

Sicherungsversprechen und Vertrauensprinzip

Entscheidung der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts 4C.136/2003 (BGE 129 III 702) vom 23. September 2003 i.S. X. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Klägerin und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von

lic. iur. Guillaume Vionnet und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich¹

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Abgrenzung und Wahlfreiheit

B. Auslegung der Vereinbarung

III. Bemerkungen

A. Wahlfreiheit und Schutzvorschrift

1. Gültigkeitserfordernis
2. Vermutung

B. Anwendung des Vertrauensprinzips

1. Wahlgegenstand
2. Vorrang des Wortlauts

IV. Fazit

I. Sachverhalt

B. ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma Y. Neben B. ist seine Tochter A. mit Einzelzeichnungsbefugnis im Handelsregister eingetragen. Am 6. März 1996 schloss die X. AG mit B. als Leasingnehmer einen Leasingvertrag über einen Kleinbus. Am gleichen Tag unterzeichnete B. gegenüber der X. AG eine Schuldanererkennung für die Leasingraten. Ausser dem Leasingnehmer unterzeichneten A. und die Ehefrau von B. den Leasingvertrag sowie die Schuldanererkennung «solidarisch» bzw. als «Solidarschuldner». Die Schuldanererkennung gibt den Wortlaut der Art. 143, 144 und 147 OR wieder.

Am 11. Mai 1996 wurde das geleaste Fahrzeug durch einen Unfall zerstört. A. und B. unterschrieben in der Folge gegenüber der X. AG eine Schuldanererkennung im Betrag von Fr. 22 000.– samt Festlegung von Zahlungsraten. A. kam dieser Zahlungspflicht nicht nach und wurde daher von der X. AG betrieben. Eine Aberkennungsklage der A. wurde vom Bezirksgericht Baden zunächst abgewiesen. Das Obergericht des Kantons Aargau hiess jedoch die Klage im Appellationsverfahren gut. Am 23. September 2003 wies das Bundesgericht die Berufung der X. AG zurück.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Abgrenzung und Wahlfreiheit

Das Bundesgericht stellt zuerst die kumulative Schuldübernahme² der Bürgschaft³ gegenüber. Trotz «*flussender Abgrenzung*»⁴ sei die Bürgschaft akzessorisch zur garantierten Hauptschuld. Demgegenüber stelle die Schuldmitübernahme «*eine eigene, zur Verpflichtung eines Schuldners hinzutretende, selbständige Verpflichtung*» dar, obwohl auch bei der Schuldmitübernahme eine gewisse Abhängigkeit zum Bestand der Hauptschuld gegeben sei.⁵ Darüber hinaus kämen beiden Sicherungsformen unterschiedliche Funktionen zu. Wo der Bürge «*das Entstehen für die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners*» auf sich nehmen wolle, ziele der Schuldübernehmer auf «*die eigenständige Befriedigung des Gläubigers*» ab. «*Im Gegensatz zur Bürgschaft darf die Sicherung nicht das wesentliche Element im Rechtsgrund der Schuld aus Mitübernahme darstellen, wenn auch in jeder Schuldmitübernahme ein gewisser Sicherungseffekt liegt.*»⁶

«*Bürgschaft wie kumulative Schuldübernahme bewirken eine Verstärkung der Position des Gläubigers und beruhen insoweit oftmals auf identischen wirtschaftlichen Überlegungen, [...] unterscheiden sich indes namentlich in den Formerfordernissen.*»⁷ Eine Schuldübernahme kann formfrei vereinbart werden. Eine gültige Bürgschaft dagegen setzt grundsätzlich öffentliche Beurkundung voraus. Dieser gewichtige Unterschied im Zustandekommen der beiden ansonsten nahe verwandten Garantieverpflichtungen wertet das Bundesgericht als «*Inkohärenz der Rechtsordnung*». Angesichts der Auslegungsregel von Art. 18 OR, nach der der wirkliche Wille der Parteien der abweichenden äusseren Bezeichnung vorgeht, kann diese Inkohärenz jedoch in Kauf genommen werden: Wo die Parteien tatsächlich einen Schuldmitübernahmevertrag abschliessen wollen «*rechtfertige sich die für die Bürgschaft vorgesehene Formvorschrift nicht*». Die Wahlfreiheit zwischen beiden Instituten werde davon nicht tangiert;

¹ Guillaume Vionnet ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² Art. 143 ff. OR.

³ Art. 492 ff. OR.

⁴ BGE 129 III 705, E. 2.2.

⁵ BGE 129 III 704, E. 2.1.

⁶ BGE 129 III 705, E. 2.2.

⁷ BGE 129 III 705, E. 2.2.

⁸ BGE 129 III 705, E. 2.3.

insofern sei «eine Beschränkung der Privatautonomie zu verneinen». Eine kumulative Schuldübernahme wird namentlich gewählt, um die mit der öffentlichen Beurkundung verbundenen praktischen Schwierigkeiten zu überwinden.⁹

B. Auslegung der Vereinbarung

In casu konnte der tatsächliche Wille der Kontrahenten nicht festgestellt werden. Die Vereinbarung ist dementsprechend nach Vertrauensprinzip auszulegen. Wegen der fehlenden Geschäftsgewandtheit der A. können die fraglichen Bestimmungen des Vertrags laut Gericht allerdings «nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien» wiedergeben.¹⁰ Für nicht geschäftsgewandte Personen sei für «die Kundgebung ihres klaren Willens mehr erforderlich als die blosser Verwendung präziser juristischer Fachausdrücke [...], allenfalls gekoppelt mit Zitaten der entsprechenden Gesetzesbestimmungen, damit es bei einer grammatikalischen Auslegung des Vertrages sein Bewenden haben kann». Erforderlich sei vielmehr, «dass im Vertrag selber [...] klar verständlich und in individueller [...] Weise dargelegt wird, dass sich der Interzedent der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst ist und aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform einer Bürgerschaft verzichtet wird»¹¹. Ansonsten hätte die betreffende Partei nicht von der autonomen Wahlfreiheit zwischen den zwei Sicherungsgeschäften Gebrauch gemacht. Um den strengeren Schutzvorschriften zum Durchbruch zu verhelfen, ist im Zweifel dem Bürgschaftsrecht der Vorrang zu gewähren.¹² Für die kumulative Schuldübernahme sei zudem «erforderlich, dass der Übernehmer ein unmittelbares und materielles Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, indem er – für die Gegenpartei erkennbar – direkt von der Gegenleistung des Gläubigers profitiert». [...] «Er muss sich erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für den gleichen Vertrag wie der Hauptschuldner verpflichten wollen.»¹³ Das Bundesgericht spricht A. ein solches Interesse bzw. einen solchen Rechtsgrund ab und heisst daher ihre Klage gut.¹⁴

