

## § 17 DIE BUERGSCHAFT (OR 492-512)

### Literatur:

E. Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942; W. Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht, Berlin 1988; S. Giovanoli, Berner Kommentar, Band VI, 7. Teilband, Die Bürgschaft, Spiel und Wette, 2. A., Bern 1978; W. Girtanner, Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, historischdogmatisch dargestellt, Jena 1850; G./M./K., p. 521 - 550; T. Guhl, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942; Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. A., Thun 1977; B. Kleiner, Bankgarantie, 3. A., Zürich 1979; H. Koziol, Der Garantievertrag, Wien 1981; G. Scyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, in SPR VII/2, p. 315 ff.; P. Tercier, n. 3637 - 3956; A. v. Tuhr, Zum Regress des Bürgen, ZSR 42/1923, p. 101 ff.; A. Virchaux, Les coopérations de cautionnement en Suisse, Neuenburg 1983; A. Wacke, Zwei Probleme aus Formmängeln schweizerischer Bürgschaftserklärungen, SJZ 74 (1978), 17 ff.  
BGB §§ 765 - 778; HGB §§ 349 - 351

### I. Bedeutung und Geschichte

#### 1. Wirtschaftliche Bedeutung

Die Bürgschaft zählt zu den Sicherungsgeschäften. Es liegt Personalsicherheit vor, dh. der Gläubiger hat zusätzlich zu dem zu sichernden Hauptanspruch einen obligatorischen Anspruch gegen einen Dritten (Gegensatz zu den Realsicherheiten, z.B. Pfand, wo der Gläubiger an bestimmten ausgeschiedenen Vermögenswerten des Schuldners oder Dritter dinglich berechtigt).

Die Motive des Bürgens sind verschiedenartig; zwei stehen im Vordergrund:

#### a) Kreditbürgschaft des Geschäftslebens

Bürgschaft ist von Bedeutung, wenn Kreditsuchender weder blankokreditwürdig ist noch Realsicherheiten stellen kann. Neben Verbürgung kommerziell interessierter Partner kommt immer mehr institutionelle Bürgschaft durch Bürggenossenschaften u.dgl. vor. Ihre Ursprünge finden diese in den Amtsbürgschafts-Genossenschaften (gesetzlich verankerte Kautionspflicht für Beamte zur Abgeltung allfälliger Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen, vgl. etwa OR 503/II, OR 512), haben heute aber ihren Schwerpunkt bei den Hypothekarbürgschafts-Genossenschaften (Leistung von zusätzlicher Sicherheit bei nachrangigen Hypotheken), bei landwirtschaftlichen und gewerblichen Bürgschafts-Genossenschaften (Sicherung von Betriebskrediten), beruflichen (Ärzte, Apotheker, Schweizer Frauen usw.) und sektoriellen (Schweiz. Gesellschaft für Hotelkredit etc.) Bürgschafts-Genossenschaften.

Banken treten als Bürgen auf hauptsächlich zur Sicherung richtiger Vertragserfüllung eines Kunden (sog. Kautionskredit); zur Abgrenzung dieser Bürgschaft gegenüber "Baugarantieversicherung" o.ä. vgl. etwa ZBJV 111 (1975), p. 296 ff. mit Hinw.; Kleiner, Bankgarantie, p. 93-95.

#### b) Gefälligkeitsbürgschaften aus persönlichen Motiven

Hier besondere Gefahr von Missständen, da der Bürge (oft Freund, Verwandter) selten mit effektiver Zahlungspflicht rechnet. Vor allem Auswüchse der Gefälligkeitsbürgschaften waren es, die zur Revision von 1941 führten (s. unten Zif. 3).

## 2. Abriss der historischen Entwicklung

Grundlegend für das Verständnis ist die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung. Sowohl im frühen römischen wie im älteren deutschen Recht haftet (von "haschen", packen) der Schuldner persönlich (nur mit seiner Person, nicht mit Hab und Gut) für ein begangenes Unrecht (Racherecht, Leibeigenschaft). Später wird dieses Racherecht durch ein Geldbussensystem (Lösegeld) eingeschränkt; parallel dazu die Entwicklung, diese Haftung durch förmliche Verpflichtung des Schuldners künstlich herzustellen (im römischen Recht v.a. in Form der Stipulation). Während ursprünglich die Zahlung der Lösegeldsumme Mittel der Haftungsabwehr (Rechtslast) war, entwickelt sich daraus in der Folge eine Rechtspflicht (vgl. Obligation, obligatio = Bindung, die neben dem Verhaftet-Sein auch die Schuld, das Leistensollen - Schuld kommt von Sollen - einschliesst). Nur wenn die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners keine Befriedigung des Gläubigers erbringt, lebt die Personalhaftung wieder auf.

Mit dieser Entwicklung verbunden ist das Institut der Bürgschaft. Der Bürge (von "bergen") bewahrt ursprünglich den Schuldner vor dem sofortigen Zugriff des Gläubigers, indem er diesem verspricht, jenen zur Erfüllung anzuhalten und, falls ihm dies nicht gelinge, den Schuldner dem Gläubiger zu stellen (Gestellungsbürgschaft des frühen römischen und deutschen Rechts; literarisch veranschaulicht in der "Bürgschaf" von Schiller). Sobald nicht mehr die Personalhaftung des Schuldners, sondern die Möglichkeit der Vollstreckung in sein Vermögen im Vordergrund steht, wandelt sich auch die Funktion der Bürgschaft: Nicht mehr Schonung des Schuldners vor dem Racheakt des Gläubigers, sondern Sicherung des Gläubigers durch Haftung des Bürgen mit dessen Vermögen vor, neben oder nach dem Schuldner. Vgl. auch Mitteis/Lieberich, Kap. 42/IV; E. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band 4, Basel 1893, § 165, p. 875-886; K.R. Maier, Die Bürgschaft in süddeutschen und schweizerischen Gesetzbüchern (16. - 18. Jahrhundert), Tübingen 1980; P.R. Walliser, Das Bürgschaftsrecht in historischer Sicht, dargestellt im Zusammenhang mit der Entwicklung des Schuldrechts in den schweizerischen Kantonen Waadt, Bern und Solothurn bis zum 19. Jahrhundert, Basel/Stuttgart 1974.

## 3. Uebersicht über die Regelungen des Bürgschaftsrechts in der Schweiz

Das OR von 1881 brachte eine einlässliche und zweckmässige (wenn auch weitgehend dispositive) Regelung des Bürgschaftsrechts; der Vertragsschluss erforderte bloss einfache Schriftlichkeit. Die Revision von 1911 statuierte für das Bürgschaftsrecht als wohl wichtigste Neuerung die "Angabe eines bestimmten Betrages" der Haftung (OR 493); die Duldung der Aushöhlung dieser Bestimmung durch die Gerichte (dazu Guhl, p. 12 und unten Zif. V/2), Bürgschaftsreitereien (gegenseitige Verbürgungen), Standardisierung der Bürgschaftsverträge mit Wegbedingung der dem Bürgen günstigen Bestimmungen liessen im Gefolge der Depression der Dreissigerjahre die Schattenseiten so stark hervortreten, dass der Ruf nach Gesetzesrevision laut wurde. - Die revidierten Art. 492-512 traten am 1. Juli 1942 in Kraft (zum Ganzen Beck, p. 1-5; Guhl, p. 11-13; Scyboz, p. 349 ff., 354).

Die Neuregelung hat ihr Hauptziel, unüberlegte Gefälligkeitsbürgschaften zu erschweren, erreicht und eine Verlagerung auf Bürgschaftsgenossenschaften etc. bewirkt (oben Zif. 1 a). Umgekehrt hat die Novellierung den Bogen überspannt; nicht nur ist sie kompliziert und schwerfällig und übertreibt die Schutzanliegen (bis zur Sinnlosigkeit: z.B. OR 504). Das Uebermass zeitigt entgegengesetzte Wirkungen: Es

wird in risikoreichere Ebenen ausgewichen (Wechselbürgschaften u.dgl.); insbesondere führen die "überzogenen" Formvorschriften dazu, dass die Praxis (symptomatisch BGE 101 II 323 f.) den Begriff der Bürgschaft einengt und sich neben der Bürgschaft als dem Typus der vertraglichen Personalsicherheit schlechthin andere Vertragstypen mit derselben Funktion entwickeln, dies in Widerspruch zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers (vgl. dazu unten Zif. IV/2).

## II. Begriff

### Vertragsparteien: Bürge und Gläubiger

Obwohl wirtschaftlich vielleicht Hauptperson, ist der Schuldner der sichergestellten Forderung (auch "Hauptschuldner") an der Bürgschaft als Schuldverhältnis nicht beteiligt. Zwischen ihm und dem Bürgen besteht möglicherweise überhaupt kein Vertrag, indessen entsteht ein Schuldverhältnis von Gesetzes wegen, jedenfalls wenn der Bürge leistet (vgl. unten Zif. XI).

In Abweichung vom Normalfall des zwischen Gläubiger und Bürgen geschlossenen Vertrages scheint mir nichts entgegenzustehen, dass i.S. eines Vertrags zugunsten Dritter (OR 112; dazu OR/AT § 26, bes. I/5) der Bürge den Vertrag nicht mit dem Gläubiger, sondern, zugunsten dieses Gläubigers, mit irgendeinem Dritten schliesst. So insbesondere mit dem Hauptschuldner, der (vielleicht gegen Entgelt und möglicherweise für einen erst noch zu findenden Geldgeber) eine Bürgschaft schaffen will, um Kredit zu erlangen.

Bürgschaft ist vermutungsweise einseitiger (dh. unentgeltlicher) Vertrag; immerhin sind bei Bürgschaften von Banken und Bürgschaftsgenossenschaften Gebühren die Regel. Mit diesem Vertrag "verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen" (OR 492/I). Dabei wird der Bürge (anders etwa der Schuldübernehmer) nicht Schuldner der durch die Bürgschaft gesicherten Schuld des Schuldners ("Hauptschuld"). Diese könnte übrigens auch auf Sach- oder Arbeitsleistung gerichtet sein, deren eigene Erbringung vom Bürgen nicht gewollt oder möglich ist.

Die Bürgschaft unterliegt als Vertrag den üblichen Vertragsregeln (neben den bürgschaftstypischen Erfordernissen - unten Zif. V - gelten die allgemeinen Entstehungs- und Gültigkeitsvoraussetzungen (vgl. dazu OR/AT § 10), insbesondere Konsens, Geschäftsfähigkeit der Parteien usw. Nicht verbürgen können sich der Bevormundete (ZGB 408), der Schuldner im Nachlassvertrag (SchKG 298), der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebes im Entschuldungsverfahren (EntschuldungsG 69). Zustimmungsbefürdigte Verbürgungen unten Zif. V/5 und 6. Es gelten ansonsten die allgemeinen Vertragsregeln (z.B. Möglichkeit der Anfechtung wegen Willensmängeln, OR 23 ff.); die Bürgschaft kann unter eine Bedingung gestellt werden (OR/AT § 28) usw.

## III. Die sog. Akzessorietät der Bürgschaft

### 1. Grundsatz (OR 492/II)

Akzessorietät: Es wird (wie beim Pfand) nicht eine eigene Schuld begründet, sondern eine fremde gesichert. Fehlende Hauptschuld macht Bürgschaft nicht nur gegenstandslos, sondern ungültig. Durch die Bürgschaft soll zwar das Risiko der Einbringlich-

keit ausgeschaltet, jedoch nicht die sichergestellte Forderung rechtlich verbessert werden (zu Ausnahmen von diesem Grundsatz unten Zif. 2/b). Akzessorietät bedeutet auch, dass bei Untergang der Hauptschuld durch Novation (OR 116) die Bürgschaft dahinfällt (vgl. BGE 62 II 258, 64 II 286); für das Kontokorrent abweichende Sondervorschrift (OR 117/III). Im Zusammenhang der Akzessorietät steht, dass die Bürgschaftsforderung nicht isoliert abtretbar ist (so BGE 78 II 59), sondern stets dem Gläubiger der Hauptforderung zusteht (vgl. OR/AT § 31/V/2/b). - Das Wichtigste am Akzessorietäts-Grundsatz ist, die Haftung des Bürgen auf eine bestimmte Schuld des Hauptschuldners zu beschränken; Bürgen heisst nicht allgemeines Einstehen für die Solvenz des Schuldners.

