

# **Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen**

Von Prof. Dr. Susan Emmenegger, Bern \*

## Inhaltsverzeichnis

I. Die drei Sicherungsformen im Überblick

II. Die gesetzgeberische Inkohärenz

III. Die Reaktion des Bundesgerichts

1. Massgeblichkeit des Vertrauensprinzips

2. Praktische Umsetzung

IV. Analyse der Fallgruppen

1. Vorausscheidung

a) Deep Pockets: Garantievermutung

b) Friends and Family: Bürgschaftsvermutung

2. Übrige Fälle

3. Fazit

V. Würdigung

1. Formzwang in Abhängigkeit von Verkehrsbedürfnissen

2. Formvorschrift als Mittel der Inhaltskontrolle

a) Problematik von Sicherungsversprechen im sozialen Nahbereich

b) Vorschlag: offene statt verdeckter Inhaltskontrolle

c) Praktisches Vorgehen

VI. Schluss

Zur Abfederung des Risikos eines Leistungsausfalls stellt das Privatrecht verschiedene Instrumente zur Verfügung. Dazu gehören auch die Bürgschaft, der Schuldbeitritt und die Garantie. Ihre Sicherungsfunktion besteht darin, dass neben die ursprüngliche Forderung der Gläubigerin ein zusätzlicher schuldrechtlicher Anspruch tritt, der sich gegen eine Drittperson (Bürge, Übernehmer, Garant) richtet. Trotz dieser Funktionsäquivalenz gelten für die genannten Verträge unterschiedliche Rahmenbedingungen: Die Bürgschaft unterliegt

ZBJV-2007-562

dem Formzwang, der Schuldbeitritt und die Garantie sind formfrei gültig. Von dieser gesetzgeberischen Inkohärenz und dem höchstrichterlichen Umgang mit ihr handelt der vorliegende Beitrag.

## I. Die drei Sicherungsformen im Überblick

Die Grundformen von Bürgschaft, Schuldbeitritt und Garantie lassen sich wie folgt skizzieren:

Bei der Bürgschaft verspricht der Bürge der Gläubigerin, für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners einzustehen. 1 Es wird keine eigene Schuld begründet, sondern eine fremde Schuld gesichert. Die Bürgschaft ist akzessorisch: Sie hängt in ihrem Bestand und Inhalt von der Hauptschuld ab. 2 Zudem wirkt sie subsidiär, da die Leistungspflicht sich erst im Falle des definitiven Leistungsausfalls seitens des Hauptschuldners aktualisiert. 3

Im Rahmen des Schuldbeitritts verpflichtet sich der Übernehmer, für die Hauptschuld solidarisch zu haften. 4 Er begründet damit eine eigene, selbstständige Verpflichtung. Der Schuldbeitritt ist nicht streng akzessorisch, da nicht jeder Wegfall der Verpflichtung des Hauptschuldners zum Untergang der Verpflichtung des Übernehmers führt. 5 Er wirkt auch nicht subsidiär: Die Solidarverpflichtung erlaubt der Gläubigerin den direkten Zugriff auf den Übernehmer. 6

ZBJV-2007-563

Beim Garantievertrag verspricht der Garant der Gläubigerin eine Zahlung, falls sich das im Garantievertrag umschriebene Risiko verwirklicht. Von vorrangiger praktischer Bedeutung ist heute das Risiko des Leistungsausfalls eines Dritten im Rahmen eines konkreten Schuldverhältnisses (bürgschaftsähnliche Garantie). 7 Die Garantie ist nicht akzessorisch: Sie ist auch dann geschuldet, wenn sich herausstellt, dass die Schuld des Dritten nicht entstanden, nichtig oder anfechtbar ist. 8 Sie ist insoweit subsidiär, als der Garant erst in Anspruch genommen werden darf, wenn feststeht, ob und in welchem Umfang die Leistung des Dritten entfällt. 9

## II. Die gesetzgeberische Inkohärenz

Der historische Gesetzgeber hat trotz der sicherungsmässigen Funktionsäquivalenz von Bürgschaft, Schuldbeitritt und Garantie einzig die Bürgschaft einer besonderen Formvorschrift unterstellt.

ZBJV-2007-564

Aus den Materialien wird deutlich, dass er die daraus entstehenden Schutzlücken bewusst in Kauf genommen hat. 10

Das lückenhafte Schutzsystem im Bereich der Personalsicherheiten hat seither Praxis und Lehre intensiv beschäftigt. Das Bundesgericht spricht im Kleintransporterentscheid aus dem Jahr 2003 offen von einer

«Inkohärenz der Rechtsordnung». 11 Der Befund ist nicht zuletzt Ausdruck der Schwierigkeiten, die mit der Bewältigung des gesetzgeberischen Entscheids verbunden sind. Der punktuelle Formzwang rückt die Abgrenzungsfrage in den Vordergrund, denn die Formnichtigkeit ist ein attraktives Mittel, um nachträglich einer Verpflichtung zu entgehen, die man vorgängig eingegangen ist. So lautet die Verteidigung des in Anspruch genommenen Interzedenten denn auch regelmässig, er habe ein Bürgschaftsversprechen abgegeben und dieses sei aufgrund eines Formmangels nichtig.

Für die Abgrenzung zwischen Bürgschaft einerseits und dem Schuldbeitritt bzw. der Garantie andererseits wird gemeinhin auf das Kriterium der Akzessorietät abgestellt. 12 Die Bürgschaft ist von Bestand und Inhalt der Hauptschuld vollumfänglich abhängig, was für die beiden anderen Sicherungsarten nicht zutrifft. In der Praxis bleibt die Abgrenzung allerdings schwierig, da die fraglichen Verträge regelmässig auslegungsbedürftig sind und über die Frage der Akzessorietät mit Fug gestritten werden kann.

### **III. Die Reaktion des Bundesgerichts**

Das Bundesgericht als Entscheidungsinstanz für konkrete Rechtsstreitigkeiten kann sich nicht mit dem «Inkohärenz-Befund» begnügen, sondern es muss im Einzelfall die Qualifikation vornehmen und entscheiden, ob es sich bei der Vereinbarung um eine Garantie, einen Schuldbeitritt oder eine Bürgschaft handelt.

ZBJV-2007-565

#### **1. Massgeblichkeit des Vertrauensprinzips**

Wie bei allen Verträgen stellt das Bundesgericht für die Abgrenzungsfrage zunächst auf den tatsächlichen Willen der Parteien ab. 13 Das ändert allerdings nichts daran, dass im Prozess der praktischen Entscheidungsfindung der wirkliche Wille seine Vorrangstellung längst an das Vertrauensprinzip abgetreten hat und der jeweilige Sicherungsvertrag von der Rechtsfigur der vernünftigen Partei beherrscht wird. Die Vereinbarung der Parteien wird so für die Wertungen des Gerichts geöffnet und von der Eigen- in die Fremdbestimmung geführt. 14

#### **2. Praktische Umsetzung**

Nach dem Vertrauensprinzip sind die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zweck sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. 15 Massgeblich sind also einerseits der Wortlaut und andererseits die Vertragsumstände, zu denen auch der Vertragszweck gehört. 16 Wer sich aufgrund dieser objektivierten Auslegung eine Voraussehbarkeit im Ergebnis erhofft, sieht sich zunächst enttäuscht.

