

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	60 (1941)
Artikel:	Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweizerischen Bürgschaftsrechts
Autor:	Giovanoli, Silvio
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896302

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweizerischen Bürgschaftsrechts

Von Dr. Silvio Giovanoli, Chur.

I.

1. Das schweizerische Bürgschaftsrecht geht, soweit es die eidgenössischen Gesetzesbestimmungen beschlägt und wenn man also von den kantonalen¹⁾ Rechten absieht, auf das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 zurück (Art. 489 ff.). Schon dieses kannte wie zahlreiche kantonale Rechte und das jetzt geltende Gesetz zwei Arten der Bürgschaft, nämlich die einfache Bürgschaft, welche durch die bloß subsidiäre Haftung des Bürgen neben dem Hauptschuldner gekennzeichnet ist, und die ebenfalls accessorische „Solidarbürgschaft“²⁾, bei der jedoch das Merkmal der Subsidiarität der Haftung des Bürgen neben derjenigen des Hauptschuldners fehlt. Was die Eingehung der Bürgschaft anbetrifft, so konnte diese nach gemeinem Recht und nach der Mehrzahl der kantonalen Rechte formlos eingegangen werden. Schon im Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 verlangte jedoch der schweizerische Gesetzgeber zur Gültigkeit der Bürgschaftsübernahme die Beobachtung der schriftlichen Form (Art. 491)³⁾. Das am

¹⁾ Die kantonalen Rechte sind bei Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, Basel 1886/93, Bd. IV., S. 875 ff., behandelt. Daselbst ist auch die Geschichte der Bürgschaft im schweiz. Privatrecht bis zur Einführung des Obligationenrechts vom 14. Juni 1881 dargestellt.

²⁾ Betr. den Ausdruck „Solidarbürgschaft“, resp. den Sinn dieser „Solidarität“, siehe hier unten Zlff. II, 7, nach den Noten 85 ff.

³⁾ D. h. die Unterschrift des Bürgen mit den für den Bürgschaftsvertrag wesentlichen Angaben auf der Bürgschaftsurkunde.

30. März 1911 revidierte Obligationenrecht ging noch einen Schritt weiter und brachte als weitere Erschwerung das Erfordernis auch der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen (Art. 493), so daß seither zur Gültigkeit der Bürgschaft auch der Umfang der Haftung des Bürgen im Vertrage genau fixiert sein muß. Von den andern damaligen Neuerungen sei hier nur noch das Verbot der Wegbedingung des Rückgriffsrechtes des Bürgen (Übergang der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen, welcher den Gläubiger befriedigt hat, im Maße der Befriedigung, Art. 505), erwähnt. Alles in allem brachte schon die Revision des Obligationenrechtes, vom 30. März 1911, wesentliche Verbesserungen der Stellung des Bürgen, besonders mit Bezug auf die Eingehung, aber auch hinsichtlich der Wirkungen des Bürgschaftsvertrages. Im allgemeinen blieben aber trotz der Neuerungen die Grundzüge, welche der Bürgschaftsvertrag im Gesetzbuch vom 14. Juni 1881 erhalten hatte, anlässlich der Revision vom 30. März 1911 gewahrt⁴⁾.

Siehe bezüglich des Erfordernisses der Unterschrift des Bürgen noch den neuesten bundesgerichtlichen Entscheid, vom 13. Dezember 1939, A. S., Bd. 65, II, S. 236 f., Erw. 1; sowie dazu hier unten Note 52.

⁴⁾ Allerdings wurden außerhalb des Obligationenrechts in das ZGB. eine Anzahl von Bestimmungen mit Bezug auf den Bürgschaftsvertrag aufgenommen, welche zumeist im Resultat seine Anwendung einschränken: Mitwirkung des Beirates zur Bürgschaft des Verbeirateten, ZGB. Art. 395, Abs. 1, Ziff. 9; Verbot der Eingehung von Bürgschaften zu Lasten des Bevormundeten, Art. 408 (vgl. hiezu Kaufmann, zu Art. 408, N. 2) und damit auch zu Lasten Minderjähriger, ZGB. Art. 280 (hiezu E. B. G., Bd. 63, II, S. 130 ff. und dortige Zitate; nunmehr wohl auch Egger, Komm. 2. Aufl., zu ZGB. Art. 19, N. 4, vgl. zu Art. 280, N. 1; Kaufmann, zu Art. 280, N. 1).

Zu beachten ist ferner die Schlechterstellung des Bürgschaftsgläubigers gegenüber den andern Gläubigern im öffentlichen Inventar des Erbrechts nach ZGB. Art. 580 ff., Art. 591 (hiezu bezüglich der kantonalen Rechte, Tuor, ad Art. 591, N. 1).

Nicht ausschließlich die Bürgschaft betrifft das Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu den sogenannten

2. Nach dem Weltkriege von 1914—1918 machten sich in der Schweiz verhältnismäßig rasch Bestrebungen zur Revision des Bürgschaftsrechtes geltend. Diese Erscheinung hing teils mit der Not der Nachkriegszeit zusammen, doch wurden in manchen Landesgegenden auch sonst Mißstände im Bürgschaftswesen, besonders häufig eine mißbräuchliche Inanspruchnahme des Bürgschaftskredites, festgestellt. Soweit es sich bei den zu ergreifenden Maßnahmen um die in Krisenzeiten erforderliche außerordentliche Hilfe an Schuldner handelte, gewährte der Gesetzgeber in der sogenannten Krisengesetzgebung⁵⁾

Interzessionsgeschäften der Ehefrau, ZGB. Art. 177, Abs. 3 (und hiezu betreffend die Bürgschaft, Egger, 2. Aufl., N. 24, E. B. G., Bd. 51, S. 27 ff.).

⁵⁾ Vgl. schon die Verordnung des Bundesrates betreffend Schutz der Hotelindustrie gegen Folgen des Krieges, vom 2. November 1915, Art. 9, Abs. 3, sowie die weitere Verordnung betreffend die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 27. Oktober 1917, Art. 14.

Siehe ferner insbesondere: Ver. des Bundesrates betreffend die Nachlaßstundung, das Pfandnachlaßverfahren für Hotelgrundstücke und das Hotelbauverbot, vom 18. Dezember 1920 (Art. 23 f.); Bundesbeschuß über das Pfandnachlaßverfahren für die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 30. September 1932 (Art. 22 ff.); Bundesbeschlüsse über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern vom 13. April 1933 (Art. 22) und vom 28. September 1934, letzterer zurzeit verlängert bis Ende 1941 (Art. 21 ff.); Bundesbeschuß über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 21. Juni 1935, verlängert bis Ende 1940 (Art. 22 ff.); ferner die Verordnung über eine Stundung für die Hotel- und die Stickereiindustrie, vom 3. November 1939 (Art. 12). Der Bundesbeschuß vom 21. Juni 1935 und die Verordnung vom 3. November 1939 (letztere abgesehen von Übergangsfällen, Schl. u. Überg.-Best. Art. 64, Abs. 2) sind ersetzt worden durch die neue Verordnung vom 22. Oktober 1940 über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und die Stickereiindustrie (siehe in dieser die Art. 35 f. und 59). Vgl. auch den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe (Art. 21, 33 und 58 f.), Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1936, Bund. Bl. 1936, II, S. 319); Bundesgesetz über die

auch dem Bürgen Erleichterungen in Form von Stundung, Zinserlaß, Reduktion der Haftung und Abfindung der Bürgschaften mit oder gar ohne Dividende. Es herrschte jedoch in weiten Kreisen die Auffassung, das Notrecht allein genüge nicht, sondern das ordentliche Bürgschaftsrecht selber, d. h. die Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Bürgschaftsvertrag bedürften überhaupt einer gründlichen Revision. Es wurde geltend gemacht, die Notlage von Bürgen sei „nur teilweise krisenbedingt“⁶⁾. Unter den tatsächlich ungesunden Erscheinungen, welche bekämpft werden sollten, sind vor allem hervorzuheben: die Überverbürgung, d. h. die Übernahme zahlreicher Bürgschaften durch den gleichen Bürgen in einem in keinem Verhältnis zu seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stehenden Umfange, die gegenseitigen Bürgschaften (sogenannte Bürgschaftsreiterei), bei welchen sich zwei Personen (oft bei verschiedenen Banken) durch gegenseitige Bürgschaften übermäßige Kredite verschaffen, ferner die verhängnisvollen Kettenbürgschaften, welche ganze Kreise z. B. eines Dorfes, Bezirkes oder eines Gewerbes durch Bürgschaften, Rückbürgschaften usw. untereinander verbinden, sodaß die Notlage eines Einzigen viele Dritte mit sich reißt, u. dgl.⁷⁾. Solche Arten ungesunder und mißbräuchlicher Handhabung des Bürgschaftskredites sind tatsächlich in verschiedenen Gegenden der Schweiz festgestellt worden. Mit ziemlich zahlreichen, drastischen Beispielen aus bestimmten Gegenden wurde nachdrücklich für die Revision eingetreten⁸⁾; doch vergaß

Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen, vom 12. Dezember 1940, Art. 19 f., 30, Abs. 1, und 31 f., 37, Ziff. 5 und 62 (Ablauf der Referendumsfrist am 18. März 1941; Bestimmung des Zeitpunktes des Inkrafttretens dieses Gesetzes durch den Bundesrat, Art. 117).

⁶⁾ Vorentw. I, vom Juni 1937, S. 6.

⁷⁾ Vgl. l. c., S. 6 f.

⁸⁾ Siehe z. B. die Darstellung bei Stauffer, Die Revision des Bürgschaftsrechts, in Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F. Bd. 54 (1935), S. 12a, ff. (Ziff. 2).

man dabei etwa, gleichzeitig auf die Höhe der durch Bürgschaften vermittelten Kredite und die dahерigen, gewaltigen und aus der heutigen Kreditwirtschaft nicht wegzudenkenden Dienste⁹⁾ hinzuweisen. Außer an der leider oft mißbräuchlichen Inanspruchnahme des Bürgschaftskredites wurde an der Zahl der Bürgschaftsprozesse Anstoß genommen¹⁰⁾.

Die Tendenzen zur Bekämpfung der Mißstände im Bürgschaftswesen führten seit dem Jahre 1932 zu verschiedenen Postulaten in der Bundesversammlung, sowie zu Beschlüssen und Eingaben von Verbänden. Anlächlich der Beratungen des eidgenössischen Bankengesetzes insbesondere wurde die Frage der Regelung der Bürgschaften in beiden Räten speziell im Hinblick auf die Einführung eines Bürgschaftsregisters behandelt. Dies führte zu einer am 7. November 1934 erheblich erklärten Motion des Nationalrates, worin der Bundesrat eingeladen wurde, der Bundesversammlung innert Jahresfrist „einen Gesetzesentwurf zur Behebung der Mißstände im Bürgschaftswesen“ vorzulegen. Auch der Schweizerische Juristenverein sprach sich in seinen Verhandlungen vom Jahre 1935 für eine Revision des Bürgschaftsrechtes aus¹¹⁾.

Alle diese neuen Bestrebungen zur Revision des ordentlichen Bürgschaftsrechtes unserer Zivilgesetzgebung waren, von wenigen Ausnahmen abgesehen, bürgschafts-

⁹⁾ Die Bedeutung der Bürgschaft im Kreditwesen wird mit Recht in der bundesrätlichen Botschaft vom 20. Dezember 1939, S. 7 ff., sehr betont.

¹⁰⁾ Es wurde von einem Autor geltend gemacht, die Zahl der Bürgschaftsprozesse sei so hoch wie diejenige der Prozesse aus dem Automobilverkehr. Der Vergleich erscheint mir ungeeignet. Im übrigen geht der Bestand der verbürgten Kredite in der Schweiz in die Hunderttausende, mit einer Schuldsumme von annähernd zwei Milliarden Franken. Siehe hiezu Details in einem Zirkular der Zürcher Kantonalbank, Nr. 72, von Anfang April 1940, S. 5.

