

Sachverhalt

Tanners Freundin Furrer verhandelt mit der Bank Gross AG um ein Darlehen zum Erwerb eines Ladengeschäfts einer Einzelfirma in der Höhe von Fr. 100'000. Die Bank will angesichts der erheblichen Risiken eine vollumfängliche Besicherung des Kredits. Tanner, der mit dem Geschäft der Freundin nichts zu tun hat, will ihr helfen. Er will der Bank ein schriftliches Versprechen abgeben: „*Ich stehe persönlich für die Schuld Furrers gegenüber der Bank Gross AG im Maximalumfang von Fr. 100'000 auf erstes Verlangen gerade.*“ Die Bank kommt zu Ihnen in die Anwaltskanzlei und fragt, ob dies möglich sei, und falls nicht, welche gültigen Alternativen bestünden.

Lösungsvorschlag

Geradestehen für die Schuld Furrers: Tanner hat dem Wortlaut nach eine Garantie nach Art. 111 OR über Fr. 40'000 abgegeben. Da er nur für einen Erfolg einsteht, der an ein Schuldverhältnis gekoppelt ist („...für die Schuld Furrers gegenüber der Bank Gross AG...“), würde es um eine *bürgschaftsähnliche Garantie* gehen.¹

Es stellt sich indes die Frage, ob „für die Schuld gerade stehen“ nicht auch als Bürgschaft im Sinne von Art. 492 ff. OR oder als kumulativer Schuldbeitritt (Art. 143 OR) verstanden werden könnte. Der Schuldbeitritt, die Garantie und auch die bürgschaftsähnliche Garantie sind formlos gültig, während für die Bürgschaft Formvorschriften bestehen. Die vorliegende Erklärung betrifft, sofern sie als Bürgschaft zu sehen ist, einen Betrag über Fr. 2'000, was die öffentliche Beurkundung notwendig macht (vgl. Art. 493 Abs. 2 OR).

Abgrenzungskriterien zwischen bürgschaftsähnlicher Garantie (die auch von Art. 111 OR erfasst ist²) und Bürgschaft sind Wortlaut, Sinn und Zweck der Erklärung. „Gerade stehen“ hat viele Bedeutungen. Daraus lässt sich noch nichts ableiten, ebenso wenig aus dem Sinn und Zweck der Erklärung – beide Varianten sind möglich.

Ein weiteres Abgrenzungskriterium ist die *Akzessorietät des Sicherungsversprechens*.³ Akzessorisch bedeutet vereinfacht, dass Tanner nur *dann* und *so viel* zahlen muss, wie dies auch Furrer tun müsste.

¹ BGE 113 II 434 ff., 436: „Der gemeinhin unter Art. 111 OR subsumierte Garantievertrag weist verschiedene Erscheinungsformen auf. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein (...). So kann sich eine Bank oder das Gemeinwesen verpflichten, den Verlust einer Unternehmung zu decken, ohne dass Dritte dem Begünstigten etwas schulden (...). Daneben umfasst der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt, beziehen (...). Mit ihnen soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gilt damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist (...). Da sich diese Garantie wesensmässig der Bürgschaft nähert, wird sie heute vornehmlich als bürgschaftsähnliche Garantie bezeichnet (...). Dem Grundgedanken des Art. 111 OR entsprechend verspricht der Promittent dem Promissar Schadenersatz für den Fall, dass der Dritte sich nicht erwartungsgemäss verhält (...).“