⁹ BGE 129 III 707, E. 2.3.

¹⁰ BGE 129 III 707, E. 2.4–2.4.2.

¹¹ BGE 129 III 709, E. 2.4.3.

¹² BGE 129 III 709, E. 2.5.

¹³ BGE 129 III 710, E. 2.6.

¹⁴ BGE 129 III 711, E. 2.7–2.8.

III. Bemerkungen

A. Wahlfreiheit und Schutzvorschrift

Kern der Unterscheidung zwischen kumulativer Schuldübernahme¹⁵ und Bürgschaft ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen privatautonomer Wahlfreiheit unter mehreren Wegen zum Erreichen des gleichen wirtschaftlichen Zieles einerseits und einer Formvorschrift, die nur einen dieser Wege zum Gegenstand hat, andererseits.¹⁶ Angesichts dieses Spannungsverhältnisses sind vorweg die rechtspolitischen Grundlagen der Bürgschaftsregelung und deren Bedeutung für die Auslegung des Parteiwillens zu klären. Bei der Bürgschaftsrechtsreform 1941 hat sich der Gesetzgeber bewusst und klar dafür entschieden, die Gültigkeit der Bürgschaft von der Erfüllung strenger Formvorschriften abhängig zu machen und zugleich Raum für die formfreie kumulative Schuldübernahme zu lassen.¹⁷ Dieser gesetzgeberische Entscheid ist nach wie vor zu beachten. Aus der Sicht des Schutzgedankens, der der Bürgschaftsform zugrunde liegt, mag man darin eine Gesetzeslücke erblicken. Angesichts der Materialien ist diese allerdings als *unechte Gesetzeslücke*¹⁸ zu qualifizieren. Es steht dem Richter damit nicht frei, die Formvorschrift über den engeren Bereich der Bürgschaft hinaus auf verwandte Sicherungsgeschäfte auszudehnen¹⁹, zumal diese genau wie der Bürgschaftsbegriff selbst²⁰ restriktiv auszulegen²¹ sind.²² Dies gilt vor allem für die Deutung des Sicherungsversprechens. Im

¹⁵ Respektive «gleichzeitig mit der Verpflichtung [...] des Hauptschuldners begründeter Solidarverpflichtung», BGE 81 II 527, E. 4; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich 2003, 5954; AGVE 1992, S. 70, E. 4a, m.w.H.

¹⁶ Vgl. BGE 129 III 705, E. 2.3 *in initio*.

¹⁷ BGE 129 III 706, E. 2.3, m.w.H.

¹⁸ Dazu Hans Michael Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2003, § 4, N 102 ff.

¹⁹ Siehe Peter Bydliński, Die Stellung des Bürgen im Spannungsfeld von Privatautonomie und Sozialschutzgedanken, in: recht 1994/6, S. 250, Fn. 10 *in fine*. Vgl. Heinz Reichwein, Bankgarantie und Bürgschaft, in: SJZ 52 (1956), S. 375; SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e.

²⁰ Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 588, Fn. 60.

²¹ Commentaire Romand CO I – Daniel Guggenheim, Art. 11 OR N 1, m.w.H.

²² So Peter Gauch/Walter Schluëp/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Bd. I und II, 8. Aufl., Zürich 2003, S. 496.

hier besprochenen Urteil wird nun allerdings ein Doppeltes zur gültigen Schuldübernahme verlangt. Erstens laufen die Anforderungen an Inhalt und Detaillierungsgrad der Vereinbarung im Ergebnis auf eine richterrechtliche Formvorschrift hinaus.²³ Zweitens wird mit der Forderung nach dem Eigeninteresse des Schuldübernehmers an der gesicherten Transaktion ein zusätzliches materielles Erfordernis eingeführt, dessen gesetzliche Grundlage zumindest nicht klar ist.

1. Gültigkeitserfordernis

Aus der Nichtbeachtung der Anforderung an den Inhalt der Vereinbarung leitet das Bundesgericht ab, dass A. von ihrer Wahlfreiheit nicht Gebrauch gemacht hat. Das Gericht qualifiziert das Geschäft deshalb als formungültige Bürgschaft. Ein solches Vorgehen ist problematisch. Die richterrechtliche Formvorschrift für den Schuldbeitritt steht im Widerspruch zu Art. 11 Abs. 1 OR, nach dem eine besondere Form nur dann verlangt wird, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.²⁴ Immerhin stützt sich das Urteil nicht einzig auf formale Anforderungen, sondern verwirft die Schuldmitübernahme vorweg unter Hinweis auf das mangelnde Eigeninteresse der A. am gesicherten Geschäft. Der Ursprung dieses materiellen Erfordernisses liegt ebenfalls im Schutzgedanken der Bürgschaftsregelung. Motiv zur Aufstellung von Formvorschriften für die Bürgschaft ist vor allem, dass die Bürgschaft «in der Regel uneigennützig» ist.²⁵ Der Bürge verpflichtet sich oft aus Gefälligkeit für den Hauptschuldner, ohne selbst einen Nutzen aus der Sicherung zu ziehen. Daraus wurde eine gewisse Typisierung der Bürgschaft gegenüber anderen Sicherungsgeschäften herausgebildet. Die Uneigennützigkeit hat sich dabei als regelmässiges