¹¹⁾ Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F., Bd. 54 (1935), S. 530a; vgl. S. 499a, ff.

feindlich. Durch die Revision wurden die Erschwerung der Eingehung des Bürgschaftsvertrages und die Verbesserung der Stellung des Bürgen hinsichtlich der Wirkungen und der Beendigung des Vertrages angestrebt. Dies kam, wenigstens indirekt, auch in der Motion des Nationalrates vom 7. November 1934 zum Ausdruck. Die Opposition von Gläubigerseite war besonders im Anfang verhältnismäßig schwach, sei es, daß die Banken einer grundsätzlichen Opposition wenig Erfolgsaussichten zuschrieben, sei es, daß sie bestimmte Verbesserungen des Bürgschaftsrechtes begrüßten oder die Entwürfe abwarten wollten.

Der erste „Bericht und Vorentwurf der eidg. Justizabteilung“ datiert vom Juni 1937, dem Datum seiner Publikation. Dieser, von Prof. E. Beck, Bern, verfaßte Entwurf wurde der Öffentlichkeit unterbreitet. Die interessierten Kreise äußerten sich dazu reichlich, so daß die eidgenössische Justizabteilung einen zweiten Vorentwurf ausarbeiten mußte (Vorentwurf zuhanden der Expertenkommission, vom 11. März 1939, Vorentwurf II)¹²⁾. Eine Expertenkommission von 23 Mitgliedern beriet diesen zweiten Vorentwurf am 24. und 25. April 1939 durch. Als Ergebnis liegen die Botschaft des Bundesrates und Entwurf eines Bundesgesetzes „über die Revision des zwanzigsten Titels des schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 betreffend das Bürgschaftsrecht“, vom 20. Dezember 1939, vor (Entwurf). Dieser Entwurf bildete Gegenstand der Beratungen der eidgenössischen Räte vom Frühjahr und Herbst, sowie Dezember 1940; zur Zeit der Drucklegung dieser Ausführungen haben der Nationalrat und der Ständerat den Entwurf durchberaten und im Nationalrat hat die (erste) Differenzbereinigung stattgefunden. Man spricht davon, den Entwurf vielleicht schon am 1. Januar 1942 in Kraft treten zu lassen.

¹²⁾ Dieser Vorentwurf II ist, im Gegensatz zum Vorentwurf I und natürlich auch dem Entwurfe (des Bundesrates) nicht gedruckt worden, sondern liegt lediglich vervielfältigt vor.

II.

Eine Prüfung der Revisionsentwürfe und des Ergebnisses der Beratungen der Bundesversammlung zeigt, daß verschiedene Punkte einer genauen Betrachtung in theoretischer und praktischer Hinsicht bedürfen. Hierbei kann die Würdigung aller Detailfragen der Revision unmöglich in den Rahmen dieses Artikels fallen.

1. Die Systematik des Gesetzes ist in den Entwürfen und nach den Beratungen der Bundesversammlung im wesentlichen so geblieben, wie sie in ihren Grundzügen bereits im Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 enthalten war. Wir sehen daher davon ab, auf Einzelheiten einzutreten¹³⁾. Nach den anlässlich der Revision vom 30. März 1911 nicht sehr zahlreich vorgenommenen Änderungen und Beifügungen sind der Aufbau des Gesetzesstextes und die Reihenfolge der Artikel auch diesmal nicht sehr wesentlich geändert worden¹⁴⁾.

2. Bezuglich des Gesetzesinhaltes führten die Bestrebungen der Revision zur Beseitigung bestehender Mißstände vor allem zu einer starken Tendenz, schon die Eingehung von Bürgschaften zu erschweren. Diese Erschwerung der Eingehung von Bürgschaften wurde auf zweierlei Arten angestrebt, nämlich durch Beschränkungen

¹³⁾ Siehe im übrigen zur Systematik, Ber. u. Vorentw. I, vom Juni 1937, S. 45; vgl. Oser, (1. Aufl.), Vorbemerkungen zum zwanzigsten Titel des OR, N. 5. — Einige Einzelheiten der Systematik stehen noch nicht fest.

¹⁴⁾ Es sei hier nur hervorgehoben, daß nun die Bestimmungen betreffend den Übergang der Gläubigerrechte auf den zahlenden Bürgen und diejenigen über die Beendigung der Bürgschaft an den Schluß des Titels gestellt wurden, was wohl richtiger ist als die bisherige eingeschobene Plazierung (Siehe Art. 507 f. u. Art. 509 ff. der Gesetzesvorlage). Der Vorentwurf I vom Juni 1937 wies am Schluß noch eine Bestimmung auf, enthaltend internationales Privatrecht (Art. 512); diese Bestimmung wurde jedoch seither wieder fallen gelassen, weil das OR sonst auch keine internationalrechtlichen Bestimmungen enthalte und die zu regelnden Fragen noch stark im Fluß seien.

der Handlungsfähigkeit und durch die Aufstellung weiterer Formerfordernisse.

3. Spezielle Beschränkungen der Handlungsfähigkeit, d. h. Beschränkungen der speziellen Geschäftsfähigkeit¹⁵⁾ mit Bezug auf die Eingehung von Bürgschaften, finden sich bereits im Zivilgesetzbuch im Abschnitte über das Familienrecht¹⁶⁾. So enthält die Abteilung betreffend die Vormundschaft das Erfordernis der Mitwirkung des Beirates zur Bürgschaft des Verheirateten (Art. 395, Abs. 1, Ziff. 9), und ein Verbot der Eingehung von Bürgschaften zu Lasten des Bevormundeten (Art. 408). Dieses Verbot der Eingehung von Bürgschaften ist auch mit Bezug auf das Kind unter elterlicher Gewalt anwendbar, indem es gleich wie eine bevormundete Person nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit hat (ZGB Art. 280). Mit diesen das Bürgschaftsgeschäft treffenden Schutzbestimmungen hat der schweizerische Gesetzgeber bereits die besondere Bedeutung und in gewissem Maße auch die Gefährlichkeit der Bürgschaftsverpflichtungen anerkannt. Dagegen findet das in ZGB Art. 177, Abs. 3, aufgestellte Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde „für die Verpflichtungen, die von der Ehefrau Dritten gegenüber zugunsten des Ehemannes eingegangen werden“ (sogenannte Interzessionsgeschäfte der Ehefrau), nicht ausschließlich auf die Bürgschaft, sondern auf alle Verpflichtungsgeschäfte Anwendung. Hiezu sei bemerkt, daß diese Bestimmung ihren Ursprung in der Forderung nach einem allgemeinen Verbot von Bürgschaften durch Ehe-

¹⁵⁾ Man spricht hier richtigerweise von Geschäftsfähigkeit, d. i. die Fähigkeit, durch den Abschluß von Rechtsgeschäften für sich selbst Rechte und Pflichten zu erwerben, und zwar von der speziellen Geschäftsfähigkeit hinsichtlich der Bürgschaftsübernahme. Der Ausdruck Handlungsfähigkeit umfaßt auch die Rechtsfähigkeit. So Nußbaum, Dr. Arth., Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932, S. 118, besonders Note 7 und dortige Zitate.

¹⁶⁾ Siehe zu den nachfolgend erwähnten Gesetzesbestimmungen die Zitate aus Literatur und Praxis, hier oben Note 4.

frauen hatte, welche Anregung in der Folge zum heutigen Art. 177, Abs. 3, ZGB, erweitert wurde¹⁷⁾.

Außerhalb des Zivilgesetzbuches ist im geltenden Recht im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, in Art. 298, Abs. 1, bestimmt, daß ein Schuldner, dem Nachlaßstundung gewährt worden ist, während der Dauer der Stundung nicht mehr in rechts-gültiger Weise Bürgschaften eingehen kann¹⁸⁾; ebenso ist im Notrecht gemäß Art. 34, Abs. 3, des Bundesbeschlusses vom 28. September 1934 über vorübergehende Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern dem amtlich sanierten Schuldner die Eingehung von Bürgschaften bei Folge der Nichtigkeit untersagt und ein gleiches Verbot im Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen, vom 12. Dezember 1940, mit Bezug auf den Eigentümer, auf dessen Begehren die Entschuldung durchgeführt wird, in Art. 69, Abs. 2, vorgesehen, und zwar für die Dauer der Eintragung des Gesuchstellers im Register der entschuldeten Eigentümer (über das Inkrafttreten dieses Gesetzes vgl. hier oben, Note 5, in fine); dasselbe Verbot der Eingehung von Bürgschaften traf gemäß Art. 43, Abs. 4, des aufgehobenen Bundesbeschlusses über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 21. Juni 1935, den im Pfandnachlaßverfahren sanierten Eigentümer eines Hotels für die Dauer der Unterstellung unter die Aufsicht der Schweizerischen Hotel-Treuhand-Gesellschaft, welche Unterstellung mindestens für die Dauer der gewährten Kapitalstundung auszusprechen ist. Vgl. ferner die ebenfalls ersetzte Verordnung über eine Stundung für die

¹⁷⁾ Egger, Komm., 2. Aufl., zu ZGB Art. 177, N. 17.

¹⁸⁾ Über mögliche Einschränkungen im Falle der Notstundung siehe SchKG Art. 317a—n, sowie die aufgehobene Verordnung des Bundesrates über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung, vom 17. Oktober 1939, Art. 10, Abs. 1, und die an Stelle dieser Verordnung getretene Verordnung über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung vom 24. Januar 1941, Art. 10, Abs. 1.

Hotel- und die Stickereiindustrie, vom 3. November 1939, Art. 10, Abs. 2. Die nunmehr geltende, neue Verordnung vom 22. Oktober 1940 über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und die Stickereiindustrie verbietet dem Schuldner während der Dauer der Stundung die Eingehung von Bürgschaften ohne Zustimmung der Hotel-Treuhand-Gesellschaft (Art. 13, Abs. 2); und zwar bei Folge der Nichtigkeit (Art. 14, Abs. 3); doch sind Bürgschaften statthaft, sobald die Hotel-Treuhand-Gesellschaft ihre Zustimmung erteilt.

Anlässlich der nunmehrigen Revision des Bürgschaftsrechtes wurde versucht, die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit, d. h. der speziellen Geschäftsfähigkeit mit Bezug auf die Eingehung von Bürgschaften, nach verschiedenen Richtungen zu erweitern. So sollten gemäß einem Vorschlag Konkursiten und Nachlaßschuldner keine Bürgschaften eingehen können, andere schlugen noch ein Verbot der Eingehung von Bürgschaften durch „Jugendliche“, worunter man Personen bis zum 25. Altersjahr verstand¹⁹⁾, vor. Außerdem wurde vorgeschlagen, einen freiwilligen Verzicht auf die „Verbürgungsfähigkeit“ überhaupt zuzulassen²⁰⁾, usw. Alle diese Vorschläge wurden schon in den Vorentwürfen, sowie im bundesrätlichen Entwurf mit Recht eliminiert und haben seither weder in der Expertenkommission noch in den Beratungen der Bundesversammlung Aufnahme in die Gesetzesvorlage gefunden.

Anders verhält es sich mit dem Schicksal des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten zu Bürgschaftsverpflichtungen Verheirateter. Durch eine Motion Rubattel war im Jahre 1933 im Großen Rat des Kantons Waadt angeregt worden, zu Bürgschaften des Ehemannes die Zustimmung der Ehefrau zu verlangen²¹⁾.

¹⁹⁾ Botschaft des Bundesrates, vom 20. Dezember 1939, S. 21 f., (lit. a).

²⁰⁾ Siehe hierüber l. c., S. 23 f., (lit. e).

