

Zur Abgrenzung von Garantievertrag und Bürgschaft: Akzessorietät der Verpflichtung als massgebendes Kriterium?

von PD Dr. Lukas Handschin, Rechtsanwalt, Zürich

Das Kriterium für die Abgrenzung der Bürgschaft von der Garantie ist das Fehlen des Eigeninteresses des Bürgen. Fehlt nach der Absicht der Parteien die Akzessorietät zur gesicherten Forderung, liegt immer Garantie vor.

Le critère distinguant le cautionnement de la garantie est celui de l'intérêt propre faisant défaut auprès de la caution. Si, selon l'intention des parties, l'engagement est indépendant de celui du débiteur principal, il y a toujours garantie.

The formal requirements, under Swiss law, are substantially higher in case of Bürgschaft (CO 492 ss) than of Garantie (CO 111), both being contracts securing a third party's indebtedness. The difference is that in the first case, being more protected, the guarantor has no interest of his own, contrary to the second one. If the intention of the parties is that the security is valid independently from the validity of the debt secured, we always have a case of Garantie.

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage

1. Bundesgericht und herrschende Lehre: Bei Akzessorietät der gesicherten Schuld liegt immer eine Bürgschaft vor
2. Abweichende Auffassung: Auch bei Akzessorietät der gesicherten Schuld kann ein Garantieverprechen vorliegen

II. Einige Grundlagen

1. Die Bürgschaft
 - a) Begriff
 - b) Formvorschriften und ihr Zweck
2. Der Garantievertrag
 - a) Begriff/Grundlagen
 - b) «Keines» Garantien und Garantien, die auf ein Schuldverhältnis Bezug nehmen

III. Zur Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

1. Grundsätzliches
2. Bezeichnung des Vertrags?
3. Formvorschriften?
4. Akzessorietät?
 - a) Die akzessorische Bindung ist nicht die stärkste Bindung
 - b) Das Schutzbedürfnis des Bürgen wird nicht nur durch den Inhalt der gesicherten Leistung bestimmt
5. Massgebendes Kriterium: Eigeninteresse des Promittenten
 - a) Feststellung des Eigeninteresses des Promittenten
 - b) Akzessorisches Sicherungsversprechen ohne Eigeninteresse des Promittenten: Bürgschaft
 - c) Sicherungsversprechen mit Eigeninteresse des Promittenten: Garantie
 - d) Strengere Anforderungen an das Eigeninteresse bei Verpflichtungen durch natürliche Personen
6. Zum praktischen Vorgehen bei der Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

I. Ausgangslage

Zu den meistbehandelten Abgrenzungsfragen im Privatrecht gehört zweifelsohne die Frage der Abgrenzung zwischen den beiden Sicherungsversprechen Garantievertrag und Bürgschaft. Dabei stellt sich weniger die Frage nach den unterschiedlichen Rechtsfolgen, sondern vielmehr die Frage nach der Gültigkeit des Versprechens: Das Bürgschaftsversprechen einer juristischen Person ist nur gültig, wenn es schriftlich und unter Angabe des Höchstbetrags erfolgt¹; die gültige Verpflichtung einer natürlichen Person bedarf zudem der öffentlichen Beurkundung², auch im kaufmännischen Verkehr³.

In der Praxis bereitet diese Fragestellung vor allem bei der Beurteilung von bereits geschlossenen Verträgen Schwierigkeiten, bei denen die für die Bürgschaft geltenden Formvorschriften missachtet worden sind. Von der Abgrenzungsfrage hängt nicht nur ab, ob ein als Garantie bezeichnetes nichtiges Umgehungsversprechen vorliegt, sondern oft eben auch, ob diejenige Partei⁴, die frei von Willensmängeln und womöglich im eigenen Interesse ein Garantieverprechen abgegeben hat, von diesem (im untechnischen Sinn) zurücktreten kann mit der Begründung, dass ein Bürgschaftsversprechen vorliege und dass die Formvorschriften nicht eingehalten worden seien⁵.

¹ Art. 493 Abs. 1 OR.

² Art. 493 Abs. 2 OR.

³ Z. B. beim Kaufmann, der eine natürliche Person ist.