*Indiz*²⁶ für die Qualifikation eines Sicherungsversprechens als Bürgschaft herauskristallisiert. Aufgrund der privatautonomen Wahlfreiheit zwischen Sicherungsformen wurde aber «das eigene Interesse des Promittenten als ausschlaggebend, gewissermassen als unwiderlegbare Vermutung nie angesehen»²⁷. So ist es durchaus angängig, dass ein Bürge ein Eigeninteresse, gar eine Teilnahme am Hauptgeschäft aufweist.²⁸ Umgekehrt ist ein Sicherungsgeschäft, das uneigennützig abgeschlossen wurde, nicht zwingend als Bürgschaft zu qualifizieren.²⁹ Die Schuldmitübernahme stellt keinen Vertragsbeitritt dar und setzt deshalb auch keine weitere Teilnahme des Schuldbeitretenden am gesicherten Hauptgeschäft voraus.³⁰ In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Schuldbeitritt nicht von einer privaten³¹ Schuldübernahme.³² Die *causa*, der Rechtsgrund³³ für die übernommene Schuld als Verfügungsobjekt³⁴ liegt – gleich wie bei einer Zession³⁵ – nach wie vor im Vertrag zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Gläubiger.³⁶

²⁶ Siehe dazu die im hier besprochenen Urteil, E. 2.6, angeführte Literatur und Rechtsprechung; siehe auch 4C.154/2002, E. 3.1.

²⁷ Hans Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987, in: ZBJV 125/4, S. 229; siehe auch BGE 125 III 309, E. 2b und 310, E. 2c: «pas de rôle décisif»; 4C.154/2002, E. 3.1; Tuto Rossi, Garantie ou cautionnement?, in: SJ 1986, S. 410–411; Guhl/Schnyder, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 57 N 7; Beat Kleiner, Bankgarantie, 4. Aufl., Zürich 1990, S. 51; Markus Streule, Bankgarantie und Bankbürgschaft, Zürich 1987, S. 134, Fn. 85; Commentaire Romand CO I – Philippe Meier, Vorb. Art. 492–512 OR N 28, bei Fn. 81.

²⁸ BGE 113 II 441, E. 3g, m.w.H.; Basler Kommentar – Christoph M. Pestalozzi, Art. 111 OR N 3; Meier, N 28, bei Fn. 84.

²⁹ Handschin, S. 230, bei Fn. 35.

³⁰ Zürcher Kommentar – Peter Gauch/Eugen Spirig, Vorb. Art. 175–183 OR N 238 ff.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, 3758. Gleich wie die Bürgschaft, als zusätzlicher Vertrag, vgl. SJ 1980, S. 480.

³¹ Art. 175 ff. OR.

³² Gauch/Spirig, N 140.

³³ Siehe z.B. Engel, S. 150–151.

³⁴ Siehe dazu Gauch/Spirig, N 48.

³⁵ Vgl. die Kumulativabtretung, Zürcher Kommentar – Eugen Spirig, Vorb. Art. 164–174 OR N 134. Vgl. dann Commentaire Romand CO I – Thomas Probst, Vorb. Art. 175–183 OR N 2; Gauch/Spirig, N 55; Guhl/Koller, § 35 N 1.

³⁶ Pestalozzi, N 32, m.w.H.; Kleiner, 11.18; Georges Scyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1979, S. 343; Berner Kommentar – Rolf H. Weber, Art. 111 OR N 89. Die Eigenart der Schuldübernahme besteht darin, dass eine Fremdschuld eingegangen wird, Gauch/Spirig, N 36 und 303, m.w.H.; BGE 129 III

²³ Siehe Guggenheim, N 10, m.w.H.; vgl. auch Basler Kommentar – Anton K. Schnyder, Art. 143 OR N 6.

²⁴ Vgl. speziell Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. Aufl., Berne 1997, S. 837: «point n'est besoin de recourir à des termes sacramentels».

²⁵ Lukas Handschin, Zur Abgrenzung von Garantievertrag und Bürgschaft, in: SZW 1994, S. 228; AGVE 1992, S. 71, E. 4c; Bydlinski, S. 250; siehe auch BGE 129 III 710, E. 2.6, m.w.H. Umgekehrt ist nach BGE 81 II 527, E. 3d; Zürcher Kommentar – Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Art. 492 OR N 50, m. w. H., irgendein eigenes Interesse selbst des Bürgen meistens vorhanden.

Der Übernahme als selbständigem Rechtsgeschäft³⁷ muss deshalb auch nicht der selbe Rechtsgrund³⁸ zugrunde liegen wie dem Hauptgeschäft.³⁹ Der neue Schuldner übernimmt nicht die Vertragsposition des anderen⁴⁰, sondern bloss dessen eine Verpflichtung, eben «ohne auch die Vorteile»⁴¹ des Hauptgeschäfts⁴²; und dies kann aus beliebigem Rechtsgrund zwischen den Parteien erfolgen.⁴³ So ist unter anderem eine Schuldübernahme als Schenkung möglich und gar gängig.⁴⁴ Das Gültigkeitserfordernis eines «Eintretens in das Hauptgeschäft» lässt sich somit schwer mit der Privatautonomie vereinbaren.⁴⁵ Es gilt weiterhin, «dass die Parteien unabhängig von der konkreten Interessenlage frei sind, darüber zu entscheiden, ob die Sicherung durch Bürgschaft oder Garantie erfolgen soll»⁴⁶.

2. Vermutung

Zu diskutieren ist dann die Reichweite der Vermutung zugunsten der Bürgschaft. Sie findet ihre

704, E. 2.1: «Drittschuld». Vgl. illustrativ BGE 111 II 278, E. 2a; SJ 2000 I, S. 309, E. 2a. Siehe z.B. Art. 145 Abs. 1 OR.