Mit Blick auf den Wortlaut lässt sich ein Kommen und Gehen der Eindeutigkeitsregel beobachten. Unter ihrem Banner wurde in einigen älteren Entscheiden der klare Wortlaut der Sicherungserklärung als entscheidend angesehen. 17 In der Folge wurde sie

ZBJV-2007-566

ausdrücklich verworfen, erstmals in einem unpublizierten Entscheid aus dem Jahre 1998 18 und zuletzt im Kleintransporterfall aus dem Jahr 2003. 19 Bekanntlich leben Totgesagte länger, und so findet sich auch die Eindeutigkeitsregel im Jahr 2005 in einem höchstrichterlichen Entscheid wieder, unter Hinweis auf die alte Rechtsprechung. 20 Hinzu kommt, dass demselben Wort je nach Einzelfall eine unterschiedliche Bedeutung zugemessen wird. 21

Auch bei den Vertragsumständen vermisst man eine konsequente Linie, obwohl das Bundesgericht eine Reihe von Indizien und Vermutungstatbeständen entwickelt hat, die für oder gegen ein bestimmtes Sicherungsinstitut sprechen. So wird einmal gesagt, der Verweis auf das Grundverhältnis in der Erklärung begründe die Vermutung zugunsten der Bürgschaft. 22 Ein andermal will das

ZBJV-2007-567

Bundesgericht daraus nichts Entscheidendes ableiten. 23 Schwankend zeigt sich das Bundesgericht auch im Hinblick auf das Eigeninteresse des Sicherungsgebers am Gesamtgeschäft. Einmal ist es generell nicht ausschlaggebend, 24 ein andermal spricht sein Vorliegen für eine Garantie bzw. einen Schuldbeitritt. 25 Unklar ist auch die Bedeutung der gemeinsamen Übernahme der Schuldspflicht mit dem Hauptschuldner: Einmal folgert das Bundesgericht daraus das Vorliegen einer Garantie, 26 ein andermal schliesst nach seinem Dafürhalten die Garantie eine solche Übernahme von vornherein aus. 27 Sodann soll der Einredeverzicht für die Annahme einer Garantie nicht entscheidend sein. 28 Fällt der Entscheid aber im Ergebnis zugunsten einer Garantie aus, wird der Verzicht als Kriterium aufgeführt. 29 Schliesslich wird gesagt, in Zweifelsfällen gelte die Vermutung zugunsten der mildesten

ZBJV-2007-568

Verpflichtung, also der Bürgschaft. 30 Das gilt aber nur, solange es sich nicht um Banken handelt. 31

Daneben gibt es immerhin einige Indizien, die bislang noch keinen höchstrichterlichen Schwankungen unterlagen. Darunter sind allerdings solche, welche die zentrale Frage nach dem Vorliegen einer Bürgschaft nicht einschlägig beantworten, weil sie zwar gegen die Garantie sprechen, nicht aber gegen den ebenfalls formfreien Schuldbeitritt. Das gilt etwa für die Übereinstimmung der Leistungsversprechen von Schuldner und Sicherungsgeber. 32 Andere entpuppen sich bei näherer Betrachtung als Leerformel, weil sie nur wiederholen, dass die fehlende Akzessorietät für die Garantie spricht. 33 Ist aber die Akzessorietätsfrage geklärt, erübrigt sich die weitere Auslegung anhand der Indizien. 34 Unbeschadet hat bislang immerhin ein Indiz die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Abgrenzungsfällen überstanden: Steht der Leistungsausfall im Zeitpunkt der Verpflichtungserklärung bereits fest, so spricht dies klar für eine Garantie und ebenso klar

ZBJV-2007-569

gegen eine Bürgschaft. 35 Eine solche Vertragskonstellation dürfte allerdings in der Praxis nicht häufig vorkommen.

## **IV. Analyse der Fallgruppen**

Die bundesgerichtliche Handhabung des Vertrauensprinzips in der Abgrenzungsfrage erscheint zunächst wenig vertrauenerweckend: Die Rechtsprechung trägt Züge einer juristischen Cocktailbar, bei der man nie recht weiss, welcher Indizienmix einem im konkreten Fall serviert wird. 36 Bei näherer Betrachtung ist der Mix allerdings doch nicht ganz so explosiv, auch wenn in der Praxis die Kopfschmerzen nicht immer ausbleiben. Die Urteile lassen durchaus eine Linie erkennen, sofern man auf den personenbezogenen Kontext abstellt, in dem die Sicherungserklärung abgegeben wird.

### **1. Vorausscheidung**

Vorab können zwei Personengruppen identifiziert werden, bei denen zugunsten eines bestimmten Sicherungstypus argumentiert und entschieden wird:

## a) Deep Pockets: Garantievermutung

Zur einen Gruppe zählen Banken, im internationalen Handel tätige Unternehmen und – mit Blick auf bestimmte Geschäfte – Staaten. Diese Akteure haben nicht nur «tiefe Taschen», sondern sie operieren in einem Umfeld, bei dem das Bedürfnis nach formfreien Sicherungsversprechen besonders ausgeprägt ist. Das Bundesgericht trägt diesen Bedürfnissen Rechnung. Im Ergebnis wird eine Garantie

ZBJV-2007-570

angenommen, falls der Wortlaut und die rechtliche Ausgestaltung des Sicherungsversprechens nicht eindeutig auf eine Bürgschaft hinweisen. 37 Das bedeutet auch, dass dem genannten Personenkreis die Einwendung der Formnichtigkeit nicht zugestanden wird.

## b) Friends and Family: Bürgschaftsvermutung

Zur zweiten Gruppe gehören die Mitglieder der Familie bzw. der Lebenspartnerschaft – in der Terminologie des deutschen Bundesgerichtshofs die «Nahbereichspersonen» 38 . Die von ihnen abgeschlossenen Sicherungsverträge werden regelmässig als formnichtige Bürgschaften qualifiziert. 39 Besonders deutlich zeigt sich diese Tendenz im Hinblick auf die Gewichtung des Vertragswortlauts:

Eine gültige Garantie sah das Bundesgericht in der Klausel «.. garantit le paiement dans les 5 jours dès réception des factures ...» 40 . Als formnichtige Bürgschaft bewertete es die Klausel «versera à l'étude Z. la somme de frs. 250 000.– ... à titre d'honoraires» 41 . Im ersten Fall stammte die Erklärung von einer Bank, im zweiten Fall von der Mutter des Hauptschuldners. Im Fall der Bank wurde dem Wortlaut entscheidende Bedeutung zugemessen – das Bundesgericht spricht von einer «promesse toute à fait claire» 42 . Im zweiten Fall wurde betont, dem – an sich klaren – Wortlaut komme keine entscheidende Bedeutung zu. 43 Ein ähnliches Bild zeigt sich bei der

