

### Lösungsvorschlag

- Vgl. zur Abgrenzung Bürgschaft/Garantie: Urteil BGer 4A\_279/2009, woran sich der Lösungsvorschlag orientiert; auf Zitate aus dieser Entscheidung wurde verzichtet. Die Fallgestaltung folgt teilweise einem Urteil des OLG Brandenburg v. 18.04.2007 - 3 U 125/06, BeckRS 2009 05887 -

*Die B-Bank könnte einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 500.000,- CHF aus Art. 111 OR (selbständiges Garantieverprechen) haben.*

#### 1. Qualifikation des Zahlungsverprechens vom 22.09.2009

a) Dies würde zunächst voraussetzen, dass es sich bei der Erklärung des A um ein selbständiges Garantieverprechen i.S. von Art. 111 OR handelt. Ein solches Garantieverprechen ist gegeben, wenn der Promittent - hier A - dem Promissar - hier die B-Bank - die Leistung eines Dritten - hier der F-AG - verspricht. Bei Ausbleiben der Leistung des Dritten ist der Promittent zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens verpflichtet. Eine Garantie i.S. von Art. 111 OR ist bürgschaftsähnlich, wenn sie sich auf ein bestehendes Grundverhältnis bezieht, aus dem sich bereits ein Anspruch des Promissars auf die Leistung des Dritten ergibt<sup>1</sup>. Vorliegend bezieht sich das Zahlungsverprechen des A nach Nr. 1 der Erklärung auf den Darlehensvertrag zwischen F-AG und B-Bank. Fraglich ist dann aber, ob es sich nicht um eine Bürgschaft nach Art. 492 ff. OR handelt. Eine Bürgschaft wäre im gegebenen Fall nach Art. 11 Abs. 2 OR i.V. mit Art. 493 Abs. 2 OR unwirksam da die erforderliche Form nicht eingehalten wurde. Für die Wirksamkeit einer Bürgschaftserklärung ist die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben, an der es in casu fehlt. In diesem Fall würden Ansprüche der B-Bank auf Zahlung aus der Erklärung des A ausscheiden.

b) Eine Bürgschaft i.S. von Art. 492 ff. OR ist gegeben, wenn das Zahlungsverprechen als ein zur Hauptforderung akzessorisches gewollt war. Eine akzessorische Forderung liegt vor, wenn die Forderung insgesamt das Schicksal der Hauptforderung teilt, sie sich in Bestand und Höhe mithin nach der Hauptforderung richtet<sup>2</sup>. Ob vorliegend ein eigenständiges (Garantie) oder ein akzessorisches Rechtsgeschäft (Bürgschaft) gewollt war, ist durch Auslegung zu ermitteln, Art. 18 OR. Hiernach sind die Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach dem Wortlaut und Zusammenhang sowie der gesamten Umstände

---

<sup>1</sup> KUKO-Lardi/Vanotti, Art. 111 N 2.

<sup>2</sup> BGE 125 III 305; 113 II 434; 111 II 276; BSK OR I - Pestalozzi Art. 111 N 22; KuKo OR - Ernst/Zelger Vor Art. 492-512 N 7; Gauch/Schlupe/Emmenegger, OR AT II, N 3941.

verstanden werden durften und mussten<sup>3</sup>.

c) Ausgangspunkt für eine Qualifikation des Zahlungsverprechens ist zunächst der Wortlaut der Vereinbarung. Eine ausdrückliche Bezeichnung des gewollten Vertragstyps fehlt hier. A hat allerdings unter Nr. 1 erklärt, für die vertraglichen Pflichten der F-AG »einstehen« zu wollen. Dies entspricht dem Wortlaut der gesetzlichen Definition der Bürgschaft in Art. 492 Abs. 1 OR.

Für eine Akzessorietät eines Zahlungsverprechens würde sprechen, wenn der Umfang der Verpflichtung ihrer Höhe nach nur unter Rückgriff auf die Hauptforderung ermittelt werden kann, die Leistungspflicht aus dem Zahlungsverprechen also identisch mit dem aus der Hauptforderung ist<sup>4</sup>. Hier hat sich A unter Nr. 5 verpflichtet, der B-Bank die »ausgebliebenen Beträge« zu bezahlen. Aus einer Zusammenschau mit Nrn. 2 - 4 des Zahlungsverprechens ergibt sich, dass mit den »ausgebliebenen Beträgen« diejenigen Beträge gemeint sind, die die F-AG aufgrund der Nebenabrede zum Darlehensvertrag vom 01.02.2008 dann zurückzahlen sollte, wenn sie Baumaschinen veräussert, die sie mit Mitteln des Kredits erworben hat. Der Umfang der Haftung des A kann damit nur dadurch bestimmt werden, dass der Umfang der vertraglichen Haftung der F-AG aus der Verletzung von Nebenpflichten bestimmt wird. Dies lässt das Zahlungsverprechen des A zunächst akzessorisch erscheinen.

