wenn der verursachende Sicherstellende sämtliche von ihm gemäss Art. 32d USG zu übernehmenden Kosten erstattet hat.
- 139 Die Vollzugsbehörden haben einen gewissen Ermessensspielraum, um unter den Möglichkeiten der Sicherstellung, die das Privatrecht bietet, die angemessenste Form auszuwählen. Dabei werden sie sich möglichst für Sicherstellungen entscheiden, die als unabhängig zu bezeichnen sind (wie etwa den Garantievertrag und die Bankgarantie).
- 140 Die Bereitstellung von Sicherstellungen kann Gegenstand einer Vereinbarung zwischen der Behörde und den betreffenden Verursachern sein. Sofern keine Vereinbarung zustande kommt, muss die Behörde einen Entscheid über die Bestellung von Sicherstellungen fällen. Das Recht auf Anhörung des verursachenden Sicherstellenden muss dabei beachtet werden.
- 141 Der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung hat vorläufigen Charakter und berührt nicht den nachfolgenden Entscheid über die Aufteilung der Kosten.
- 142 Der von dem Entscheid Betroffene ist berechtigt, dagegen Beschwerde einzulegen.
- 143 In der Regel hat das Einlegen einer Beschwerde auf der kantonalen Ebene automatisch aufschiebende Wirkung. Demgegenüber hat die Beschwerde beim Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG), sofern der Instruktionsrichter nicht anders befindet.
- 144 Das Versagen/Aufheben der aufschiebenden Wirkung kann angeordnet werden, wenn dies nach Abwägen der Interessen unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit aus nachvollziehbaren Gründen gerechtfertigt erscheint.

- 145 Aus der Sicht des Verfahrensrechts ist der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung ein Zwischenentscheid. Daraus folgt, dass die Beschwerde beim Bundesgericht (gegen den Entscheid der kantonalen Beschwerdebehörde) nur unter den restriktiven Bedingungen von Artikel 93 BGG zulässig ist.
- 146 Falls der Sicherstellende der von der zuständigen Behörde erlassenen Verfügung nicht Folge leistet und die Bereitstellung einer Sicherstellung verweigert, kann die Vollzugsbehörde auf das Mittel der Zwangsvollstreckung zurückgreifen, um die nach Art. 38 Abs. 1 SchKG geforderten Sicherheiten beizubringen. Dies ist möglich, sobald der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung vollstreckbar ist.
- 147 Über die von Art. 32dbis USG gebotenen Möglichkeiten hinaus und ganz allgemein solange die Voraussetzungen für eine Sicherstellung nicht gegeben sind, sollten die Vollzugsbehörden eine Reihe von Massnahmeninstrumenten bezüglich Information, Prävention und Intervention einsetzen, um in bestmöglicher Weise die Gefahr zu reduzieren, mit Ausfallkosten konfrontiert zu werden.

Zürich und Freiburg, Oktober 2014

Jean-Baptiste Zufferey

Isabelle Romy