² BSK-Pestalozzi, OR 111 N 6: „Garantieverträge werden in zwei Erscheinungsformen eingeteilt: die reine Garantie und die (häufigere) bürgschaftsähnliche Garantie. Bei der reinen Garantie steht der Promittent für einen von jeglichem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Eine Bank oder das Gemeinwesen kann sich z.B. als Promittentin verpflichten, den Verlust eines Unternehmens zu decken, ohne dass Dritte diesem etwas schulden. Das ungewisse Ereignis steht nicht in Beziehung zu einer bestimmten Schuld (...). In der Regel beabsichtigt der Promittent mit der Abgabe des Garantievertrages, den Promissar zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen oder den Erfolg einer seiner Veranstaltungen zu fördern (...). Die bürgschaftsähnliche Garantie, die von Art. 111 ebenfalls erfasst wird, bezieht sich dagegen in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis (Grundgeschäft), das dem Promissar einen (vertraglichen) Anspruch auf Leistung des Dritten gibt. Im deutschen Recht hat sich der Begriff Forderungsgarantie eingebürgert (...). Mit der bürgschaftsähnlichen Garantie soll die Leistung des Dritten an den Promissar gesichert werden, gleichgültig, ob sie wirklich geschuldet ist oder nicht. Sie gilt somit auch dann, wenn die Schuldpflicht des Dritten gegenüber dem Promissar nicht entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist (...). Wesentlich ist für diese Erscheinungsform des Garantievertrages, dass die Möglichkeit des Schadenseintrittes vom Verhalten eines Dritten abhängt, der als Schuldner des Promissars auftritt. Damit nähert sich diese Garantieart der Bürgschaft und führt zu praktisch schwierigen Abgrenzungen (...). Auch die bürgschaftsähnliche Garantie setzt kein gültiges Grundgeschäft zwischen dem Dritten und dem Promissar voraus (...). Weder Simulation noch Unmöglichkeit des Grundgeschäftes beeinträchtigen die Gültigkeit des Garantievertrages (...). Zur Abgrenzung des Garantievertrages von der Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme s. N 21 ff.“ und BGE 113 II 434 ff., 436.

³ Vgl. BGE 113 II 434 ff., 437: „Während mit der Bürgschaft als akzessorischem Sicherungsvertrag die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages gesichert wird, sichert der Garantievertrag als selbständige Verpflichtung eine Leistung als solche, einen bestimmten Erfolg, unabhängig von der Verpflichtung des Dritten.“

Die gesicherte Schuld und die Bürgschaftsschuld entsprechen sich vollumfänglich und beziehen sich aufeinander. *Ein solcher Bezug zur Schuldpflicht Furrers gegenüber der Bank ist klar ersichtlich.* Vermutungsweise spricht für das Vorliegen einer Bürgschaft, wenn zur Feststellung der Höhe des Sicherungsversprechens vollumfänglich auf die Urschuld, also auf das Verhältnis zwischen Furrer und der Bank zurückgegriffen werden muss.⁴ Das ist hier der Fall, denn das Sicherungsversprechen erwähnt explizit die Schuld Furrers, für die Tanner gerade stehen will. Der Einreden- und Einwendungsverzicht relativiert dies jedoch ein bisschen. Dieser Verzicht („auf erstes Verlangen“, d.h. ohne die Möglichkeit, Einreden oder Einwendungen vorzubringen, wie dies Furrer könnte) ist zwar für sich noch kein ausschlaggebendes Indiz für eine Garantie – es könnte auch ein nichtiger Bestandteil einer Bürgschaft sein (Wegbedingung der zwingenden Akzessorietät, vgl. Art. 492 Abs. 4, 502 OR).⁵ Dadurch löst sich aber das „Einstehenmüssen“ doch von der zu sichernden Schuld.

Eine weitere Vermutung für die Garantie greift bei geschäftsgewandten Personen, während bei Privatpersonen auch vom Schutzgedanken her eher von einer Bürgschaft auszugehen ist.⁶ Tanner scheint zumindest über ein gewisses Vermögen zu verfügen. Dies macht ihn aber nicht unbedingt geschäftsgewandt.

Er hat gemäss Sachverhalt kein Eigeninteresse an der Leistung Furrers, was eher für eine Bürgschaft spricht.⁷ Für den kumulativen Schuldbeitritt spricht vorliegend wenig – „Geradestehen“ oder „Einstehen“ hat eine andere Qualität als die eines gleichgestellten Solidarschuldners; überdies fehlt als Indiz dafür das Eigeninteresse Tanners an der Erfüllung der Urschuld.⁸ Der theoretisch ebenfalls mögliche Kreditauftrag (Art. 408 OR) ist sehr selten. Gegen diesen spricht vorliegend der Wortlaut der Vereinbarung, die der Bank keinen Auftrag erteilt, sondern den Interzessionsgedanken (d.h. den Gedanken, für eine Schuld eines Dritten einzustehen, dazwischen zu treten, lat. *intercedere*) und die Akzessorietät betont, also die Bindung an die Urschuld zwischen Furrer und der Bank.⁹

Ist es jetzt eine Bürgschaft oder eine Garantie? Der vollumfängliche Bezug auf die Hauptschuld, das fehlende Eigeninteresse und die fehlenden Indizien zur Geschäftsgewandtheit lassen an der Garantie zweifeln. Die Bank sollte den sicheren Weg beschreiten und die Bürgschaftsform wählen.

