

## **BGE 128 III 434**

Bundesgericht (BGE), 2002-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_128\\_III\\_434](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_128_III_434)

FR: ATF 128 III 434

IT: DTF 128 III 434

### **Regeste**

Regeste Bürgschaft; Bestimmbarkeit der Hauptschuld (Art. 492 Abs. 2 und 493 Abs. 1 OR). Voraussetzungen, unter denen eine zukünftige, bezüglich des Entstehungsgrunds allgemein umschriebene Schuld ausreichend bestimmbar ist (E. 3).

Regeste Cautionnement; caractère déterminable de la dette principale (art. 492 al. 2 et 493 al. 1 CO). Dette future dont la cause est décrite de manière générale; conditions auxquelles une telle dette est suffisamment déterminable (consid. 3).

Regesto Fideiussione; possibilità di determinare il debito principale (art. 492 cpv. 2 e 493 cpv. 1 CO). Condizioni per poter determinare in maniera sufficiente un debito futuro la cui causa è descritta genericamente (consid. 3).

### **Erwägungen**

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat sodann den Einwand des Beklagten verworfen, die Bürgschaften vom 25. Oktober 1994 und vom 29. März 1995 seien aus formellen Gründen nichtig, weil die Hauptschuld weder bestimmt noch bestimmbar sei. Auch für eine künftige Schuld könne eine Bürgschaft begründet werden, wenn sie tatsächlich entstehe und die Haftung nicht über den Höchstbetrag der Bürgschaft hinausgehe. Die Bürgschaftsurkunden vom 25. Oktober 1994 und vom 29. März 1995 enthielten alle wesentlichen Elemente wie die Unterschrift des Bürgen, die Bezeichnung des Gläubigers, die Angabe der verbürgten Schuld, die Bürgschaftserklärung und die Angabe des Höchstbetrages. Der Kreditvertrag sei am 1./6. September 1995 zustande gekommen und von keiner Partei angefochten BGE 128 III 434 S. 437 worden. Im Bürgschaftsvertrag vom 29. März 1995 sei die Höhe der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Verpflichtungen der Hauptschuldnerin genannt worden. Dass diese Angabe im ersten Bürgschaftsvertrag vom 25. Oktober 1994 fehle, weil die Bürgschaft nur für künftige Forderungen eingegangen worden sei, berühre deren Gültigkeit nicht.

#### **E. 3.2**

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die Bestimmungen über das Bürgschaftsrecht gemäss Art. 492 ff. OR verletzt, indem sie übersehen habe, dass die Bürgschaftsverpflichtungen vom 25. Oktober 1994 und vom 29. März 1995 bezüglich künftiger Verpflichtungen als nichtig bzw. bezüglich bestehender Verpflichtungen als nicht spezifiziert und deshalb als ungültig anzusehen seien. Eine Bürgschaftsverpflichtung verletze nach der Praxis des Bundesgerichtes ( BGE 120 II 35 ff.) insoweit Art. 27 Abs. 2 ZGB und sei teilnichtig, als sie sich auf jede künftige Forderung ungeachtet ihres Rechtsgrundes beziehe.

