

## **Art. 492 OR, Bürgschaft.**

*Abgrenzung Bürgschaft und kumulativer Schuldbeitritt. Interesse und Stellung des Verpflichteten.*

Im Anhang zu einem Vertriebsvertrag für Versicherungen erklärte der Beklagte als einziger Verwaltungsrat der Vertreiber-Gesellschaft seinen "kumulativen Schuldbeitritt". Nach der konkursamtlichen Liquidation der Gesellschaft von der Versicherung für behauptete Forderungen aus dem Vertrag belangt, beruft er sich unter anderem auf Formnichtigkeit seiner Verpflichtung.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1 (...) Eine andere Frage ist die der rechtlichen Einordnung dieser dem Beklagten zuzurechnenden und unter dem Aspekt des Konsenses (Art. 1 OR, Art. 2 ZGB) gültigen Verpflichtung. Der Beklagte betrachtet sie rechtlich als Bürgschaftsversprechen, das der nach Art. 493 Abs. 2 OR nötigen Form entbehre und darum nichtig sei (Art. 11 Abs. 2 OR).

Die Schuldübernahme setzt (anders als die Garantie) die gültige Schuld eines anderen voraus, weil ohne eine solche Schuld keine Mitübernahme gedacht werden kann, und sie ist damit mit der Bürgschaft eng verwandt. Die Abgrenzung muss sich am Sinn und Zweck des Geschäftes orientieren. Für die Schuldübernahme spricht, wenn der Übernehmer nicht nur irgendeinen Vorteil daraus zieht, sich zu Gunsten des Schuldners zu verpflichten, sondern wenn er ein unmittelbares und eigenes Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, wenn er sich für die Gegenpartei erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für die gleiche Leistung verpflichten will. Im Zweifel ist zugunsten des Sicherungszwecks eine Bürgschaft als mildere Verpflichtung anzunehmen (BK-Giovanoli, N. 17 ff. zu Art. 492 OR, und BSK-Pestalozzi, 4. Aufl. 2003, N. 7 Vorbem. zu Art. 492 - 512 OR, N. 32 zu Art. 111 OR, beide mit zahlreichen Verweisungen). Für die aus dem Versprechen begünstigte Partei kann es stossend erscheinen, dass die abgegebene Verpflichtung aus rechtlichen Gründen nicht gültig sein soll. Das ist freilich ein Aspekt, welcher vor allem dann zu bedenken ist, wenn der Begünstigte im Hinblick auf das Sicherungsversprechen disponiert, etwa einen Kredit gewährt hat, den er sonst nicht gegeben hätte. – Das Bundesgericht hat seine Praxis unter Darstellung der aktuellen Literatur zum Thema zusammengefasst: es geht davon

aus, dass es problematisch und in gewissem Sinn inkohärent ist, wenn das Gesetz für zwei so nahe verwandte und letztlich nicht scharf abgrenzbare Sicherungsinstrumente zwei namentlich hinsichtlich der Formvorschriften völlig unterschiedliche rechtliche Verträge zur Verfügung stelle. Das sei aber besonders im Hinblick auf die Bedürfnisse des internationalen Handels- und Kreditgeschäftes vom Gesetzgeber gewollt. Bei der objektivierten Auslegung der Parteierklärungen sei wie überall auch hier auszugehen vom Wortlaut, dürfe es aber dabei nicht sein Bewenden haben, besonders nicht bei fremdsprachigen Personen und solchen, die sich nicht täglich mit Sicherungsgeschäften befassen. Vielmehr seien nach Art. 18 OR Umstände und Zweck zu berücksichtigen. Die Schutzklausel von Art. 493 OR könnte viel zu leicht umgangen werden, wenn es genüge, einen juristischen Ausdruck wie "solidarisch" oder "Vertrag zu Lasten eines Dritten" zu verwenden. Die akzessorische Bürgschaft unterscheidet sich von der kumulativen Schuldübernahme indiziell darin, dass der sich Verpflichtende bei der Schuldübernahme anders als bei der Bürgschaft regelmässig ein eigenes Interesse am Geschäft hat, das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde, und nicht bloss ein Sicherungsinteresse an der Erfüllung der Urschuld. Darin, dass bei der Bürgschaft ein solches Eigeninteresse fehlt und es sich um ein uneigennütziges Geschäft handelt, das typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen wird, liegt denn auch der Grund dafür, dass sie besonderen Vorschriften unterstellt wurde. Damit auf kumulative Schuldübernahme geschlossen werden kann, muss der Übernehmer ein unmittelbares und materielles Interesse haben, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, indem er – für die Gegenpartei erkennbar – direkt von der Gegenleistung des Gläubigers profitiert, wie bei der Miete einer gemeinsam genutzten Wohnung, dem Leasing eines vom Mitübernehmer mitbenutzten Fahrzeuges zu privaten Zwecken oder bei der gemeinsamen Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse. Ein eigenes Interesse ist auch zu bejahen, wenn der Promittent mit dem Schuldner zusammen eine einfache Gesellschaft bildet und es um eine Sicherheit für ein Geschäft geht, das zur Erreichung des Gesellschaftszwecks eingegangen wurde. Gleich verhält