ZBJV-2007-571

Abgrenzung zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft. Zugunsten eines gültigen Schuldbeitritts entschied das Gericht bei einer Verpflichtung mit dem Passus «se reconnaissent débitrices solidaires» und der Unterschrift mit dem Vermerk «Les débiteurs solidaires». 44 Als formnichtige Bürgschaft qualifizierte es eine Erklärung, welche die einschlägigen Gesetzesbestimmungen der Solidarhaftung enthielt und die ebenfalls von «der Solidarschuldnerin» unterschrieben war. 45 Im ersten Fall handelte es sich um ein Unternehmen, im zweiten Fall um die Tochter des Hauptschuldners. Im Fall des Unternehmens kam die Eindeutigkeitsregel zur Anwendung, 46 im Fall der Tochter wurde daran erinnert, dass man die Eindeutigkeitsregel verworfen habe und auch der an sich klare Wortlaut der Verpflichtung nicht entscheidend sei. 47

## 2. Übrige Fälle

Scheidet man von den Abgrenzungsurteilen, die seit der Revision des Bürgschaftsrechts im Jahre 1941 ergangen sind, die zwei vorgenannten Sondergruppen aus, so zeigt sich ein relativ konsistentes Bild:

Das Bundesgericht stellt im Ergebnis vorrangig auf zwei Kernindizien ab: den Wortlaut und das Eigeninteresse, wobei in Einzelfällen das eine oder das andere Kriterium ausschlaggebend war. 48 Die

ZBJV-2007-572

übrigen Indizien finden zwar teilweise Erwähnung, oder sie werden gar als zusätzliche Argumentationsstütze verwendet; bei der Entscheidungsfindung fallen sie aber deutlich weniger stark ins Gewicht. Beim Wortlaut differenziert das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung zudem zwischen geschäftsgewandten und nicht geschäftsgewandten Personen; erstere werden auf den klaren Wortlaut des Sicherungsversprechens behaftet. 49 Dies scheint auch der Tendenz bei den erstinstanzlichen Gerichten zu entsprechen. 50

Einen Konsistenzbruch erleidet die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Hinblick auf eine weitere Sondergruppe, die zum Schuldner in einem besonderen Näheverhältnis steht: die Verwaltungsräte und/oder Hauptaktionäre von Gesellschaften. Seit den späten 80er-Jahren ist eine Tendenz erkennbar, die Einwendung der formnichtigen Bürgschaft zu schützen. 51 Auffällig bei diesen Entscheidungen ist namentlich der Umgang mit dem Eigeninteresse: Entweder wird es verneint, 52 oder – wo man das gute Gewissen nicht mehr tun kann – es wird ihm die Relevanz abgesprochen. 53 Diese

ZBJV-2007-573

Rechtsprechung wurde von der Lehre mehrheitlich kritisiert. 54 Möglicherweise zeichnet sich diesbezüglich ein Einschwenken auf die allgemeine Rechtsprechungslinie ab: Im jüngsten Entscheid zum Sicherungsversprechen eines (einigen) Verwaltungsrats hat das Bundesgericht das Eigeninteresse unterstellt und angesichts des Wortlauts die Verpflichtungserklärung als Schuldbeitritt qualifiziert. 55

### **3. Fazit**

Sieht man von den Sonderkonstellationen im Bank- und Familienkontext ab, so entscheidet das Bundesgericht aufgrund einer relativ stabilen Indizienkette. Das zuweilen in Fachgesprächen spürbare Unbehagen gegenüber der Rechtsprechung, die erfinderischen Parteien das Schlupfloch des formungültigen Bürgschaftsvertrages offenlasse, erweist sich bei näherer Betrachtung als unbegründet. Ausserhalb des Familienkontexts fallen die Entscheide durchaus zugunsten der formfreien Sicherungsversprechen ab.

## **V. Würdigung**

Der Befund einer Sonderrechtsprechung für gewisse Personengruppen erleichtert den praktischen Umgang mit der Abgrenzungsproblematik; die Frage nach deren Berechtigung ist damit aber noch nicht beantwortet. Tatsächlich verdient die aktuelle Praxis des Bundesgerichts nicht uneingeschränkt Zustimmung:

ZBJV-2007-574

### **1. Formzwang in Abhängigkeit von Verkehrsbedürfnissen**

Der Drang zur Garantie bei Sicherungsversprechen im Finanz- und internationalen Handelskontext ist angesichts der entsprechenden Verkehrsbedürfnisse nachvollziehbar. Dennoch ist im Blick zu behalten, dass die Qualifikation des Vertrages in der alleinigen Hoheit und Verantwortung der Gerichte liegt, die ihrerseits an die Vorgaben des Gesetzes gebunden sind. 56 Es ist daher zumindest missverständlich, wenn das Bundesgericht in neueren Entscheiden ausführt, den Parteien stehe die Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Sicherungsinstituten zu und sie könnten auch ein formfreies Geschäft wählen, etwa zur Vermeidung von Notariatskosten, wegen Dringlichkeit des Vertragsabschlusses oder aufgrund der Schwierigkeit bei der Bestimmung des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages in der Urkunde selbst. 57 Verträge, die sich materiell als Bürgschaft darstellen, unterliegen dem Formzwang. 58 Selbst der ausdrückliche Verzicht auf die Formvorschrift ändert daran nichts, er verwandelt die Bürgschaft nicht in eine Garantie – genauso wenig, wie ein Formverzicht aus dem formgebundenen Grundstückskauf einen formfreien

Fahrniskauf macht. 59

Überzeugender wäre es, die Formvorschriften auch im Bank- und internationalen Handelskontext konsequent anzuwenden. Leiden die Verträge an einem Formmangel – etwa, weil der Höchstbetrag nicht angegeben ist –, so sind sie nichtig. Den Bedürfnissen der Industrie kann in einem zweiten Schritt Rechnung getragen werden, indem man – ähnlich wie beim Grundstückkauf – mit der Rechtsmissbrauchsschranke operiert und die Einwendung der Formnichtigkeit nicht gelten lässt, wenn die Sicherungsgeberin bewusst auf die vorgeschriebene Form verzichtet hat. Das Bundesgericht hat sich mit dieser

ZBJV-2007-575

Argumentationslinie bereits befasst; im Entscheidfall verneinte es allerdings den Rechtsmissbrauch. 60

## 2. Formvorschrift als Mittel der Inhaltskontrolle

Mit Blick auf den sozialen Nahbereich besteht im Ergebnis die umgekehrte Tendenz: Das Bundesgericht qualifiziert diese Sicherungsversprechen regelmässig als formnichtige Bürgschaften. Im Ergebnis werden hier die Formvorschriften als Mittel der Inhaltskontrolle eingesetzt.

### a) Problematik von Sicherungsversprechen im sozialen Nahbereich

Die Intervention des Bundesgerichts bei Sicherungsversprechen im sozialen Nahbereich ist Teil einer Entwicklung, die in anderen Rechtsordnungen seit längerem im Fluss ist. So haben namentlich die Gerichte in Deutschland und Österreich, aber auch in den Common-Law-Ländern wie Australien, England, Kanada und Neuseeland, auf das Phänomen der sogenannten Verwandteninterzessionen reagiert 61 .