### E. 3.3

Dem vom Beklagten zitierten Entscheid lag in der Tat eine ganz ähnliche Bürgschaftsklausel zugrunde, wie sie in den Verträgen der Parteien formuliert worden ist. Der Beklagte haftet nach dem Wortlaut der Bürgschaftsverpflichtungen für "alle Forderungen, welche die Bank an den Hauptschuldner ... zur Zeit bereits besitzt oder in Zukunft erlangen wird, gleichgültig, auf welchem rechtlichen Grund oder geschäftlichen Verkehr sie beruhen mögen ...". Die Haftung sollte sich in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ebenfalls auf alle Schulden des Hauptschuldners gegenüber seiner Bank erstrecken, die er "doit actuellement et pourra devoir à l'avenir, quelle qu'en soit la cause, ..., jusqu'à concurrence du montant total de 120'000 francs". Die zur Zeit bestehende Schuld belief sich gemäss Angabe in der Bürgschaftsurkunde auf Fr. 109'000.-. Das Bundesgericht unterschied zwischen dem gültigen Teil der Bürgschaftserklärung, in welchem die Haftung für bestehende Verpflichtungen der Hauptschuldnerin übernommen wird, und dem gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Bürgschaftsrechts verstossenden nichtigen Teil, in welchem sich der Bürge für zukünftige Schulden aus irgendwelchen Rechtsgründen verbürgt. Das Bundesgericht leitete das Bestimmtheitsgebot, wonach die Hauptschuld im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt oder zumindest bestimmbar sein muss, aus dem Akzessorietätsprinzip ab ( BGE 120 II 35 E. 3a mit Hinweisen). Das Bestimmtheitsgebot wird gemäss diesem Entscheid erfüllt, wenn der Gläubiger identifiziert werden kann und der Forderungsgrund BGE 128 III 434 S. 438 bekannt ist. Diesem Gebot vermöge die Bezugnahme "auf zukünftige Schulden aus irgendwelchen Rechtsgründen" nicht zu genügen. Denn diese Klausel enthalte keinerlei Beschränkung und erlaube nicht, sich eine genaue Vorstellung über die Tragweite der Bürgschaftsverpflichtung und der damit eingegangenen Risiken zu verschaffen. Die Klausel könne dazu verleiten, Schulden als verbürgt anzunehmen, über die sich die Parteien beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages kaum hätten Vorstellungen machen können. Das Bundesgericht hat die Klausel wegen Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB als nichtig, dagegen den Bürgschaftsvertrag in den übrigen Teilen in Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR als verbindlich betrachtet. Dieser Entscheid ist in der Lehre kritisiert worden. KRAMER vertritt die Auffassung, es hätten ohne weiteres auch zukünftige Verbindlichkeiten als verbürgt miteinbezogen werden können, freilich nur solche, die sich aus der bankmässigen Geschäftsverbindung zwischen dem Hauptschuldner und der Bank ableiten lassen. Diese Lösung entspreche im Übrigen auch der deutschen Lehre und Praxis zu vergleichbaren Klauseln, jedenfalls für den Fall, dass ein Haftungshöchstbetrag fixiert werde, was gemäss Art. 493 Abs. 1 OR im schweizerischen Recht obligatorisch sei (KRAMER, in: AJP 1994 S. 1045). BUCHER weist darauf hin, dass das für das Bundesgericht wegleitende Bestimmtheitsgebot im Gesetzestext keine explizite Grundlage habe und aus dem Gesetz ebenso wenig eine einschränkende Definition der zu sichernden Schulden abzuleiten sei. Die Bestimmung der zu verbürgenden Schuld diene nach schweizerischem Recht, das im Gegensatz zum deutschen Recht und zu den meisten ausländischen Kodifikationen eine Bezifferung der Haftungshöchstgrenze in der Bürgschaftsurkunde selbst verlange, nicht der Begrenzung der Bürgenhaftung. Es gehe nach dem schweizerischen Recht vielmehr darum, klar zu stellen, auf welche Forderung sich die Sicherheit bezieht, damit nicht der Gläubiger diese für nicht gesicherte Forderungen in Anspruch nehme (EUGEN BUCHER, in: recht 12/1994 S. 180 ff., insbes. S. 184). WIEGAND hält unter Hinweis auf seinen Aufsatz über Akzessorietät und Spezialität (WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität, in: Berner Tage für die juristische

Praxis, 1981, Bern 1982, S. 35 ff.) dafür, eine Bürgschaft, die zur Sicherung eines Kontokorrentkredites bestellt wird, sei sowohl mit dem Akzessorietäts- wie auch mit dem daraus abgeleiteten Spezialitätsprinzip vereinbar, denn es handle sich um eine jederzeit bestimmbare Forderung. Infolgedessen BGE 128 III 434 S. 439 bestehe kein Zweifel daran, dass die Verbürgung für die Kontokorrentschuld wirksam sei, und zwar auch insoweit, als sie sich auf die zukünftigen, ins Kontokorrent einflussenden Verbindlichkeiten aus der bestehenden Geschäftsverbindung bezieht (WIEGAND, in: ZBJV 132/1996 S. 334 ff.).