³⁷ Siehe dazu *Gauch/Spirig*, N 46 ff., m.w.H.

³⁸ *In casu* die Erwartung der Leistung des Verkäufers, *causa credendi*, vgl. *Engel*, S. 151.

³⁹ SJ 2000 I, S. 307, E. 1a. Vgl. bezüglich eines Vertrags zu Lasten eines Dritten RFJ 1981, S. 18, E. 2f.

⁴⁰ *Gauch/Spirig*, N 301–302; BGE 110 II 342, E. 1b, m.w.H.: «à la différence du débiteur originaire, le reprenant se trouve en présence d'une obligation préexistante; s'il déclare qu'il veut répondre de la dette comme le débiteur originaire, celui-ci fut-il donateur ou caution, il ne fait lui-même aucune promesse de donner ou de cautionner».

⁴¹ *Pestalozzi*, N 32, m.w.H.; *Gauch/Spirig*, N 40.

⁴² *E contrario* *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, 3758; *Bucher*, S. 588. Das Hauptgeschäft stellt für ihn eine *res inter alios acta* dar; vgl. BGE 110 II 343, E. 1bcc: «sans que la nature du contrat d'où est née cette obligation ait une quelconque importance.» Vgl. dennoch RVJ 1982, S. 241, E. 3b.

⁴³ *Gauch/Spirig*, N 88 und 59 ff. Z.B. haben ja Banken bei einer Interzession «nie eigenständige Interessen am gesicherten Gegenstand», *Dieter Zobl*, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten, Bern 1997, S. 35; *Kleiner*, 5.52. Siehe auch BGE 125 III 309, E. 2b, wonach das persönliche Interesse des Interzedenten «distinct de celui du débiteur principal» ist.

⁴⁴ *Gauch/Spirig*, N 64 und 133.

⁴⁵ So BGE 111 II 280, E. 2b; BGE 42 II 264, E. 1; SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e. Siehe auch BGE 81 II 526, E. 3d, m.w.H.: «ein solches Interesse ist für das Vorliegen eines Schuldbeitritts [...] weder erforderlich, noch kann es allein massgebend sein»; *Bucher*, S. 588, bei Fn. 60; *Scyboz*, S. 344.

⁴⁶ *Zobl*, S. 35; *Peter Max Gutzwiller*, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, in: ZSR 103/1984 I, S. 130.

Rechtfertigung im Schutzgedanken der Bürgschaftsformvorschrift. Wie oben dargelegt darf dieses Anliegen nun allerdings nicht auf die formfreie Schuldmitübernahme ausgedehnt werden, indem namentlich die Vermutung das Ergebnis der Ermittlung des Parteiwillens vorwegnimmt. Der Schutzgedanke des Bürgschaftsrechts begründet keinen Vorrang der Bürgschaft.⁴⁷ Die Vertrags- und somit die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und anderen Interzessionserklärungen muss effektiv gewahrt bleiben.⁴⁸ Das einzige massgebliche Abgrenzungskriterium ist der Wille der Parteien.⁴⁹ «Eine Bürgschaft hat der Richter nur dann anzunehmen, wenn die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt.»⁵⁰ Dies führt im Besonderen zur Vermeidung eines methodologischen Fehlers: Auch wenn das Sicherungsgeschäft formlos und allenfalls uneigennützig abgeschlossen wurde, darf die Figur der (ungültigen) Bürgschaft nicht als Ausgangspunkt zur Willensauslegung herangezogen werden.⁵¹ Nur dem Bürgen, nicht allgemein dem Sicherungsgeber, ist der Verzicht auf die Bürgschaftsvorschriften verwehrt.⁵²

B. Anwendung des Vertrauensprinzips

Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen Wahlfreiheit und Schutzvorschriften zeigt, dass der Entscheid der Parteien zugunsten der einen Sicherungsform zu respektieren ist.⁵³ Die Wahl einer formfreien Sicherung läuft nicht in sich auf eine Um-

⁴⁷ *Reichwein*, S. 376; SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e, m.w.H.

⁴⁸ BGE 79 II 84, E. 4b; BGE 129 III 706, E. 2.3; *Gutzwiller*, S. 131, bei Fn. 38, und die auf S. 123, Fn. 8, zitierten Hinweise.

⁴⁹ *Gutzwiller*, S. 128.

⁵⁰ BGE 101 II 328, E. 1d, m.w.H.; BGE 125 III 310, E. 2; *Kleiner*, 3.17 und 15.04; *Weber*, N 94, m.w.H. Vgl. BGE 81 II 527, E. 3f; RVJ 1995, S. 178, E. 3cbb *in fine*; *Pestalozzi*, N 25. Siehe auch Berner Kommentar – *Silvio Giovannoli*, Art. 492 OR N 14c und 17.

⁵¹ Siehe *Merz*, S. 229: «Es geht ja gerade darum, zu entscheiden, ob Bürgschaft oder Garantievertrag vorliege, und um diesen Entscheid zu treffen, sollte nicht vorausgesetzt werden, es handle sich um Bürgschaft»; *Handschin*, S. 229. Vgl. noch *Scyboz*, S. 399, Fn. 1.

⁵² Art. 492 Abs. 4 OR. *Meier*, Art. 492 OR N 62 und Vorb. Art. 492–512 OR N 28, bei Fn. 70; *Reichwein*, S. 376: «Zuerst muss überhaupt eine Bürgschaft vorliegen, damit Bürgschaftsrecht zur Anwendung gelangt.»