²¹⁾ Der Motionär war sich dabei bewußt, daß dieses Erfordernis vielleicht manchen mißfallen würde. Die Anregung

Anläßlich der Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins vom Jahre 1935 nahm der Referent französischer Sprache, Gerichtspräsident Max Henry, Neuchâtel, in seinem luciden Referat die Anregung auf und befürwortete sie, mit der Beschränkung auf nicht im Handelsregister eingetragene Personen und mit Ausnahme des unter Gütertrennung lebenden Ehegatten²²⁾. Der Verfasser des Vorentwurfes I, vom Juni 1937, verhielt sich zunächst zurückhaltend²³⁾; in der Folge jedoch wurde die Neuerung in der bundesrätlichen Botschaft auf Grund einer ein läßlichen Prüfung mit den Vorarbeiten eigenen, schätzenswerten Offenheit als „mit der Beschränkung auf nicht im Handelsregister eingetragene Ehegatten . . . sachlich angemessen und empfehlenswert“ anerkannt²⁴⁾. Aus dieser Erwägung heraus wurde in der bundesrätlichen Botschaft eventualiter die folgende Bestimmung vorgeschlagen, „die nach Art. 493 einzuschalten wäre“:

„Ein Ehegatte, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann nur mit schriftlicher Zustimmung des andern Ehegatten eine gültige Bürgschaft eingehen. Das Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für Rechtsgeschäfte der Ehefrau²⁵⁾ bleibt vorbehalten.“

In den Entwurf selber wurde die Bestimmung jedoch nicht aufgenommen, weil sie „politisch nicht für tragbar“ gehalten wurde und man der Ansicht war, daß sie „für die ganze Vorlage verhängnisvoll werden könnte“ (Bot-

geht, wie Bundesrichter Stauffer, l. c., S. 21a, N. 37, berichtet, in der Schweiz schon auf das Jahr 1757 zurück.

²²⁾ Max Henry, La révision de la législation en matière de cautionnement, in Zeitschr. f. Schweiz. R., N. F., Bd. 54 (1935), S. 145a, ff., auf S. 157a, f.; Verhandlungen des Jur. Ver., l. c., S. 517a.

²³⁾ „Neue Zürcher Zeitung“, Nr. 631, vom 10. April 1935, Separatabdruck S. 17, hier mit dem Beifügen, die Bestimmung hätte wenig Aussicht auf Erfolg. Vorentw. I, vom Juni 1937, S. 27 f. Vgl. Stauffer, l. c., S. 28a.

²⁴⁾ Bundesrätl. Botsch., vom 20. Dezember 1939, S. 25.

²⁵⁾ ZGB Art. 177.

schaft vom 20. Dezember 1939, S. 25 f.). Den gleichen Standpunkt vertrat die Expertenkommission vorwiegend, d. h. sie erachtete das Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten im Prinzip als sachlich durchaus begründet, eliminierte es jedoch aus vornehmlich gesetzespolitischen Erwägungen²⁶⁾ mit 11 gegen 8 Stimmen²⁷⁾. In dieser zweiten Beziehung war dann der Nationalrat anderer Ansicht, d. h. er hieß den Vorschlag ebenfalls gut, nahm ihn aber mit 55 gegen 46 Stimmen²⁸⁾ in die Gesetzesvorlage auf, indem für einen Ehegatten, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, zur Eingehung einer Bürgschaft die schriftliche Zustimmung des andern Ehegatten verlangt wurde. Bei Verweigerung ohne hinreichende Begründung soll der Richter vom Erfordernis der Zustimmung befreien können²⁹⁾. Auch der Ständerat schloß sich dieser Stellungnahme trotz heftiger Opposition mit 21 gegen 15 Stimmen³⁰⁾ grundsätzlich an. Er traf jedoch zwei Abänderungen, indem nach dem Vorschlage des Ständerates vom Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten nicht nur dann abgesehen werden soll, wenn der bürgende Ehegatte im Handelsregister eingetragen ist, sondern außerdem stets im Falle der Gütertrennung. Die zweite Abänderung des Ständerates geht dahin, daß in den Fällen des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten die Verweigerung der Zustimmung insofern eine definitive sein soll, als es dagegen keine Möglichkeit der Anrufung des Richters oder einer andern Behörde gibt. In der (ersten) Differenzbereinigung hielt jedoch der Nationalrat an seiner Fassung materiell mit 114 gegen 29 Stimmen fest und änderte sie nur dahin ab, daß bei Verweigerung der Zustimmung der Richter in

²⁶⁾ Botschaft vom 20. Dezember 1939, I. c.

²⁷⁾ Protokoll der Expertenkommission, S. 19.

²⁸⁾ Amtl. stenogr. Bulletin, Nat.Rat, Februar 1940, S. 72.

²⁹⁾ L. c., S. 63, Beratungen darüber S. 63 ff.

³⁰⁾ Amtl. stenogr. Bulletin, Ständerat, Herbst 1940, S. 404; Beratungen darüber S. 293 ff.

dem für den Schutz der ehelichen Gemeinschaft vorgesehenen Verfahren von diesem Erfordernis befreien kann³¹⁾.

Es fragt sich in grundsätzlicher Beziehung, ob die gegen den Vorschlag des prinzipiellen Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten gehegten Bedenken gerechtfertigt sind. Bei unvoreingenommener Betrachtung muß man es bei der Würdigung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten zu Bürgschaften mit dem Referenten französischer Sprache der Verhandlungen des Juristenvereins vom Jahre 1935 halten, welcher erklärte, die gegen den Vorschlag erhobenen Einwendungen seien vornehmlich solche männlicher Eigenliebe³²⁾. Dementsprechend sind einmal alle Einwendungen zu eliminieren, welche mit der „Freiheit“ des Mannes operieren, welche das Erfordernis der Zustimmung (auch) der Ehefrau zu Bürgschaften des Ehemannes nicht zulasse; denn die Freiheit des Ehemannes findet selbstverständlich ihre Schranken in denjenigen Rechtsnormen, welche zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft aufgestellt werden. Hierüber wird unten noch einiges zu sagen sein. — Von den übrigen gegen den Vorschlag des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten vorgebrachten Argumenten hält ebenfalls kein einziges einer eingehenden, sachlichen Kritik stand. Es wurde zunächst eingewendet, insbesondere mit Bezug auf die Ehefrau wäre das Erfordernis ihrer Zustimmung zu Bürgschaften des Ehemannes im vornherein „nur eine halbe Sache“³³⁾, weil die Ehefrau leicht zu beeinflussen sei, wie dies der Gesetzgeber annehme, indem er in ZGB Art. 177 bei gewissen Rechtsgeschäften unter Ehegatten, bzw. bei Verpflichtungen der Ehefrau gegenüber Dritten zugunsten des Ehemannes, vormundschaftliche Genehmigung vorsehe.

³¹⁾ Amtl. stenogr. Bulletin, Nat.Rat, Winter 1940, S. 674 ff.

³²⁾ Daß dem so ist, scheint uns wohl auch die Überzeugung in der bundesrätlichen Botschaft vom 20. Dezember 1939 zu sein. Siehe l. c., S. 25, unten.

³³⁾ Stauffer, l. c., S. 28.

Es gibt aber wohl auch zahlreiche Ehemänner, welche sich „beeinflussen“ lassen, nicht nur in der Ehe, sondern oft verhängnisvoller in Wirtschaften, von politischen und sonstigen Freunden oder auch sonst von ihren Geschäftsbekannten, beruflichen „Beratern“, unverantwortlichen Vorgesetzten usw. und deswegen auch Bürgschaften eingehen. Hier handelt es sich nun gar nicht darum, ob und in welchem Maße die Ehefrau zu beeinflussen sei, sondern um die häufigen Fälle, in denen die Ehefrau fürsorglich ist, der Ehemann aber nicht. Da soll man der Ehefrau die Möglichkeit geben, für die Familie gefährliche Bürgschaften des Ehemannes fernzuhalten. Es handelt sich beim Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten, also auch der Ehefrau zu Bürgschaften des Ehemannes, um die Bekämpfung der Zustände, wie sie in der Motion Rubattel vom Jahre 1933 anschaulich geschildert wurden und nicht nur in der Waadt bekannt sind, sondern überall, wo es (wie umgekehrt) fürsorgliche Ehefrauen und nachlässige oder zu nachgiebige Ehemänner gibt. In dieser Hinsicht kann man die seinerzeitige Begründung der Motion Rubattel nur unterstreichen: „Vous savez le rôle essentiel, économique et moral, que joue la femme chez nous, à la campagne en particulier. Ceux d'entre vous qui habitent les villages de notre Canton connaissent par leur noms les domaines sauvés par la volonté persévérente, il faut bien le dire, des femmes qui y sont occupées. Or ces femmes, ardentes au travail, y dépensant même au-delà de leurs forces, qui s'intéressent au premier chef au domaine familial, devraient être consultées. Il est hautement désirable en tout cas que l'on puisse mettre un frein aux signatures données sur une table d'auberge, par des hommes qui ne sont pas toujours de parfait sang-froid“³⁴⁾. Es ist nun nicht abzusehen, weshalb diese Zustände nicht bekämpft werden sollen, und wenn dann auch einmal die eine oder andere Ehefrau zu Unrecht die Erteilung

³⁴⁾ Diese Begründung der Motion Rubattel ist abgedruckt in der Zeitschr. f. Schweiz. Recht, 1. c., S. 27a.

ihrer Zustimmung verweigert, so vermögen solche Einzelfälle die Vorteile des Erfordernisses niemals aufzuwiegen. Allerdings ist das Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten nicht nur für bestimmte Landesgegenden von den Kantonen aufzustellen, was zu Unzukömmlichkeiten führen würde³⁵⁾, sondern allgemein vom eidgenössischen Gesetzgeber für die ganze Schweiz. Es wird noch eingewendet, daß schließlich der Richter oder die Behörde über die Weigerung der Erteilung der Zustimmung des andern Ehegatten entscheiden müßten, vorausgesetzt, die Möglichkeit der richterlichen oder behördlichen Befreiung vom Erfordernis werde nach den nationalrätlichen Vorschlägen vorgesehen. Diese eventuelle Anrufung des Richters oder der Behörde soll, sofern sie definitiv akzeptiert wird, untnlich sein, dagegen scheinen die Gegner des Erfordernisses nicht daran Anstoß zu nehmen, daß nach geltendem Recht die Ehefrau gegen ungerechtfertigte Weigerungen ihres Ehemannes die Behörden und Gerichte anrufen muß, wie dies unser Gesetz verschiedentlich vor sieht³⁶⁾, und sie verweisen sie sogar an den Richter, um Sicherstellungen ihres durch Bürgschaften des Ehemannes gefährdeten Vermögens zu erwirken, welches ihr der Gesetzgeber allerdings soweit irgend möglich sicherstellen sollte, ohne daß die Ehefrau zu derartigen Maßnahmen greifen muß (vgl. noch hier unten). Zustimmungen des andern Ehegatten, bei deren Verweigerung der Richter angerufen werden kann, sind übrigens auch sonst im schweizerischen Güterrecht gar nicht selten erforderlich³⁷⁾. Die allfällige Notwendigkeit, bei ungerechtfertigter Verweigerung der Zustimmung die Behörde oder den Richter anzurufen, von der bestimmt wenig Gebrauch gemacht werden müßte, bildet — sofern man diese Möglichkeit vorsehen will — also keinen genügenden Grund zur Ab-

³⁵⁾ Über diese Unzukömmlichkeiten, Stauffer, l. c., S. 26a f.

³⁶⁾ ZGB Art. 167, Abs. 2, Art. 204, Abs. 2, 218, Abs. 2.

³⁷⁾ Vgl. Note 36 hievor und noch Art. 202, Art. 1 u. 217, Abs. 1 mit Art. 184, Ziff. 2.

lehnung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten. — Es wurde gegen die Neuerung speziell noch bemerkt, die Ehefrau habe es ja „schon heute in der Hand, sich davor zu schützen, daß der Mann durch Bürgschaften ihr Vermögen vermindere (z. B. durch Vereinbarung der Gütertrennung, Begehren um Sicherstellung oder der gerichtlichen Gütertrennung, Spezifizierung der eingebrachten, vertretbaren Sachen usw.“³⁸⁾. Heute hat es tatsächlich der Ehemann in der Hand, das Vermögen der Ehefrau zu gefährden und zu mindern, wenn sie nicht zu solchen Rechtsbehelfen greift, indem der Ehemann unter Güterverbindung sich ohne Zustimmung der Ehefrau verbürgen kann und damit auch dasjenige eingebrachte³⁹⁾ Frauengut verpflichtet, welches gemäß ZGB Art. 201 in sein Eigentum übergegangen ist, also bares Geld, andere vertretbare Sachen und Inhaberpapiere, die nur der Gattung nach bestimmt worden sind⁴⁰⁾, alles Vermögensobjekte, welche im Wirtschaftsleben außerordentlich wichtig sind; der Güterstand der Güterverbindung ist aber in der Schweiz als ordentlicher Güterstand (ZGB Art. 178) bei weitem der verbreitetste⁴¹⁾; er galt schon vor der Einführung des Zivilgesetzbuches in zahlreichen Kantonen ausschließlich⁴²⁾; außerdem kann der Ehemann (dessen spezielle Geschäftsfähigkeit hinsichtlich der Übernahme von Bürgschaften nirgends beschränkt ist) auch unter der Gütergemeinschaft ohne Zustimmung der Ehefrau Bürgschaften eingehen, für welche er unter Gütergemeinschaft nicht nur persönlich haftet, sondern gemäß ZGB Art. 219 auch mit dem Gesamtgut, d. h.