Anm.: A.A. unter Bezugnahme auf Nr. 1 des Vertrages und bei entsprechender Gewichtung der anderen Abreden vertretbar.

d) Etwas anderes könnte sich aber daraus ergeben, dass auf die Hauptforderung nicht in der Weise Bezug genommen wird, dass das Zahlungsverprechen in seinem Bestand mit dieser »steht und fällt«. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Leistungspflicht des A dahinfallen würde, wenn auch die Hauptforderung nicht (mehr) besteht. Vorliegend hat A aber unter Nr. 6 erklärt, dass seine Verpflichtung auch dann gelten soll, wenn der Darlehensvertrag zwischen F-AG und B-Bank »aufgehoben, geändert oder ... ersetzt« wird. Seine Leistungspflicht besteht damit auch dann fort, wenn die Hauptforderung nicht mehr besteht. Das Zahlungsverprechen ist also nicht abhängig von der Hauptforderung.

Weiter spricht gegen eine Akzessorietät, wenn der Promittent auf die Einreden aus dem Grundverhältnis verzichtet hat. Auch dies würde dazu führen, dass der Bestand des sichernden Zahlungsverprechens von der Hauptforderung unabhängig ist, denn eine Zahlungspflicht würde auch dann bestehen, wenn aus der Hauptforderung wegen der Einrede keine Zahlung erlangt werden kann. In casu hat A in Nr. 5 a.E. auf die Geltendmachung von Einreden verzichtet, die der F-AG gegen die B-Bank zustehen können. Damit erscheint das

---

<sup>3</sup> BGE 132 III 24; BGE 131 III 606; 130 III 66.

<sup>4</sup> BGE 113 II 434, BGE 125 III 305.

Zahlungsversprechen auch unter diesem Gesichtspunkt von der Hauptforderung unabhängig. Dabei ist ein Einredeverzicht als solcher noch nicht entscheidend für das Fehlen von Akzessorietät, denn es könnte sich hier auch um eine nichtige Abrede im Rahmen einer Bürgschaft handeln<sup>5</sup>. Ein Einredeverzicht wäre bei einer Bürgschaft nach Art. 492 Abs. 4 OR i.v. mit Art. 502 OR unwirksam. Nach dem Auslegungsgrundsatz des favor negotii ist davon auszugehen, dass die Parteien grundsätzlich wirksame Vereinbarungen treffen wollen, soweit nicht unzweifelhaft die Ungültigkeit gewollt war<sup>6</sup>. Insgesamt spricht damit auch der Verzicht auf Einreden durch A gegen einen akzessorischen Charakter des Zahlungsverprechens.

Eine Akzessorietät würde in aller Regel weiter voraussetzen, dass sich der Gläubiger zunächst an seinen Hauptschuldner halten, also die gesicherte Forderung zumindest mahnen muss (vgl. Art. 495, 496 OR für die Bürgschaft). In casu hat A jedoch versprochen, der B-Bank auf einfache schriftliche Mitteilung hin (Nr. 5 des Vertrages) die gesicherten Beträge zu zahlen. Eine vorgängige Geltendmachung der gesicherten Forderung gegenüber der F-AG ist nicht vorgesehen. Das Zahlungsverprechen des A erweist sich auch unter diesem Blickwinkel als von der Hauptforderung unabhängig.

Eine Auslegung des Zahlungsverprechens des A vom 22.09.2009 ergibt daher, dass es nach seinem Sinn und Zweck dahingehend verstanden werden durfte und musste, dass es von der Hauptforderung unabhängig sein sollte.

e) Aus dem Schutzzweck des Bürgschaftsrechts ergibt sich weiter, dass im Zweifelsfall eine Bürgschaft anzunehmen ist, wenn die Erklärung von einer nicht geschäftsgewandten Privatperson abgegeben wird<sup>7</sup>. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. A war langjähriger Leiter der Abteilung »Baumaschinen, Erwerb, Vermietung, Verwertung« der F-AG und von daher mit der Abwicklung der Geschäfte vertraut. Er ist mittlerweile geschäftsführender Gesellschafter der F-AG. Unter diesen Umständen kann von seiner Geschäftsgewandtheit ausgegangen werden. Der Schutzzweck des Bürgschaftsrechts kann nicht zu seinen Gunsten angeführt werden.

Ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Garantie ist dann gegeben, wenn der Promittent ein Eigeninteresse an der Sicherung der Hauptforderung hat<sup>8</sup>. Vorliegend hatte A als leitender Angestellter und noch mehr als geschäftsführender Gesellschafter ein Interesse daran, dass die F-AG die fraglichen Darlehen erhielt und weiterhin mit dem Kredit wirtschaften konnte. Die Sicherung der Verpflichtungen aus dem Darlehen entsprachen damit auch den Interessen des A. Ein Eigeninteresse liegt damit vor.

---

<sup>5</sup> BGE 113 II 434 ; vgl. auch BGE 131 III 511 ; 125 III 305.

<sup>6</sup> BSK OR I - Wiegand Art. 18 N 40 m. w. N.