Abschwächung des Akzessorietätsprinzips dadurch, dass die Bürgschaft nicht bloss für eine bestimmte Schuld, sondern auch für eine allenfalls diese ersetzende aus demselben wirtschaftlichen Ursprung begründet werden kann (vgl. OR/AT § 22/IV/3; OR 499/III, dazu unten Zif. VIII). Sodann wird der Grundsatz in wichtigen Punkten überhaupt aufgehoben; dazu folgende Ziffer.

## 2. Präzisierung und Einschränkung des Akzessorietätsprinzips

### a) Sicherung künftiger oder bedingter Forderungen (OR 492/II)

In der Frage, ob eine gültige Hauptschuld vorliegt, ist nicht der Zeitpunkt des Bürgschaftsabschlusses, sondern der Geltendmachung der Bürgenhaftung massgebend, es braucht die Hauptschuld auch erst zu jenem Zeitpunkt fällig zu sein; es muss jedoch Schuldner und Rechtsgrund der künftigen Hauptschuld feststehen. Vgl. dazu Scyboz, p. 364 f., Giovanoli, OR 492, N. 73 f.; BGE 64 II 208 ff., SJZ 67 (1971), p. 224, Zif. 13; vgl. ferner die Vermutung von OR 499/III.

### b) Nichtige/anfechtbare oder verjährte Forderungen (OR 492/III)

Bürgschaft, die wissentlich für eine wegen Vertragsunfähigkeit des Schuldners nichtige oder wegen Irrtums anfechtbare Forderung begründet wird, ist nach OR 492/III in Abweichung vom Akzessorietätsprinzip gültig. Genau besehen liegt hier funktionell nicht Bürgschaft, sondern selbständiger Garantievertrag (OR 111, dazu unten Zif. IV/2) vor. Vgl. Giovanoli, OR 492, N. 80 und Kleiner, p. 83-86, der - gestützt auf Flume - auf die Ursprünge dieser Regelung im justinianischen Recht hinweist, wo diese Lösung damit gerechtfertigt war, dass die Bürgschaft eine Naturalobligation gültig sichern konnte. - Der Gläubiger hat zu beweisen, dass der Bürge von der Nichtigkeit wusste, einen Garantievertrag eingehen wollte, BGE 81 II 16.

Schliesslich kann der Bürge, der sich in Kenntnis der (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits eingetretenen) Verjährung der Hauptschuld verbürgt, bei Belangung die Verjährung nicht geltend machen.

Die Aufzählung in OR 492/III ist abschliessend und darf nicht durch Analogie ausgeweitet werden (Scyboz, p. 367 und Anm. 12).

Infolge fehlender Akzessorietät und des Charakters selbständiger Garantieverpflichtung des "Bürgen" wird dessen Rückgriff auf den Hauptschuldner eingeschränkt; das Subrogationsprinzip (dazu unten Zif. XI) ist jedoch auch hier anzuwenden.

#### IV. Abgrenzung der Bürgschaft gegenüber verwandten Rechtsgeschäften

##### 1. Allgemeines

Bürgschaft ist akzessorisch, subsidiär (unten Zif. VI/1) und im Gegensatz zu zweckverwandten Verträgen an strenge Formvorschriften gebunden. Damit ist bei Formmängeln Konversion in ein anderes Rechtsgeschäft ausgeschlossen; die Qualifizierung als Bürgschaft bedeutet Formungültigkeit des Sicherungsgeschäfts. - Bei der Abgrenzung spielt die Frage eine Rolle, ob der sich Verpflichtende selber ein Interesse am fraglichen Geschäft hat; Eigeninteresse spricht gegen (Gefälligkeits)bürgschaft, so auch BGE 101 II 325 E. la und dort Zit. Die von den Parteien gewählte Bezeichnung als Bürgschaft schliesst nicht zum vornherein aus, das Geschäft anders zu qualifizieren (OR 18/I). - Zur Abgrenzung von der Patronatserklärung (letter of responsibility) vgl. Kleiner, p. 117 f.; zur Unterscheidung zwischen dieser und dem letter of intent - er ist auf direkte Beziehungen zwischen dem Absender und dem Empfänger gerichtet, jene bezieht sich auf die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Dritten, meist einer Tochtergesellschaft - vgl. M. Lutter, Der Letter of Intent. Zur rechtlichen Bedeutung von Absichtserklärungen, 2. (unveränd.) A. 1983, p. 5, 12

##### 2. Gegen Garantievertrag (OR 111)

Garant (franz. porte-fort) sichert Leistung eines Dritten zu und verpflichtet sich für den Fall deren Ausbleibens zu Ersatzleistung. Im Gegensatz zu Bürgschaft ist hier nicht vorausgesetzt, dass der Dritte eine Pflicht zum garantierten Verhalten trägt; Fehlen der Pflicht bedeutet zwangsläufig Garantievertrag. Bei Pflicht des Dritten ist hier Garantie vorausgesetzt, dass der Garant eine selbständige eigene Pflicht i.S. einer Erfolgshaftung übernehmen will. Im Zweifel ist eher für Bürgschaft zu entscheiden, um den Schutzgedanken von OR 492 ff. zu verwirklichen (so BGE 111 II 279, neuestens BGE 113 II 437 E. 2/c).

Zwei hauptsächliche Erscheinungsformen:

- Eigenständige, "reine" (Kleiner) Garantie (früher vorherrschend); jemand soll zu bestimmtem Verhalten veranlasst werden ("Animiergarantien", wie Defizit-, Gewinn- oder Dividendengarantie, vgl. etwa BGE 46 II 157 ff.). Da unabhängig von einem Schuldverhältnis, ist Abgrenzung zu Bürgschaft problemlos (es gibt keinen "Hauptschuldner").
- Bürgschaftsähnliche Garantie im Sinne der Leistung eines Dritten, die Gegenstand eines Schuldverhältnisses werden soll. Hier mag die Frage auftauchen, ob mit dem Garantievertrag in Wirklichkeit Verbürgung für eine (künftige) Schuld (OR 492/II) beabsichtigt ist und Umgehung des Bürgschaftsrechts vorliegt. Abgrenzungskriterien: Garant will nicht Forderung sicherstellen, sondern eine Leistung veranlassen, unabhängig davon, ob diese geschuldet wird und erzwingbar ist.

Vgl. zum Ganzen J. Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, p. 57 ff.; Kleiner bes. p. 36 ff., p. 143, Scyboz, p. 321 ff., p. 385 ff., OR/AT § 32/IV und Anm. 60. Aus der Judikatur BGE 101 II 323 ff., 111 II 279 E. b und die bei Scyboz, p. 388 Anm. 59 zit.; PKG 1976, p. 41 ff., ZBJV 112 (1976), p. 305 ff., 93 (1957), p. 278 ff., ZR 73/94; M. Streule, Bankgarantie und Bankbürgschaft, Diss. Zürich 1987. Zu den Anwendungsfällen des Garantievertrags in OR 492/III oben Zif. 3/2b.

### 3. Gegen Schuldbeitritt

Beim (gesetzlich nicht geregelten) Schuldbeitritt (auch kumulative Schuldübernahme, Schuldmitübernahme genannt) verpflichtet sich ein Dritter dem Gläubiger gegenüber, solidarisch neben dem Schuldner zu haften (vgl. OR/AT § 32/IV). Ursprung der "Solidarbürgschaft" (vgl. unten VI/2).

Die Haftung des Beitretenden ist zwar abhängig von der Entstehung der Urschuld - dies im Unterschied zur solidarisch begründeten Schuld i.S. von OR 143 -, im übrigen aber nicht akzessorisch (Beck, p. 15, N. 24 mit Hinw.). Indiz für Schuldbeitritt ist eigenes, nicht bloss Sicherungsinteresse des Interzedenten an der Erfüllung; "der Uebernehmer tritt in fremde Schuld ein, der Bürge für fremde" (v. Büren). Vgl. zur Abgrenzung Scyboz, p. 343 f., OR/AT § 32/IV, v. Büren, OR I, p. 349 ff. mit Kasuistik; BGE 101 II 323 ff., 111 II 278 E. 2a, PKG 1976, p. 41 ff., Kleiner, p. 114-117, T. Rossi, Garantie en cautionnement in Semjud. 1986, p. 405413. - Wenn der sicherungshalber Interzedierende explizit erklärt, solidarisch neben dem bisherigen Schuldner haften zu wollen, ist Schuldbeitritt anzunehmen, Interpretation als Bürgschaft (mit Nichtigkeitsfolge wegen Formmangels) ausgeschlossen (BGE 111 II 287 E.2).

### 4. Gegen Kreditauftrag (OR 408-411)

Es liegt ein Auftrag (meist an Bank) vor, einem Dritten Kredit zu gewähren; bei richtiger Ausführung haftet dem Beauftragten neben dem Kreditnehmer der Auftraggeber "wie ein Bürge" (OR 408/I). Vgl. oben § 15/VII.

Der Auftraggeber hat alle Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners (Kreditnehmers) mit Ausnahme derjenigen der Handlungsfähigkeit (OR 409, vgl. OR 492/III); Regress nach OR 507/508. Das Gesetz lässt für den Kreditauftrag, der jederzeit widerruflich ist (OR 404), einfache Schriftlichkeit genügen (OR 408/II), wobei sich Abgrenzungsschwierigkeiten zur Bürgschaft ergeben können: Es muss sich um einen (künftigen oder zu erneuernden) Kredit handeln; wurde Widerruflichkeit ausgeschlossen, liegt Garantievertrag oder Bürgschaft vor. Zur Abgrenzung vgl. Kleiner, p. 111-113, Beck, p. 17 f., Gautschi, Komm. zu OR 408.

### 5. Exkurs: Wechselbürgschaft (Aval, OR 1020-1022)

Die Wechselbürgschaft untersteht nicht den Regeln von OR 492 ff., sondern allein dem Wechselrecht (BGE 79 II 80 E. 1).

Hat der Schuldner einen Wechsel begeben, kann dessen Zahlung durch Wechselbürgschaft gesichert werden (OR 1020/I), wobei die Bürgschaftserklärung ("als Bürge", "per aval", "p.a.", OR 1021/II) auf den Wechsel oder einen Anhang gesetzt wird (OR 1021/I); blosser Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels gilt vermutungsweise als Bürgschaft für den Aussteller (OR 1021 Abs. 3 und 4).

## **V. Abschluss des Vertrages**

### 1. Allgemeines

Bürgschaft als Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger ist an die Gültigkeitsvoraussetzungen der Verträge im allgemeinen gebunden, verlangt zusätzlich jedoch die Beobachtung von Formvorschriften, die je nach Person des Bürgen und Bürgschaftsart

in verschiedenem Sinn qualifiziert sind (dazu unten Zif. 2-4). Bei verheirateten Bürgen kommt als zusätzliches Gültigkeitserfordernis die Zustimmung des Ehegatten hinzu (unten Zif. 5).

Die Formvorschriften gelten nur für den Bürgen, da nur er sich bürgschaftsrechtlich verpflichtet. Anwesenheit des Gläubigers bei Beurkundung der Bürgschaft (OR 493/II Satz 1) ist nicht erforderlich; sein Akzept kann auch konkludent erfolgen, vgl. zum Ganzen v. T./P., § 30/IV, p. 238, Scyboz, p. 399 f.

## 2. Allgemeingültiges Formerfordernis: Angabe der Haftungsmitel in der Urkunde (OR 493/I)

Die Haftung des Bürgen soll begrenzt bleiben und bei Vertragsschluss dem Bürgen das Ausmass seiner Verpflichtung vor Augen geführt werden, weshalb die Haftungsmitel in der Bürgschaftsurkunde selbst genannt sein muss (Erfordernis der Haftungsmitelbegrenzung eingeführt in Revision 1912; vorerst dahin verstanden, dass Bestimmbarkeit der Begrenzung genüge, BGE 42 II 149 f.; BGE 64/1938 II 346 f. ändert Praxis und leitet heutigen Zustand ein). - Der als Mitel genannte Betrag ist im übrigen absolute Obergrenze der Zahlungspflicht des Bürgen ("Fr. 5000 zuzüglich Zinse" wäre unzulässig; müsste wohl als eine unter allen Titeln auf Fr. 5000 begrenzte Bürgschaft behandelt werden).