³⁸⁾ So die bundesrätliche Botschaft vom 20. Dezember 1939, S. 26 und ebenso auf S. 25, oben.

³⁹⁾ Auch bei späterer Einbringung. Egger, Komm., 2. Aufl., zu ZGB Art. 201, N. 15.

⁴⁰⁾ Siehe hiezu die Kommentare von Egger, 2. Aufl., zu ZGB Art. 201, N. 1 ff., und Gmür, 2. Aufl., N. 23 ff.

⁴¹⁾ Vgl. Gmür, l. c., zu Art. 178, N. 10 ff., insbesondere N. 10a.

⁴²⁾ Gmür, zu Art. 194 ff., N. 5.

also, daß auch das von der Ehefrau eingebrachte Vermögen verhaftet ist (ZGB Art. 215). Wir finden es einen bemühenden Zustand, daß die Ehefrau, welche sich nicht durch Ehevertrag geschützt oder sonst im ordentlichen Güterstand der Güterverbindung den Übergang des Eigentums von nur der Gattung nach bestimmten, vertretbaren Sachen nach ZGB Art. 201 auf den Ehemann, insbesondere an dem heutzutage so wichtigen baren Geld und nur der Gattung nach bestimmten Inhaberpapieren verhindert hat⁴³⁾), an den Richter gewiesen werden soll, welchem übrigens nicht unnötigerweise Aufgaben zu übertragen sind, soweit diese ohne großen Nachteil im Gesetz gelöst werden können, indem der Gesetzgeber schon den Schutz gewährt. Die Praxis lehrt, daß die Ehefrau in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle es unterläßt, ihr Eingebrachtes rechtzeitig durch Abschluß eines Gütervertrages⁴⁴⁾ oder Spezifizierung der eingebrachten, vertretbaren Sachen zu schützen, und so unter dem ordentlichen Güterstand der Güterverbindung meistens in ihrem Mitspracherecht eingeschränkt ist (ZGB Art. 202); auch der Ehemann schafft hier zumeist keine Remedur, trotzdem auch er dies in der Hand hätte. Die eheliche Gemeinschaft wird auch unter dem ordentlichen Güterstande der

⁴³⁾ Über diese Möglichkeiten und die Art ihrer Durchführung siehe Egger, l. c., N. 13 f. und die dort zitierten, bundesgerichtlichen Entscheidungen, insbesondere Bd. 57, II., S. 450 und die dort aufgeführte, bundesgerichtliche Judikatur. Vgl. noch Praxis des Bundesgerichts, Bd. X (1921), S. 292 = E. B. G. 47, II., S. 129 ff. Formlose Disposition nur bei der Einbringung und eine gewisse (kurze) Frist nachher. Spätere Abreden bedürfen der vormundschaftlichen Genehmigung, ZGB Art. 177, Abs. 2.

⁴⁴⁾ Es kommt auch vor, daß die Ehefrau es nicht nur unterläßt, durch Abschluß eines Gütervertrages ihr Vermögen zu schützen, sondern daß sie es durch Ehevertrag, d. h. speziell durch Eingehung der Gütergemeinschaft, noch mehr gefährdet. Es bleibt ein frommer Wunsch, wenn es im Ber. u. Vorentw. I, vom Juni 1937 heißt, „die Gütergemeinschaft sollte dann eben nicht mehr vereinbart werden, wenn die Befürchtung besteht, daß der Mann das Gemeinschaftsgut mit Bürgschaften gefährdet.“

Güterverbindung gerne von der Vorstellung der Ehegatten beherrscht, daß „mein“ auch „dein“ sei, so daß es oft auf reinen Zufälligkeiten beruht, ob z. B. Inhaberpapiere dem Ehemann nur zur Verwaltung und Nutzung oder auch zu Eigentum überlassen werden. Ist es aber einerseits untnlich, den Schutz von Vermögen der Ehefrau von oft rein zufälligen Tatsachen abhängen zu lassen, so ist anderseits der Wille eines Ehegatten, dessen es bedarf, um den Eigentumsübergang zu verhüten, nicht immer leicht festzustellen, so daß es zu Prozessen kommt, was die vorliegende Judikatur⁴⁵⁾ beweist. Die Wahl des außerordentlichen Güterstandes der Gütertrennung so dann ist schon wegen der damit notwendigerweise verbundenen Veröffentlichung (ZGB Art. 248) in weiten Kreisen unbeliebt, dies umso mehr als die Gütertrennung⁴⁶⁾ nicht selten als Offenbarung finanzieller Schwächung angesehen wird. An den Richter wird die Ehefrau nicht leichthin und oft erst gelangen, wenn es zu spät ist. Praktisch, nach dem gewöhnlichen Gange des Lebens ist somit die Ehefrau heute in zahlreichen Fällen, in denen sie des Schutzes bedarf, ungeschützt. Soll ihr da wirklich nicht grundsätzlich die Möglichkeit gewährt werden, sich durch ein einfaches Mittel unerwünschter Bürgschaften zu erwehren und im Momente, da ihr die Bürgschaftsurkunde zur Unterschrift präsentiert wird, nein zu sagen? Nach dem heutigen Stande des Gesetzes ist es möglich, daß der Ehemann ohne Wissen und Willen seiner Ehefrau ihr Vermögen durch Bürgschaften, deren Gefährlichkeit

⁴⁵⁾ Praxis des Bundesgerichts, Bd. X (1921), Nr. 129, Erw. 2, speziell auf S. 290 ff. = E. B. G. 47, II, 129 ff.; E. B. G. 52, III, S. 91 (Erw. 1), (keine Willensäußerung, Verrechnung einer Manneschuld mit aus dem Frauenvermögen stammenden Inhaberpapieren); 57, II, S. 450 ff. (Willensäußerung zweifelhaft, Abstellen auf späteren Ehevertrag).

⁴⁶⁾ Siehe übrigens auch ZGB Art. 179, Abs. 3, gemäß welchem ein nach Eingehung der Ehe abgeschlossener Ehevertrag die bisherige Haftung des Vermögens gegenüber Dritten nicht beeinträchtigen darf, sodaß die Gütertrennung oft zu spät kommt.

oft nicht genügend oder nicht genügend rechtzeitig erkannt wird, ruiniert; wird die Ehe schließlich zerrüttet und geschieden, so kann die Ehefrau zum Überfluß noch in Not geraten. Solche Fälle sind leider gar nicht selten. Es ist z. B. auch sogar vorgekommen, daß ein ungetreuer Ehemann im Ehebruch erzeugte Kinder heimlich durch Bürgschaften „finanziert“ und damit das Eingebrachte der Ehefrau engagiert und verhaftet hat; kommt dann die Geschichte an den Tag, so hat die Ehefrau das Vergnügen, außer dem Zusammenbruch der Ehe unter Umständen noch mit dem eigenen Eingebrachten, das sie zu ihrer Verfügung glaubte, nachträglich herhalten und selber in Not geraten zu müssen. Richtig ist es, daß jede gesetzliche Regelung auch Härten mit sich bringt, aber ein Gesetz, welches solche Möglichkeiten wie die erwähnten gewährt, bedarf der Änderung, resp. Ergänzung. Daß der Ehemann das Vermögen der Ehefrau durch Bürgschaften soll engagieren können, ohne daß diese etwas dazu zu sagen hat, ist ein unhaltbarer, schleunigster Abhilfe bedürftiger Zustand und mit einer wirklich freien Rechtsstellung, wie sie unser Zivilgesetzbuch der Ehefrau einräumen will, nicht vereinbar. Das Volk sollte auch dafür Verständnis aufbringen und die Revisionsvorlage wegen des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten nicht gefährdet sein; bei der Einführung des Zivilgesetzbuches war ja die Umwälzung hinsichtlich der Neuordnung und Verbesserung der Rechtsstellung der Ehefrau unvergleichlich größer als sie es durch diese kleine, aber nützliche Revision wäre.

Praktisch ist die schätzenswerte Neuerung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten zu Bürgschaften sehr einfach zu handhaben. Die schriftliche Zustimmung wird durch eine simple Unterschrift erteilt. Der Bürgschein muß ohnehin in die Familie, d. h. zum Ehemann gelangen; er braucht den Bürgschein wegen des Erfordernisses der Zustimmung der Ehefrau gewöhnlich nicht herumzusenden, wie auch umgekehrt das Ein-

verständnis des Ehemannes zu Bürgschaften der Ehefrau leicht einzuholen ist. Die Ehefrau würde in Zukunft vor der unangenehmen Entdeckung von Bürgschaften und daherigen Überraschungen auf einfache Weise gesichert sein, ohne daß dadurch eine nennenswerte Belastung des Geschäftsverkehrs entstünde. Es ist daher nicht abzusehen, weshalb das Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten, wenn es natürlich auch keinen absoluten Schutz gewährt, als Grundsatz nicht eingeführt werden soll, da es in zahlreichen Fällen von Nutzen sein wird, ohne wesentliche Unzukämmlichkeiten mit sich zu bringen.

Auch der gegen die Einführung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten ins Feld geführte⁴⁷⁾ Einbruch in die Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) ist hier tragbar, umso mehr als ja ohnehin die Ehe gewisse Beschränkungen der Handlungsfähigkeit bedingt⁴⁸⁾ und diese gelegentlich vor dem Schutze der ehelichen Gemeinschaft zurückzutreten hat und als ja die spezielle Geschäftsfähigkeit (Fähigkeit zu einzelnen Rechtsgeschäften) hinsichtlich der Bürgschaft ohnehin in verschiedener anderer Beziehung ebenfalls eingeschränkt ist (Bevormundete, Minderjährige, Nachlaßschuldner, siehe oben)⁴⁹⁾. Die grundsätzliche Handlungsfähigkeit jedes Ehegatten steht ja trotzdem außer Zweifel⁵⁰⁾. Es muß sodann doch ein Unterschied gemacht werden zwischen Beschränkungen

⁴⁷⁾ So schon die vom Großen Rat des Kantons Waadt im Jahre 1933 zur Prüfung der Motion Rubattel eingesetzte Kommission; siehe Stauffer, 1. c., S. 27a, unten. Ferner H edinger, in der Expertenkommission, Protokoll S. 18.

⁴⁸⁾ ZGB Art. 167, 177, Abs. 2 u. 3, 181, Abs. 2, 204.

⁴⁹⁾ Die spezielle Geschäftsfähigkeit mit Bezug auf die Bürgschaftsübernahme wird der Ehefrau nicht nur im römischen Senatusconsultum Velleianum gänzlich aberkannt, sondern auch nach den ihm folgenden Rechten, z. B. dem rumänischen ist die Bürgschaftsübernahme durch die Ehefrau ungültig. Nußbaum, Arth., Deutsches intern. Privatrecht, Tübingen 1932, S. 119, N. 3.

⁵⁰⁾ Vgl. hiezu Egger, 2. Aufl., zu ZGB Art. 12, N. 7 u. 8.

der Handlungsfähigkeit, welche sich aus dem Zwecke des Schutzes der ehelichen Gemeinschaft ergeben, und andern Vorschlägen wie z. B. denjenigen der Einführung eines Verbotes von Bürgschaften durch sogenannte „Jugendliche“ (?) oder andere Kategorien von Rechtssubjekten. Daß der Ehemann bezüglich der Eingehung von Bürgschaften schlechter gestellt sei als „Ledige“, wie noch eingewendet wurde, verschlägt nichts; ist die Ehefrau nicht etwa auch in verschiedener Beziehung durch die Ehe in ihrer speziellen Geschäftsfähigkeit beschränkt?