<sup>7</sup> Gauch/Schlupe/Emmenegger OR AT II N 3942 u. 3945 f.;

<sup>8</sup> BGE 128 III 295; 125 III 305; 101 II 323; BSK OR I - Pestalozzi 111 N 31

Anm.: Es könnte zusätzlich noch damit argumentiert werden, dass die garantierte Leistung der F-AG (mitteilen von Verkäufen der Baumaschinen, Rückführung der Kaufpreissummen zur Tilgung des Darlehens) für eine Bürgschaft untypisch ist. A garantiert Handlungen der F-AG, wohingegen die Bürgschaft gemeinhin auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist, vgl. hierzu: BSK OR I - Pestalozzi Art. 111 N 4 und 5 zur Zusicherung von Handlungen eines Dritten.

Anm.: Auf eine nähere Abgrenzung zur kumulativen Schuldübernahme wurde hier verzichtet, weil die Erklärung des A sehr deutlich auf eine fremde Schuld verweist und er diese nicht als eigene übernehmen will. Die Vereinbarung einer solchen Schuldübernahme könnte wie folgt aussehen:

„Unsere Tochtergesellschaft A GmbH hat mit Ihnen am ... einen ... Vertrag geschlossen. Wir treten hiermit als Gesamtschuldner allen Verpflichtungen aus diesem Vertrag bei...“ (Quelle: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Auflage 2010, Nr. 22).

Vgl. zur Abgrenzung im einzelnen BSK OR I - Pestalozzi Art. 111 N 32.

*Zwischenfazit: Eine Auslegung des Zahlungsversprechens des A in Verbindung mit einer Gesamtschau der begleitenden Tatsachen ergibt damit, dass vorliegend von einem selbständigen Garantieverprechen nach Art. 111 OR auszugehen ist.*

## 2. (Teil-) unwirksamkeit wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Hauptleistung

Die Garantieerklärung könnte aber wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Erfüllung der Nebenpflichten unwirksam sein. Diese Unmöglichkeit könnte darin liegen, dass zum Zeitpunkt der Garantieerklärung bereits zwei Maschinen veräußert waren und daher die garantierte Leistung nicht mehr erbracht werden kann. M.a.W. erfolgte die Garantieerklärung zu einem Zeitpunkt, als der Garantiefall bereits eingetreten war. Nach überwiegender Auffassung ist jedoch die Übernahme einer Garantie für eine anfänglich unmögliche Leistung zulässig<sup>9</sup>. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als vorliegend die garantierte Leistung erst nach dem Abschluss des Darlehensvertrages am 01.02.2008 unmöglich geworden ist, eine anfängliche Unmöglichkeit hier also gar nicht vorliegt. Hinzu tritt, dass A als leitender Angestellter der entsprechenden Abteilung wusste oder wissen musste, dass die beiden Maschinen bereits verkauft waren.

Anm.: Wenn hier von einer Unwirksamkeit ausgegangen wird, muss anschliessend die Frage der Teilnichtigkeit aufgeworfen werden.

*Zwischenfazit: Die Garantieerklärung ist nicht unwirksam.*

## 4. Fälligkeit (Eintritt des Garantiefalls)

Der Garantiefall (Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten, schriftliche Anforderung der

---

<sup>9</sup> Kuko OR - Lardi/Vanotti Art. 111 N 6.

Bank) ist eingetreten.

## 5. Umfang der Haftung

Fraglich ist aber, ob A der B-Bank die verlangten 500.000,- CHF schuldet. Nach Art. 111 OR ist A verpflichtet, der B-Bank den Schaden zu ersetzen, der daraus entsteht, dass die zwischen F-AG und B-Bank aus dem Vertrag vom 01.02.2008 folgenden Pflichten nicht erbracht wurden. Ein Schaden ist dann gegeben, wenn die Vermögenslage vor dem schädigenden Ereignis zum Nachteil des Gläubigers von der Vermögenslage nach dem schädigenden Ereignis abweicht. Der Schadenersatz richtet sich auf das positive Interesse. Danach ist der Promittent so zu stellen, wie er stünde, wenn die Hauptforderung ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Wenn die F-AG den jeweils erzielten Kaufpreis für die veräusserten Maschinen an die B-Bank abgeführt hätte, hätte diese bereits 180.000,- CHF erhalten. Diesen Fehlbetrag muss A ausgleichen. Dass die F-AG möglicherweise in der Lage ist, das Darlehen zurück zu zahlen, ist unerheblich. Das Zahlungsverprechen des A sicherte die vorzeitige Rückführung von Darlehensvaluta für den Fall, das Baumaschinen weiter veräussert würden. Dieser Fall ist hier eingetreten.

Anm: A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar, dann müsste man auf Nr. 1 des Versprechens abstellen und davon ausgehen, dass A die Rückzahlung des gesamten Darlehens garantiert hat (vor dem Hintergrund des systematischen Zusammenhangs eher schwer zu begründen).

*Fazit: Die B-Bank hat einen Anspruch gegen A auf Zahlung von 180.000,- CHF aus Art. 111 OR.*