⁵³ Siehe die Schlussfolgerung von *Gutzwiller*, S. 130–131.

gehung des Bürgschaftsrechts⁵⁴ hinaus.⁵⁵ Mit Ausnahme des Art. 492 Abs. 3 OR⁵⁶ errichtet das Gesetz keine Wegverbote zum Sicherungszwecke.⁵⁷ Auf dieser Grundlage ist die konkrete Vereinbarung auszulegen. Dabei ist der Parteiwille anhand des Vertrauensprinzips nicht in Abhängigkeit von der Formfrage, sondern dieser vorgelagert zu eruieren.⁵⁸ Erst *nach der Qualifikation* ist zu prüfen, ob die betreffende Form beachtet worden ist.⁵⁹

1. Wahlgegenstand

Wie vom Gericht erwähnt bildet die Akzessorietät ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Bürgschaft und Schuldmitübernahme. Allerdings leistet dieses Kriterium bei der konkreten Abgrenzung nur selten Hilfe.⁶⁰ Zwischen Schuldmitübernahme und Bürgschaft muss sich aber der Interzedent nicht nur bezüglich der Akzessorietät entscheiden, sondern grundsätzlich auch hinsichtlich der zeitlichen Aktualisierung seiner Haftung. Im vorliegenden Fall erweist sich dieses gewöhnliche Merkmal der Bürgschaft, nämlich die *Subsidiarität*, für die Auslegung aufschlussreicher.⁶¹ Die Bürgschaftsschuld stellt grundsätzlich eine «Eventualverpflichtung»⁶² dar, in dem Sinne, dass die Haftung des Bürgen subsidiär zu derjenigen des Hauptschuldners eintreten soll. Dadurch ist dem Bürgen «das – irgendwo in ferner Zukunft liegende – Risiko» der Zahlung tendenziell verdeckt, was seinen Schutz verlangt und rechtfertigt.⁶³ Dagegen verpflichtet sich der Schuldmitübernehmer

gleich dem Hauptschuldner *primär* gegenüber dem Gläubiger, die Leistung zu erbringen.⁶⁴ Ein Warnzeichen durch Formvorschrift erübrigt sich hier.⁶⁵ Namentlich stellt «*die Sicherung nicht das wesentliche Element im Rechtsgrund der Schuld aus Mitübernahme*» dar.⁶⁶ Diese Ausdrucksweise verwirrt insofern, als der Rechtsgrund der übernommenen Verpflichtung weiterhin im Hauptgeschäft liegt. Ein Sicherungszug ist ihm also fremd: Die Erfüllung der Schuld kann zum vornherein verlangt werden⁶⁷. Demgegenüber liegt tatsächlich das wesentliche Element im Rechtsgrund des Übernahme-geschäfts, gleich wie bei der Bürgschaft, in der Sicherung der Stellung des Gläubigers.⁶⁸ Dieser Zwiespalt zwischen beiden Rechtsgründen entspricht der Schuldmitübernahme sowohl als Verpflichtungs- als auch als Verfügungsgeschäft.⁶⁹ Aus dieser von der Bürgschaft unterschiedlichen Ausgestaltung der abgegebenen Sicherung lässt sich ableiten, dass die Zahlungsbereitschaft des Interzedenten ein starkes Indiz für die kumulative Schuldübernahme darstellt.⁷⁰

2. Vorrang des Wortlauts

Der tatsächliche Wille der Parteien liess sich in casu nicht feststellen.⁷¹ Entscheidend ist damit die Frage nach einem allfälligen normativen Konsens.⁷² Nach Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten.⁷³ Dabei hat der Wortlaut der Vereinbarung grundsätzlich Vor-

⁵⁴ Siehe in dieser Richtung allenfalls BGE 129 III 709, E. 2.4.3.

⁵⁵ Scyboz, S. 399; Streule, S. 126, m.w.H.; Gutzwiller, S. 131, m.w.H.

⁵⁶ Siehe dazu Meier, Art. 492 OR N 52 ff.

⁵⁷ Siehe auch SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e.

⁵⁸ Gutzwiller, S. 131.

⁵⁹ Commentaire Romand CO I – *Bénédict Winiger*, Art. 18 OR N 7, m.w.H.

⁶⁰ Reichwein, S. 375; Handschin, S. 230: «Die Akzessorietät ist nicht das Abgrenzungskriterium, sondern die Ursache für das Abgrenzungsbedürfnis»; BGE 117 III 78, E. 2b; Yves Noël, Droit du cautionnement: les pièges de la protection du faible, in: Recueil de travaux offert à François Gilliard, Tolochenaz 1987, S. 117, m.w.H.; Gutzwiller, S. 122, Fn. 4, m.w.H. und S. 126–127.

⁶¹ Selbst bei der solidarischen Bürgschaft, Art. 496 OR, ist die Verpflichtung des Bürgen nicht primär, Meier, Art. 496 OR N 1, 4 und 11 ff., m.w.H.

⁶² Scyboz, S. 343, Fn. 14.

⁶³ Bydlinski, S. 250; Handschin, S. 228.

⁶⁴ Bucher, S. 588, bei Fn. 59; BGE 129 III 705, E. 2.2. Siehe Art. 144 OR.

⁶⁵ SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e.

⁶⁶ Kleiner, 11.18, m.w.H.; BGE 129 III 705 und 710, E. 2.2 und 2.8.

⁶⁷ Art. 144 Abs. 1 OR.

⁶⁸ Reichwein, S. 375–376; Gauch/Spirig, N 284; Probst, N 7; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Bern 2003, 91.33. Vgl. dazu Streule, S. 130: «Die Sicherung einer Schuldpflicht ist nicht Reservat des Bürgschaftsrechtes» und 134, Fn. 84; Pierre Tercier, Le droit des obligations, 2. Aufl., Zürich 1999, N 1253: «Chaque débiteur [solidaire] est ainsi le garant de la dette des autres.»

⁶⁹ Gauch/Spirig, N 48–49. Dementsprechend ist sie gleichzeitig kausal, bzw. abstrakt, vgl. *idem*, N 89–90, m.w.H.; Engel, S. 887–888.

⁷⁰ Bucher, S. 588, bei Fn. 59.

⁷¹ BGE 129 III 707, E. 2.4.

⁷² Berner Kommentar – Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Art. 18 OR N 15, m.w.H.