⁴ Oder ihr Rechtsnachfolger oder ihr gesetzlicher Vertreter, zum Beispiel eine Konkursverwaltung, die sich nicht mehr an Zusagen der Verwaltung der konkursierten Gesellschaft gebunden fühlt.

⁵ So die Konsequenz des BGE 113 II 434.

1. Bundesgericht und herrschende Lehre: Bei

Akzessorietät der gesicherten Schuld liegt immer eine Bürgschaft vor

Der Bürge haftet akzessorisch; er kann gegenüber dem Gläubiger alle Einreden aus dem gesicherten Schuldverhältnis erheben⁶. Aus der Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung folgt die herrschende Lehre, dass jedes akzessorische Sicherungsversprechen ein Bürgschaftsversprechen ist. Einen akzessorischen Garantievertrag gibt es ihr zufolge nicht.

Das Eigeninteresse des Promissars am gesicherten Vertragsverhältnis fliesst zwar als weiteres Abgrenzungskriterium in die Beurteilung ein, allerdings nur als Indiz dafür, dass die Akzessorietät des Sicherungsversprechens fehlt, dass ein Einstehen für den Erfolg beabsichtigt war⁷ und demzufolge ein Garantievertrag vorliegt. Der Entscheid BGE 113 II 434 hat an den Grundlagen dieser Begründung nichts geändert; er hat lediglich die Anforderungen erhöht, die vorliegen müssen, um (durch Auslegung des Sicherungsversprechens) eine akzessorische Bindung abzulehnen und das Vorliegen einer Garantie anstelle einer Bürgschaft anzunehmen.

2. Abweichende Auffassung: Auch bei Akzessorietät der gesicherten Schuld kann ein Garantieverprechen vorliegen

Die herrschende Auffassung zu diesem Thema ist nicht zwingend; nicht nur, weil sie zu unerwünschten Ergebnissen führen kann, wie im Falle des BGE 113 II 434 deutlich wurde, sondern weil sie auch aus dem Zweck der Formvorschriften für die Bürgschaft eine andere Lösung ergibt, die nicht nur einfach in der Anwendung ist, sondern zudem zu praktisch vernünftigen Lösungen führt⁸.

Die Akzessorietät ist nur ein Abgrenzungskriterium, wenn sie fehlt: Ergibt die Auslegung des Sicherungsversprechens, dass eine akzessorische Verpflichtung nicht gewollt war, liegt immer ein Garantievertrag vor⁹ und nicht eine Bürgschaft. In allen anderen Fällen ist allein entscheidend, ob der Garant/Bürge

ein *Eigeninteresse an der gesicherten Leistung* hat; liegt dieses vor, ist ein Garantievertrag vereinbart, selbst dann, wenn das Sicherungsversprechen des Garanten akzessorisch ist.

II. Einige Grundlagen

1. Die Bürgschaft

a) Begriff

Im Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen¹⁰. Die Bürgschaftsverpflichtung ist *akzessorisch*, sie besteht nur, wenn und soweit die gesicherte Hauptschuld besteht¹¹. Der Bürge kann daher gegenüber dem Gläubiger alle Einreden erheben, die auch dem Hauptschuldner offen stehen¹²; er haftet ihm nicht, wenn der gesicherte Vertrag mangelhaft ist und der Hauptschuldner ebenfalls nicht haftet. Der Bürge haftet somit nicht für den Erfolg, sondern nur für die Vertragserfüllung. Das macht seine Bindung *geringer* als diejenige des Garanten, der auch für den Eintritt des Erfolgs haften kann.

b) Formvorschriften und ihr Zweck

Das Bürgschaftsversprechen kann nur gültig eingegangen werden, wenn strenge Formvorschriften beachtet werden: Das Versprechen einer juristischen Person muss schriftlich und unter Angabe des Höchstbetrags abgegeben, das einer natürlichen Person sogar öffentlich beurkundet werden. Unbestritten ist, dass diese strengen Formvorschriften den Bürgen schützen wollen¹³; es stellt sich indessen die Frage, vor was oder wem, die Frage nach dem Schutzzweck der Norm. Die strengen Formvorschriften bilden einen Schutz vor Willensmängeln; sie sollen den Bürgen davor schützen, unüberlegt eine Bürgschaftsverpflichtung einzugehen¹⁴. Aus diesem Grunde wird die natürliche Person durch das Formerfordernis der öffent-

¹⁰ Art. 492 OR.