es sich, wenn dem Gläubiger bekannt ist, dass der Promittent eine stille Beteiligung am Geschäft oder der Personengesellschaft hält, deren Schuld sichergestellt wird. Für die Qualifikation als Schuldmitübernahme genügt es dagegen nicht, wenn der Übernehmer nur irgendeinen undefinierten Vorteil daraus zieht, dass er zugunsten des Hauptschuldners beiträgt. Er muss sich erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für den gleichen Vertrag wie der Hauptschuldner verpflichten wollen. Dementsprechend genügt der Umstand, dass eine Promittentin als Einzelunterschriftsberechtigte im Handelsregister einer Einzelfirma eingetragen ist, für sich allein nicht, um anzunehmen, sie habe ein genügendes und erkennbares Interesse am zu sichernden Geschäft zwischen der Einzelfirma und dem Gläubiger, dass sie sich neben dem Hauptschuldner selbständig verpflichten wollte (BGE 129 III 702 ff., besonders S. 705 ff.).

Der Beklagte macht geltend, er sei im Versicherungsgeschäft nicht bewandert und habe über Kredite, Provisionen und Sicherstellungen keine Kenntnisse, die über das Allgemeinwissen hinaus gingen. Der Ehemann seiner Schwägerin, ein gewisser A., habe die Zusammenarbeit mit der Klägerin gesucht und ihn, den Beklagten, gedrängt, ihn dabei zu unterstützen, indem er sich als Organ der Gesellschaft A.s zur Verfügung stellte. Mit der Klägerin hätten ausschliesslich A. und dessen Partner G. verkehrt. Die Klägerin habe nicht einmal seine (des Beklagten) Telefonnummer gekannt, und er sei einzig zur Unterzeichnung der Verträge beigezogen worden. Er habe auch nie irgend eine Entschädigung für die Übernahme seiner Funktion erhalten oder sonst Vorteile erzielt oder beabsichtigt, und die (gemeint offenbar: von der Klägerin) ausbezahlten Provisionen seien (gemeint offenbar: von der C. AG) an die "Unteragenten" A. und G. weiter geleitet worden.

Nach dieser Darstellung trat der Beklagte als klassischer Strohhalm auf, gleichsam als willenloses Werkzeug A.s. Wie es sich damit tatsächlich verhielt, kann offen bleiben, da das Resultat nicht ändert, auch wenn man die Behauptungen des Beklagten unterstellt. Auch nach der strengen Praxis des Bundesgerichtes, der die Kammer in mehreren Urteilen vollumfänglich gefolgt ist, kommt es darauf an, wie der Promittent dem Vertragspartner gegenüber auftrat,

und wie sich die Interessenlage dem Letzteren nach Treu und Glauben präsentierte.