Der Grund für die länderübergreifenden gerichtlichen Interventionen liegt im besonderen Kontext, in dem diese Sicherungsversprechen abgegeben werden. Dem familiären Umfeld liegen andere Regeln zugrunde als dem Schuldvertragsrecht: Hier gilt statt des autonomieorientierten Austauschprinzips das sozialbezogene Kooperationsprinzip. 62 Bei Sicherungsversprechen im Familienkontext treffen mithin unterschiedliche Interaktionsmodelle aufeinander – ein

ZBJV-2007-576

«Clash of Civilizations» im Kleinen 63 . Wer im Familienkontext ein Sicherungsversprechen abgibt, operiert im Spannungsfeld gegenläufiger Erwartungen: Die vertragliche Handlungslogik setzt strategisches, eigennütziges Verhalten voraus. Die familienbezogene Handlungslogik orientiert sich an der Gemeinschaft, sie ist auf Selbstlosigkeit und Solidarität ausgerichtet. 64

In der Soziologie ist die Unterschiedlichkeit von familien- und wirtschaftsbezogener Interaktion hinlänglich bekannt. 65 Empirische Studien, die speziell zur Verwandteninterzession durchgeführt wurden, bestätigen die Grundthesen. So besteht im familiären Kontext unter anderem die Tendenz, geschäftliche Risiken falsch einzustufen oder ihre Thematisierung zu tabuisieren. Selbst wenn die Risiken erkannt werden, so diktiert die familiäre Loyalität, dass man das Sicherungsversprechen dennoch abgibt. 66

### b) Vorschlag: offene statt verdeckter Inhaltskontrolle

Wenn das Bundesgericht also in Fällen der Verwandteninterzession korrigierend eingreift, so trägt es dem besonderen Kontext dieser Verträge Rechnung. Allerdings ist zu fragen, ob die Formkontrolle wirklich die überzeugendste Vorgehensweise bildet oder ob man nicht – wie im Ausland praktiziert und von der

schweizerischen Lehre durchweg befürwortet 67 – in diesen Fällen zu einer offenen Inhaltskontrolle übergehen will. 68 Formvorschriften dienen dem Übereilungsschutz. Die soziologischen Daten zeigen indessen, dass das Hauptproblem bei diesen Verträgen nicht in der Übereilung,

ZBJV-2007-577

sondern in der emotionalen Bindung liegt. Entsprechend wenig trägt der Übereilungsschutz zur Problemlösung bei. 69

Dies verdeutlichen auch die beiden jüngsten Abgrenzungsentscheide des Bundesgerichts. 70 Der erste Fall handelte von einer 73-jährigen Dame, die zugunsten ihres Sohnes eine Sicherungserklärung für die Bezahlung von Anwaltshonoraren abgegeben hatte. 71 Im zweiten Fall hatte sich die Tochter zugunsten ihres Vaters für die Bezahlung der Leasingraten für einen Kleintransporter als Sicherungsgeberin verpflichtet. 72 In beiden Fällen wurde die Klage der Gläubiger unter Hinweis auf die Formnichtigkeit des Bürgschaftversprechens abgewiesen. Folgt man der Linie des Bundesgerichts, so wäre die 73-jährige Mutter auf ihre Sicherungserklärung zu behaften, hätten sich damals die Anwälte anlässlich ihres Hausbesuchs – wo sie sich auf einem Schriftstück ohne Briefkopf Honorarzahungen in Höhe von 250 000 Franken versprechen liessen – vom Kollegen mit Notariatspatent begleiten lassen. 73 Auch beim Kleintransporterfall vermeidet die notarielle Beurkundung das stossende Ergebnis nicht, wenn die Tochter des Leasingnehmers sich damit konfrontiert sieht, die Unterschrift zu leisten oder dem Vater die geschäftsnotwendige Investition zu verunmöglichen.

Eine offene Inhaltskontrolle würde auch den diesbezüglichen Urteilen grössere Überzeugungskraft verleihen. Gerade der Kleintransporterfall zeigt, welche Distanzen das Bundesgericht zurücklegen muss, um am Ende eine formnichtige Bürgschaft zu «finden»: Immerhin unterschrieb die Tochter zweimal eine Schuldanerkennung als Solidarschuldnerin. Die Schuldanerkennung enthielt zudem die Erklärung, dass bei der Solidarschuld jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haftet (Art. 143 OR) und der Gläubiger nach seiner Wahl von jedem Solidarschuldner je nur einen Teil oder das Ganze

ZBJV-2007-578

fordern kann (Art. 144 Abs. 1 OR). Trotz Fehlens zusätzlicher Anhaltspunkte – etwa der Fremdsprachigkeit oder der fehlenden Ausbildung – und obwohl die Tochter als Einzelunterschriftsberechtigte im Handelsregister eingetragen war, hegte das Bundesgericht «erhebliche Zweifel» darüber, ob die Tochter die Tragweite ihrer Verpflichtung wirklich verstanden habe. Und es entdeckt im Anschluss daran einen nach Treu und Glauben schützenswerten Parteiwillen, der auf den Abschluss eines – formnichtigen – Bürgschaftsvertrags gerichtet war. 74

### **c) Praktisches Vorgehen**

Eine richterliche Inhaltskontrolle bedeutet kein generelles Verbot von Sicherungsversprechen naher Angehöriger, sondern es ist ein Abwägungsprozess, in den auch die Interessen der Gläubigerin einfließen. Für die wertenden Kriterien kann man sich in einem ersten Schritt an der deutschen Judikatur orientieren, die sich seit über zehn Jahren in einem nach wie vor andauernden Prozess der Verstetigung und Differenzierung mit der Problematik beschäftigt. Dort steht heute der Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des Sicherungsgebers im Vordergrund. Steht fest, dass der Betroffene im Sicherungsfall voraussichtlich nicht fähig ist, aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens und Vermögens die Zinslast zu tragen, so leiten die Gerichte daraus die Vermutung ab, dass er die ruinöse Sicherungserklärung allein aus emotionaler Verbundenheit übernommen hat und dies in sittlich anstössiger Weise vom Kreditgeber ausgenutzt wurde. 75 Ein mittelbares Interesse am Grundgeschäft – etwa

eine allgemeine Verbesserung des Lebensstandards der Familie oder eine Lohnerhöhung – reicht nicht aus, um diese Vermutung umzustossen. 76 In gravierenden Fällen kann zudem die Bürgschaft selbst dann sittenwidrig sein, wenn der Bürge finanziell nicht überfordert wird, so etwa, wenn die Bank als Gläubigerin die Tragweite der Bürgschaft verharmlost und sie als reine Formalität darstellt. 77

ZBJV-2007-579

Ergänzt man diese Kriterien um die präzisierende Erwägung, dass die finanzielle Überforderung und die anderen Vertragsumstände jeweils in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, sodass beispielsweise das fehlende Eigeninteresse 78 oder die Geschäftsunerfahrenheit im Einzelfall dazu führen können, dass weniger hohe Anforderungen an den Überforderungstatbestand gestellt werden, so erreicht man einen sinnvollen Ausgleich zwischen dem Interesse der Gläubigerin an zusätzlicher Sicherheit und dem Interesse des Verpflichtungsträgers an der Respektierung seiner familiären Handlungslogik. Eine solche Vorgehensweise eignet sich daher auch für die Durchführung der Inhaltskontrolle durch das Bundesgericht. Als Rechtsgrundlage werden in der schweizerischen Doktrin die Übervorteilung und die Sittenwidrigkeit genannt. 79 Als weitere Grundlage kommen die unabänderlichen familienrechtlichen Kooperationsvorschriften (Art. 159 Abs. 2, Art. 301 ZGB) in Betracht. Dritte sind in dieses Kooperationsystem insoweit eingebunden, als sie in ihrer Vertragsbeziehung das Solidaritätsdenken nicht für den Abschluss leistungsdisparater Verträge ausnützen dürfen. Tun sie es dennoch, liegt ein Verstoß gegen die genannten Normen vor, was gemäss Art. 20 OR zur Nichtigkeit des Vertrages führt. 80