Zur Bedeutung der Haftungsmitel vgl. OR 499 und unten Zif. VIII, sowie Zif. VI/5.

## 3. Qualifizierte Formerfordernisse (OR 493/II)

Je nach Status des Bürgen und Typus der Bürgschaft werden verschiedene zusätzliche Formvorschriften statuiert:

### a) Oeffentliche Beurkundung (OR 493/II)

Das schwerste Formerfordernis, jenes der öffentlichen Beurkundung (dazu die Hinweise oben § 5/III und OR/AT § 11/III/3) gilt für Bürgschaften natürlicher Personen (soweit der Haftungsbetrag Fr. 2000 übersteigt); auch für Kaufleute keine Ausnahme. Entgegen dem Wortlaut ersetzt die öffentliche Beurkundung die "schriftliche Erklärung des Bürgen" i.S. von OR 493/I, dh. es ist nicht erforderlich, dass der Bürge die Urkunde unterzeichnet, wenn dies das kantonale Recht nicht verlangt, gl.M. Giovanoli, OR 493, N. 35. Die öffentliche Urkunde muss im übrigen aber alle wesentlichen Punkte, soweit sie den Bürgen belasten, enthalten (vgl. OR 13/I; OR/AT § 11/III/1). - Internationalprivatrechtlich, dh. im Falle einer zwischen einem Schweizer und einem Ausländer geschlossenen Bürgschaft, kommt das Recht des Bürgen zur Anwendung (IPRG Art. 117/II lit. e); die Formrequisite des OR bestehen daher bei in der Schweiz domizilierten Bürgen. Dies gilt auch für im Ausland geschlossene Bürgschaften, da IPRG 124/III wohl die Anerkennung der Gültigkeit nach den Formvorschriften des Abschlussortes nicht zulässt. Umgekehrt können grundsätzlich die Parteien durch die Wahl eines ausländischen Rechts als "Bürgschaftsstatut" dessen Formvorschriften massgeblich machen, dh. die OR-Requisite ausschliessen, dies allerdings unter Vorbehalt von IPRG 18 ("Zwingende Anwendung des schweiz. Rechts"; Tragweite unklar). - Vgl. zum alten Recht BGE 111 II 178 ff., 110 II 486 E. 2; 93 II 381 ff. zur Frage, ob die Formvorschriften von OR 493 zum schweizerischen ordre public zu zählen seien.

b) Qualifizierte Schriftlichkeit (OR 493/II S. 2)

Eine qualifizierte Schriftform, darin bestehend, dass der Bürge eigenhändig den Haftungsbetrag und, falls gegeben, die Vereinbarung der solidarischen Bürgenhaftung zu schreiben hat, wird statuiert für die Bürgschaften natürlicher Personen, falls die Bürgenhaftung Fr. 2000 nicht übersteigt.

c) Einfache Schriftlichkeit

Der Kreis der Personen, deren Bürgschaft nichts weiter als einfache Schriftlichkeit (dazu OR/AT § 11/III/1) voraussetzt, wird im Gesetz nicht umschrieben, sondern folgt e contrario aus OR 493/II: sämtliche Rechtssubjekte, die nicht als natürliche Personen die öffentliche Beurkundung (oben lit. a) zu beachten haben, dh. sämtliche juristischen Personen sowie die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (deren Bürgschaftsfähigkeit, trotz fehlender Rechtspersönlichkeit, aus OR 562 folgt). Einfache Schriftform genügt sodann, unabhängig vom Status des Bürgen, für sämtliche Bürgschaften zugunsten des Bundes oder eines Kantons, OR 493/III.

Grundsätzlich gilt einfache Schriftlichkeit auch für nachträgliche Abänderung der (möglicherweise eine qualifizierte Schriftform erfordernden) Bürgschaft (OR 493/V), doch gelten qualifizierte Erfordernisse, sobald die Aenderung eine erhebliche Mehrbelastung des Bürgen bedeuten kann (Erhöhung des Haftungsbetrages, Umwandlung einer einfachen in eine Solidarbürgschaft, Freigabe von Pfändern, Uebernahme der verbürgten Schuld durch einen Dritten; letzterenfalls ist in Abänderung von OR 178/II schriftliche Zustimmung des Bürgen notwendig).

Formlos gültig sind alle Aenderungen, die eine Erleichterung für den Bürgen bringen, OR 115 (Ausnahme: Teilbürgschaft gem. OR 493/VI Satz 2).

d) Schutz vor Umgehung (OR 493/IV und VI)

Es soll eine Umgehung der Beurkundungspflicht für natürliche Personen mittels Aufsplitterung der Bürgschaft in kleine Beträge verhindert werden. Die Umgehungsabsicht ist vom Nichtigkeitskläger zu beweisen, da es gute Gründe für eine Aufteilung geben kann (z.B. mehrfache Verbürgung bei wiederholter Kreditaufnahme; zum Ganzen Giovanoli, OR 493, N. 43, Wacke, p. 19 Zif. 3).

Das Versprechen, jemandem zu bürgen, bedarf der gleichen Form wie die Bürgschaft selbst (OR 493/VI Satz 1, würde schon gem. OR 22/II gelten), ebenso die Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft bzw. eines Bürgschaftsversprechens, vorbehaltlich der besonderen Vorschriften der Prokura (OR 459) und Handlungsvollmacht (OR 462, BGE 81 II 62 E. 1; der Handlungsbevollmächtigte kann ohne ausdrückliche Ermächtigung keine Avalbürgschaft eingehen, OR 462/II).

#### 4. Wirkung von Formmängeln

Nichtbeachtung der Formvorschriften bedeutet grundsätzlich Nichtigkeit (OR 11/II; dazu BGE 111 II 281 E. d).

a) Voll- oder Teilnichtigkeit bei Formmängeln?

(Zum Folgenden v.a. Wacke, a.a.O.)

Der favor negotii gebietet einschränkende Anwendung der Nichtigkeits-Regel (zu fordern ist "Konversion" vgl. BGB § 140, OR/AT § 11/IV/3). So lässt die maschinenschriftlich eingefügte Solidarhaftungsklausel (OR 493/II S. 2) eine Bürgschaft nicht überhaupt dahinfallen; als einfache bleibt sie gültig. Eine ohne



öffentliche Beurkundung nur bis Fr. 2000 formzulässige Bürgschaft (oben Zif. 3/b), die auf einen höheren Betrag lautet, ist immerhin bis Fr. 2000 gültig. Unzulässige Zusätze werden lediglich gestrichen (quod illicite adiectum est, pro non adiectum habetur; zum Ganzen Wacke, p. 19); behauptet der Bürge, sich verschrieben zu haben (Erklärungsirrtum, OR 24/I Zif. 3), muss er die Bürgschaft zum wirklich gewollten Betrag gegen sich gelten lassen, OR 25/II.

b) Heilung durch Erfüllung

Freiwillige Leistung in Kenntnis des Formmangels heilt diesen; der Bürge kann nur kondizieren, wenn er irrtümliche Leistung nachweist (OR 63/I und dazu OR/AT § 34/IV/2; zu dieser Frage auch Wacke, p. 20 und Lit. zu BGB § 766).

5. Bei Verheirateten: Zustimmung des Ehegatten (OR 494)

Gültigkeit der Bürgschaft (wie auch nachträgliche Abänderung zuungunsten des Bürgen, OR 494/III, vgl. OR 493/V; BGE 106 II 162) setzt Zustimmung des Ehegatten voraus (einfache Schriftlichkeit); nachträgliche Genehmigung ist dagegen ausgeschlossen (OR 494/I). Zweck: Schutz der Familie vor finanzieller Zerrüttung; Zustimmungserfordernis ist unabhängig vom Güterstand.

Ausnahmen: Ist der Ehegatte im Handelsregister eingetragen in einer der in OR 494/II abschliessend aufgezählten Funktionen oder ist die Ehe gem. ZGB 146 ff. gerichtlich getrennt, entfällt das Zustimmungserfordernis (zum Begriff "als Mitglied der Verwaltung einer AG" vgl. ZR 86/52). Die Eingehung einer Wechselbürgschaft (dazu oben Zif. IV/5) durch eine verheiratete Person bedarf der Zustimmung des Ehegatten nicht. Kein Umgehungstatbestand, BGE 79 II 79.

6. Hinweis auf weitere Vorschriften über die Zustimmungsbedürftigkeit von Verbürgungen

- Mitwirkung des Beirates gem. ZGB 395 Zif. 9;
- Zustimmung des Sachwalters oder der Nachlassbehörde für den Schuldner unter Notstundung gem. SchKG 317;
- Zustimmung des Sachwalters gem. Art. 45 des Entschuldungsgesetzes (SR 211.412.12); Zustimmung des Beraters gem. Art. 41 des Erhaltungsgesetzes (SR 211.412.11).

## **VI. Arten der Bürgschaft**

Unterschieden wird nach folgenden Kriterien:

- Bedingung der Belangbarkeit des Bürgen (Einfache Bürgschaft mit Untergruppe Schadlosbürgschaft; Solidarbürgschaft); vgl. unten Zif. 1 und 2.
- Art der verbürgten Schuld (im Normalfall Hauptschuld; anders bei Nachbürgschaft und Rückbürgschaft); vgl. unten Zif. 3 und 4.
- Teil der sichergestellten Schuld (Teil- und Limitbürgschaft); vgl. unten Zif. 5.
- Bürgschaft mehrerer gleichgestellter Bürgen (Mitbürgschaft, unten Zif. VII)

Folgende dreidimensionale Darstellung versucht die vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten zu veranschaulichen:

### 1. Einfache ("gewöhnliche") Bürgschaft (OR 495/I, II)

Einfache Bürgschaft ist nicht bloss akzessorische, sondern subsidiäre Haftung; der Bürge kann nur nach Belangung des Hauptschuldners und vorausgehender Verwertung von Pfändern beansprucht werden.

NOTA: Subsidiarität der Bürgenhaftung, dh. dessen Einrede der Vorausklage, ist eine neuere Entwicklung; in Rom konnte ursprünglich der Bürge statt des Hauptschuldners sofort belangt werden; erst mit Novelle 4 caput 1 wurde das beneficium excussionis eingeführt (Windscheid, Bd. II § 478 A. 1). Auch in der Moderne steht sofortige Bürgenhaftung im Vordergrund, jedenfalls bei "Solidarbürgschaft"; das rev. OR führt auch hier noch ein Element der Subsidiarität ein.

Einfache Bürgschaft ist jede Bürgschaft, die nicht Solidarbürgschaft ist, daher auch "gewöhnliche" Bürgschaft.

#### Voraussetzungen der Belangbarkeit des Bürgen:

- Konkureröffnung (SchKG 175, 189 ff.) oder Bewilligung der Nachlass-Stundung (SchKG 295) bei Schuldern, die der Konkursbetreibung unterstehen; bei den restlichen Schuldnern Betreibung bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins (SchKG 115/I, 149). Bis dahin hat der Bürge gegen den ihn belangenden Gläubiger die Einrede der Vorausklage (beneficium excussionis personale, OR 495/I).  
Die Einrede entfällt, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz ins Ausland oder innerhalb des Auslandes verlegt (OR 495/I; Belangung im Inland darf nicht mehr möglich sein, auch nicht mittels betreibungsrechtlichen Arrests).
- Ist die verbürgte Forderung zudem pfandrechtlich (oder retentionsrechtlich, BGB § 772/II) gesichert, hat der Bürge zusätzlich gegen den Gläubiger die Einrede der Vorausverwertung (beneficium excussionis reale, OR 495/II; Betreibung auf Pfandverwertung bis zur Ausstellung eines Pfandausfallscheines, SchKG 158, weiteres Vorgehen nach OR 495/I), es sei denn, der Schuldner sei in Konkurs oder habe Nachlass-Stundung erhalten.

Die beneficia excussionis sind nach zutreffender und wohl überwiegender Meinung Einreden im technischen Sinn, die nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (a.M. Giovanoli, OR 495, N. 9; vgl. auch Scyboz, p. 414 f.).