¹¹ Christoph M. Pastalozzi, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1–529 OR (1. Aufl.), Basel 1992, Art. 492 N 29 und dort zitierte.

¹² Ausnahme: Art. 492 Abs. 3 OR.

¹³ Statt vieler: Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (3. Aufl.), Zürich 1988, S. 289.

¹⁴ BGE 113 II 437; Markus Strelle, Bankgarantie und Bankbürgschaft, (Diss.) Zürich 1987, S. 125 ff.; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (2. Aufl.), Bern 1992, S. 125 f.

⁶ Vgl. dazu unten II Ziff. 2 lit. a.

⁷ Karl Ofinger, Über Bankgarantien, SJZ 1941, S. 60, und Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1987, ZBJV 1989, S. 229.

⁸ Vgl. dazu unten III Ziff. 5.

⁹ So bei den meisten Bankgarantien, die eine Verpflichtung der Bank auch vorsehen, wenn der gesicherte Vertrag mangelhaft ist (mit der Folge, dass es der Bank nicht obliegt, Einreden aus dem gesicherten Vertrag geltend zu machen; anders der Bürge gemäss Art. 502 OR).

lichen Beurkundung besser geschützt als die juristische Person, die meistens ein kaufmännisches Unternehmen ist, welches die Risiken einer Bürgschaft besser sollte abschätzen können.

Handlungsfähige, auch natürliche Personen, können sich formfrei zu praktisch unbegrenzt hohen Leistungen verpflichten und – formfrei – Verpflichtungen eingehen, die hohe Risiken bergen können. Die Tatsache der hohen Verpflichtung und der Ungewissheit, ob und wann sie eintritt, rechtfertigt die strengen Formvorschriften für die Bürgschaft noch nicht. Es sind zusätzliche Elemente, die bei der Bürgschaft vorliegen, die Grund für die strengen Formvorschriften sind: Die Bürgschaftsverpflichtung wird in der Regel uneigennützig eingegangen. Ihr steht, ähnlich dem Schenkungsversprechen, keine entsprechende Gegenleistung gegenüber: Wie beim Schenkungsversprechen¹⁵ wollen die Formvorschriften im Bürgschaftsrecht vor dem Eingehen einer Verpflichtung ohne Gegenleistung schützen. Es ist nicht die Tatsache der Bindung, welche zu den Schutzvorschriften des Bürgschaftsrechts führt, sondern die Tatsache der Bindung ohne Gegenleistung, die Tatsache der *uneigennützig* Bindung¹⁶.

2. Der Garantievertrag

a) Begriff/Grundlagen

Das Gesetz bezeichnet den Garantievertrag in Art. 111 OR als Vertrag zu Lasten eines Dritten: Der Promittent verspricht dem Promissar die Leistung eines Dritten. Erbringt dieser Dritte die Leistung nicht, haftet nicht der «verpflichtete» Dritte, sondern der Promittent für das positive Vertragsinteresse¹⁷. Das Garantieverprechen kann formfrei¹⁸, also auch durch konkludentes Verhalten, eingegangen werden.

b) «Reine» Garantien und Garantien, die auf ein Schuldverhältnis Bezug nehmen

Gegenstand des Garantieverprechens ist eine Leistung oder ein Verhalten eines Dritten; inhaltliche Grenzen setzt allein Art. 20 OR. Die «reine» Garantie¹⁹ nimmt nicht auf ein Schuldverhältnis Bezug, son-

dern verspricht ein Verhalten eines Dritten, zum Beispiel, dass ein bestimmter Gewinn erzielt oder eine behördliche Bewilligung erteilt werde, in der Regel mit dem Ziel, den Promissar zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen²⁰. Garantieverprechen, die auf ein Schuldverhältnis Bezug nehmen, kommen als Versprechen vor, dass ein Vertrag zustande kommt oder dass die in ihm versprochene Leistung erbracht wird²¹. Umstritten ist, ob die Zwischenstufe zwischen der Abschlussgarantie und der Erfolgsgarantie, nämlich die akzessorische Erfüllungsgarantie, ebenfalls Gegenstand eines Garantievertrags sein kann, oder ob auf diese das Bürgschaftsrecht mit seinen Formvorschriften anwendbar ist.