## VI. Schluss

Der Bundesgesetzgeber hat im Bereich der Personalsicherheiten auf die konsequente Durchsetzung des Formzwangs verzichtet. Dem Bundesgericht fällt die Aufgabe zu, die daraus entstehenden Schutzlücken auf denjenigen Umfang zu beschränken, den der Gesetzgeber aus Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse in Kauf genommen hat. Für die dadurch zentral gewordene Frage der Abgrenzung

ZBJV-2007-580

zwischen den verschiedenen Sicherungsinstituten greift das Bundesgericht vordergründig auf eine umfangreiche Indizienliste zurück. Tatsächlich nimmt es aber für zwei Personengruppen das Ergebnis regelmässig vorweg: Wer im Bank- oder im internationalen Handelskontext ein Sicherungsversprechen abgibt, wird grundsätzlich dem Garantierrecht unterstellt. Wer im Familienkontext agiert, genießt den besonderen Schutz des Bürgschaftsrechts. Dafür lassen sich praktische Gründe anfügen. In dogmatischer Hinsicht vermag dieses Vorgehen allerdings nicht restlos zu überzeugen. Insbesondere im Fall der Sicherungsversprechen im sozialen Nahbereich ist für eine offene Inhaltskontrolle zu plädieren, die auch formgültig abgeschlossene Bürgschaften erfasst. Dabei geht es nicht darum, für Sicherungserklärungen im sozialen Nahbereich eine richterliche Interventionslawine loszutreten, sondern nur darum, eine Abwägung zu treffen, die auch dem besonderen Kontext dieser Verpflichtungen Rechnung trägt. Ruinöses Solidarverhalten ist eine Grenze, die der ökonomischen Rationalität des Schuldvertragsrechts durchaus zuzumuten ist.

## Literaturverzeichnis

Abegg, Andreas, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Zürich 2004.

Allert, Tilman, Die Familie: Fallstudien zur Unverwüstlichkeit einer Lebensform, Berlin 1998.

Belser, Eva Maria, Finanzierung und Bürgschaft – die Bürgin zwischen Verantwortung und Verschuldung, in: Alexander Brunner, Manfred Rehbinder, Bernd Stauder (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen

Konsumentenrechts, Bern 2003, 203–234.

Belser, Eva Maria, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Fribourg 2000.

Emmenegger, Susan, In guten wie in schlechten Zeiten: Vertragsrechtliche Wirkungen des ehelichen Kooperationsprinzips, in: Pierre Tercier u.a. (Hrsg.), Gauchs Welt. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 395–407.

Emmenegger, Susan, Geschlechtsspezifische Aspekte des Bürgschaftsvertrages, in: Pro FRI (Hrsg.), Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, St. Gallen 2001, 91–125.

ZBJV-2007-581

Fountoulakis, Christiana, Interzession naher Angehöriger, eine rechtsvergleichende Untersuchung im deutschen und angelsächsischen Rechtskreis, Bern 2005.

Gauch, Peter, Familienschuldrecht, in: Peter Gauch/Jörg Schmid/Paul-Henri Steinauer/Pierre Tercier/Franz Werro, Familie und Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 249–272.

Gauch, Peter, Die Fehlerwelt der Juristen, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 543–561.

Gauch, Peter, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 209–244.

Gauch, Peter/Schlupe, Walter/Schmid, Jörg/Rey, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich 2003.

Guggenheim, Daniel, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4e éd., Genf 2000.

Gutzwiller, Max, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, in: ZSR 103 (1984) 121–131.

Kleiner, Beat, Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäfts, 4. Aufl., Zürich 1990.

Kramer, Ernst A., Art. 18, in: Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986.

Merz, Hans, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987, in: ZBJV 125 (1989) 204–230.

Nobel, Peter, Rechtsprechung. Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 17. November 1987 i.S. A./X. Bank betreffend Bürgschaft oder Garantievertrag, in: WuR 40 (1988) 72–78.

Schönenberger, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419–529, 2. Aufl., Zürich 1945.

Sobota, Katharina, Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, 231–237.

Teubner, Gunther, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), in: KritV 83 (2000) 388–404.

ZBJV-2007-582

Thévenoz, Luc, Les garanties indépendantes devant les tribunaux suisses, in: Thévenoz Luc (Hrsg.), Journée 1994 de droit bancaire et financier, Bern 1994, 167–193.

Vionnet, Guillaume/Von der Crone, Hans Caspar, Sicherungsversprechen und Vertrauensprinzip, in: SZW 2004, 386–393.

Weber, Rolf H., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband: Art. 110–113, Bern 2002.

---

\* Ich danke Frau Monika Binz, BLaw, und Herrn lic. iur. Christophe Rosat, Fürsprecher, für ihre Unterstützung bei den Recherchen zu diesem Beitrag.

1 Vgl. die Legaldefinition in Art. 492 Abs. 1 OR.

2 Vgl. Art. 492 Abs. 2 OR. Ausnahmen: Art. 492 Abs. 3 OR, Art. 501 Abs. 4 OR. Die Akzessorietät ist genau genommen nicht Tatbestand, sondern Rechtsfolge: Ein Sicherungsversprechen ist nicht eine Bürgschaft, weil sie akzessorisch ist, sondern sie ist eine Bürgschaft und deswegen akzessorisch. Dennoch rechtfertigt es sich, bei der Qualifikation auf die Akzessorietät abzustellen und sie bei der Tatbestandsermittlung zu berücksichtigen. Die Technik des Rechtsfolgendenkens mag dem mechanischen Subsumptionsvorgang widersprechen, sie entspricht indes einem modernen Verständnis eines Schuldrechts, das auf die sachgerechte Lösung praktischer Rechtsfragen ausgerichtet ist.

3 Vgl. Art. 495 OR. Abgeschwächt bei der Solidarbürgschaft, vgl. Art. 496 OR.

4 Statt vieler: BGE 129 III 702 E. 2.1 S. 704. Beim Schuldbeitritt handelt es sich um eine Art «Happy Hour» für die Gläubigerschaft, weil für die Erfüllung der einen Hauptschuld nunmehr (mindestens) zwei Schuldner zur Verfügung stehen.

5 Es gelten die Regeln der Solidarität, vgl. Art. 143 ff. OR. Für Einzelheiten siehe BGE 129 III 702 E. 2 S. 704, m.w.N.

6 Vgl. Art. 144 OR.

7 Vgl. BGE 113 II 434 E. 2a S. 436; BGer 4C.31/1999 vom 27. Mai 1999 E. 2b. Siehe auch Kleiner, Bankgarantie, 5.01 ff. Wie bei der Bürgschaft liegt auch bei der Garantie der Fokus auf der Leistungspflicht des Dritten. Dies im Unterschied zum Schuldbeitritt, vgl. etwa Weber, Berner Kommentar, N 96 zu Art. 111 OR. Vgl. auch BGer 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001 E. 4. Schon früh AppGer BE, SJZ 30 (1933/34) 331 ff., 332 («Wesentliches Unterscheidungsmerkmal ... zwischen der Schuldmitübernahme und dem Garantievertrag [ist] der Vertragsinhalt, der hier allgemein die Leistung eines Dritten, dort auf eigene Leistung neben einem Dritten geht.»).