⁷³ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, 207, m.w.H.

rang⁷⁴, und zwar mit dem ihm zukommenden unmittelbaren, objektiven Sinne⁷⁵. Erst wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Parteien die betreffende Bezeichnung nicht im sonst üblichen Sinn verwendet haben, sind weitere Auslegungsmomente heranzuziehen.⁷⁶ Dies gilt auch für die Auslegung einer Garantievereinbarung.⁷⁷ Im vorliegenden Fall ist die Bedeutung zweier Elemente zu ermitteln. Einerseits ist in der Vereinbarung ausdrücklich von «Solidarität» die Rede. Andererseits wird die gesetzliche Regelung dieser Rechtsfigur wörtlich in den Vertrag übernommen.

Zunächst stellt sich die Frage, welchen Sinn die Parteien der Bezeichnung «Solidarität» beigelegt haben. Das Bundesgericht entschied in BGE 111 II 287, dass der deutliche Verweis auf eine solidarische Verbindlichkeit, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, nicht durch Anwendung anderslautender Auslegungsregeln in eine Bürgschaft umgedeutet werden darf.⁷⁸ Eine Auslegung nach dem Ziel des Vertrags und dem Interesse des sich Verpflichtenden am Geschäft erübrigte sich in diesem Fall.⁷⁹ Das Gericht stützte sich damals allerdings auf die «*Eindeutigkeitsregel*», die nach heutiger Auffassung nur noch in erheblich relativierter Form zur Anwendung kommt.⁸⁰ Richtig ist immerhin, dass der Wortlaut einer Vereinbarung naturgemäss eine vorrangige

Grundlage des Vertrauens des Erklärungsgegners bildet.⁸¹ Dementsprechend weichen die Gerichte sehr selten vom Wortlaut ab.⁸² Soweit keine Umstände zu erkennen sind, die dafür sprechen würden, dass die Parteien den Begriff der «Solidarität» in einem anderen als dem üblichen Sinn verwendet haben, ist deshalb vom üblichen Sinn auszugehen.⁸³ In dieser Hinsicht können die Interessenlage der Parteien sowie der Vertragszweck berücksichtigt werden.⁸⁴ Was Letzteren betrifft, ist zu beachten, dass sowohl Bürgschaft als auch Schuldmitübernahme der Absicherung der Forderung des Gläubigers dienen.⁸⁵ Diese identischen Zielsetzungen beider Institute schliesst eine Abgrenzung gestützt auf eine funktionale Analyse praktisch aus: Bei weitgehend deckungsgleicher Funktion kann die Untersuchung der Funktion keinen Beitrag zur Abgrenzung leisten.⁸⁶ Als Abgrenzungskriterium tauglich ist dagegen wie erwähnt die Zahlungsbereitschaft des Interzedenten. Insbesondere deutet die Angabe der Erfüllungszeit auf eine Schuldübernahme hin.⁸⁷ Die dreimalige Vereinbarung der Zahlungsraten der fraglichen Schuld sowie die Übernahme des Art. 144 OR in den Vertrag sind hier Ausdruck der primären Zahlungsbereitschaft der A., und somit ihres Willens zur Schuldübernahme.⁸⁸

Auch bei teleologischer Auslegung nach der Interessenlage der Parteien muss wieder beachtet werden, dass im Zweifel der Wortlaut Vorrang hat.⁸⁹ Als blosses Indiz erlaubt das Eigeninteresse am Geschäft für sich allein keine wortlautwidrige Auslegung⁹⁰, was sich bereits aus dem Vertrauensprinzip herleiten lässt. Nach diesem Prinzip hat «*sich der Auslegende in die Lage des Empfängers [– im dama-*

⁷⁴ Siehe z.B. *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, 1220.

⁷⁵ *Winiger*, N 22.

⁷⁶ Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 99 II 285, E. 1 (RVJ 1974, S. 52 ff.). Vgl. *Winiger*, N 63.

⁷⁷ BGE 129 III 707, E. 2.4.1.; BGE 111 II 279, E. 2b, m.w.H.; 4C.154/2002, E. 3.2.; SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3b, m.w.H. Vgl. noch 4C.344/2000, E. 3c und 4C.68/2000, E. 2b; *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 302; *Streule*, S. 160.

⁷⁸ BGE 111 II 287, E. 2, m.w.H.; BGE 111 II 279, E. 2b; RVJ 1982, S. 241, E. 3a, m.w.H.; BGE 99 II 285, E. 1 (RVJ 1974, S. 52 ff.); *Gauch/Spirig*, N 308; *Peter Gauch/Viktor Aepli/Hugo Casanova*, Schweizerisches Obligationenrecht Allg. Teil: Rechtsprechung des Bundesgerichts, 4. Aufl., Zürich 1996, S. 304. Siehe auch Zürcher Kommentar – *Peter Jäggi/Peter Gauch*, Art. 18 OR N 350.

⁷⁹ Siehe *Weber*, N 92, m.w.H.: «*Der eindeutige Wortlaut einer solidarischen Verpflichtung schliesst jedenfalls das Vorliegen einer Bürgschaft aus.*»

⁸⁰ SJ 2002 I, S. 156, m.w.H.; BGE 125 III 308, E. 2b; SJZ 96 (2000), S. 190; SJ 2003 I, S. 316; BGE 128 III 215, E. 2bbb; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, 1220–1221; *Gauch/Spirig*, N 305; *Kramer/Schmidlin*, N 47; *Streule*, S. 138, Fn. 102. Siehe auch die im hier besprochenen Urteil, E. 2.4.1., zitierte Literatur.

⁸¹ Cf. bei Fn. 73. *Pierre Engel*, in: SJZ 92 (1996), S. 150, warnt ebenfalls vor der «*folie interprétative*». Vgl. noch RFJ 1981, S. 18, E. 2f.

⁸² SJ 2002 I, S. 158.

⁸³ Vgl. für einen ähnlichen Fall des eindeutig klaren Wortlautes eines Sicherungsgeschäfts RVJ 1982, S. 241, E. 3b.