III. Zur Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

1. Grundsätzliches

Stellt sich die Abgrenzungsfrage vor dem Eingehen der vertraglichen Pflicht, ist es jedenfalls bei der Verpflichtung einer juristischen Person, wo die Formvorschriften einfach erfüllt werden können) im Lichte der Schwierigkeiten, welche die Abgrenzung bereitet, und der Unsicherheiten, die mit dieser Frage verbunden sind, ein Gebot der Vorsicht, die Formvorschriften für die Bürgschaft einzuhalten und das Versprechen schriftlich und unter Angabe des Höchstbetrags abzugeben. Die Unsicherheit in bezug auf die Rechtsfolgen verbleibt zwar, doch steht in diesen Fällen immerhin fest, dass die Bindung gültig eingegangen ist.

Ist die Gültigkeit eines bereits abgeschlossenen Sicherungsverprechens zu beurteilen oder stellt sich die Frage der Rechtsfolge, ist die Vornahme der Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft unumgänglich.

2. Bezeichnung des Vertrags?

Kein Abgrenzungskriterium ist die Bezeichnung des Vertrags als Garantie²², ein Begriff, der auch in der

²⁰ «Anmietgarantie», Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (3. Aufl.), Zürich 1988, S. 289.

²¹ Bürgschaftsähnliche Garantie; herrschende Lehre: Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (3. Aufl.), Zürich 1988, S. 289; Georges Seyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VII/2 (1. Aufl.), Basel und Stuttgart 1979, S. 324.

²² Wohl aber der Begriff der Bürgschaft, Kleiner, a.a.O., S. 29; wird dieser verwendet, liegt in der Regel eine Bürgschaft vor.

deutschen Sprache nicht immer im rechtsrechtlichen Sinn gebraucht wird²³. Das gilt erst recht, wenn der englische Begriff «Guarantee» verwendet wird, der mit Garantie oder Bürgschaft übersetzt werden kann²⁴.

3. Formvorschriften?

Auch die unterschiedlichen Formvorschriften, welche für Bürgschaft und Garantievertrag gelten, sind kein brauchbares Abgrenzungskriterium: Die Frage, ob eine Bürgschaft oder ein Garantievertrag vorliegt, stellt sich in der Praxis ja meist dann, wenn die Formvorschriften für die Bürgschaft nicht erfüllt sind.

4. Akzessorietät?

Die Bürgschaft ist akzessorisch²⁵; der Bürge haftet nur und soweit der Hauptschuldner des gesicherten Vertragsverhältnisses auch haften würde, wenn die Hauptschuld geschuldet und erzwingbar ist²⁶. Anders der Garantievertrag: die Leistungspflicht des Garanten kann auch unabhängig vom Bestand der gesicherten Forderung existieren. Die Frage der Akzessorietät der Sicherungsverpflichtung ist das Abgrenzungskriterium, wenn sich die Frage stellt, inwieweit der Bürge haftet und wenn festgestellt werden soll, dass keine Bürgschaft vorliegt (nämlich dann, wenn das Schuldversprechen nicht akzessorisch ist). Für die Frage, ob statt einer Garantie eine Bürgschaft vorliegt, ist sie kein brauchbares Abgrenzungskriterium, weil auch bei Akzessorietät ein Garantievertrag vorliegen kann²⁷ und zwar aus folgenden Gründen:

²³ Kleiner, a.a.O., Zürich, 1990, S. 29.

²⁴ Kleiner, a.a.O.

²⁵ Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (2. Aufl.), Bern 1992, S. 287; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (3. Aufl.), Zürich 1988, S. 289; Theo Gühli/Hans Merz/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht (8. Aufl.), Zürich 1991, S. 557.

²⁶ Kleiner, a.a.O., S. 31.