8 Zuletzt BGer 4C.150/2006 vom 29. Juni 2006 E. 3. Vgl. auch BGE 129 III 703 E. 2.1. S. 704. Gemäss Bundesgericht ist allerdings auch das an sich nicht akzessorische Garantieverprechen nichtig, wenn das gesicherte Rechtsverhältnis widerrechtlich oder unsittlich und deswegen vollnichtig ist, vgl. BGer 4C.436/1997 vom 9. Juli 1998 E. 3; BGE 76 II 33 E. 4 S. 37 f. Weiter ist zu beachten, dass namentlich im französischen Sprachgebrauch zwischen der «garantie indépendante» und der «garantie accessoire» unterschieden wird. Die «garantie accessoire» wird uneingeschränkt den Regeln des Bürgschaftsrechts unterstellt, vgl. nur BGE 131 III 511 E. 4.2 S. 524; BGE 117 III 76 E. 6b S. 78; Guggenheim, Les contrats, 340; Thévenoz, Les garanties indépendantes, 169.

9 BGE 101 II 323 E. 1c S. 327. Anders noch die frühe Rechtsprechung, vgl. BGE 39 II 768 E. 1 S. 774: «In dieser subsidiären Haftung ... liegt aber gerade das Charakteristische der gewöhnlichen Bürgschaft ... im Gegensatz zum sog. Garantievertrage.»

10 Vgl. StenBull NR 1940, 74 f. (Votum Huber); StenBull NR 1940, 89 (Votum Vodoz).

11 BGE 129 III 702 E. 2.3. S. 705.

12 Vgl. BGer 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001 E. 4; BGE 113 II 434 E. 2b S. 437; BGE 111 II 276 E. 2b S. 279; BGE 75 II 49 E. 2 S. 50; 72 II 19, 23; BGE 56 II 375, 381. Mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt dient auch die Subsidiarität als Abgrenzungskriterium, vgl. Schönenberger, Zürcher Kommentar, N 49 zu Art. 492 OR.

13 Statt vieler: BGE 129 III 702 E. 2.4 S. 707.

14 Zu diesem Phänomen Gauch, FS Rey, 558; ders., Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, 237.

15 BGE 129 III 702 E. 2.4 S. 707, m.w.N.

16 Die Dreierformel «Wortlaut, Zweck und Umstände» ist eine rhetorische Figur, die über den Sprachrhythmus zusätzliche Überzeugungsarbeit leisten soll. Im Gegensatz zu den Argumenten beeindrucken rhetorische Figuren «nicht wegen ihrer Inhalte, sondern bezaubern durch ihre Formen: durch Rhythmus, Geometrie, Klang oder Anschaulichkeit.» Sobota, JZ 1992 232.

17 BGE 111 II 284 E. 2 S. 287 («Lorsque le texte d'un contrat est clair, il n'y a pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf circonstances particulières ...»). So auch BGE 120 II 34, nicht publizierte Erwägung 5b, abgedruckt bei Thévenoz, Les garanties indépendantes, 194 f.; BGer vom 5. Oktober 1982, RVJ 1982, 236 ff., 241. Vgl. weiter BGE 111 II 276 E. 2b S. 279; BGE 101 II 323 E. 1 S. 325; BGE 81 II 520 E. 3c S. 525 f.

18 Die publizierten Entscheide verweisen auf BGer 4C.436/1997 vom 9. Juli 1998 E. 2. Dieser wiederum stützt sich auf BGer 4C.24/1997 vom 2. März 1998 E. 1c («Il convient ... de nuancer le principe qui a été posé dans les BGE 111 II 284 consid. 2 p. 287, 101 II 329 consid. 2 p. 331 et 99 II 282 consid. I/1 p. 285 ... l'interprétation purement littérale est ... prohibée.»). Im Ergebnis wurde allerdings dem klaren Wortlaut der Solidarverpflichtung («les ... vendeurs garantissent solidairement ... le paiement ...») dennoch entscheidene Bedeutung zugemessen, vgl. E. 1d.

19 BGE 129 III 702 E. 2.4.1 S. 707 («Dementsprechend misst die Rechtsprechung dem Umstand, dass die Parteien präzise juristische Bezeichnungen verwendet haben, für sich allein keine entscheidende Bedeutung zu.»). Vgl. auch BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002 E. 2.1.

20 Vgl. BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 525 («[I]l convient d'interpréter l'engagement du garant conformément au principe de la confiance ..., en se fondant en premier lieu sur le texte de la garantie ...», unter Hinweis auf die in BGE 111 II 284 E. 2 S. 287 statuierte Eindeutigkeitsregel).

21 So etwa in Bezug auf das «persönliche» Einstehen, vgl. z.B. BGE 101 II 323 E. 1 S. 325 («Die Wendung, das Darlehen werde «mit persönlicher Haftbarkeit» ... gewährt, lässt nicht erkennen, was die Parteien sich unter dieser Verpflichtung ... vorstellten.»). Demgegenüber BGer 4C.154/2002 vom 10./17. Dezember 2002 E. 3.3 («Der Ausdruck «persönlich» [unterstrichen], dass die Verpflichtung als selbständig und nicht nur als akzessorisch zu verstehen ist.»). Gleich BGer vom 22. September 1999, SJ 2000, 305 ff., 309.

22 BGE 113 II 434 E. 3c S. 439 («Vermutungsweise ist daher ... auf Bürgschaft [zu schliessen], wenn zur Feststellung der Garantieleistung ... auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss.»).

23 BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 525 («[L]a référence au contrat de base ne permet pas à elle seule de conclure à l'existence d'un engagement accessoire ...»). So auch BGE 117 III 76 E. 6b S. 78. Siehe sodann BGer 4C.31/1999 vom 27. Mai 1999 E. 2b/cc («[I]l ne change rien à l'affaire que la garantie de loyer ait été annexée au bail ...»).

24 BGE 113 II 434 E. 3g S. 441 («Dass der Beklagte offensichtlich ein eigenes Interesse am Gesamtgeschäft hatte, ist nach neuerer Lehre und Rechtsprechung nicht ausschlaggebend.»). Vgl. auch BGE 111 II 276 E. 2b S. 280; BGE 42 II 260 E. 1 S. 264 (Eigeninteresse schliesst Bürgschaft nicht aus).

25 BGer 4C.154/2002 vom 10./17. Dezember 2002 E. 3.1 («Ein Indiz für ein selbständiges Sicherstellungsversprechen in Form einer kumulativen Schuldübernahme ist, dass der Garant ein eigenes Interesse am Geschäft hat ...»). So auch BGE 129 III 702 E. 2.6. S. 710; BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002 E. 3; BGer 4C.154/2002 vom 10./17. Dezember 2002 E. 3.1; BGE 101 II 232 E. 1a S. 325 f.; BGE 72 II 19, 24; BGE 81 II 520 E. 3d S. 526 f. Als Kontrapunkt allerdings BGE 37 II 183 E. 2 S. 186 («Ein eigenes Vermögensinteresse kann und wird oft der entscheidende Grund sein, der den Bürgen zur Interzession bestimmt ...»).