#### **E. 3.4**

Diese Kritik ist begründet und die Praxis ist entsprechend zu präzisieren. Vorweg ist festzuhalten, dass die Haftung des Bürgen für Forderungen, die der Gläubiger erst nach Abschluss der Bürgschaft gegen den Hauptschuldner erwirbt, grundsätzlich als unbedenklich erscheint (vgl. Art. 492 Abs. 2 OR ). Wenn sich nicht etwas anderes aus dem Bürgschaftsvertrag oder aus den Umständen ergibt, haftet der Bürge gemäss Art. 499 Abs. 3 OR nur für die nach der Unterzeichnung der Bürgschaft eingegangenen Verpflichtungen des Hauptschuldners. Diese Bestimmung, die eine widerlegbare Vermutung aufstellt (vgl. PESTALOZZI, Basler Kommentar, 2. Aufl., N. 11 zu Art. 499 OR ), bildet die Grundlage für die Sicherstellung künftiger Forderungen. Mit der durch die Gesetzesänderung im Jahre 1942 eingeführten summenmässigen Begrenzung der Bürgschaft hat das Akzessorietätsprinzip einen Teil seiner Funktion eingebüsst, indem die Aufgabe der Risikobegrenzung durch das Gültigkeitserfordernis des in der Bürgschaftsurkunde zu nennenden Höchstbetrages übernommen wurde. Demgegenüber behielt das Akzessorietätsprinzip seine übrigen Funktionen bei (WIEGAND, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in: Berner Bankrechtstag 1997, Personalsicherheiten, Bern 1997, S. 175 ff., S. 184 f. und 200 ff.; nachfolgend zitiert als: Die Bürgschaft). Wenn ein eindeutig identifizierbares Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner genannt wird, kann innerhalb dieses Rechtsverhältnisses eine beliebige Zahl zukünftiger Forderungen gesichert werden, wie dieser Autor zutreffend festhält (WIEGAND, Die Bürgschaft, a.a.O., S. 203). Zum gleichen Ergebnis gelangte bereits BECK, der massgeblich an der damaligen Reform des Bürgschaftsrechtes beteiligt war. Dieser hielt dafür, die Klausel, wonach "alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen" der Bank gegenüber dem Hauptschuldner verbürgt werden, sei im Allgemeinen als gültig zu betrachten (EMIL BECK, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, N. 107 zu Art. 492 OR ). Der in der Lehre gemachten Anregung zu einer Einschränkung sei nicht Folge gegeben worden. Indessen könne sich eine Einschränkung dann ergeben, wenn sich der Bürge nach Treu und Glauben darauf habe verlassen dürfen, dass der Haftungskreis beschränkt sei. BGE 128 III 434 S. 440 Dem ist beizustimmen. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (BUCHER, a.a.O., S. 185) ist umso mehr angezeigt, als sich, - wie das Bundesgericht bereits zum alten Bürgschaftsrecht festgehalten hat - beim Bürgschaftsvertrag "hauptsächlich nur der eine Teil und zudem zugunsten eines Dritten, des Hauptschuldners, verpflichtet, [weshalb der Vertrag] in erhöhtem Masse im Schutze der Bestimmungen über Treu und Glauben steht" ( BGE 42 II 149 E. 3 S. 152; BGE 38 II 608 E. 4 S. 615).

#### **E. 3.5**

Zwischen der Z. AG als Hauptschuldnerin und der Bank Y. wurde - wie bereits festgehalten - am 1./6. September 1995 ein Kreditvertrag abgeschlossen. Diesem ist zu entnehmen, dass die am 25. Oktober 1994 unterzeichnete Bürgschaft, die einen Höchstbetrag von Fr. 400'000.- vorsieht, der Sicherstellung eines Kontokorrentkredites über denselben Betrag

dient. Die am 29. März 1995 unterzeichnete Bürgschaft, die einen Höchstbetrag von Fr. 300'000.- vorsieht, sollte gemäss Bürgschaftsurkunde der Sicherstellung einer zur Zeit des Abschlusses der Bürgschaft bereits bestehenden Verpflichtung über Fr. 1,1 Mio. dienen sowie gemäss Kreditvertrag der Sicherstellung eines festen Vorschusses von Fr. 300'000.-. Die Bedingungen für den Kontokorrentkredit und den festen Vorschuss werden im Kreditvertrag umschrieben. Damit wurde die Rechtsbeziehung zwischen der Gläubigerin und der Hauptschuldnerin definiert. Der Beklagte hat nicht geltend gemacht, es seien der Hauptschuldnerin Kredite gewährt worden, die ausserhalb des durch diese Kreditinstrumente gezogenen Rahmens liegen. Es bleibt zu prüfen, ob das zu sichernde Forderungs- oder Rechtsverhältnis in der Bürgschaftsurkunde selbst hätte umschrieben werden müssen, wie das von WIEGAND (Die Bürgschaft, a.a.O., S. 202) offenbar mit Blick auf die Übertragungs- und die Untergangsakzessorietät und von SCYBOZ (Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 364), vertreten wird. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass das Bundesgericht in BGE 120 II 35 E. 3a seine langjährige Praxis bestätigt hat, wonach sich der Rechtsgrund der Hauptschuld und die Identität des Gläubigers nicht aus der Bürgschaftserklärung selbst ergeben müssen. Dieser Auffassung ist mit Bezug auf den vorliegenden Fall zuzustimmen, da der Beklagte den Kreditvertrag als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Hauptschuldnerin selbst unterzeichnet hat und ihm als Bürge bewusst sein musste, dass sich die von ihm unterzeichneten und im Kreditvertrag erwähnten Bürgschaften auf den nun umschriebenen BGE 128 III 434 S. 441 Geschäftsverkehr zwischen der Hauptschuldnerin und der Bank beziehen. Im Übrigen ist nicht einzusehen, weshalb die Übertragungs- und Untergangsakzessorietät ihre Funktion nicht auch erfüllen können, wenn die Rechtsbeziehung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger erst nach der Bürgschaftsunterzeichnung begründet wird. Dem Gesetz ist jedenfalls ein entsprechendes Gültigkeitserfordernis nicht zu entnehmen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.