⁸⁴ *Winiger*, N 37.

⁸⁵ BGE 129 III 705, E. 2.2.; cf. Fn. 67.

⁸⁶ Vgl. *Noël*, S. 115, bei Fn. 10.

⁸⁷ *Bruno von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Zürich 1964, S. 351, m.w.H.

⁸⁸ Dies wird noch dadurch bekräftigt, dass die anfänglich fehlende Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners (vgl. E. 2.8 des hier besprochenen Entscheids) auf eine selbständige Garantie, nicht auf Bürgschaft deutet, BGE 125 III 309, E. 2b, m.w.H.; *Gauch/Spirig*, N 284.

⁸⁹ Cf. bei Fn. 76; z.B. RSDIE 2002, S. 547, E. ebb. Siehe noch *Winiger*, N 39.

⁹⁰ BGE 111 II 281, E. 2c.

ligen Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände –] zu versetzen».⁹¹ Zusammen mit dem Umstand, dass das Interesse des Interzedenten «vorab die Beziehungen zum Altschuldner und nicht diejenigen zum Hauptgläubiger betrifft»⁹² hat das vom Bundesgericht festgestellte fehlende Eigeninteresse der A. am Hauptgeschäft somit nur limitierte Tragweite.⁹³ Die X. AG sah sich mit der Tochter des Hauptschuldners konfrontiert, die an dessen Unternehmen beteiligt war. Aus ihrer Sicht wäre gar die Annahme eines Familienunternehmens, einer «wirtschaftlichen Einheit»⁹⁴ nahe liegend.⁹⁵ Danach konnte für die Gläubigerin die Vorstellung einer Schuldmitübernahme der A. nicht ausgeschlossen werden. Vielmehr sollte es nach eigenen Kriterien des Bundesgerichtes in einer solchen münden.⁹⁶ Es trifft nicht zu, dass «in jeder Beziehung und für den Begünstigten erkennbar eine typische Bürgschaftssituation vorliegt».⁹⁷ Die Gläubigerin hatte somit keinen Grund, die klare Ausdrucksweise der A. zu bezweifeln.⁹⁸ Die Formulierung des Sicherungsvertrags stellt schliesslich keine «unpassende technische Ausdrucksweise»⁹⁹ dar, die auf eine unrichtige Bezeich-

nung des effektiv Gewollten deuten würde. Vielmehr entspricht die fragliche Klausel der «logique de l'opération»¹⁰⁰, wie sie die Parteien in gutem Glauben annehmen durften.¹⁰¹

Verbleibende Zweifel räumt die wörtliche Anlehnung des Vertrags an die gesetzliche Regelung der Solidarobligation aus.¹⁰² Aufgrund der Beschreibung des inhaltlichen Regimes ihrer Verpflichtung gibt es wenig Anlass zu denken, A. habe etwas anderes gewollt als eine kumulative Schuldübernahme.¹⁰³ Dass sie noch durch dreifache Erklärung dazu kam, auf schriftlicher Grundlage der Tragweite ihrer Erklärung bewusst zu werden, bekräftigt diese Ansicht.¹⁰⁴ Der Schluss aus dem Vertragstext auf den Vertragswillen ist unter diesen Umständen nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten. Ungeachtet ihrer fraglichen Geschäftsgewandtheit muss A. als mündige Person gelten, die in der Lage ist, die Tragweite ihres Rechtshandelns abzuschätzen.¹⁰⁵ Die Frage, ob sie bewusst von der Wahlfreiheit zwischen Schuldmitübernahme und Bürgschaft Gebrauch gemacht hat, kann offen bleiben. Dass die sich verpflichtende Person von zwei rechtlichen Wegen zum gleichen wirtschaftlichen Ziel nur den einen gekannt und deshalb auch nur diesen einen gewollt hat, kann nicht Anlass dazu sein, dem Vertrag einen anderen als den gewollten Inhalt beizumessen.¹⁰⁶ Im Rahmen der Vertragsfreiheit dürfen Rechtssubjekte innerhalb der Schranken von Art. 20 OR einen Vertrag beliebigen Inhaltes vereinbaren.¹⁰⁷ Der hier untersuchte Vertrag zeigt alle Merkmale der Schuldmitübernahme: A. hat sich bewusst auf der gleichen Ebene, primär neben B. verpflichtet.¹⁰⁸ Da dieser Wille einem gesetzlich vorgesehenen Institut entspricht, gibt es keinen Grund, den Parteien statt dessen den Willen zum Abschluss einer anderen gewiss nahe verwandten, aber eben doch an-

⁹¹ *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, 209, 216 und 3844; BGE 90 II 454, E. 3, m.w.H.

⁹² *Scyboz*, S. 344; vgl. *Kleiner*, 3.13.

⁹³ SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e. Vgl. *Zobl*, S. 35.

⁹⁴ *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, S. 286; *Gauch/Spirig*, N 289, bezüglich des Interzessionsversprechens einer Muttergesellschaft zugunsten ihrer Tochtergesellschaft; siehe auch 4C.154/2002, E. 3.3.

⁹⁵ Vgl. BGE 101 II 325, E. 1a, bezüglich der Interzession eines Verwaltungsratspräsidenten und Hauptaktionärs zugunsten seiner Gesellschaft; REP 1977, S. 99; ferner BGE 81 II 526, E. 3d, bezüglich eines stillen Gesellschafters.

⁹⁶ Siehe insb. *Guhl/Schnyder*, §57 N 14; *Handschin*, Abgrenzung, S. 231; *Carlo Lombardini*, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 602; vgl. AGVE 1992, S. 72, E. 4d; SJZ 57 (1961), S. 60 ff. Zur kumulativen Schuldübernahme zugunsten eines Familienmitgliedes siehe *von Büren*, S. 350–351; BGE 41 II 636, E. 2.