²⁷ Ähnlich auch Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1987, ZEV 1989, S. 228 f. und Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (2. Aufl.), Bern 1992, S. 284. Anders das BGer in BGE 113 II 434 und 111 II 279 und die herrschende Lehre: Peter Nobel, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979, S. 72; Beat Kleiner, Bankgarantie (4. Aufl.), Zürich 1990, S. 30 ff.; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (3. Aufl.), Zürich 1988, S. 289; Georges Seyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Vi-

a) Die akzessorische Bindung ist nicht die stärkste Bindung

Sicherungsverprechen, die auf ein bestimmtes Vertragsverhältnis zwischen Dritten Bezug nehmen, lassen sich in drei Gruppen einteilen:

- (1) Versprechen, dass der Dritte den Vertrag abschliesst (*Abschlussgarantie*, leichte Bindung²⁸, Haftung für Vertragsabschluss, keine Haftung für die Vertragserfüllung);
- (2) Versprechen, dass der Dritte den Vertrag erfüllt (*Erfüllungsgarantie*²⁹, mittlere Bindung, da akzessorisch, Haftung für Vertragserfüllung, keine Haftung für den Erfolg) und in

- (3) Versprechen, dass der Dritte die im Vertrag vorgesehene Leistung erbringt (*Erfolgsgarantie*³⁰, starke Bindung, nicht akzessorisch, Haftung für den Erfolg, auch wenn der gesicherte Vertrag mangelhaft ist).

Wer den Erfolg verspricht, bindet sich stärker³¹ als derjenige, der die korrekte Vertragserfüllung verspricht. Im Versprechen des Erfolgs ist das Versprechen der korrekten Vertragserfüllung mitenthalten, nicht aber umgekehrt: Wer die korrekte Vertragserfüllung verspricht, haftet nicht für den Erfolg, weil er Einreden aus dem gesicherten Vertragsverhältnis erheben kann (und muss³²). Wäre die Schwere der Bindung für die Frage der Form massgebend, die erfüllt werden muss, damit die Bindung gültig eingegangen werden kann, müssten für das gültige Versprechen eines Erfolgs strengere Formvorschriften gelten als für das Versprechen der Vertragserfüllung. Tatsäch-

scher (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VII/2 (1. Aufl.), Basel und Stuttgart 1979, S. 387; Theo Gühli/Hans Merz/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht (8. Aufl.), Zürich 1991, S. 557.

²⁸ Weil in der Regel das negative Vertragsinteresse kleiner ist als das positive Vertragsinteresse.

²⁹ Als Bankgarantie: unselbständige Bankgarantie; Daniel Guggenheim, Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, S. 144.

³⁰ Als Bankgarantie: selbständige Bankgarantie; Guggenheim, a.a.O.

³¹ So ausdrücklich Karl Otfinger, Über Bankgarantien, SJZ 1941, S. 60. Die stärkere Bindung rechtfertigt er mit der Tatsache, dass wer sich so stark binde, wohl ein Eigeninteresse an der garantierten Leistung habe und den Schutz des Bürgschaftsrecht nicht brauche. Das gleiche muss gelten, wenn der Promittent im eigenen Interesse (nur) die Vertragserfüllung verspricht.

³² Art. 502 OR.

lich verlangen jedoch die herrschende Lehre und das Bundesgericht³³ für die geringere (akzessorische) Bindung die Einhaltung der strengeren Formvorschriften des Bürgschaftsrechts, während die schwerere Bindung (auch ohne Eigeninteresse³⁴) als Garantievertrag formfrei eingegangen werden kann³⁵. Die Meinung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre lässt sich also nicht auf das Bedürfnis abstützen, den Garanten/Bürgen zu schützen. Dazu kommt, dass in den meisten Fällen, nämlich dann, wenn die gesicherte Schuld erzwingbar und geschuldet ist, das Versprechen eines Erfolgs und das (akzessorische) Versprechen der Vertragserfüllung wirtschaftlich das gleiche sichern³⁶, im einen Fall Garantie anzunehmen, im anderen Bürgschaft, scheint auch aus diesem Grunde unsinnig.

b) Das Schutzbedürfnis des Bürgen wird nicht nur durch den Inhalt der gesicherten Leistung bestimmt

Ob ein Bürgschaftsversprechen vorliegt und ob aus diesem Grunde die Formvorschriften des Bürgschaftsrechts für das Vorliegen einer gültigen Bindung erfüllt sein müssen, hängt nicht nur vom Inhalt der gesicherten Leistung ab und damit auch nicht ausschliesslich von der Akzessorität.