Nach dem als bekannt vorausgesetzten Inhalt des Handelsregisters war der Beklagte zuerst einzeln zeichnender Direktor der C. gewesen, einer Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von Fr. 100'000.--, und nicht etwa einer GmbH mit einem minimalen Kapitaleinsatz von Fr. 20'000.--. Bei Vertragsschluss war er (einziges) Mitglied der Verwaltung, ebenfalls mit Einzelunterschrift. Zwar ist es möglich und kommt es vor, dass sich in keiner Weise taugliche und befähigte Personen in solche Funktionen wählen lassen – der Beklagte reklamiert das für sich. Dem äusseren Schein nach, bei dem er sich behaften lassen muss, gab der Beklagte aber durch seine Funktion als einziges Mitglied der Verwaltung vor, geschäftlich gewandt zu sein und namentlich die folgenden nicht delegierbaren anspruchsvollen Aufgaben auszuüben: die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen, die Festlegung der Organisation der Gesellschaft, die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle, die Ernennung und die Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen, einschliesslich deren Überwachung, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen, endlich die Erstellung des Geschäftsberichtes und die Vorbereitung der Generalversammlung (Art. 716a OR). Wie er das tat, wie er namentlich die für die Gesellschaft auftretenden A. und G. anwies und beaufsichtigte, brauchten mit der Gesellschaft in Kontakt tretende Dritte und brauchten daher auch die Klägerin nicht zu kümmern. Gegenteils durften diese Dritten und daher auch die Klägerin davon ausgehen, dass der Beklagte sich über die Tragweite des schriftlich erklärten kumulativen Schuldbetriffs und die damit eingegangene solidarische persönliche Haftung im Klaren war.

Damit ist freilich eine Qualifikation der Verpflichtung als Bürgschaft nicht bereits ausgeschlossen; zutreffend weist der Beklagte darauf hin, dass auch bei der Bürgschaft die solidarische Haftung des Bürgen vereinbart werden kann (Art. 495 Abs. 4 und Art. 496 OR). Dafür kommt es darauf an, ob der Beklagte sich (auch) im eigenen Interesse verpflichtete, oder ob er die versprochene Haftung

(ausschliesslich) in fremdem Interesse einging. Er behauptet das zweite, indem er die Schwägerschaft zu A. anruft und den Umstand, dass er von den Geschäften überhaupt nicht profitiert habe. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Die behaupteten Umstände müssten nicht nur objektiv vorgelegen haben, sondern auch für Dritte, hier die Klägerin, erkennbar gewesen sein. Und das ist nicht der Fall. Dass der Beklagte gegenüber der Klägerin nicht in Erscheinung trat, hatte nichts zu bedeuten; nach seinem gesetzlichen Auftrag der *Oberleitung* der Gesellschaft und der Anleitung und Überwachung der Geschäftsführung wäre es gegenteils eigentlich systemfremd gewesen, wenn er persönlich die Geschäfte geführt hätte. Zwar war ausser ihm keine zeichnungsberechtigte Person im Handelsregister eingetragen, aber das schloss eine Bevollmächtigung der im Tagesgeschäft Handelnden nicht aus. Er mag auch zugelassen haben, dass die Provisionen direkt und ungeschmälert an A. und G. weiter geleitet wurden. Damit hat er möglicherweise seine Pflichten als Organ der Gesellschaft und seine Fürsorgepflicht für diese verletzt. Wie dem aber auch sei. Unter anderem stellte das Bundesgericht in dem mehrfach zitierten Leit-Fall darauf ab, dass jene Promittentin "nicht an der Einzelfirma bzw. an ihrem Geschäftserfolg beteiligt ist oder aus einer anderweitig besonderen Stellung im Unternehmen neben dem Inhaber ein besonderes Interesse an seinem Geschäftsgang hat..." (a.a.O. S. 711). Bei der C. und dem Beklagten verhält es sich anders. In aller Regel - und davon durften Dritte und damit auch die Klägerin ausgehen - sind Direktoren und Verwaltungsräte am Wohlergehen und namentlich am Profit einer Aktiengesellschaft (auch) persönlich interessiert, da Dividenden und Tantièmen nur aus einem Gewinn ausgeschüttet werden dürfen (Art. 675 f. und Art. 677 OR). Unter diesen Umständen ist der Beklagte beim erklärten solidarischen Schuldbeitritt zu behaften, und für die Anwendung der Schutznormen des Bürgschaftsrechtes besteht weder Raum noch Notwendigkeit.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 16. Juni 2011  
Geschäfts-Nr. LB100063/U