Wir gelangen somit zum Schlusse, der Nationalrat und der Ständerat hätten gut daran getan, grundsätzlich⁵¹⁾ das Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten zu Bürgschaften Verheirateter in das Gesetzesprojekt aufzunehmen. Allerdings sollte die Bestimmung systematisch richtigerweise dem Familienrecht, nicht dem Obligationenrecht, einverleibt werden.

4. Der Gesetzgeber hat, wie erwähnt, auch auf anderem Wege als durch Beschränkung der speziellen Geschäftsfähigkeit zur Bürgschaftsübernahme versucht, die Eingehung von Bürgschaften zu erschweren, resp. mit Garantien zu umgeben, nämlich durch die Aufstellung weiterer Formerfordernisse. Es wurde bereits oben (vor Note 3) bemerkt, daß schon das schweizerische Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 zum Zwecke der Verhinderung leichtsinniger Eingehung von Bürgschaften zu ihrer Gültigkeit das Erfordernis der schriftlichen Form⁵²⁾

⁵¹⁾ Von einer Erörterung der Frage bestimmter Ausnahmen vom Erfordernis muß im Rahmen dieses Artikels abgesehen werden.

⁵²⁾ In seinem neuesten Entscheide vom 13. Dezember 1939, A. S. 65, II, S. 236 f., verlangt das Bundesgericht, daß die Bürgschaftserklärung vom Bürgen persönlich unterzeichnet sei. Ob mit diesem Urteil die Frage definitiv entschieden sei, erscheint insofern fraglich, als der behandelte Tatbestand eine grundsätzliche, dahingehende Entscheidung nicht durchaus erforderte (es handelte sich im zitierten Urteil um die Unterzeichnung der Bürgschaftserklärung durch die Ehefrau des Bürgen, mit seinem

der Bürgschaftsverpflichtung aufstellte. Im revidierten Obligationenrecht vom 30. März 1911 wurde, wie ebenfalls erwähnt, beigefügt, die Bürgschaft bedürfe zur Gültigkeit der Verpflichtung des Bürgen auch noch „der Angabe eines bestimmten Betrages seiner Haftung“ (Art. 493)⁵³⁾. Dieses, im Jahre 1911 eingeführte, weitere Erfordernis bedarf zunächst hier einer Erörterung.

Das Erfordernis der Angabe des Betrages der Haftung des Bürgen (nicht der vom Hauptschuldner geschuldeten Summe, siehe Note 53) wurde vorerst dahin ver-

Namen, ohne Angabe des Stellvertretungsverhältnisses); denn daß der Stellvertreter nicht mit dem Namen des Bürgen unterzeichnen soll, sondern mit dem eigenen, unter Angabe des Stellvertretungsverhältnisses, kann auch ohne die im zitierten Entscheide enthaltene Erwägung 1 sehr wohl begründet werden. Es ginge wohl zu weit, wenn, wie es daselbst postuliert wird, jede Stellvertretung bei der Unterzeichnung des Bürgscheins ausgeschlossen wäre; man denke z. B. an die Leistung von Bürgschaft durch Erbgemeinschaften, welche ja keine eigenen Organe besitzen. Will man da wirklich verlangen, daß alle Erben persönlich unterzeichnen? Und an andere Fälle (Bürgschaftsleistung durch alle Genossenschafter einer Genossenschaft, welche schon einen bezüglichen Beschuß gefaßt haben, etc.). Die Geschäftspraxis kommt auch beim Bürgschaftsgeschäft schlechtedings nicht ohne Stellvertretung aus. Etwas anderes als der grundsätzliche Ausschluß der Stellvertretung bei Unterzeichnung des Bürgscheins ist es, daß es im Falle der Unterzeichnung einer Bürgschaft mit dem Erfordernis der Stellvertretung streng genommen werden soll.

Für die grundsätzliche Zulässigkeit der Stellvertretung auch beim Bürgschaftsvertrag: Becker, Komm. zu OR Art. 492, N. 2, unter Hinweis auf ein Urteil des deutschen Reichsgerichts in Zivils. = Bd. 71, S. 219 ff.; v. Tuhr, Obligationenrecht, S. 289, besonders nach N. 10; Oser, Komm. zu OR Art. 493 (1. Aufl.), N. 2b; Lardelli, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, Chur, 1927, S. 23 und dortige Zitate. — Wie das Bundesgericht dagegen: Rossel, Le Code des Obligations, S. 572, Fick, Komm. zu OR Art. 493 N. 18.

⁵³⁾ Anzugeben ist der Betrag der Haftung des Bürgen, nicht die Schuldsumme, welcher der Hauptschuldner schuldet; beide Beträge können natürlich verschieden sein, indem z. B. der Bürge für einen kleineren Betrag als die Schuldsumme sich verbürgt.

standen, es sei nicht die Angabe in der Bürgschaftsurkunde selber verlangt, d. h. der Haftungsbetrag brauche nicht notwendigerweise gerade im Bürgschein ziffernmäßig angegeben zu sein. Der Zweck der Vorschrift der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung bestehe vielmehr nur darin, dem Bürgen vor Eingehung seiner Verpflichtung „deren Tragweite zu zeigen“ (so Oser, der Urheber der Vorschrift, Komm. zu Art. 493, N. II, 1), damit der Bürge „zur Zeit der Unterzeichnung des Bürgscheins die Haftungssumme im Bewußtsein“ habe (Becker, zu Art. 493, N. 8). Diese Auslegung führte besonders in der Rechtsprechung zum Schluß, daß es genügend sei, „wenn der Bürge im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus den im Bürgschein enthaltenen Angaben durch logische Überlegung oder durch einfache rechnerische Operation den Höchstbetrag seiner Haftung ohne weiteres mit Sicherheit bestimmen kann“; ebenso genüge eine „Verweisung auf die Hauptschuldurkunde, sofern in dieser selber entweder ein bestimmter Betrag genannt oder im oben umschriebenen Sinne feststellbar ist und sich aus diesen sämtlichen Angaben der Höchstbetrag der Haftung in eindeutiger Weise ergibt“ (E. B. G. 61, II, S. 101). So lautete die ständige Praxis des Bundesgerichts bis zum Jahre 1938 (siehe das zitierte Urteil in E. B. G. 61, II, 101; ferner: 57, II, 526; 50, II, 291 f.; 49, II, 378; 47, II, 306; 43, II, 514 f.; 42, II, 152 f. u. a.). Danach genügte es, wenn bei der Eingehung der Bürgschaft, resp. Unterzeichnung des Bürgscheines, der Betrag der Haftung für den Bürgen (subjektiv und nicht bloß objektiv) leicht erkennbar und bestimmbar war. Es bedurfte also gemäß dieser jahrzehntelangen Praxis und herrschenden Doktrin nur der einfachen Schriftform. An dieser Praxis war jedoch schon früher Kritik geübt worden⁵⁴⁾). Wohl unter dem

⁵⁴⁾ Zuerst speziell von Schultheß, in Zeitschr. f. Schweiz. Recht N. F., Bd. 44, S. 91; Tobler, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizer. Obligationenrecht, Bern 1926, S. 48 f. u. a.; später von Stauffer, l. c., S. 45a.

Einfluß der Revisionsbestrebungen und der bevorstehenden Revision des Bürgschaftsrechtes, zu deren schärfsten Verfechtern ein angesehenes Mitglied des Bundesgerichts gehört, hat dieses zunächst durch Urteil vom 12. Juli 1938 seine Praxis verschärft (A. S. 64, II, S. 346 ff., speziell S. 351 ff.). Nach diesem grundlegenden Urteile, womit das Bundesgericht die bisherige Praxis verschärft, verlangte es statt der einfachen Schriftlichkeit die Erfüllung einer qualifizierten Schriftform, und zwar qualifiziert in dem Sinne, daß grundsätzlich der Betrag der Haftung des Bürgen im Bürgschein selbst anzugeben ist. „Wird der Betrag nicht als solcher genannt, so müssen wenigstens die Elemente, aus denen er sich zusammensetzt, ziffernmäßig aufgeführt sein, in der Weise, daß er daraus durch eine einfache rechnerische Operation und ohne Zuhilfenahme sonstigen Wissens festgestellt werden kann“ (l. c., S. 353). Der Erfüllung dieser Erfordernisse gleichzustellen erklärte das Bundesgericht den Fall der Verweisung auf die vom Schuldner ausgestellte Schuldanerkennung, sofern die Bürgschaftserklärung sich der Schuldanerkennung auf der gleichen Urkunde unmittelbar anschließe und der Betrag dort in der angeführten Weise festgelegt sei.

Vorbehalten und unentschieden blieb im erwähnten bundesgerichtlichen Urteil vom 12. Juli 1938 allerdings die Prüfung der Frage der Möglichkeit des Hinweises auf eine vom Bürgschein getrennte Hauptschuldurkunde. In einem späteren Urteil vom 1. Februar 1939 (A. S. 65, II, S. 30 ff., speziell S. 33 ff.) entschied das Bundesgericht diese letzte Frage in bejahendem Sinne, indem es erklärte, unter besonderen Umständen werde durch den Hinweis auf eine vom Bürgschein getrennte Hauptschuldurkunde, welche den Betrag der Haftung enthalte, den Erfordernissen des Schutzes des Bürgen und der Rechtssicherheit auch Genüge geleistet. Dabei stellte das Bundesgericht darauf ab, daß, obschon die beiden Verpflichtungen des Hauptschuldners einerseits und des

Bürgen anderseits in zwei getrennten Urkunden niedergelegt waren, ein enger Zusammenhang (Konnexität) zwischen ihnen bestehen müsse, so daß sich der Bürgschein und die den Betrag der Haftung enthaltende Hauptschuldurkunde gegenseitig ergänzten. Im konkreten Falle, in welchem der Bürge die von einer Aktiengesellschaft auf Grund eines für die Dauer von zehn Jahren abgeschlossenen Mietvertrages geschuldeten Mietzinsen bis zum Zeitpunkt seiner allfälligen Demission als Verwaltungsrat dieser Gesellschaft ohne Angabe des Betrages der Haftung im Bürgschein selber „garantiert“ hatte, erblickte das Bundesgericht den Zusammenhang zwischen Bürgschein und der den Betrag enthaltenden Hauptschuldurkunde zunächst im Hinweis auf den Mietvertrag im Bürgschein, vor allem aber noch darin, daß der Bürge sowohl den Mietvertrag in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Hauptschuldnerin, als auch die Bürgschaftsurkunde als Bürge, d. h. den Bürgschein und die Hauptschuldurkunde, unterzeichnet hatte⁵⁵⁾.

Durch dieses vernünftige, (die gegenteiligen Entscheide der Vorinstanzen aufhebende) Urteil vom 1. Februar 1939 wurde das Bundesgericht noch in einer andern Beziehung den Erfordernissen des praktischen Lebens gerecht. Ein „bestimmter“ Betrag, bis zu welchem der Bürge haftet, war nämlich in concreto weder in der Bürgschaftsurkunde, noch im Mietvertrag angegeben, doch enthielt dieser die Angabe des jährlichen Mietzinsbetrages und war für die Dauer von zehn Jahren abgeschlossen, so daß der Bürge durch eine einfache rechnerische Operation den Höchstbetrag seiner Haftung berechnen konnte (Multiplikation, unter Abzug bereits bezahlter Mietzinsen, gemäß Kenntnis des Bürgen). Es waren also die den Höchstbetrag der Haftung des Bürgen bestimmenden Elemente in Ziffern angegeben. Da der Bürge die obere Grenze seiner Haftung,

⁵⁵⁾ Beigefügt sei, daß die Unterzeichnung der Hauptschuldurkunde mehr als ein Jahr vor derjenigen des Bürgscheins erfolgt war.

d. h. ihren Betrag somit sicher erkennen mußte, wurde die Bürgschaft für gültig angesehen. Damit hatte das Bundesgericht nur einem alten Erfordernis der Vertragslehre zur Anwendung verholfen, nämlich demjenigen, daß Bestimmbarkeit der Verpflichtung grundsätzlich der Bestimmtheit gleichgesetzt werden soll⁵⁶⁾. Das schloß denn auch das Urteil vom 12. Juli 1938, worin gegen die als zu large bezeichnete frühere Praxis Stellung genommen wurde, nicht aus. Nur ist es mit dem Erfordernis der Bestimmbarkeit der Verpflichtung bei der Übernahme einer Bürgschaft naturgemäß streng zu nehmen.