Nur ihr Fehlen³⁷, nicht aber ihr Vorliegen, ist ein Kriterium, um den Garantievertrag von der Bürgschaft abzugrenzen. Das Versprechen, die Vertragserfüllung eines Dritten zu garantieren, kann trotz Akzessorität Garantievertrag oder Bürgschaft sein: Die Akzesso-

rität ist nicht das Abgrenzungskriterium, sondern die Ursache für das Abgrenzungsbedürfnis.

5. Massgebendes Kriterium: Eigeninteresse des Promittenten

a) Feststellung des Eigeninteresses des Promittenten

Steht fest, dass eine akzessorische Bindung gewollt war, ist zu prüfen, ob diese Bindung und mit ihr das gesicherte Vertragsverhältnis im Interesse des Verpflichteten liegt. Diese beiden Fragen sind allerdings nicht getrennt, sondern in einem Schritt zu prüfen, denn das Fehlen des Eigeninteresses des Promittenten kann ein Indiz dafür sein, dass eine akzessorische Bindung gewollt war und nicht eine Haftung für den Erfolg.

b) Akzessorisches Sicherungsversprechen ohne Eigeninteresse des Promittenten: Bürgschaft

Es ist nicht nur der Inhalt der garantierten Leistung, welcher das Schutzbedürfnis definiert, sondern auch der Grund, die Ursache, warum garantiert oder gebürgt wird. Ein taugliches Abgrenzungskriterium ist einzig dasjenige des Eigeninteresses des Promittenten an der Leistung des Dritten und am Vertragsschluss zwischen dem Dritten und dem Promissar³⁸. Stützt sich dieses Interesse allein auf das interne Versprechen, für die Schuld des Dritten «Garantie» zu leisten, liegt eine Bürgschaft vor, und kein Garantievertrag.

Nur dieses Abgrenzungskriterium lässt sich auch auf den Normzweck der Formvorschriften des Bürgschaftsrechts und den Schutzgedanken³⁹, der diesen Normen zugrunde liegt, abstützen. Geschützt werden soll derjenige, der ohne eigenes Interesse für einen Dritten «Garantie» leistet, sich für ihn verbürgt. Diese starke Bindung, der keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht, und die – wie erwähnt – auch nicht im eigenen Interesse erfolgt, soll durch die Angabe des Haftungshöchstbetrags klar bestimmt sein, nur aufgrund einer einwandfreien Willensbildung und nicht überhastet erfolgen. Bei der in der Regel kommerziell erfahrenden juristischen Person wird das angenommen, wenn

³⁸ Auch Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1987, ZBJV 1989, S. 228 f. und Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, besonderer Teil (2. Aufl.), Bern 1992, S. 284; H. Becker, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht Art. 1–183, Bern 1941, Art. 111 N 17; Semjud 107, 1985, S. 638.

³⁹ Vgl. dazu BGE 113 II 463 f.

der Höchstbetrag schriftlich niedergelegt wird, bei der natürlichen Person bei öffentlicher Beurkundung.