Verstärkung der Subsidiarität in der Schadlos- oder Ausfallbürgschaft (OR 495/III). Diese Form der Bürgschaft wurde, der Praxis folgend, bei der Revision 1941 im Gesetz ausdrücklich verankert. Es handelt sich um einfache Bürgschaft mit verstärkter Subsidiarität; Gläubiger kann Bürgen erst belangen, wenn er definitiv zu Verlust gekommen ist. Es genügt daher nicht, dass der Schuldner "in Konkurs geraten ist" (OR 495/I, vgl. SchKG 175, 189 ff.); es muss ein definitiver Verlustschein (SchKG 265) ausgestellt worden sein, da erst dann der Ausfall genau feststeht; ebenso muss ein allfälliger Nachlassvertrag abgeschlossen worden sein, blosse Gewährung von Nachlass-Stundung genügt nicht.

Bei Wohnsitzverlegung des Schuldners ins oder im Ausland wird die Ausfallbürgschaft der einfachen gleichgesetzt.

Vor allem Amts- und Dienstbürgschaften (unten Zif. X/3) sind inhaltlich Schadlosbürgschaften.

## 2. Solidarbürgschaft (OR 496)

Hat der Bürge unter Beifügung des Wortes "solidarisch" oder gleichbedeutender Ausdrücke (vgl. unten) sich verpflichtet, kann er grundsätzlich schon vor dem Hauptschuldner ... belangt werden" (OR 496/I, vgl. auch Ueb.best. Art. 2. Zif. 3 und dazu BGE 70 II 276 ff.).

Die Solidarbürgschaft ist durch die Besonderheit des Verzichts auf das beneficium excussionis personale gekennzeichnet (das ben. exc. reale bleibt seit der Revision von 1941 erhalten; vgl. unten).

Die Bezeichnung Solidarbürgschaft ist nur historisch zu verstehen. Wie noch aus eingebürgerten Formeln zur Bezeichnung der Solidarität z.B. "als Selbstschuldner" (so heute noch BGB § 773 Zif. 1; aOR 495 bzw. OR 1912 Art. 496: "gleich dem Hauptschuldner", "als Selbstzahler" usw.) ersehen werden kann, wird diese Bürgschaftsform als Schuldbeitritt verstanden, bei welcher nicht eine fremde Schuld gesichert, sondern eine fremde Schuld i.S. der kumulativen Schuldübernahme (Schuldbeitritt; Schuldmitübernahme) zur eigenen gemacht wird, sodass die beiden Schuldner für dieselbe Schuld solidarisch haften (vgl. OR/AT § 32/IV; zur Abgrenzung oben Zif. IV/3).

Während vor der Revision der Gläubiger die Wahl hatte, den Schuldner oder unmittelbar den Bürgen zu belangen, der "selbstschuldnerisch" bzw. "solidarisch" haftete, hat die Revision auch die Solidarbürgschaft (die diesen Namen genau genommen nicht mehr verdient) mit einem minimalen Element der Subsidiarität ausgestattet:

Voraussetzung der Belangbarkeit ist, dass der Schuldner "im Rückstand" ist und erfolglos gemahnt wurde. Mahnung erübrigt sich, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners offensichtlich ist (OR 496/I, vgl. auch OR 83).

Solidarbürgschaft ist die verbreitetste, von Banken regelmässig verlangte Bürgschaftsart (HGB § 349 schliesst generell für Kaufleute die Einrede der Vorausklage aus und macht damit kaufmännische Bürgschaften alle zu Solidarbürgschaften).

Besteht für die verbürgte Forderung ein Faust- oder Forderungspfand oder ein Retentionsrecht, muss der Gläubiger zuerst auf dieses greifen (gilt wohl auch für funktionsähnliche Sicherungszession), es sei denn, es biete voraussichtlich keine Deckung (anders noch aOR 495 und OR 1912 Art. 496). Diese Bestimmung ist abdingbar (Verzicht auf das beneficium excussionis reale).

Durch Leistung von Realsicherheit kann der Bürge seine Belangung hinausschieben und damit im Resultat seine Verpflichtung nachträglich in eine Schadlosbürgschaft umwandeln, vgl. OR 501/II, unten Zif. IX/1/b.

### 3. Nachbürgschaft (OR 498/I)

Der Nachbürge ist seinerseits ein gewöhnlicher Bürge, der sich gegenüber dem Gläubiger für die Zahlungsfähigkeit des Vorbürgen verbürgt. Sinn: Nachbürge ist zwar von Solvenz des Bürgen, nicht aber jener des Schuldners überzeugt. - Wirkung: doppelte Subsidiarität; Akzessorietät der Nach- zur Vorbürgschaft (nicht nur zur Verpflichtung des Hauptschuldners, vgl. ital. Marginale zu OR 498 "Fideiussore del fideiussor"); fällt diese dahin (z.B. OR 510/511), so auch jene, selbst wenn Hauptschuld bestehen bleibt. Nachbürgschaft kann einfache oder Solidarbürgschaft sein (für eine einfache oder solidarische Vorbürgschaftsschuld).

### 4. Rückbürgschaft (OR 498/II)

Der Rückbürge sichert den zahlenden Bürgen ("Hauptbürgen") für den Fall, dass dessen Regress gegen den Schuldner (OR 507, unten Zif. XI) nicht zum Ziel führt; der Gläubiger ist am Vertrag nicht beteiligt. Mag vorkommen, wenn der Gläubiger zum Rückbürgen kein Vertrauen hat, dieser aber den (dem Gläubiger genehmen) Hauptbürgen zur Bürgschaft veranlassen will. Aus der Praxis BGE 61 II 99 ff. und BGE 70 II 276 ff.

Rückbürgschaft kann als einfache oder als solidarische vereinbart werden.

### 5. Teilbürgschaft (und Limitbürgschaft)

Wird die Haftung des Bürgen zahlenmässig begrenzt, kann dies grundsätzlich zweierlei bedeuten; traditionell wird unterschieden

- Limitbürgschaft: Es haftet der Bürge, bis er selber den genannten Betrag bezahlt hat, dies bis zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers, der umgekehrt nicht mehr als bis zur Limite fordern kann. Man könnte von "Zahlungs-Limitierung" sprechen.
- Teilbürgschaft: Das Wesen der Begrenzung liegt darin, dass der Bürge nur bezahlen muss, bis der Gläubiger insgesamt den fraglichen Betrag erhalten hat, dh. die verbürgte Schuld bis zu diesem Betrag durch irgendwelche Drittleistungen getilgt ist; es liegt "Tilgungs-Limitierung" vor (mit welcher automatisch auch eine Zahlungs-Limitierung in gleichem Betrag bewirkt wird).

Da nach OR unlimitierte Bürgschaften nicht mehr zulässig sind, ist jede normale Bürgschaft automatisch Limitbürgschaft, so dass dieser Terminus heute in der Schweiz gegenstandslos ist; es stellt sich allein die Frage, ob zusätzlich (ausnahmsweise) neben der Zahlungs-Limitierung auch noch eine Tilgungs-Limitierung, dh. Teilbürgschaft verabredet sei. Aus OR 499 folgt eine Vermutung, dass der im Vertrag genannte Betrag Zahlungs-Limite (dh. nicht Verabredung einer Teilbürgschaft) darstelle.

Die Tilgungs-Limitierung kann höher sein als die Zahlungs- bzw. Bürgschaftslimitierung (das Gegenteil wäre sachlogisch ausgeschlossen). Z.B. Auf eine Schuld von Fr. 100000 wird eine ("Limit-")Bürgschaft von Fr. 20000 eingegangen, jedoch i.S. einer Teilbürgschaft begrenzt auf Fr. 40000 der Schuld (wenn aus anderer Quelle der Gläubiger Fr. 30000 erhielte, bliebe der Bürge Fr. 10000 schuldig).

## VII. Zusammentreffen mehrerer Bürgschaften für dieselbe Schuld. "Mitbürgschaft" (OR 497)

### 1. Allgemeines

Es gibt an sich nicht einen besonderen Typus der "Mitbürgschaft", sondern bloss den Tatbestand des Zusammentreffens mehrerer Bürgschaften für dieselbe Forderung/Schuld.

Rechtlich bedeutsam ist die Unterscheidung danach, ob die parallel laufenden Bürgschaften "unabhängig" oder "gemeinsam" begründet wurden.

### 2. Unabhängige Bürgschaften (Uneigentliche Mitbürgschaft, Nebenbürgschaft; OR 497/IV)

Verbürgen sich mehrere unabhängig voneinander, haftet jeder dem Gläubiger bis zur Höchstsumme seiner Bürgschaft als (einfacher oder solidarischer) Bürge. Der Gläubiger hat die Wahl, welchen Bürgen er belangen will. Der "Zahlende hat jedoch ... anteilmässigen Rückgriff auf die andern" (OR 497/IV), auch wenn er von den anderen Bürgen nichts gewusst hat (Anwendungsfall von OR 143/II, OR 148).

### 3. Gemeinsam begründete Bürgschaften (OR 497/I II)

Mehrere Bürgen können sich gemeinsam (als einfache oder als solidarische Bürgen) verpflichten. Gemeinsame Verbürgung setzt nicht gemeinschaftliche Verurkundung voraus, sondern ist schon gegeben, wenn ein Bürge sich nur unter der (für den Gläubiger erkennbaren) Voraussetzung bindet, dass neben ihm noch andere sich verpflichten; OR 497/I wird insofern durch OR 497/III erweitert (vgl. v. Büren OR II, p. 298).

#### a) Einfache Mitbürgschaft (OR 497/I)

Jeder Bürge kann vom Gläubiger nur auf seinem Anteil behaftet werden; fordert dieser mehr, kann jener vorgängige Belangung der restlichen Mitbürgen geltend machen (sog. beneficium divisionis, Einrede der Teilung); erst dann haftet er dem Gläubiger - im Rahmen der vereinbarten Höchstsumme - als einfacher oder (wenn dies gem. OR 493/II vereinbart wurde) solidarischer Nachbürge (oben Zif. VI/3). Diese Nachbürgen können gegebenenfalls erneut Einrede der Teilung erheben.

Bei gemeinsamer Verbürgung wird einfache Mitbürgschaft vermutet (OR 497/I).

#### b) Bürgschaft Mehrerer mit solidarischer Haftung unter den Bürgen (OR 497/II)

Häufiger ist der Fall, dass mehrere parallel haftende Bürgen unter sich einer (abgeschwächten) Solidarität unterstellt sind, dh. jeder von ihnen unter Ausschluss des beneficium divisionis auf den ganzen Haftungsbetrag belangt werden kann. Diese Solidarität unter Bürgen tritt bereits ein, wenn der betreffende Bürge im Verhältnis zum Gläubiger Solidarbürgschaft (oben Zif. VI/2) übernommen hat; sodann, wenn einfache Bürgen erklären, unter sich solidarisch haften zu wollen. Abgeschwächt ist die Solidarhaftung in dem Sinn, dass die über den eigenen Anteil hinausgehende Leistung verweigert werden kann, bis gegen die übrigen Solidarbürgen Betreibung eingeleitet ist.

Die Solidarbürgen haben, soweit sie mehr als ihren Anteil geleistet haben, auf die übrigen Bürgen, soweit diese nicht geleistet haben, Rückgriff, vgl. unten Zif. XI/6, Giovanoli, OR 497, bes. N. 9, 11.

#### 4. Nachträgliche Befreiung des Mitbürgen (OR 497/III)

Muss der Gläubiger erkennen, dass sein Vertragspartner nur unter der Voraussetzung der Mitbürgschaft bürgt, und geht diese Voraussetzung (z.B. wegen Formmangels) nicht in Erfüllung, wird der Bürge frei (wesentlicher Irrtum, Anwendungsfall von OR 24/I Z. 4). Doch kann der Richter bei Ungültigerklärung der Bürgschaft nach Billigkeit auch nur auf Haftungsreduktion erkennen. Vgl. BGE 63 II 167, weitere Judikatur bei v. Büren OR II, p. 300, Anm. 63.