⁹⁷ *Streule*, S. 138. Namentlich ist die formfreie Garantie nicht «die dem kaufmännischen (oder sonstwie definierten) besonderen» Rechts-Verkehr vorbehaltene Interzessionsform», *Gutzwiller*, S. 129. Selbst dann wäre im hier besprochenen Fall die Annahme eines rein «bürgerlichen» Verhältnisses verfehlt. Die typische Konstellation einer altruistischen Bürgschaft zugunsten Verwandten (vgl. *Wolfgang Wiegand*, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in: *Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten*, Bern 1997, S. 177–178; ZR 61 Nr. 57) ist nicht gegeben.

⁹⁸ Vgl. *Streule*, S. 138; *Kleiner*, 3.13; BGE 72 II 19; ferner SJ 1962, S. 134, E. 3.

⁹⁹ *Winiger*, N 63.

¹⁰⁰ BGE 99 II 285, E. 1 (RVJ 1974, S. 52 ff.).

¹⁰¹ Vgl. AGVE 1992, S. 68 ff.; RVJ 1995, S. 178, E. 3cbb.

¹⁰² Vgl. RFJ 1981, S. 15, E. 2a; *Kleiner*, 5.43.

¹⁰³ *Kleiner*, 5.15, m.w.H.; *Pestalozzi*, N 27 in fine; *Noël*, S. 117.

¹⁰⁴ Vgl. *Rossi*, S. 409, Fn. 13; *Bydlinski*, S. 251, bei Fn. 14. Ausserdem käme diese konkret beachtete Form einer Ausdehnung des Schutzgedankens des Bürgen (*Scyboz*, S. 398–399; *Bydlinski*, S. 250, bei Fn. 10) auf den Schuldmitübernehmer entgegen.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 16 ZGB. Siehe *Gutzwiller*, S. 130.

¹⁰⁶ Gleich SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e.

¹⁰⁷ Art. 19 Abs. 1 OR.

¹⁰⁸ Vgl. 4C.154/2002, E. 3.3 in initio.

ders ausgestalteten Form von Sicherungsgeschäft zu unterstellen.¹⁰⁹ Zwar käme A. im Ergebnis eine Bürgschaft angesichts derer Ungültigkeit «günstiger» vor; dem Richter ist es aber gerade verwehrt, die eine Partei durch Ausdehnung einer anderweitigen Schutzregelung zu begünstigen.¹¹⁰ *Pacta sunt servanda.*

IV. Fazit

Die enge Verwandtschaft zwischen Schuldmitübernahme und Bürgschaft macht die Auslegung der konkreten Vereinbarung wichtig und zugleich schwierig.¹¹¹ Auszugehen ist von den strukturellen Unterschieden zwischen den beiden Instituten: Der Schuldmitübernehmer tritt gleichwertig neben, der Bürge ergänzend hinter den Schuldner. Bei der Auslegung ist das Vertrauensprinzip ohne Einschränkung anzuwenden. Entscheidend ist einzig, was die Parteien gewollt haben. Nur wenn sich der Parteiwille

nicht klar feststellen lässt, rechtfertigt es sich, vor allem, wenn dem Bürgen die Geschäftserfahrung fehlt, vermutungsweise vom Willen zum Abschluss einer Bürgschaft auszugehen. Im vorliegenden Fall stellt das Bundesgericht zusätzliche Anforderungen an die Qualifikation der Vereinbarung als formfreien Schuldbeitritt auf. Diese richterrechtlichen Vorgaben verstossen gegen die Form- und die Vertragsfreiheit und sind deshalb nicht statthaft. Dementsprechend vermag auch die Qualifikation der vorliegenden Vereinbarung als Bürgschaft und mit ihr der Schluss auf Unverbindlichkeit nicht zu überzeugen.¹¹² Der Gesetzgeber hat die Inkohärenz der Interzessionsformen in Kauf genommen. Dieser Entscheid ist zu respektieren und nicht durch Auslegung praeter legem auf Kosten der Rechtssicherheit¹¹³ zu korrigieren¹¹⁴, denn: «Ganz allgemein ist daran zu erinnern, dass jede Formvorschrift die moralische Bindung an das gegebene Wort, das Fundament der Vertragstreue überhaupt, schwächt.»¹¹⁵

¹⁰⁹ Gutzwiller, S. 130; SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e, m.w.H.

¹¹⁰ Eindeutig BGE 125 III 311, E. 2c: «*Que l'intimé mérite ou non [...] la protection de l'art. 493 CO est sans pertinence, les règles de forme devant être respectées indépendamment de telles considérations*»; Kleiner, S. 68, m.w.H.; Weber, N 92, m.w.H.: «*Die Konversion des Sicherungsvertrags in eine allenfalls formungültige Bürgschaft wäre nicht sachgerecht*»; SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e: dieses Ergebnis wäre «*choquant*», sogar «*inadmissible*». Vgl. auch Streule, S. 138, Fn. 102. Ausserdem müssen Formvorschriften restriktiv ausgelegt werden, Guggenheim, N 1, m.w.H. Die *favor debitoris*-Regel ist ebenso abzulehnen, Bydlinski, S. 255, bei Fn. 47; Kramer/Schmidlin, N 48.

¹¹¹ Siehe Kleiner, 15.04–15.05.

¹¹² Vgl. SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e.

¹¹³ Gutzwiller, S. 123; Handschin, S. 228.

¹¹⁴ SJZ 57 (1961), S. 63, E. 3e; Bucher, S. 588, Fn. 60; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, 496; Streule, S. 138, Fn. 102 und S. 139; *a contrario* Eugen Bucher, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, in: ZBGR 56 (1975), S. 70. Vgl. Gutzwiller, S. 123, Fn. 8; ferner Pestalozzi, N 21; Peter Nobel, in: Wirtschaft und Recht 1988, S. 78, die zu einem anderen Schluss kommen.

¹¹⁵ Merz, S. 230; Berner Kommentar – Peter Liver, Allg. Einl. N 112.