c) Sicherungsversprechen mit Eigeninteresse des Promittenten: Garantie

Gibt aber der Promittent das Garantieverprechen aus eigenem Interesse ab, liegt immer ein Garantievertrag vor⁴⁰. Illustrativ für diesen Grundsatz ist der Sachverhalt, der zu BGE 113 II 434 ff. geführt hat: H., Delegierter des Verwaltungsrats der N. AG, versprach der Bank U., dass er, H., für die Rückzahlung eines Darlehens durch die N. AG an die Bank U. garantieren werde. Als nach weniger als einem halben Jahr feststand, dass die N. AG das Darlehen nicht zurückzahlen würde, gelangte die Bank U. an H., der die Zahlung verweigerte mit der Begründung, es handle sich bei dem von ihm abgegebenen Versprechen um eine ungültige Bürgschaft. Das Bundesgericht nahm in diesem Fall auf das Vorliegen einer (ungültigen) Bürgschaft. Das Urteil hat zu Recht mehrheitlich Unverständnis ausgelöst⁴¹. Es ist nicht nur im Ergebnis stossend, sondern auch Folge einer dogmatisch unsauberen Begründung: Die Bezeichnung der Akzessorität als massgebendes Unterscheidungskriterium und damit die Annahme der Bürgschaft bei der schwächeren und des Garantievertrags bei der stärkeren Bindung ist nicht zu begründen. Tatsächlich wäre dieser Fall allein gestützt auf die Frage des Eigeninteresses des H. an der Darlehensgewährung an «seiner» N. AG zu beurteilen gewesen. Dieses lag auch nach Auffassung des Bundesgerichts «offensichtlich»⁴² vor, mit der Folge, dass richtigerweise ein gültiger Garantievertrag anzunehmen gewesen wäre und keine ungültige Bürgschaft.

⁴⁰ Aus diesem Grunde sind Versprechen einer Muttergesellschaft, für die Vertragserfüllung der Tochter zu garantieren, immer Garantieverträge und keine Bürgschaften. Weil die Mutter und die Tochter im Konzern Teile der gleichen wirtschaftlichen Einheit sind, liegt der Vertragsschluss der Tochter mit dem Dritten immer auch im Interesse der Mutter; vgl. dazu ausführlich: Lukas Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 286.

⁴¹ Insbesondere bei Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1987, ZBJV 1989, S. 228 f. (Zustimmung allerdings bei Peter Nobel, Zum Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 1987 i. S. A./X.-Bank betreffend Bürgschaft oder Garantievertrag, WuR 1988, S. 72 ff.).

⁴² BGE 113 II 441; das Eigeninteresse wurde allerdings mit einem kurzen Verweis auf die herrschende Lehre als nicht ausschlaggebend bezeichnet.

Zu einem ähnlichen Resultat gelangte die ältere Lehre und Rechtsprechung zur Abgrenzung von Garantievertrag und Bürgschaft⁴³, allerdings mit anderer Begründung: Sie nahm beim Eigeninteresse des Promittenten regelmässig eine selbständige statt einer akzessorischen Verpflichtung an und vermied es auf diesem Wege, von einem akzessorischen Garantievertrag zu sprechen.

d) Strengere Anforderungen an das Eigeninteresse bei Verpflichtungen durch natürliche Personen

Das Bürgschaftsrecht mit seinen Formerfordernissen schützt die natürliche Person stärker als die juristische. Es ist daher gerechtfertigt, bei der Frage, ob ein Eigeninteresse des Promittenten vorliegt, höhere Anforderungen zu stellen, wenn die Verpflichtung einer natürlichen Person zu prüfen ist. Der in BGE 113 II 434 ff. bekräftigte Grundsatz, wonach bei Versprechen von natürlichen Personen im Zweifel Bürgschaft anzunehmen sei und nicht Garantie, kann zwar nicht angewendet werden, wenn das Vorliegen einer akzessorischen Verpflichtung geprüft wird, wohl aber bei der Frage, ob ein Eigeninteresse des Promittenten vorliegt.

6. Zum praktischen Vorgehen bei der Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft

Gestützt auf die geschilderten Kriterien ist die Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft relativ einfach. Sie vollzieht sich in zwei Schritten:

- (1) Ergibt die Auslegung des Sicherungsversprechens, dass dieses nicht akzessorisch ist: Keine Bürgschaft, sondern Garantievertrag.
- (2) Ergibt die Auslegung des Sicherungsversprechens, dass dieses akzessorisch ist, stellt sich die Frage, ob Garantie oder Bürgschaft vorliegt. Hat der Garant/Bürge ein Eigeninteresse an der gesicherten Leistung, liegt ein Garantievertrag vor, fehlt dieses, eine Bürgschaft.

⁴³ BGE 72 II 24, 81 II 520 und 101 II 332.