### **VIII. Umfang der Bürgenhaftung (OR 499/500)**

#### Literatur:

K. Oftinger, Die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners, in FG Fleiner, Zürich 1937, p. 175 ff.; W. Häusler, Die Haftung des Bürgen für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden, Diss. MaschSchr., Basel 1947.

#### 1. Umfang der durch die Bürgschaft gesicherten Hauptschuld

Von selbst versteht sich OR 499/I: Zahlenmässig bestimmter Höchstbetrag (OR 493/I) ist immer oberste Haftungsgrenze. Wird nichts anderes vereinbart, haftet der Bürge bis zu diesem Betrag für primäre Geldleistungen (Kapital einschliesslich Zinsen und andere Nebenpositionen) wie auch für andere, die erst sekundär zu solchen geworden sind (z.B. Schadenersatz aus Schlechterfüllung, Verzug, Unmöglichkeit, OR 97 ff.).

Der Bürge soll mangels ausdrücklicher Vereinbarung frei werden, wenn der Schuldner "für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden" belangt wird (OR 499/II Z. 1). Lässt sich diese Folgerung für die klassischen culpa-in-contrahendo-Tatbestände (z.B. Irrtum, OR 26) noch damit begründen, die Bürgschaft wolle nicht diese ausservertragliche Schuld sichern, so ist die Befreiung des Bürgen, falls der Gläubiger vom Vertrag zurücktritt und den Schuldner gem. OR 109/II auf das negative Interesse belangt, entgegen OR 499/II/Z. 1 durch nichts gerechtfertigt, wird doch funktional Gleiches (Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages gem. OR 107/II und Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag gem. OR 109/II) ungleich behandelt. Diese verfehlte Lösung gründet in der überholten Vorstellung, wonach ein gültiger Vertrag durch die Rücktrittserklärung ex tunc vernichtet werde. Neuere Auffassungen sehen den Rücktritt als (vertragliche) Rückabwicklung des gestörten Schuldverhältnisses; dazu OR/AT § 20/VI/7/a.

Der Bürge haftet nur für "die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges" (OR 499/II Z. 1). Nota: Verzug setzt kein Verschulden voraus; insbesondere sind Verzugszinsen verschuldensunabhängig.

Ist für den Fall nicht richtiger Erfüllung eine Konventionalstrafe vereinbart, muss, da eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptschuld vorliegt, eine Erstreckung der Bürgenhaftung (wie beim Schadenersatz aus c.i.c.) ausdrücklich vereinbart werden (OR 499/II Z. 1). Zu den übrigen Kosten, für die der Bürge mangels anderer Abrede aufkommen muss (Betreibungskosten, vertragsmässige Zinse etc.) vgl. OR 499/II Z. 2 und 3.

Die Regelung von OR 499/II stellt dispositives Recht dar; die Parteien können daher die ausgeschlossenen Elemente im Bürgschaftsvertrag der Haftung unterstellen. Trotzdem sind die gesetzlichen Vorbehalte von Z. 1 zu bedauern.

Mit der Bürgschaft soll im Regelfall eine künftig erst zu begründende Forderung sichergestellt, nicht jedoch eine bestehende Forderung bonitätsmässig verbessert werden. Daher die Vermutung von OR 499/III, dass die Bürgenhaftung nur nach Vertragsschluss begründete Schulden erfasse, sofern sich ein anderer Wille nicht aus dem Vertrag "oder aus den Umständen" ergibt. Diese Regel soll strikt angewendet werden und nicht bloss durch formale "Umschuldung" (z.B. durch Novation o.dgl.) umgangen werden. Vgl. BGE 64 II 219 E. 6; Scyboz p. 377; v. Büren OR II p. 303 f. Als "nach Unterzeichnung ... eingegangene Verpflichtung" kann aber wohl auch eine bestehende, jedoch kündbare Schuld im Rahmen eines Kontokorrents u.dgl. verstanden werden (vgl. auch OR 117/III).

## 2. Automatische Haftungsreduktion gem. OR 500

Nach OR 500/I Satz 1 verringert sich die Bürgenhaftung natürlicher Personen um 3 % p.a. (1 % bei grundpfändlicher Sicherung), mit welcher dispositiven (und meist wegbedungenen) Regel Anreiz geschaffen werden soll, auf der Tilgung der Hauptschuld zu bestehen.

Auf anderer Ebene liegt die in OR 500/I Satz 2 enthaltene Regel, wonach eine teilweise Tilgung der Hauptschuld den Haftungsbetrag proportional sinken lässt. Diese in der Revision eingeführte singuläre Regel wird als zwingend verstanden (Giovanoli, OR 500, N. 6 mit Hinw.; Scyboz, p. 381, a.A.) und ist fragwürdig: Nicht nur wird das Publikum mit einer meist nicht vorausgesehenen Lösung überrascht; es lässt sich dieselbe legislatorisch nicht rechtfertigen. Bedacht wurde wohl der Fall der die Hauptschuld übersteigenden Haftungsbegrenzung (Hauptschuld von Fr. 100000, Bürgschaft über Fr. 120000, um Zinsen abzudecken), wo die Regel unschädlich, wenn auch unnötig ist. Wird indessen die Bürgschaft zum vornherein wesentlich tiefer limitiert (z.B. auf Fr. 20000, bei einer Hauptschuld von Fr. 100000), ist schlechterdings nicht zu ersehen, weshalb, wenn der Schuldner oder Dritte die Hälfte der Hauptschuld tilgen, die Bürgschaft auf Fr. 10000 reduziert werden sollte. - Jedenfalls darf "Haftungsbetrag" i.S. von OR 500 nur als "Zahlungslimitierung" i.S. der gewöhnlichen ("Limit"-)Bürgschaft (zum Gegensatz oben Zif. VI/5) verstanden werden, während eine Haftungsreduktion nicht Platz greifen kann, soweit "Tilgungs-Limitierung" im Rahmen einer Teilbürgschaft in Frage steht.

Privilegierung der öffentlichen Hand in OR 500/II. - Aus praktischen Gründen auch keine gesetzliche Amortisation bei "Bürgschaften für Verpflichtungen mit wechselndem Betrag, wie Kontokorrent, Sukzessivlieferungsvertrag, und für periodisch wiederkehrende Leistungen" (OR 500/II) sowie für Amts- und Dienstbürgschaften.

## **IX. Voraussetzungen der Belangbarkeit des Bürgen**

### 1. Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen aus eigener Rechtsposition (OR 501, OR 504, OR 506)

#### a) Fälligkeitsvoraussetzung (OR 501/I, III)

Ist die Hauptschuld auf einen Fälligkeitstermin (OR 76 ff.) gestellt, kann sich der Bürge darauf verlassen und dem Gläubiger die Einrede mangelnder Fälligkeit auch entgegenhalten, wenn diese durch Konkurs des Hauptschuldners (SchKG 208) oder Arrestlegung auf sein Vermögen (SchKG 271/II) vorgerückt wird, OR 501/I.

Ist die Fälligkeit der Hauptschuld auf Kündigung gestellt, muss auch dem Bürgen gegenüber gekündigt werden (OR 501/III; vgl. in diesem Zusammenhang auch OR 511, unten Zif. XII/2), unabhängig davon, ob die Kündigung vom Gläubiger oder Schuldner ausgeht; letzterenfalls hat, da der Schuldner nicht Vertragspartei ist, der Gläubiger dem Bürgen die Kündigung zu notifizieren, vgl. Giovanoli, OR 501, N. 2.

b) Aufschub der Zahlungspflicht durch Sicherheitsleistung (OR 501/II)

"Gegen Leistung von Realsicherheit kann der Bürge bei jeder Bürgschaftsart verlangen, dass der Richter die Betreibung gegen ihn einstellt, bis alle Pfänder verwertet sind ..." (OR 501/II). Erweiterung der Einrede der Vorausklage (oben Zif. VI/1). Diese Bestimmung bewirkt, dass durch richterliche Verfügung der Bürge die Stellung eines Ausfallbürgen erhält (vgl. dazu Beck, OR 501, N. 19, N. 27 mit Hinw.).

Zu unterscheiden vom Fall, dass für die verbürgte Forderung auch Realsicherheiten bestehen, wo der einfache Bürge, unter den Voraussetzungen von OR 495/II, verlangen kann, dass diese zuerst verwertet werden.

OR 501/II ist zwingend (OR 492/IV, Giovanoli, OR 501, N. 10 mit Hinw.).

c) Einrede aus ausländischer Devisengesetzgebung (OR 501/IV)

OR 501/IV schützt den Bürgen davor, belangt zu werden, nicht weil der Schuldner zahlungsunfähig ist, sondern weil sein Vermögen durch ausländische Gesetzgebung (devisenrechtliche Vorschriften etc.) blockiert wird. Die Bestimmung ist, im Gegensatz zu Abs. 1-3, dispositiv. Vgl. BGE 63 II 311 ff., 60 II 294 ff.

d) Einrede aus Gläubigerverzug (OR 504)

Schwer einzusehen ist Sinn und Rechtfertigung von OR 504, womit der zahlungsbereite Bürge vor dem nicht annahmehbereiten Gläubiger geschützt werden soll, so Abs. II, wonach der Gläubiger, der die Leistung des Bürgen (und auch - entgegen OR 69/I, dessen Teilleistung, OR 504/I Satz 2) nicht annimmt, nicht bloss in Annahmeverzug gerät, sondern die Forderung verliert ! Zu Einzelheiten Beck, OR 504 N. 12.

e) Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag

Des weiteren stehen dem Bürgen Einreden und Einwendungen nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu: Handlungsunfähigkeit, Widerrechtlichkeit (der Verbürgung einer Busse, als höchstpersönliches Uebel, BGE 86 II 77 f. dazu auch Imboden/Rhinow, Nr. 48), Form- oder Willensmängel (Anwendungsfall in OR 497/III, oben Zif. VII/4, Ausnahme in OR 492/III; zur Anwendung der Willensmängel-Regeln im Bürgschaftsrecht vgl. auch v. Büren II, p. 303-305 mit Hinw. auf die Judikatur, ferner BGE 45 II 570 E. 1). - Zu den Einreden aus den einzelnen Bürgschaftsarten vgl. oben Zif. VI und VII; zu den allgemeinen und besonderen Endigungsgründen OR 509-512, unten Zif. XII.

2. Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen aus schuldrechtlicher Rechtsposition (OR 502)

- a) Obwohl der zahlende Bürge eine eigene Pflicht erfüllt, geht diese doch nicht weiter als die durch die Bürgschaft sichergestellte Schuld des Hauptschuldners. Dem Bürgen stehen sämtliche Verteidigungsmittel des Hauptschuldners zur Verfügung. Dies folgt aus der Akzessorietät der Bürgschaft und ist in OR 502/I ausgedrückt.



Die Einreden des Hauptschuldners können vom Bürgen sogar dann noch geltend gemacht werden, wenn der Schuldner seinerseits auf Geltendmachung verzichtet hat (OR 502/II).

Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ist der Bürge an einen Verrechnungs- oder Verjährungseinredeverzicht des Schuldners nicht gebunden (OR 121, OR 141/III).

- b) Trotz des Wortlauts von OR 502/I kann keine Rede davon sein, dass den Bürgen eine echte Rechtspflicht zur Erhebung von Einreden usw. träge; bei (verschuldeter, OR 502/III) Unterlassung der Verteidigung verliert er lediglich seinen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner, der die ihm zu Gebote stehenden Verteidigungsmittel dem Bürgen entgegenhalten kann und wird (unten Zif. XI).
- c) Es obliegt dem Bürgen, sich beim Schuldner über bestehende Einreden zu erkundigen. Soweit er sie in schuldloser Unkenntnis (OR 502/III) nicht geltend gemacht hat, können sie ihm beim Regress vom Schuldner (anders als bei der Zession, OR 169) nicht mehr entgegengehalten werden; insofern hat der Bürge mehr Rechte, als er durch die Subrogation erwirbt (vgl. Kleiner, p. 90). Dies ist daraus zu erklären, dass der Regress nach Vorbild der actio mandati (OR 402) ausgestaltet ist; er hängt davon ab, dass der Bürge in richtiger Erfüllung des Auftrags zahlt, vgl. v. Tuhr, p. 105. Leistet der Bürge freiwillig trotz bestehender Einreden, verliert er seinen Regress (OR 507/508) im Ausmass seiner möglichen Befreiung (OR 502/III), hat aber Anspruch gegen den Gläubiger oder Schuldner, falls diese bereichert sind (Gläubiger erhält doppelte Leistung, vgl. auch OR 508/III; Bürge bezahlt trotz verrechenbarer Forderung, die nun für Schuldner aufrecht bleibt, vgl. Scyboz, p. 451, Anm. 29, unten Zif. XI/1/c).
- d) I.S. von BGB § 770 besteht keine Zuständigkeit des Bürgen zur Anfechtung des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner (etwa Anfechtbarkeit gem. OR 23 ff. oder OR 21). Indessen muss ein Leistungsverweigerungsrecht analog BGB § 770 angenommen werden (vgl. Giovanoli OR 502 N. 11), es sei denn, der Bürge habe den Mangel gekannt (OR 492/III).