26 BGE 72 II 19 S. 23 (Ein Indiz für die Garantie ist, dass die Sicherungsgeber die Verpflichtung «in gleicher Weise und gleichgeordnet wie der Schuldner ... unterschrieben»).

27 BGE 113 II 434 E. 3b S. 439 («Bei der selbständigen Garantie ist eine ... gemeinsame Verpflichtung mit dem Hauptschuldner schon vom Begriff her ausgeschlossen.»). Siehe auch BGE 111 II 276 E. 2c S. 280 (Unterschrift auf dem Grundvertrag spricht für Bürgschaft).

28 BGE 113 II 434 E. 3d S. 440 («Für sich allein vermag der Einredenverzicht jedoch kaum die Annahme eines Garantievertrages zu begründen ...»).

29 Vgl. BGE 131 III 511 E. 4.4 S. 526 («Cette appréciation est encore corroborée par la clause figurant dans la garantie du 1er septembre 1987 ... le garant n'étant pas en droit de soulever d'exception ou d'objection de quelque nature que ce soit.»). Ähnlich BGE 117 III 76 E. 6b S. 79.

30 BGE 111 II 276 E. 2b S. 279 («Dans le doute, le juge doit cependant opter en faveur du cautionnement ...»). So auch BGE 101 II 323 E. 1d S. 328. BGer vom 25. Juli 1988, SJ 1988, 552 E. 1b.

31 BGE 117 III 76 E. 6b S. 78; BGE 113 II 434 E. 2c S. 438 («... Garantieerklärungen geschäftsgewandter Banken [sollen] ... vermutungsweise als Garantien ... gewertet werden ...»). Gleich BGE 131 III 511 E. 4.3 S. 525; BGer vom 25. Juli 1988, SJ 1988, 552 E. 1b.

32 Als Abgrenzung zur Garantie: BGE 113 II 434 E. 3a S. 439 (Der Beklagte «verspricht nicht Schadenersatz für den Ausfall der Hauptleistung, sondern die Leistung schlechthin, sein Erfüllungsversprechen deckt sich mit demjenigen des Hauptschuldners. Dies weist auf Bürgschaft hin ...»). Siehe auch BGE 128 III 295 E. 2d S. 303. Als Merkmal des Schuldbeitritts (und daher für die Abgrenzung zur Bürgschaft unergiebig): BGer 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001 E. 4a («Der Inhalt der Verpflichtung des [beitretenden] Dritten entspricht wesensmässig der vom bisherigen Schuldner geschuldeten Leistung.»).

33 Vgl. BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002 E. 3 («La jurisprudence voit un indice en faveur d'un engagement autonome ... si l'on peut penser que l'engagement aurait été pris même si l'obligation du débiteur principal n'existait pas, était nulle ou invalidée ...»).

34 In anderen Entscheiden diene diese Formulierung denn auch der Präzisierung des Begriffs der Akzessorietät und nicht als Indiz für deren Vorliegen, vgl. zuletzt BGer 4C.150/2006 vom 29. Juni 2006 E. 3.1., m.w.H.

35 Vgl. BGE 125 III 305 E. 2b S. 309 («La jurisprudence voit un indice en faveur du porte-fort lorsque l'obligation du garant est définie de manière indépendante et que la garantie est donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter ...»). So auch BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002, E. 3; BGer vom 25. Juli 1988, SJ 1988, 550 ff., 553 E. 1c/a.

36 Zutreffend Thévenoz, Les garanties indépendantes, 171: «D'un tel procédé par accumulation d'indices, il résulte une casuistique dont les résultats sont parfois surprenants et peuvent mettre en péril la sécurité juridique.»

37 Zugunsten eines selbstständigen Sicherungsversprechens etwa BGE 117 III 76 (Bank); BGE 131 III 511 (Staat); BGer vom 25. Juli 1988, SJ 1988, 550 ff. (Bank). Zu den Garantieerklärungen von Staaten und ihrer Ähnlichkeit mit Garantien von Bankinstituten vgl. auch BGE 124 III 382 E. 4b S. 390.

38 BGH NJW 2000, 1158.

39 Bisherige Entscheidungen betrafen die Mutter (BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002), die Tochter (BGE 129 III 702), den Ehemann (BGer vom 3. Juni 1996, SJ 1996, 629 ff.) und den Vater (BGE 64 II 346). Der letzte Fall erging noch unter dem alten Recht (einfache Schriftlichkeit der Bürgschaft, ziffernmässige Bestimmung des Höchstbetrages). Das Bundesgericht erklärte die Verpflichtungserklärung des Vaters des Hauptschuldners als ungültig, weil sie den Höchstbetrag der Haftung nicht ziffernmässig aufführte – und änderte in diesem Entscheid seine Rechtsprechung, die zuvor nur geringe Anforderungen an die Höchstangabe verlangte.

40 BGer vom 25. Juli 1988, SJ 1988, 550 ff., 551, Sachverhalt B.

41 BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002, Sachverhalt A.

42 BGer vom 25. Juli 1988, SJ 1988, 550 ff., 554.

43 BGer 4C.274/2001 vom 9. April 2002 E. 2.2.

44 BGE 111 II 284, Sachverhalt A und E. 2 S. 287.

45 BGE 129 III 702, Sachverhalt A.

46 BGE 111 II 284 E. 2 S. 287 f.

47 BGE 129 III 702 E. 2.4.1 S. 707.

48 Vgl. BGer 4C.154/2002 vom 10./17. Dezember 2002 E. 3.3 (Wortlaut, Eigeninteresse als Zusatzindiz); BGer 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001 E. 4b (Wortlaut, Eigeninteresse); BGer vom 22. September 1999, SJ 2000 vom 22. September 1999, 305 ff., 309 f. (Wortlaut, Eigeninteresse als Hauptkriterium); BGer 4C.31/1999 vom 27. Mai 1999 E. 2b/bb (Wortlaut, Eigeninteresse); BGer 4C.436/1997 vom 9. Juli 1998 (Wortlaut, Eigeninteresse nicht geprüft); BGer 4C.24/1997 vom 2. März 1998 E. 1d (Wortlaut, Eigeninteresse unstreitig); BGE 111 II 284 E. 2 S. 287 f. (Wortlaut [Eindeutigkeitsregel]); BGE 111 II 276 E. 2c S. 280 (Wortlaut); BGE 101 II 323 E. 1a und 1b S. 325 f. (Wortlaut nur indiziell, Eigeninteresse als Hauptkriterium); BGE 81 II 520 E. 3b und 3d S. 525 ff. (Eigeninteresse); BGE 75 II 49 E. 2 S. 52 f. (Wortlaut, Eigeninteresse nicht als relevant erachtet).