⁴ Vgl. BGE 113 II 434 ff., 439: „Diese Betrachtungsweise verkennt, dass die Bürgschaft schuldnerbezogen, die Garantie dagegen gläubigerbezogen ist. Der Bürge stellt die Erfüllung einer bestimmten Schuldpflicht sicher, während der Garant dafür einsteht, dass der Gläubiger eine bestimmte Leistung erhält. Vermutungsweise ist daher nur bei detailliertem und selbständigem Leistungsbeschrieb im Sicherungsvertrag selbst auf Garantie zu schliessen, demgegenüber auf Bürgschaft, wenn zur Feststellung der Garantienleistung wie hier vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss (...).“; vgl. BGE 125 III 305 ff., 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 (...). Elle voit plutôt un indice en faveur du cautionnement lorsque l'obligation du garant correspond exactement à celle du débiteur principal et qu'elle est définie entièrement par référence à celle-ci (...). L'existence d'un intérêt personnel du garant, distinct de celui du débiteur principal, est plutôt un indice en faveur du porte-fort, mais il ne revêt pas de caractère déterminant (...). La renonciation à invoquer les exceptions du débiteur principal ou à exercer un recours contre lui n'ont pas non plus un caractère décisif (...).“; vgl. BSK-Pestalozzi, OR 111 N 29: „Die Bürgschaft ist schuldnerbezogen, der Bürge stellt die Erfüllung einer bestimmten Schuldpflicht sicher. Die bürgschaftsähnliche Garantie ist gläubigerbezogen, der Promittent steht dafür ein, dass der Promissar (= Gläubiger) eine bestimmte Leistung erhält. Es kann daher vermutungsweise nur bei detailliertem und selbständigem Leistungsbeschrieb im Sicherungsvertrag selbst auf Garantie geschlossen werden (...). Wenn aber zur Feststellung der garantierten Leistung vollumfänglich auf das vertragliche Drittschuldverhältnis zurückgegriffen werden muss, ist eher auf Bürgschaft zu schliessen (...).“

⁵ BGer 4A_530/2008, E. 5.1.1, BGE 131 III 511 ff., 525 f. und BSK-Pestalozzi, OR 111 N 30.

⁶ Vgl. dazu BSK-Pestalozzi, OR 111 N 26: „Garantieerklärungen geschäftsgewandter Banken und Sicherungsgeschäfte über Auslandsverträge gelten vermutungsweise als Garantien (...). Geschäftsgewandtheit darf aber m.E. nicht nur Banken im Garantiegeschäft zugebilligt werden: Ausnahmsweise haben auch Privatpersonen die Vermutung zugunsten der Garantie gegen sich gelten zu lassen (...): Wie das BGer in BGE 129 III 702 bestätigt, haben nebst Gesellschaften, die sich in der täglichen Praxis mit Sicherungsgeschäften befassen, auch Privatpersonen, die als Verwaltungsräte oder Direktoren oft mit Sicherungsverträgen zu tun haben, oder die über eine in der Schweiz erworbene juristische Ausbildung verfügen, als geschäftsgewandt zu gelten. Dies gilt auch für eine Person, die sich beim Vertragsabschluss von einer solchen Person beraten lässt (...).“

⁷ Vgl. BGE 125 III 305 ff., 309 (vgl. das wörtliche Zitat oben, in FN 4).

⁸ Zum Eigeninteresse des Übernehmers vgl. BSK-Pestalozzi, OR 111 N 32.

⁹ Zur fehlenden Akzessorietät und zur Seltenheit des Kreditauftrags vgl. BSK-Pestalozzi, OR 111 N 33.