## **X. Obliegenheiten und Pflichten des Gläubigers**

### 1. Allgemeines

Dem Gesetz liegt das Modell der Gefälligkeitsbürgschaft zugrunde, des einseitigen, nur den Bürgen verpflichtenden Vertrags. Da jedoch die Leistungspflicht des Bürgen nicht von vornherein feststeht, sondern meist Säumnis des Hauptschuldners, Ausfall weiterer Sicherheiten u.ä. voraussetzt, hat der Bürge alles Interesse, nicht belangt zu werden oder im Fall der Zahlung wenigstens umgehend Regress zu nehmen. Daher muss der Gläubiger besondere, für einseitige Verträge atypische Sorgfalts- und Treuepflichten beachten (Erhaltung der Sicherheiten, Information des Bürgen, ungehinderte Ermöglichung des Regresses, Verfolgung des Rechtswegs ohne erhebliche Unterbrechung usw.). Zum Teil handelt es sich dabei um blosse Obliegenheiten, bei deren Missachtung Anspruchsverwirkung folgt, z.T. jedoch echte Rechtspflichten, aus deren Verletzung Ersatzpflicht des Gläubigers folgen kann (z.B. OR 503/IV).

Ist der Bürgschaftsvertrag ausnahmsweise synallagmatisch, hat der Gläubiger zusätzliche Rechtspflichten (Anwendung von OR 82, OR 97 ff.; Auflösung der Bürgschaft gem. OR 107-109, OR 119 bei Nichterfüllung etc.).

## 2. Sorgfalts- und Herausgabepflichten im allgemeinen (OR 503/I)

Verschlechtert der Gläubiger die Bürgeposition durch Verminderung von Pfandrechten oder anderweitigen Sicherheiten und Vorzugsrechten (z.B. Retentionsrecht, Eigentumsvorbehalt, Konkursprivilegien, vgl. auch OR 505/II), "so verringert sich die Haftung des Bürgen um einen dieser Verminderung entsprechenden Betrag, soweit nicht nachgewiesen wird, dass der Schaden weniger hoch ist." (OR 503/I Satz 1). Diese Pflichten werden weit gefasst; vgl. etwa BGE 64 III 156 f.: Gläubiger hat im Interesse des Bürgen auch Rechte auszuüben (i.c. Retention zu nehmen); weiterhin BGE 48 II 375 ff. und BGE 64 II 208 ff.

Abs. 1 von OR 503 kann nicht losgelöst von Abs. 4 gesehen werden: Kann dem Gläubiger bei Minderung der Sicherheiten (und, wie aOR 509 ausdrücklich erwähnte, Entäusserung von Beweismitteln) nur leichte Fahrlässigkeit (arg. aus Abs. 4) zur Last gelegt werden, treffen ihn die Folgen von Abs. 1 (entsprechende Minderung der Bürgebelastung, zur Berechnung vgl. Beck, OR 503, N. 33). War sein Verhalten jedoch grob-fahrlässig oder böswillig, wird der Bürge ungeachtet des Ausmasses der Verschlechterung seiner Stellung frei. Kann er zudem einen Schaden nachweisen, hat er in jedem Fall Anspruch aus Vertragsverletzung, so explizit Abs. 4; der Gesetzgeber nimmt somit in OR 503 nicht Obliegenheits-, sondern Obligationsverletzung an. Damit geht das OR über vergleichbare Regelungen hinaus; vgl. etwa frCC art. 2037, BGB § 776 (der Gläubiger verwirkt seinen Anspruch nur bei vorsätzlicher Verschlechterung der Bürgeposition, wobei der Bürge Schaden, Kausalzusammenhang und Vorsatz zu beweisen hat, Fahrlässigkeit bleibt ohne Folgen).

Im Gegensatz dazu statuierte das OR seit jeher eine Verantwortlichkeit des Gläubigers für Beweismittel und Sicherheiten, die als vertragliche (auftragsähnliche, BGE 64 II 28 E. 3) gesehen wurde. Daran hat sich nichts geändert; der Gläubiger haftet für jedes Verschulden, doch wurde gegenüber der früheren Regelung, die dem Bürgen den oft schwierigen Beweis der Mehrbelastung infolge Verminderung der Sicherheiten oder Beweismittel auferlegte (vgl. BGE 66 II 130), die Beweislast dem Gläubiger überbunden.

Erweitert wurden auch die Tatbestände, bei denen der Gläubiger sein Recht vollumfänglich verwirkt (OR 503/IV im Gegensatz zu aOR 510/II; das OR geht in diesem Punkt weiter als das französische und deutsche Recht); er wird, anders als in Abs. 1, nicht zum Nachweis des Minderschadens zugelassen. - Zu OR 503/IV vgl. im übrigen unten Zif. 5.

Die mangelnde gedankliche Durchdringung der Probleme hat manche Unklarheiten geschaffen; vgl. etwa die bis heute bestehende Kontroverse über die Folgen unsorgfältigen Verhaltens des Gläubigers (für Verwirkung Scyboz, p. 357, 404 f.; 408 f. und die bei Giovanoli, OR 503, N. 14 Zit.; für Schadenersatz Giovanoli, OR 503, N. 14 und die dort Zit.). M.E. ist folgendes auseinanderzuhalten: Sowohl nach Abs. 1 wie nach Abs. 4 verwirkt der Gläubiger seinen Anspruch, ersterenfalls nur im Rahmen der eingetretenen Minderung der Bürgerechte, letzterenfalls immer vollumfänglich. Zudem hat der Bürge, der unwissend um die Verwirkung leistete, gleich dem Beauftragten, ev. als Geschäftsführer ohne Auftrag (OR 419 ff.), einen vertraglichen Anspruch auf vollständige Schadloshaltung, dh. nicht nur auf Rückerstattung des zuviel Geleisteten (OR 503 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 Satz 2), sondern der gesamten Vermögensminderung (Zinsen, entgangener Gewinn usw.), und zwar in jedem Fall, obwohl dieser Schadenersatzanspruch nur in Abs. 4 erwähnt ist. - Vgl. dazu sinngemäss die Argumentation in BGE 66 II 127 f., sodann BGE 94 III 3 E. 1, BGE 64 II 28 E. 3.

### 3. Besondere Diligenzpflichten bei Amts- und Dienstbürgschaften (OR 503/II)

Dienstbürgschaft soll den Arbeitgeber (oder Dritten, OR 112) gegen Schäden aus Dienstpflichtverletzung des Arbeitnehmers sichern; Amtsbürgschaft den Geschädigten eines in amtlicher Eigenschaft rechtswidrig handelnden Funktionärs.

Besonderheiten: Verbürgung einer bedingten Schuld (dies incertus an, incertus quando, daher Sonderregelung in OR 510/I Satz 2). Es handelt sich meist um Ausfallbürgschaften, abweichende Vereinbarungen bleiben vorbehalten (vgl. etwa BGE 54 II 389: Solidarbürgschaft; ausführliche Kasuistik bei v. Büren, OR II, p. 302).

Amtsbürgschaft ist von schwindender Bedeutung, da Tendenz weg von persönlicher Beamtenhaftung hin zur originären (Kausal)-haftung des Staates; vgl. zur Entwicklung P. Salzgeber, Die Amtshaftung im schweizerischen Recht etc., Diss. Bern 1979, bes. p. 57 ff.; ferner Scyboz, p. 352, Anm. 4/5; Giovanoli, OR 503, N. 24a m. Hinw.

Zu weiteren Besonderheiten der Amts- und Dienstbürgschaften vgl. OR 500/II, OR 509/III, OR 512.

### 4. Pflichten des Gläubigers gegenüber dem leistenden Bürgen (OR 503/III)

Dem zahlenden Bürgen hat der Gläubiger "die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden herauszugeben und die nötigen Aufschlüsse zu erteilen" (OR 503/III Satz 1; bei Teilleistung kann der Bürge wenigstens beglaubigte Urkundenabschrift verlangen, BGE 78 II 262).

Ebenso hat der Gläubiger Pfänder und anderweitige Sicherheiten auf den Bürgen zu übertragen (OR 503/III Satz 2, vgl. auch Abs. 1; "Uebertragen" bloss im Sinn der Besitzverschaffung, da der Bürge mit Zahlung von Gesetzes wegen berechtigt wird und Uebertragung damit, ebensowenig wie bei der Zession, konstitutiv ist, doch hat diese formlose Rechtsverschaffung gutgläubigen Dritten gegenüber keine Wirkung, vgl. v. Tuhr, p. 112 f.).

Der Bürge braucht nur gegen Herausgabe der Pfandsache zu zahlen und wird bei Weigerung frei (OR 503/IV; der Bürge kann u.U. verlangen, dass sich der Gläubiger vorerst an die Pfandrechte halte, vgl. OR 495/II, 496. - Zum Verhältnis zwischen Bürge und Pfand Eigentümer vgl. OR 507/IV und unten Zif. XI/3/b); der Gläubiger hat Zug um Zug anzubieten. Dies ergibt sich nicht aus dem nur auf synallagmatische Verträge anwendbaren OR 82, sondern aus dem der Subrogation zugrundeliegenden beneficium cedendarum actionum; nach römischem Recht brauchte der Bürge nur gegen Herausgabe der Pfandsache zu zahlen; vgl. v. Tuhr, p. 113. Hat der Bürge schon geleistet, kann er nachträglich Herausgabe des Pfandes verlangen, da ja das Recht mit der Zahlung automatisch überging, vgl. v. Tuhr, a.a.O. - Zur Rechtslage bei bloss teilweiser Bezahlung der Schuld vgl. OR 507/II Satz 2 (zur "Pflicht" des Gläubigers, Teilleistung anzunehmen, vgl. OR 504/I); der Gläubiger braucht das Pfand nicht herauszugeben (Giovanoli, OR 503, N. 32 mit Hinw.). Ebenso bleiben "die dem Gläubiger für andere Forderungen zustehenden Pfand- und Retentionsrechte ... vorbehalten, soweit sie denjenigen des Bürgen im Rang vorgehen" (OR 503/III Satz 3).

### 5. Grobfahrlässiges oder böswilliges Verhalten des Gläubigers (OR 503/IV)

"Weigert sich der Gläubiger ungerechtfertigterweise, diese (scil. in Abs. 3 genannten) Handlungen vorzunehmen, oder hat er sich der vorhandenen Beweismittel oder der Pfänder und sonstigen Sicherheiten, für die er verantwortlich ist, böswillig oder

grobfahrlässig entäussert, so wird der Bürge frei", OR 503/IV. Ungerechtfertigt ist eine Weigerung, wenn keine objektiven Rechtfertigungsgründe vorliegen; vgl. BGE 78 II 262 E. 7; Giovanoli, OR 504, N. 5.

Trifft den Gläubiger bezüglich der Entäussierung von Beweismitteln oder Sicherheiten nur leichtes Verschulden, treten die Folgen von Abs. 1 ein (vgl. Beck, OR 503, N. 61 ; oben Zif. 2).

#### 6. Annahmepflicht (OR 504)

Vgl. zu dieser Obliegenheit und den Folgen ihrer Verletzung oben Zif. IX/1/d.