49 Vgl. BGE 129 III 702 E. 2.4.1 S. 708, m.w.N. Explizit auf die Geschäftsgewandtheit Bezug nehmend: BGer 4C.154/2002 vom 10./17. Dezember 2002 E. 3.3; BGer 4C.31/1999 vom 27. Mai 1999 E. 2b/cc; BGE 72 II 19, 24. In den anderen Fällen ergibt es sich aus dem Sachverhalt, vgl. BGE 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001 (geschäftlich aktive Stiftung); BGer vom 22. September 1999, SJ 2000, 305 ff. (Immobilienmakler); BGer 4C.31/1999 vom 27. Mai 1999 (promovierte Juristin); BGer 4C.24/1997 vom 2. März 1998 (anwaltschaftliche Vertretung); BGE 111 II 284 (Unternehmen); BGE 101 II 323 (Hauptaktionär und Verwaltungsratspräsident); BGE 81 II 520 (Geschäftspartner); BGE 75 II 49 (Speditionsfirma).

50 Dies ergaben die Gespräche mit den Gerichtsvertretern der Bezirks-, Kreis- und Amtsgerichte der Kantone Aargau, Bern, Graubünden, Luzern, Schwyz und Zürich sowie die uns zugesandten (unpublizierten) Urteile. Den Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartnern sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

51 BGE 128 III 295 (Mutterunternehmen, Alleinaktionärin); BGE 125 III 305 (einziger Verwaltungsrat, Hauptaktionär); BGer 4C.218/1995 vom 9. Juli 1996 (Verwaltungsrat); BGE 113 II 434 (Verwaltungsratsdelegierter). Anders noch ein älteres Urteil, vgl. BGE 101 II 323 (Verwaltungsratspräsident), das sich auf die bewährten Kernindizien stützt und im Ergebnis ein selbstständiges Sicherungsversprechen annimmt.

52 BGE 4C.218/1995 E. 2d.

53 BGE 125 III 305 E. 2a S. 307. Vgl. auch BGE 113 II 434 E. 3g S. 441 («Dass der Beklagte offensichtlich ein eigenes Interesse am Gesamtgeschäft hatte, ist nach neuerer Lehre und Rechtsprechung nicht ausschlaggebend ...»). Keine Stellungnahme bezüglich des Eigeninteresses findet sich in BGE 128 III 295 (Mutterunternehmen).

54 Vgl. insbesondere die Kritik an BGE 113 II 434 bei Merz, ZBJV 125 (1989) 228 ff.; Kleiner, Bankgarantie, Rn. 3.17 Fn. 42. Zustimmend dagegen Nobel, WuR 40 (1988) 77 f.

55 BGer 4C.154/2002 vom 10./17. Dezember 2002 E. 3.3 («Angesichts dieser Stellung des Beklagten in der Gesellschaft ist davon auszugehen, dass er auch ein persönliches Interesse [hatte].»).

56 Vgl. etwa Kramer, Berner Kommentar, N 84 zu Art. 18 OR.

57 BGE 129 III 702 E. 2.3 S. 706 f., unter Hinweis auf Gutzwiller, ZSR 103 (1984) 124 f.

58 So auch die ältere Rechtsprechung, vgl. BGE 37 II 182 E. 2 S. 186; BGE 39 II 768 E. 1 S. 772 ff.

59 Der historische Gesetzgeber sah dies nicht anders: In der parlamentarischen Debatte wurde darauf hingewiesen, dass der Garantievertrag etwas anderes sei als eine Bürgschaft, vgl. StenBull NR 1940, 74

(Votum Huber, Berichterstatter der Kommission) und 78 (Votum Aebi, Berichterstatter der Kommission).

60 BGER vom 5. Oktober 1982, RVJ 1982, 236 ff., 237 f. (Sicherungsgeber: Anwalt). Zum alten Bürgschaftsrecht BGE 50 II 289 ff. (Sicherungsgeber: Metzgermeister).

61 In Deutschland gab der Entscheid des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1993 den Anstoss, vgl. BVerfGE 89, 214. Für Österreich vgl. OGH JBl 1995, 651 ff. Für die Common-Law-Länder vgl. die Nachweise bei Fountoulakis, Interzession, 10 ff.

62 Vgl. Art. 159 Abs. 2 ZGB, Art. 301 ZGB. Diese Erwartungshaltung ist nicht nur normativ festgeschrieben, sie entspricht auch den Erkenntnissen der Familiensoziologie, siehe dazu den Überblick bei Fountoulakis, Interzession, 46 f.

63 Vgl. dazu auch Teubner, KritV 83 (2000) 390.

64 Vgl. Teubner, KritV 83 (2000) 395.

65 Vgl. Allert, Die Familie, 6 f.

66 Die Studien wurden in England (1992–1995) und in Australien (1994, 1996) durchgeführt. Ausführlich zur Vorgehensweise und zu den Ergebnissen Fountoulakis, Interzession, 32 ff.

67 Siehe etwa Gauch, Familienschuldrecht, 266 ff.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, OR AT, Rn. 676a. Siehe weiter Abegg, Die zwingenden Inhaltsnormen, 139 f.; Belser, Freiheit und Gerechtigkeit, 423 ff.; dies., Finanzierung und Bürgschaft, 216 ff.; Emmenegger, Geschlechtsspezifische Aspekte, 102 ff.; dies., FS Gauch, 405 ff.

68 Anzufügen ist, dass im Ausland die Formkontrolle das Interventionsziel schon deshalb verfehlt hätte, weil die notarielle Beurkundung eine schweizerische Besonderheit bildet. Vgl. demgegenüber etwa § 766 BGB bzw. § 1346 Abs. 2 ABGB (einfache Schriftlichkeit genügt).

69 Gleicher Ansicht Fountoulakis, Interzession, 79.

70 Siehe dazu bereits oben S. 8 (Friends and Family: Bürgschaftsvermutung).

71 BGER 4C.274/2001 vom 9. April 2002.

72 BGE 129 III 702.

73 Das Beurkundungsverfahren sollte zwar sicherstellen, dass die rechtlichen Konsequenzen der Erklärung verstanden werden, doch zeigt gerade der vorliegende Fall, dass dadurch der Überrumpelungseffekt und die Druckausübung deswegen nicht automatisch aufgehoben werden. Relativiert wird die Schutzfunktion der Beurkundung auch dadurch, dass Erklärungen über die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit des Geschäfts nicht zu den Aufgaben des Notars gehören, vgl. BGE 50 II 142 E. 3 S. 147.

74 Aus diesem Grund kritisch Vionnet/von der Crone, SZW 2004, 391 ff.

75 Vgl. aus neuerer Zeit BGH, NJW 2005, 971 ff., 972, m.w.N.

76 BGH, NJW 2005, 971 ff., 973.

77 BGHZ 120, 272 ff., 277 = NJW 1993, 322 ff., 323; BGH, NJW 1999, 135 ff., 136.

78 Bei der Ermittlung des Eigeninteresses sind auch soziologische Daten zu berücksichtigen. So zeigen etwa entsprechende Studien, dass selbst die Sicherungsgeber, die in ein Familienunternehmen eingebunden sind und in dieser Funktion eine Sicherungserklärung abgeben, das Unternehmen grösstenteils als dasjenige des Hauptschuldners betrachten und ihre leitenden Positionen oft Pro-forma-Angelegenheiten sind. Vgl. die Nachweise bei Fountoulakis, *Interzession*, 40 f.

79 Vgl. die Nachweise bei Emmenegger, FS Gauch, 405 f. Neuerdings und grundlegend Fountoulakis, *Interzession*, 258 ff.

80 Zur weiteren Begründung siehe Emmenegger, FS Gauch, 406 f.