Der Vorentwurf der eidgenössischen Justizabteilung vom Monat Juni 1937, auf den übrigens im vorletzt erörterten bundesgerichtlichen Urteil vom 12. Juli 1938 Bezug genommen ist, enthält neben dem Erfordernis der Schriftlichkeit ausdrücklich dasjenige der Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen „in der Bürgschaftsurkunde selbst“ (Vorentw. I, Art. 494, Abs. 1). Bei dieser Fassung blieb es nach der Beratung des Vorentwurfs durch die Expertenkommission auch im bundesrätlichen Entwurf vom 20. Dezember 1939 (Entw., Art. 494, Abs. 1) und in den Beratungen der Bundesversammlung, d. h. die Räte ersetzten lediglich die vorangehenden Worte: „Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Betrages“ der Haftung der Bürgen durch die folgende Ausdrucksweise: „Angabe des zahlenmäßig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung“ in der Bürgschaftsurkunde selbst. Nach dem Gesetzesprojekt wird also die Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Haftungsbetrages in der Bürgschaftsurkunde selbst striktes Formerefordernis, und es genügt in keinem Falle mehr, daß sich der Bürge des Betrages seiner Haftung bloß „bewußt“ sei, ohne daß dabei die qualifizierte Schriftform erfüllt

⁵⁶⁾ Dies steht zwar nicht strikte im Einklang mit dem Wortlaut von OR Art. 493, wo von einem „bestimmten“ Betrag der Haftung des Bürgen die Rede ist, wohl aber mit dem Zweck und Sinn dieses Artikels. Siehe hiezu Becker, ad. Art. 493, N. 9.

wäre. Die Revision geht somit schon in diesem Punkte über die beschriebene, bündesgerichtliche Judikatur hinaus. Damit stellt man allerdings die Form über das Materielle; denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine Bürgschaft als nicht rechtsbeständig erklärt werden soll, wenn im Bürgschein auf die dem Bürgen bekannte Hauptschuldurkunde verwiesen wird, in dieser der Betrag (der Haftung) ziffernmäßig enthalten ist und die beiden Urkunden derart im Zusammenhang stehen, daß sich der Bürge der Tragweite seiner Verpflichtung bei Übernahme der Bürgschaft völlig bewußt sein mußte.

Der Nationalrat hat jedoch die qualifizierte Schriftform noch weiter kompliziert, indem zu Art. 494 des Entwurfes der Zusatz beigefügt wurde, bei Bürgschaften natürlicher Personen bis und mit zweitausend Franken habe der Bürge überdies den Höchstbetrag seiner Haftung (den zahlenmäßig bestimmten Haftungsbetrag) und gegebenenfalls seine Eigenschaft als Solidarbürge eigenhändig in der Urkunde selbst anzugeben⁵⁷⁾, welcher Antrag angenommen wurde⁵⁸⁾. Der Ständerat schloß sich diesem Erfordernis inhaltlich ebenfalls an⁵⁹⁾, mit dem Unterschied, daß er diese Eigenschriftlichkeit für Bürgschaften natürlicher Personen, „welche zweitausend Franken nicht übersteigen“, als Ausnahme von der sonstigen Regel der öffentlichen Beurkundung von Bürgschaften natürlicher Personen über zweitausend Franken (siehe darüber hier unten) behandelte. Materiell wurde aber dadurch nichts geändert, sondern es handelt sich um bloße Umstellungen, denen sich der Nationalrat bei der Differenzbereinigung zur Hauptsache anschloß⁶⁰⁾. Durch

⁵⁷⁾ Amtl. stenogr. Bullet., Nat.Rat, Februar 1940, S. 72.

⁵⁸⁾ Mit 130 gegen 2 Stimmen. L. c. S. 95.

⁵⁹⁾ Amtl. stenogr. Bullet., Ständerat, Herbst 1940, S. 404 bis 406.

⁶⁰⁾ Amtl. stenogr. Bullet., Nat.Rat, Winter 1940, S. 690. Vgl. S. 689 f.: Rückweisung an die Kommission. Die definitive Redaktion steht zurzeit noch nicht fest, doch sind die Räte inhaltlich einig.

die soeben erwähnte Vorschrift wird die qualifizierte Schriftlichkeit in diesen Fällen der Bürgschaft natürlicher Personen bis und mit zweitausend Franken zur Eigenschriftlichkeit gesteigert (Eigenschriftlichkeit mit Bezug auf den zahlenmäßig bestimmten Haftungsbetrag und gegebenenfalls die Solidarität der Haftung). Wir besitzen nur bezüglich der Bürgschaften mit einer Haftungssumme bis und mit zweitausend Franken somit nach den Beratungen der Bundesversammlung bereits zweierlei verschiedene Formvorschriften, je nachdem es sich um Bürgschaften „natürlicher“ Personen oder nicht handelt, wobei bezüglich der Solidarbürgschaft natürlicher Personen als drittes noch die eigenschriftliche Bestätigung auch der Solidarhaft hinzukommt. Fürwahr ein unerfreuliches Ergebnis der Revision! Damit ist es aber noch nicht getan, denn Bürgschaften natürlicher Personen über zweitausend Franken werden wiederum andern, noch strenger Formvorschriften unterworfen.

Die Erfordernisse der Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung und der Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen in der Bürgschaftsurkunde selbst, also einer qualifizierten Schriftlichkeit aller Bürgschaften, ferner bei Bürgschaften natürlicher Personen mit einem die Summe von zweitausend Franken nicht übersteigenden Haftungsbetrag die weiteren Erfordernisse der eigenschriftlichen Angabe des zahlenmäßig bestimmten Haftungsbetrages und gegebenenfalls der Eigenschaft als Solidarbürge genügen nämlich nach der Revision nicht immer. Bürgschaften natürlicher Personen mit einem zweitausend Franken übersteigenden Betrage der Haftung des Bürgen bedürfen außer der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Betrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde der öffentlichen Beurkundung (Art. 494, Abs. 2). (Der Vorentwurf I vom Juni 1937 sah dieses Erfordernis statt dessen bezüglich der Bürgschaften von „nicht im Handelsregister eingetragenen“ Bürgen vor,

sobald die beurkundungsfreie Minimalgrenze (von dort 1000 Fr.) überschritten war; Art. 494, Abs. 2.). Mit diesem hinsichtlich der Bürgschaften natürlicher Personen mit einer Haftungssumme über 2000 Fr. aufgestellten weiteren und völlig neuen Erfordernis der öffentlichen Beurkundung geht das schweizerische Recht nicht nur über die früheren kantonalen Rechte und das bisherige Bundesrecht weit hinaus, sondern auch über die ausländischen Rechte⁶¹⁾, welche teilweise noch nicht einmal das Erfordernis der Schriftlichkeit kennen.

Die anlässlich der Revision zutage getretenen Schwierigkeiten der Begrenzung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung nur auf einen Teil der Bürgschaften zeigen bereits den problematischen Wert dieser Errungenschaft der öffentlichen Beurkundung, welche in der bundesrätlichen Botschaft vom 20. Dezember 1939⁶²⁾ und vielfach auch in den Beratungen der Bundesversammlung als der wichtigste Teil der Revision bezeichnet wurde. Die Bestimmung einer beurkundungsfreien Grenze, welche die einen auf maximal 10 000 Fr. festsetzen wollten, andere auf 4000 Fr., dritte auf 500 Fr., während der Vorentwurf I 1000 Fr.⁶³⁾, die Expertenkommission und der bundesrätliche Entwurf 2000 Fr. wählten, bei welchem Grenzbetrage es in den Beratungen der Bundesversammlung geblieben ist, zeigt schon wie willkürlich solche Grenzziehungen sind⁶⁴⁾. Dem einen bedeuten 2000 Fr. viel, dem andern wenig. Die notwendig gewordene weitere Beschränkung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkun-

⁶¹⁾ Siehe bezüglich der ausländischen Rechte: Ber. und Vorentw. der eidg. Justizabteilung vom Juni 1937, S. 12.

⁶²⁾ S. 41.

⁶³⁾ Siehe den Ber. und Vorentw. der eidg. Justizabteilung vom Juni 1937, S. 19.

⁶⁴⁾ Wenn demgegenüber geltend gemacht wurde, zahlmäßige Grenzen seien auch andernorts im Gesetz vorgesehen, z. B. im Rechte der Handelsgesellschaften, so erscheint mir ein solcher Einwand abwegig. Bei der Bürgschaft handelt es sich um ein laufendes Kreditgeschäft.

dung von Bürgschaften mit einer Haftungssumme über nunmehr 2000 Fr. auf natürliche Personen hat überdies zur Folge, daß z. B. der Einzelkaufmann, so bedeutend sein Gewerbebetrieb auch sei, Bürgschaften über 2000 Fr. öffentlich beurkunden lassen muß und damit schlechter gestellt ist als die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, welche sich mit ihren gleichen Geschäften nie der öffentlichen Beurkundung unterziehen müssen. Derartige Unterschiede lassen sich aber sachlich nicht rechtfertigen. Wenn sie trotzdem gemacht wurden (man hat dabei nach bessern Unterscheidungen gesucht), so geschah dies in der richtigen Erkenntnis, die Anwendung der öffentlichen Beurkundung auf den Bürgschaftsvertrag bedürfe zum mindesten der Einschränkung. Die Bürgschaft ist längst zu einem typischen Massengeschäft des Kreditverkehrs geworden; dieser erträgt aber nur schlecht hemmende und mit Kosten verbundene, umständliche Formerfordernisse, wie die öffentliche Beurkundung es ist. Daß die öffentliche Beurkundung zum mindesten in Kantonen, in welchen zur Erreichung einer Urkundsperson oft beträchtliche Distanzen zurückgelegt werden müssen, weil es z. B. in jedem Kreis nur einen Amtsnotar hat (Graubünden) oder diese nur in größeren Gemeinden wohnen (Bern), usw., zu wesentlichen Kosten und Unzukömmlichkeiten führt, steht fest⁶⁵⁾. Den Einwand der Kosten hat man dadurch abzuschwächen versucht, daß schon laut dem bundesrätlichen Entwurf (Art. 494, letzter Absatz) der Bundesrat ermächtigt sein soll, die Höhe der Gebühren für die öffentliche Beurkundung zu beschränken; diesem Vorschlag haben sich die Räte angeschlossen. Ob damit den verkehrshemmenden Unzukömmlichkeiten abgeholfen sei, bleibt fraglich.

⁶⁵⁾ Vielfach, z. B. von Banken, wird bei Abschluß verbürgter Kreditgeschäfte eine Mehrheit von Bürgen gefordert oder auch von den bürgenden Personen selbst im Interesse der Verteilung des Risikos zur Bedingung gemacht.

In den Vorarbeiten zur Revision des Bürgschaftsrechts wurde noch darauf hingewiesen, die öffentliche Beurkundung sei dem schweizerischen Zivilrecht auch bezüglich anderer Rechtsgeschäfte geläufig. Dabei hat man es aber wohl zu sehr übersehen, daß wir es bei Kauf, Tausch, dinglicher Belastung u. dgl. von Grundstücken meistens nur mit zwei Vertragspartnern, dem Verkäufer und dem Käufer oder dem Gläubiger und dem schuldnerischen Eigentümer zu tun haben. Auch Ehevertrag, Adoption und Verpfändungsvertrag, welche als weitere, unserm Zivilrecht geläufige Beispiele der öffentlichen Beurkundung angerufen wurden⁶⁶⁾, werden teils zwangsläufig, teils wenigstens in der Regel von wenigen Beteiligten abgeschlossen. Anders bei der Bürgschaft. Bürgscheine mit einer größeren Anzahl von Bürgen sind gar nicht selten; man denke z. B. an die Verbürgung von Bankkrediten durch sämtliche Genossenschafter einer Genossenschaft⁶⁷⁾, durch eine Anzahl von Aktionären, Gesellschaftern, Konsortialen usw. Es ist klar, daß die Einführung der öffentlichen Beurkundung die Errichtung der Bürgscheine mit einer großen Zahl von Bürgen in zahlreichen Fällen umständlich gestaltet⁶⁸⁾, auch wenn nicht alle Mitbürgen vor der gleichen Urkundsperson erscheinen müssen. Der Vorentwurf I der eidgenössischen Justizabteilung versuchte, dem dadurch abzuhelfen, daß die Erteilung der speziellen Vollmacht zur Unterzeichnung einer Bürgschafts-

⁶⁶⁾ Ber. und Vorentw. I, S. 18, Ziff. 3; Botsch. des Bundesrates S. 17.