#### 7. Obliegenheiten bei Verzug und Konkurs des Schuldners (OR 505)

Unaufgefordert hat der Gläubiger den (oder die) Bürgen zu benachrichtigen, wenn der Schuldner mit der Bezahlung von Kapital, Zinsen oder mit einer Jahresamortisation sechs Monate im Rückstand ist (OR 505/I Satz 1). Auf Verlangen hat der Gläubiger dem Bürgen jederzeit über den Stand der Hauptschuld Auskunft zu geben (OR 505/I Satz 2); bei Banken hat das Bankgeheimnis zurückzutreten (Giovanoli, OR 505, N. 5).

Im Konkurs des Schuldners und (seit der Revision auch) bei Nachlassstundung muss der Gläubiger einerseits den Bürgen orientieren, andererseits seine Forderung anmelden (OR 505/II; Monatsfrist, SchKG 232 Zif. 2, Bürge ist dazu berechtigt, SchKG 217/II), mindestens dann, wenn der Bürge vor Konkurseintritt nicht belangt werden konnte oder freiwillig zahlte (vgl. OR 496, OR 504/III). Ferner hat der Gläubiger "alles Weitere vorzukehren, was ihm zur Wahrung der Rechte zugemutet werden kann" (OR 505/II). Damit soll vermieden werden, dass dieser nach Anmeldung der Forderung das Ganze auf sich beruhen lässt. Vgl. im einzelnen Giovanoli, OR 505, N. 11-13.

Trifft den Gläubiger ein Verschulden, "verliert er seine Ansprüche gegen den Bürgen insoweit, als diesem aus der Unterlassung ein Schaden entstanden ist" (OR 505/III). Anders als in OR 503/I hat der Bürge Schaden und Kausalzusammenhang zu beweisen (Beck, OR 505, N. 32); Ersatz des allenfalls verbleibenden weiteren Schadens nach auftragsrechtlichen Grundsätzen (Beck, OR 505, N. 34; oben Zif. 1).

### **XI. "Regress" ("Rückgriff") des leistenden Bürgen (OR 507/508). Sonstige Ansprüche gegen den Schuldner (OR 506)**

#### 1. Das Rückgriffsrecht im allgemeinen

##### a) Grundsatz der Subrogation des leistenden Bürgen in die Stellung des Gläubigers

Der zur Zahlung gezwungene Bürge tilgt rechtlich zwar eine eigene Schuld, praktisch jedoch jene des Hauptschuldners. Der Bürge soll diese Schuld zwar sichern, nicht aber (wie bei privativer Schuldübernahme) selber tragen. Daher wird der Hauptschuldner dem zahlenden Bürgen von Gesetzes wegen ersatzpflichtig (abweichende vertragliche Vereinbarungen bleiben vorbehalten, OR 507/III und unten Zif. 3; so wird, falls die Leistung des Gläubigers in Wirklichkeit nicht dem Hauptschuldner, sondern dem Bürgen zugute kommt, dieser jenem nach Auftragsrecht verpflichtet; Guhl, p. 92, Beispiel unten Zif. 6).

Die technische Ausgestaltung der Ersatzpflicht ist jene der Subrogation (auch *cessio legis*, Legalzession; vgl. dazu OR/AT § 31/VII): Es geht die vom Bürgen

getilgte Forderung des Gläubigers auf ihn über; auf das Regressverhältnis (unter Mitverpflichteten) hat jener keinen Einfluss, BGE 95 II 242 ff. E. 1 und 2. Gegenüber der Lösung, dass der Bürge im Ausmass seiner Leistung einen Ersatzanspruch gegen den Schuldner erhält, hat die Lösung der Subrogation den Vorteil, dass die Stellung des Schuldners durch die Tatsache der Zahlung des Bürgen nicht verschlechtert wird (es wäre denkbar, dass der Bürge ohne Not zahlt, z.B. weil ihm der Gläubiger näher steht als der Schuldner). Wenn hier, dem allgemeinen Gebrauch folgend, von "Regress", "Rückgriff" gesprochen wird, muss man sich vergegenwärtigen, dass ein solcher im genauen Wortsinn nicht vorliegt, da der Bürge nicht einen eigenen originären Ersatzanspruch geltend macht, sondern die auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers.

b) Erhaltung der Einreden

Hauptzweck der Lösung der "Zession von Gesetzes wegen" ist die Erhaltung der Einreden. Hat der Bürge versäumt, dem Schuldner zustehende Verteidigungsmittel gegenüber dem Gläubiger zur Geltung zu bringen (zu dieser Möglichkeit oben Zif. IX/2), muss er nun in Kauf nehmen, vom Schuldner diese sich entgegenhalten zu lassen. Eine Schranke findet dieser Grundsatz dort, wo der Bürge sich zwar beim Schuldner hinsichtlich dessen Rechtsposition erkundigt, jedoch schliesslich in schuldloser Unkenntnis der Verteidigungsmöglichkeiten geleistet hat (OR 502/III; oben Zif. IX/2/c).

Wenn der Bürge vor Fälligkeit geleistet hat, kann er den Regress erst nach Eintritt der Fälligkeit geltend machen (OR 507/I Satz 2; Ausnahme in OR 509/IV Satz 2).

c) Schuldnerschutz bei Doppelzahlung (OR 508)

Befriedigt der Bürge den Gläubiger, verwirkt er seinen Regress im Ausmass, in dem der Schuldner gleichfalls geleistet hat (wie beim Regresstatbestand von OR 502/III handelt es sich entgegen dem Marginale von OR 508 nicht um eine Mitteilungspflicht, sondern eine Obliegenheit des Bürgen, oben Zif. X). Der Bürge ist aber zum Beweis zugelassen, dass der Schuldner von seiner Leistung wusste oder das Nichtwissen zu vertreten hat (OR 508/II); zudem hat dieser den Kausalzusammenhang zwischen Unterlassung des Bürgen und Doppelzahlung zu beweisen (er fehlt etwa, wenn die schuldnerische Leistung erfolgt ist, bevor die rechtzeitig abgesandte Mitteilung des Gläubigers eintreffen konnte, vgl. Beck, OR 508, N. 6).

Bei Doppelzahlung hat der irrtümlich leistende Bürge einen Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger (OR 508/III), ebenso der Schuldner, falls der Bürge wegen dessen Unaufmerksamkeit (ZGB 3/II) den Regressanspruch behält.

Behält der Schuldner dank Zahlung des Bürgen eine verrechnungsfähige Forderung, richtet sich dessen Bereicherungs- (nicht Regress)anspruch gegen den Schuldner, vgl. OR 502/III und dazu oben Zif. IX/2/c. Erfolgt die Zahlung des Bürgen donandi causa, steht bei Doppelzahlung der Bereicherungsanspruch dem Schuldner zu.

d) Verjährung: Neuer Fristenlauf mit Zahlung des Bürgen

Die Leistung des Bürgen unterbricht nach allgemeinen Grundsätzen die Verjährung der Hauptschuld nicht, da dieser seine eigene Verpflichtung, nicht jene des Schuldners erfüllt. Aus Billigkeitsgründen wurde mit der Revision die Sondervorschrift eingefügt, dass die Verjährung der subrogierten Forderung mit dem Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers neu zu laufen beginnt, OR 507/V. -

Ordentliche (zehnjährige) Frist; gilt erst recht beim Regress des Bürgen nach Auftragsrecht, welchem die gesetzliche Subrogation nachgebildet ist, unten Zif. 3/a; Scyboz, p. 447 Anm. 18 mit Hinw. - Hat der Bürge in eine unverjährbare Verlustscheinforderung (SchKG 149/V) subrogiert, bleibt die Regressforderung ebenfalls unverjährbar.

## 2. Uebergang der Sicherheiten (OR 507/II)

### a) Umfang

Nach OR 503/I ist der Gläubiger verantwortlich für "bei Eingehung der Bürgschaft vorhandene oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangte und eigens für die verbürgte Forderung bestimmte Pfandrechte oder anderweitige Sicherheiten und Vorzugsrechte", vgl. auch OR 503/III. Verdeutlichend zu OR 507/I sollen auch nur diese Rechte von Gesetzes wegen auf den zahlenden Bürgen übergehen, OR 507/II- -Abweichende Vereinbarungen (zugunsten des Bürgen) bleiben vorbehalten; der Sinn dieses Vorbehalts ist umstritten, vgl. Giovanoli, OR 507, N. 8.

### b) Vorrang des Gläubigers bei Teilzahlung

Bei Teilleistung des Bürgen müssen dieser und der Gläubiger sich in die Sicherheit teilen. Deckt sie die Forderung nicht vollständig, geht das Recht des Gläubigers im Rang vor; der Bürge hat den Ausfall allein zu tragen, OR 507/II Satz 2 (vgl. auch OR 503/III Satz 3). Allgemeingültiger Grundsatz, dass Subrogation die Lage des Gläubigers nicht verschlechtern soll (nemo contra se subrogasse censetur).

### c) Mitwirkungspflichten des Gläubigers (OR 503 Abs. 3 und 4)

Weigert sich der Gläubiger ungerechtfertigterweise, dem Bürgen an den in OR 507/II aufgezählten Rechten Besitz zu verschaffen, Schuldurkunde und Beweismittel auszuhändigen und die nötigen Aufschlüsse zu erteilen, wird er dem Bürgen gem. OR 503/IV ersatzpflichtig, dazu oben Zif. X/4 und 5.

## 3. Abweichende vertragliche Vereinbarungen

### a) Zwischen Bürgen und Hauptschuldner (OR 507/III)

Die gesetzliche Subrogationsordnung kann zugunsten wie zulasten des Bürgen modifiziert werden durch Rechtsgeschäft mit dem Schuldner; die gesetzliche Subrogationsordnung hat vor dem vertraglich geregelten Regress zurückzutreten (OR 507/III; Abs. 6 handelt von Garantieverträgen), es liegt keine Anspruchskonkurrenz vor (Die Wurzeln des gesetzlichen Regresses, der cessio legis, gründen nicht im Zessionsrecht, sondern in der "actio mandati contraria" (OR 402, OR 422 dazu oben § 12/VII); daher kann der Bürge auch mehr Rechte haben, als er durch die Subrogation erwirbt, oben Zif. IX/2/c; zum Ganzen Scyboz, p. 441-444; Kleiner, p. 88-90).

### b) Zwischen Bürgen und Pfand Eigentümer (OR 507/IV)

Bestehen für die verbürgte Forderung Pfandrechte, kann der Bürge unter gewissen Voraussetzungen (OR 495/II, OR 496) verlangen, dass der Gläubiger sich vorerst an diese halte. Muss der Pfand Eigentümer zahlen, zahlt er freiwillig oder geht das Pfand im Rahmen von OR 507/II auf den Bürgen über, der es verwerten lässt, fragt sich, ob der Pfand Eigentümer einen allfälligen Verlust allein zu tragen hat oder auf den Bürgen Rückgriff nehmen kann. Dieses Problem wurde im Anschluss an v. Tuhr schon unter dem alten Recht zugunsten des Bürgen entschieden (vgl.

v. Tuhr, p. 116 ff., bes. p. 119 f., BGE 62 II 118 ff.), was mit der Revision Gesetz wurde; der Bürge ist schutzwürdiger, da er mit seinem ganzen Vermögen haftet (so schon v. Tuhr, a.a.O. mit Kritik am Schweizer Gesetzgeber, im weiteren Giovanoli, OR 507, N. 14). Anderes gilt nur nach Vereinbarung oder bei nachträglicher Bestellung des Pfandes durch einen Dritten (der vermutlich nicht zugunsten des Bürgen handeln wollte; entsprechend ist der Gläubiger dem Bürgen für diese Pfänder nicht verantwortlich, OR 503/I und sie gehen nicht auf den Bürgen über, OR 507/II).

#### 4. Zum Regress bei bürgschaftsrechtlich geregelten Garantieverträgen (OR 507/VI)

Für unklagbare Forderungen aus Spiel, Wette, Differenzgeschäft muss der Bürge (obwohl Verbürgung zulässig ist, die auch für den Bürgen eine Naturalobligation entstehen lässt) niemals entstehen (OR 502/IV); tut er es trotzdem, hat er keinen Regress (dh. die auf ihn übergehende Forderung ist unklagbar). Gleiches gilt bei Bürgschaften, die wegen Irrtums oder Vertragsunfähigkeit für den Schuldner unverbindlich sind, ansonsten der Zweck von OR 492/III zunichte gemacht würde. Dasselbe gilt bei Einstehen des Bürgen für eine verjährte Schuld. Handelte er jedoch im Auftrag des Schuldners, behält er in diesem Fall die actio mandati contraria (OR 402), vgl. zum Ganzen auch oben Zif. III/2/b.