⁶⁷⁾ Die Zahl solcher Fälle wird nach der Abschaffung der gesetzlichen Solidarhaft der Genossenschafter (OR vom 18. Dezember 1936, Art. 869, vgl. altOR Art. 689) gewiß nicht kleiner werden.

⁶⁸⁾ Dies gilt auch insofern, als nach den Beratungen der Bundesversammlung nun bei Bürgschaften natürlicher Personen, welche zweitausend Franken nicht übersteigen, die Eigenschriftlichkeit bezüglich der Angabe des Höchstbetrages der Haftung und der Eigenschaft als Solidarbürge erfordert ist, was bei Bürgschaften mit zahlreichen Mitbürgen ebenfalls umständlich ist.

urkunde in bloßer Schriftform statthaft sein sollte (Art. 494, Abs. 3); allein, in diesem Falle hätte man auf die öffentliche Beurkundung füglich verzichten können, weil es dann besser ist, wenn der Bürge den Bürgschein als wenn er die schriftliche Vollmacht liest, welche sich im Geschäftsverkehr rascher einbürgern könnte. So sah man sich genötigt, schon im bundesrätlichen Entwurf (Art. 494, Abs. 3) die öffentliche Beurkundung auch auf die Erteilung einer besondern⁶⁹⁾ Vollmacht zur Unterzeichnung einer Bürgschaftsurkunde auszudehnen, und hiebei ist es in den Beratungen der Bundesversammlung geblieben. Als der gleichen Form bedürftig erwähnt wird im Vorentwurf und in den seitherigen Entwürfen, sowie in der Gesetzesvorlage der Räte, auch das Bürgschaftsversprechen⁷⁰⁾. Sodann ist natürlich die Aufteilung einer der öffentlichen Beurkundung bedürftigen Bürgschaftsverpflichtung in kleinere Bürgschaften unter Umgehung der Formvorschrift nicht statthaft, was schon im Vorentwurf I und im bundesrätlichen Entwurf ausdrücklich gesagt wird. Die Gesetzesvorlage bestimmt noch, daß eine öffentliche Beurkundung, „die den am Orte ihrer Vornahme geltenden Vorschriften entspricht“, wie es auch im bundesrätlichen Entwurf heißt, genügt.

Die Einführung des Erfordernisses der öffentlichen Beurkundung wird allen jenen Streitigkeiten Tür und Tor öffnen, welche sich auf allfällige Mängel in der Beobachtung der Form oder das Fehlen der Form beziehen. Die Praxis besonders des Grundstücksrechts (und auch etwa des Erbrechts) beweist, daß solche Prozesse ziemlich häufig sind. Bekanntlich verstößt die Berufung auf das Fehlen oder Mängel der Form grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, weil sonst der Zweck der Formvorschrift vereitelt würde; ein Bürge wird sich also auf solche Mängel

⁶⁹⁾ D. h. einer Spezialvollmacht, im Gegensatz zu den generellen Vollmachten, wie z. B. der Prokura.

⁷⁰⁾ Vgl. OR Art. 22, Abs. 2 und dazu Stauffer, l. c., S. 50a.

der Form berufen können, auch wenn er sich der Tragweite der in Frage stehenden Verpflichtung vollkommen bewußt war und einwandfrei den Willen zur Übernahme der Bürgschaft hatte. Es kann sich fragen, ob es sich auch lohnt, die daherigen Unzukömmlichkeiten der Möglichkeit der Berufung auf mangelhaft erfüllte Formvorschriften beim Bürgschaftsgeschäft auf sich zu nehmen und besonders dem treulosen Bürgen, auch wenn er sich über die Tragweite seiner fraglichen Verpflichtung durchaus im klaren war, damit die Möglichkeit zu geben, sich auf die nicht seltenen Mängel der öffentlichen Beurkundung zu berufen.

Übrigens dient das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, dort wo es sonst schon eingeführt ist, ja nicht nur dem Zwecke, die Überlegung beim Abschluß von Verträgen zu fördern und übereilte Entschlüsse zu hemmen. Im Grundstückverkehr z. B. steht die öffentliche Beurkundung noch „vor allem . . . in engem Zusammenhang mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches und dessen Gefahren“ (Wieland, zu ZGB Art. 657, N. 1, auf S. 64 und die dortigen Ausführungen). Auch beim Ehevertrag, bei Erbverträgen, Anerkennung eines außerelichen Kindes, Adoption und andern Rechtsgeschäften, welche der Form der öffentlichen Beurkundung bedürfen, lassen sich zur Rechtfertigung dieses Erfordernisses wichtige Gesichtspunkte finden, denen mit Bezug auf das Bürgschaftsgeschäft kaum gleichwertige Gründe zur Seite stehen; hierüber ließe sich vieles sagen, das Gegenstand einer gesonderten Erörterung bilden könnte. Man hat wohl im Bestreben nach wirksamer Bekämpfung der Bürgschaften über solche Unterschiede hinweggesehen. Ob es aber einem wirklichen Bedürfnis entsprach und angezeigt war, außer den schon aufgestellten, teilweise bereits in der Praxis streng gehandhabten und teilweise neuen Formerfordernissen für einen Teil der Bürgschaftsgeschäfte noch die öffentliche Beurkundung zu verlangen, kann bezweifelt werden.

Schon im Bericht und Vorentwurf der eidgenössischen Justizabteilung vom Monat Juni 1937 war sodann zu gegeben⁷¹⁾, daß eine Umgehung der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung der ihr unterliegenden Bürgschaftsgeschäfte durch andere Rechtsgeschäfte, insbesondere Schuldmitübernahme, Garantievertrag und Wechselverpflichtung kaum verhindert werden könne. Der bundesrätliche Entwurf vom 20. Dezember 1939 sah daher auch die Unterstellung des sogenannten Garantievertrages⁷²⁾ und besonders auch der Schuldmitübernahme unter die zur Eingehung der Bürgschaft vorgeschriebene Form vor (Art. 494, Abs. 3), doch ist man seither entsprechend dem Vorentwurf I vom Juni 1937 davon wieder abgekommen. In der Tat ließe sich die Unterstellung der Schuldmitübernahme unter die Form der öffentlichen Beurkundung (sobald die Voraussetzungen dazu gegeben sind, d. h. Erreichung des Minimalbetrages und Schuldmitübernahme einer natürlichen Person) in zahlreichen Fällen ganz und gar nicht rechtfertigen⁷³⁾, während ge-

⁷¹⁾ S. 20.

⁷²⁾ Vgl. zum Garantievertrag: Becker, zu OR Art. 492, N. 19 und 11, sowie E. B. G. Bd. 65, II, S. 33.

⁷³⁾ Die Fälle der Mitschuldnerrschaft, welche alsdann der öffentlichen Beurkundung unterliegen würden, sind zahlreich und es finden sich darunter sehr viele, in denen sich die öffentliche Beurkundung in keiner Weise rechtfertigen ließe. Beispiele: Mitunterzeichnung eines vom Ehemann geschlossenen Mietvertrages durch die Ehefrau, durch welchen diese dem Gläubiger alle Mietzinsen zu zahlen verspricht, welche während der Dauer der Miete entstehen werden. Vgl. noch Egger, zu ZGB Art. 177, N. 27, wo weitere Fälle des Schuldbeitrittes der Ehefrau aufgeführt sind. Es bedürfte dann oft neben der vormundschaftlichen Genehmigung noch der öffentlichen Beurkundung, wenn diese auf den Fall der Schuldmitübernahme ausgedehnt würde. Ebenso zahlreich sind die Fälle der Mitschuldnerrschaft bei sonstigem gemeinsamem Handeln mehrerer anderer Personen als von Ehegatten. Vgl. noch Oser-Schönenberger, zu OR Art. 143, N. 4.

In der Expertenkommission war seitens eines starken Beürworters weitgehender Revisionsbestrebungen noch die Rede

wisse Garantieverträge ja schon nach geltendem Recht den für die Bürgschaft aufgestellten Formerfordernissen unterliegen⁷⁴⁾). Bei der Mitschuldnerschaft fehlt das aleatorische Moment der Bürgschaft, welches gerade ihre Gefährlichkeit ausmacht. Anderseits bietet die delikate Abgrenzung der Bürgschaft von der Schuldmitübernahme oft erhebliche Schwierigkeiten⁷⁵⁾.

5. Wir übergehen hier weitere, anlässlich der Revision postulierte Erschwerungen der Eingehung der Bürgschaft, welche mit Recht nicht einmal in die Entwürfe aufgenommen wurden und teils weitere Form erfordernisse gebracht hätten, wie z. B. die Einführung des Bürgschaftsregisters⁷⁶⁾), teils sonstige Voraussetzungen der Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages gebildet hätten, wie die Statuierung von bestimmten Erkundigungs- und

davon, die öffentliche Beurkundung sogar auf die einfache Schuldübernahme im Falle des Art. 178, Abs. 2 OR, auszudehnen.

Im Vorentwurf II vom 11. März 1939 (zuhanden der Expertenkommission) figurierten das Versprechen Bürgschaft zu leisten und die Schuldmitübernahme unter den Rechtsgeschäften, welche der gleichen Form wie die Bürgschaft bedürften, nicht aber der Garantievertrag.

⁷⁴⁾ OR Art. 494, Abs. 3 und dazu Oser (1. Aufl.), N. 4.

⁷⁵⁾ Über diese Schwierigkeiten siehe v. Tuhr, Obligationenrecht, II, S. 688. Mit Recht hebt dieser Autor hervor, daß den Parteien oft der Sinn für den juristischen Unterschied fehlt. Ebenso: Martin, Alf., Le Code des Obligations, 2 Bde, Genf 1919 u. 1922, Bd. II., Des contrats de droit civil, p.335, und dortiges Zitat (Windscheid).

⁷⁶⁾ Siehe gegen das Bürgschaftsregister besonders die einleuchtenden Ausführungen von Henry, l. c., S. 161a, ff.; ferner Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937, S. 13 ff., 48 ff. und die bundesarätliche Botschaft, S. 10 ff. Die im Vorentw. I und im bundesarätlichen Entwurf — mit dem Antrage auf Ablehnung — skizzierten Gesetzesartikel geben einen Vorgeschmack dessen, was ein solches Register dem Kreditverkehr bieten würde.

Für das Register, jedoch wohlweislich mit ziemlichen Einschränkungen: Stauffer, l. c., S. 52a, ff., vgl. besonders auch S. 68a. — Vgl. Amtl. stenogr. Bullet., Nat.Rat, Februar 1940, S. 73 ff.

Auskunftspflichten⁷⁷⁾ des Gläubigers betreffend insbesondere die Vermögensverhältnisse desjenigen, der sich als Bürge verpflichten soll, die Festsetzung von maximalen Grenzen der Bürgschaftsübernahme⁷⁸⁾ usw.