#### 5. Die Ansprüche des Bürgen aus OR 506

Während der Schuldner am Bürgschaftsvertrag nicht beteiligt ist und die Bürgschaft auch keinen Vertrag zwischen Hauptschuldner und Bürgen voraussetzt, besteht zwischen den beiden meist trotzdem ein solcher (andernfalls kann u.U. Uebernahme der Bürgschaft ev. Geschäftsführung ohne Auftrag des Bürgen für den Schuldner als Geschäftsherrn qualifiziert werden). Darauf bezieht sich Art. 506, der dem Bürgen vor dem Bürgschaftsfall gegenüber dem Hauptschuldner einen Anspruch auf Sicherstellung und ev. auf Befreiung von der Bürgschaft zuerkennt. Dies ist der Fall bei Widerhandlung gegen vertragliche Abmachungen (Zif. 1), bei Verzug des Hauptschuldners oder dessen Wohnsitzverlegung ins Ausland (Zif. 2) oder sonstiger Erhöhung von Risiken (Zif. 3).

Diese Behelfe sind, wenigstens soweit für den Bürgen eine echte Gefahr besteht, meist wertlos, da Sicherstellung Solvenz des Schuldners voraussetzt und Befreiung von der Bürgschaft nur durch Tilgung der Hauptschuld (oder mit Zustimmung des Gläubigers) möglich ist. Vgl. auch BGB § 775.

#### 6. Exkurs: Rückgriff unter mehreren Bürgen

Der zahlende Nachbürge (OR 498/I) tilgt Schuld des Vorbürgens und indirekt Hauptschuld; er hat daher Regress sowohl gegen Vorbürgens wie gegen Hauptschuldner, der Rückbürge (OR 498/II) gegen Hauptschuldner wie allfällige Mitbürgen.

Dem zahlenden Bürgen, der in die Gläubigerstellung nachrückt, können die Mitbürgen die gleichen Einreden entgegenhalten, die dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehen (Verminderung von Sicherheiten, OR 503, usw., vgl. BGE 94 III 3 E. 1 und dort zit.; Scyboz, p. 453 mit Hinw.). Weiterhin gilt:

- Regress des Solidarbürgens gem. OR 497/II Satz 4 und 5. Da unter Solidarbürgens immer Solidarität besteht, sind OR 148/49 anwendbar, die durch obgenannte Bestimmungen präzisiert werden (dazu Scyboz, p. 454 f. sowie SJZ 1940/41 p. 236 N. 47).

- Hat ein einfacher Mitbürge (OR 497/I) mehr als seinen Anteil geleistet, steht ihm (trotz Schweigen des Gesetzes) im Zweifel anteilmässiger Regress zu aufgrund Vertrag, GoA oder OR 507 (Mitbürge tritt im Ausmass seiner Zahlung an die Stelle des Gläubigers und erwirbt damit auch die für die verbürgte Forderung haftenden Sicherheiten, OR 507/II); Gemeinsamkeit der Verbürgung führt in diesem Fall zum gleichen Ergebnis wie der Rückgriff im Solidarschuldverhältnis, OR 148, vgl. dazu Scyboz, p. 454 und dort zit. Entscheide.
- Ausschluss des Regresses gegen Mitbürgen, wenn der zahlende Bürge interessemässig bzw. wirtschaftlich betrachtet eine eigene Schuld tilgt (oben Zif. 1/a). So der Alleinaktionär, der sich zugunsten seiner Gesellschaft verbürgt; leistet er, hat er wegen wirtschaftlicher Identität des Bürgen mit dem Hauptschuldner keinen Regress gegen Mitbürgen, BGE 81 II 461 E. 2c, vgl. auch BGE 53 II 30 E. 2, 56 II 140 E. 3.
- Zum Regress des Nebenbürgen vgl. OR 497/IV Satz 2.

## **XII. Beendigung der Bürgschaft**

### 1. Durch Erlöschen der Hauptschuld

Folgt aus Akzessorietät (OR 509/I, vgl. auch OR 492/II).

"Erlöschen": Erfüllung, Hingabe an Erfüllungs Statt (bei Leistung zahlungs- oder vergleichshalber vgl. OR 500/I Satz 2), Erlass (OR 115), Verrechnung (OR 502, OR 121), Hinterlegung (OR 92; Recht zur Rücknahme nach OR 94 ist ausgeschlossen, wenn infolge Hinterlegung ein Pfandrecht aufgehoben (ZGB 888/I) worden ist, da sonst Regressrechte des leistenden Bürgen geschmälert würden; dieser wird frei, vgl. dazu Becker, OR 92/94 N. 19, ohne diese Bestimmung gälte OR 503), Neuerung (die nicht leicht anzunehmen ist, dazu oben Zif. III/1 und BGE 64 II 284 ff., 66 II 156 E. 2: Löschung eines verbürgten Schuldbriefs im Grundbuch lässt Bürgschaft dahinfallen, wenn Neuerungswille angenommen werden muss), unverschuldete Unmöglichkeit (OR 119, Anwendungsfall in OR 501/IV).

Bei Vereinigung (Konfusion) der Eigenschaft als Gläubiger und Hauptschuldner erlischt die Forderung mit ev. Nebenrechten, OR 118 (im weiteren Beck, OR 509, N. 32 f.); vereinigen sich aber Schuldner- und Bürgeneigenschaft, "bleiben dem Gläubiger die ihm aus der Bürgschaft zustehenden besonderen Vorteile gewahrt" (OR 509/II, es entsteht Pflichtenkonkurrenz, da Haftung des Schuldners und des Bürgen aus verschiedenen Rechtsgründen; so erlöschen für die Bürgschaft bestellte Pfandrechte oder Nachbürgschaften nicht, ebensowenig Haftung aus Garantieverträgen gem. OR 492/III). Schuldnerwechsel befreit den Bürgen, wenn er nicht schriftlich zugestimmt hat, OR 493/V Satz 2; Wiederaufleben der Haftung bei Unwirksamkeit des Uebernahmevertrags, OR 180/I. Zum Schicksal der Bürgschaft bei Rückgängigmachung eines Erlasses/Vergleichs vgl. Beck, OR 509, N. 12, Guhl, p. 119; zur Weiterhaftung des Bürgen nach erfolgreicher Anfechtung der Tilgung gem. SchKG 285 ff. vgl. BGE 64 III 147 ff., Giovanoli, OR 509, N. 6.

### 2. Durch Zeitablauf

#### a) Unbefristete Bürgschaften

Jede Bürgschaft natürlicher Personen soll, da meist gefälligkeitshalber eingegangen, spätestens nach zwanzig Jahren dahinfallen, OR 509/III (auch wenn die Hauptschuld noch nicht fällig ist, was den Gläubiger dazu zwingen kann, den



Bürgen zu belangen, OR 509/IV, dazu sogleich). Privilegierung der öffentlichen Hand; aus praktischen Gründen sind ausgenommen Bürgschaften für periodisch wiederkehrende Leistungen (vgl. die weitere Formulierung in OR 500/II; wohl bewusste Differenzierung des Gesetzgebers); Sonderregelung für Amts- und Dienstbürgschaften (vgl. OR 512 und unten Zif. 4).

Diese Bürgschaften können um höchstens zehn Jahre verlängert werden, einfache Schriftlichkeit genügt; damit dies nicht schon bei Bürgschaftsabschluss vereinbart werde, ist eine entsprechende Erklärung nur gültig, wenn sie frühestens ein Jahr vor Dahinfallen der Bürgschaft abgegeben wird (OR 509/V, jederzeit möglich bleibt Neuverbürgung, OR 509/IV i.f.).

Ist die Bürgschaft unbefristet, fällt sie, bietet der Bürge nicht Verlängerung oder Erneuerung an, zwingend (OR 492/IV) mit dem Ablauf von zwanzig Jahren dahin; will der Gläubiger die Sicherheit nicht verlieren, ist er gezwungen, gegen den Bürgen vorzugehen (in Abweichung von OR 495/96 und OR 501 Abs. 1 und 3), welche Möglichkeit ihm das Gesetz während des letzten Jahres vor Verfall einräumt, OR 509/IV. - Wird die Hauptschuld weniger als zwei Jahre vor Dahinfallen der Bürgschaft fällig bzw. kündbar (vor dem 18. Jahr bei Maximaldauer, sonst gem. Bürgschaftsvertrag), kann der Gläubiger ebenfalls direkt gegen den Bürgen vorgehen (Wegfall der *beneficia excussionis personale vel reale* von Gesetzes wegen), OR 509/VI. Dem Bürgen steht diesfalls, entgegen OR 507/I Satz 2, der Regress schon vor Fälligkeit der Hauptschuld zu, OR 509/VI-

Bei unbefristeten Bürgschaften kann der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld (vorbehältlich OR 509 Abs. 4 und 6) verlangen, dass der Gläubiger binnen vier Wochen die Forderung gegenüber dem Hauptschuldner geltend mache und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung verfolge (OR 511/I, bei Kündigungsrecht des Gläubigers Vorgehen nach Abs. 2). Verletzt der Gläubiger diese Obliegenheit, wird der Bürge frei, OR 511/III.

Zur gesetzlich vermuteten Verringerung des Haftungsbetrags vgl. OR 500/I.

b) Bürgschaft auf Zeit (OR 510 Abs. 3-5)

Bei vertraglicher Befristung der Bürgschaft (die als Erleichterung der Bürgenstellung formfrei erfolgen kann) fällt diese nicht automatisch mit Frist-Ende dahin; Verpflichtung des Bürgen erlischt erst, wenn der Gläubiger nicht binnen vier Wochen nach Fristablauf (der innerhalb der zwanzig Jahre von OR 509/III liegen kann) die Forderung geltend macht, OR 510/III und den Rechtsweg ohne Unterbrechung verfolgt, dazu BGE 108 II 201 E. 3. Gleiche Rechtsfolge, falls dem Begehren des Bürgen bei Fälligkeit oder Kündbarkeit der Schuld nicht nachgekommen wird, OR 511.

Ist die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner bei Fristablauf noch nicht fällig, kann sich der Bürge nicht auf Befristung berufen, sondern sich nur durch Leistung von Realsicherheit von der Bürgschaft befreien, OR 510/IV. Falls er dies, was die Regel sein wird, nicht tut, greift eine "eigentümliche gesetzliche Fiktion" (Guhl, p. 126) platz: Die Bürgschaft gilt weiter bis zur Fälligkeit der Hauptschuld bzw. der Höchstdauer von zwanzig Jahren, OR 510/V; für die Geltendmachung gilt diesfalls OR 510/III

### 3. Durch Rücktritt (OR 510 Abs. 1 und 2)

Bei Verbürgung künftiger Forderungen (vgl. OR 492/II) kann der Bürge durch blosse schriftliche Erklärung seine Verpflichtung widerrufen, "sofern die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich seit der Unterzeichnung der Bürgschaft wesentlich verschlechtert haben oder wenn sich erst nachträglich herausstellt, dass seine Vermögenslage wesentlich schlechter ist, als der Bürge in guten Treuen angenommen hatte" (OR 510/I, muss m.E. auch gelten, falls die Forderung suspensiv bedingt ist, vgl. OR 510/I: "... solange die Forderung nicht entstanden ist ... " und OR 492/II). Ev. Ersatz des Vertrauensschadens, OR 510/II.

### 4. Bei Amts- und Dienstbürgschaften

Für befristete Bürgschaften dieser Art gilt, Schadenseintritt vorausgesetzt, OR 510/III, oben lit. 2/b; für unbefristete Bürgschaften s. OR 512.

Dass Rücktritt nur bis zum Zeitpunkt möglich ist, zu dem "das Amts- oder Dienstverhältnis zustandegekommen ist" (OR 510/I Satz 2) erklärt sich daraus, dass der Bürge von diesem Zeitpunkt an für Verfehlungen des Schuldners belangt werden kann.