6. Hinsichtlich des Inhaltes der Bürgschaft ist an dieser Stelle zunächst eine Neuerung von Bedeutung anzuführen, welche die Gestalt der Bürgschaftsverpflichtung betrifft. Es wurde schon hervorgehoben, daß außer dem Erfordernis der Schriftlichkeit, resp. teilweisen Eigenschriftlichkeit, bei Bürgschaften natürlicher Personen über 2000 Fr. demjenigen der öffentlichen Beurkundung, zur Gültigkeit der Bürgschaft die Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen in der Bürgschaftsurkunde nach der Revision erforderlich ist (Art. 494, Abs. 1 der Entwürfe). Damit ist gleichzeitig die Meinung verbunden, daß der zahlenmäßig bestimmte Betrag auch die „Maximalsumme der Haftung“ bedeutet⁷⁹⁾, wie dies in der neuen Fassung der eidgenössischen Räte deutlicher zum Ausdruck kommt („Angabe des zahlenmäßig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung“, d. h. derjenigen des Bürgen). Über die Maximalsumme hinaus kann der Bürge nach der Revision, im Gegensatz zum bisherigen Recht (OR Art. 499) weder von Gesetzeswegen, noch auf Grund besonderer Abrede, auch nicht für Zinsen, Kosten der Ausklagung, Verzugsfolgen etc. haftbar gemacht werden. Dies ergibt sich eindeutig aus dem von den Räten beibehaltenen Art. 499, Abs. 1, der Entwürfe, worin hinsichtlich des „gemeinsamen Inhalts“ aller Bürgschaftsarten statuiert wird, der

⁷⁷⁾ Ber. u. Vorentw. der eidg. Justizabteilung vom Juni 1937, S. 21 ff.; bündesrätl. Botsch. vom 20. Dezember 1939, S. 26 ff. Gegen solche Pflichten, besonders auch wegen der Schwierigkeiten der praktischen Durchführung und ihres zweifelhaften Wertes: Henry, l. c., S. 167a, ff., lit. B. u. C.

⁷⁸⁾ Siehe hierüber: Ber. u. Vorentw. I, S. 23 f., bündesrätl. Botschaft, S. 28 f., lit. b.

⁷⁹⁾ Bundesrätl. Botschaft vom 20. Dezember 1939, S. 42, Abs. 2; Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937, S. 48 oben.

Bürge hafte „in allen Fällen nur bis zu der in der Bürgschaftsurkunde angegebenen Summe“. Die Bestimmung des jeweiligen, im voraus genau bestimmten Höchstbetrages der Haftung bleibt natürlich den Parteien überlassen, d. h. es handelt sich nicht um die Festsetzung einer gesetzlichen Höchstgrenze, über welche hinaus Bürgschaften überhaupt nicht eingegangen werden könnten, was anlässlich der Revision ebenfalls vorgeschlagen worden war. In der von den Parteien fixierten Höchstsumme sind dann außer dem Kapitalbetrag der verbürgten Hauptschuld vertragliche Zinsen, gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen, Betreibungskosten, soweit der Bürge dafür aufzukommen hat, allgemein die gesetzlichen Folgen eines „Verschuldens oder Verzuges“ des Hauptschuldners, gegebenenfalls Kosten der Ausklagung (siehe im Einzelnen Art. 499), eingeschlossen. Es findet also eine Einrechnung der Nebenforderungen statt, und der Bürge haftet in keinem Falle über den in der Bürgschaftsurkunde zahlenmäßig bestimmten Betrag der Haftung hinaus, d. h. über die Bürgschaftssumme, welche von den zu verbürgenden Forderungen streng unterschieden werden muß⁸⁰⁾), indem sich alle Ansprüche des Gläubigers dem Bürgen gegenüber in der Bürgschaftssumme erschöpfen. Der Gläubiger hat also darauf Bedacht zu nehmen, daß er sich eine gewisse Marge über die Kapitalschuld hinaus freihält, d. h. in der Bürgschaftsurkunde ein Zuschlag gemacht wird, damit er für Zinsen und Nebenkosten, soweit der Bürge für solche laut Gesetz oder Vertrag haftet, gedeckt sei.

Wir möchten die neue Bürgschaft des revidierten schweizerischen Rechts als Maximalbürgschaft bezeichnen, entsprechend der im Grundpfandrecht bekannten Maximalhypothek des Art. 794, Abs. 2, ZGB⁸¹⁾, mit wel-

⁸⁰⁾ Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937, S. 53, zu Art. 499 und dortiges Zitat (Oftinger).

⁸¹⁾ Siehe betr. die Maximalhypothek: Wieland, zum ZGB Art. 794, N. 4; Leemann, ebendort, N. 10 ff.

cher die neugestaltete Bürgschaft des schweizerischen Rechts gewisse Analogien als Sicherungsgeschäft aufweist, wenn auch die Analogie keine vollkommene ist⁸²⁾.

Daß die Bürgschaftssumme zahlenmäßig bestimmt als Höchstsumme der Haftung anzugeben ist, beschlägt nicht bloß speziell den Umfang der Haftung, sondern allgemein den Inhalt, d. h. auch die Gestalt der Bürgschaftsverpflichtung⁸³⁾ selber. Diese entsteht nach der Gesetzesvorlage im schweizerischen Recht gültig nicht mehr anders, denn als maximal a priori begrenzte Verpflichtung.

Die Maximalbürgschaft muß als durchaus tragbar bezeichnet werden. Die Bedeutung der Bürgschaftssumme als Höchstgrenze der Haftung schützt den Bürgen vor unliebsamen Überraschungen hinsichtlich der Höhe der Schuld, insbesondere aufgelaufener Zinsen und sonstiger Nebenforderungen, erzieht den Gläubiger zur Vigilanz bei der Geltendmachung seiner Rechte dem Hauptschuldner gegenüber, speziell was den Einzug der Zinsen

⁸²⁾ Insbesondere wird u. a. die Maximalhypothek im Gegensatz zur Maximalbürgschaft stets nur bei Forderungen mit unbestimmtem Betrag zu deren Sicherung errichtet. Bei der Maximalhypothek ist sodann die Haftung des als Sicherheit dienenden Pfandes für Zinsen nicht beschränkt wie bei der Kapitalhypothek nach ZGB Art. 818, sondern die Haftung erstreckt sich auf die aufgelaufenen Zinsen schlechthin, insoweit diese in den im Grundbuch eingetragenen Maximalbetrag einrechenbar sind, also so weit die persönliche Haftung des Schuldners innert dieser Grenze reicht. Bei der Maximalbürgschaft dagegen besteht mangels anderer Abrede eine Haftung des als Sicherheit gestellten Bürgen für vertragsmäßige Zinsen nach der Gesetzesvorlage (Art. 499, Abs. 3, Ziff. 3) grundsätzlich nur bis zum Betrage eines laufenden oder verfallenen Jahreszinses, resp. Annuität, wenn auch die persönliche Haftung des Schuldners weiter reichen kann. Man hat also den Bürgen entlastet; dieser haftet unter Umständen nicht einmal bis zur Höchstsumme des Betrages seiner Verpflichtung, auch wenn der Hauptschuldner mehr Zinsen schuldet als einen laufenden oder verfallenen Jahreszins, resp. eine Annuität.

⁸³⁾ Vgl. im Grundpfandrecht das Marginale von ZGB Art 794: „Gestalt der Forderung“.

anbelangt, und bewahrt den Hauptschuldner selber vor dem gefährlichen, übermäßigen Auflaufenlassen von Zinsen.

Die Einführung der Maximalbürgschaft steht noch im Zusammenhang⁸⁴⁾ mit der vorgesehenen, jährlichen Verminderung der Haftung des Bürgen, worüber unten Einiges zu sagen sein wird (siehe Ziff. 9, Absatz nach Note 110).

7. Ein Hauptmerkmal der Revision des Bürgschaftsrechtes liegt in der in vielen Punkten proponierten Neuregelung besonders der Solidarbürgschaft. Die ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe und die von den Räten bereinigte Gesetzesvorlage behalten zwar alle die Unterscheidung zwischen der einfachen Bürgschaft und der Solidarbürgschaft bei. Diese Unterscheidung ist dem schweizerischen Rechte charakteristisch. In diesem Zusammenhange sind zunächst einige Feststellungen zu machen. Die Bürgschaft ist heute als kumulative und streng akzessorische Verpflichtung und Vermögenshaftung für eine fremde Schuld ausgestaltet und kann im schweizerischen Rechte subsidiärer oder „solidarer“ Art sein. Die Akzessorietät bedeutet Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von Bestand und Inhalt der Hauptschuld und ist sowohl der einfachen als auch der „Solidarbürgschaft“ eigen. Die Subsidiarität besteht nur bei der einfachen Bürgschaft und bezieht sich auf die Wirkungen, insbesondere die Bedingungen der Geltendmachung der Bürgschaft. Diese kann, wenn sie eine bloß einfache Bürgschaft ist, vom Bürgschaftsgläubiger nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß vorerst der Schuldner belangt worden ist (beneficium excussionis personale) und daß vorerst bestehende dingliche Sicherheiten realisiert werden (beneficium excussionis reale); d. h. dem Bürgen stehen bei der einfachen Bürgschaft die sogenannten Einreden der Vorausklage und der Verweisung auf

⁸⁴⁾ Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937, S. 48.

die Pfänder zu (OR Art. 495). Andere Rechte kennen diese Einrede der Vorausklage in Abweichung vom schweizerischen Recht teils überhaupt nicht, so z. B. das englische Recht, teils nur in sehr abgeschwächter Form⁸⁵⁾. Das Charakteristische der Solidarbürgschaft im Unterschied von der einfachen Bürgschaft des schweizerischen Rechts besteht wesentlich darin, daß die Solidarbürgschaft zwar den akzessorischen Charakter beibehalt und also auch von Bestand und Inhalt der Hauptschuld abhängig ist, im Gegensatz zur einfachen Bürgschaft aber die Subsidiarität verliert⁸⁶⁾; d. h. dem Solidarbürgen stehen die Einreden der Vorausklage und der Verweisung auf die Pfänder im Gegensatz zum einfachen Bürgen nicht zu, bei der solidaren Mitbürgschaft regelmäßig auch nicht die Einrede der Teilung (*beneficium divisionis*)⁸⁷⁾. Der Aus-

⁸⁵⁾ Siehe hierüber: Botschaft des Bundesrates vom 20. Dezember 1939, S. 29 f., Belangung selbst des einfachen Bürgen schon nach vergeblicher Mahnung des Hauptschuldners, nach österreichischem Recht (alt BGB § 1355), während der Code civ. fr. bestimmt: „La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion“ (Art. 2023, Abs. 1; die Angabe der Vermögenswerte ist immerhin nicht unbeschränkt erforderlich, vgl. Abs. 2).

⁸⁶⁾ Zu dieser Ausdrucksweise siehe Oser (1. Aufl.), ad Art. 496, N. 3a.

⁸⁷⁾ Ist bei der Mitbürgschaft (Art. 497) die Solidarität nur eine solche unter den Bürgen (Solidarhaft bloß der Bürgen unter sich), nicht aber eine Solidarhaft auch mit dem Hauptschuldner, so steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage und der Verweisung auf die Pfänder zu, nicht aber die Einrede der Teilung. Siehe hiezu: Becker, zu Art. 496, N. 4. Die Einrede der Teilung wird durch die Solidarität mit dem Hauptschuldner und durch diejenige der Bürgen unter sich ausgeschlossen, indem der Bürge durch die Übernahme der Solidarhaft erklärt, für die ganze Forderung einstehen zu wollen (Becker, zu Art. 497, N. 8). Die Solidarität mit dem Hauptschuldner bildet den Regelfall; im Zweifel ist Solidarität mit dem Hauptschuldner, nicht bloß der Bürgen unter sich anzunehmen. Vgl. hiezu: Oser, l. c., N. 2 b; Martin l. c., Bd. II, S. 343, Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne u. Genf 1920, Nr. 885.

druck „Solidarbürgschaft“ ist also vor allem im Sinne des Wegfalles der Subsidiarität zu verstehen, in diesem Sinne ist die Solidarbürgschaft eine besonders ausgebildete, qualifizierte Art der Bürgschaft, nicht aber Solidarschuld im Verstande der allgemeinen obligationenrechtlichen Lehre der Art. 143 ff. von der Solidarschuld⁸⁸⁾.

Ein Kernpunkt der Revision des Bürgschaftsrechtes liegt nun in einer bedeutenden Abschwächung besonders der Wirkungen der nichtsubsidiären Bürgschaft. Die Revision bringt verschiedene, z. T. scharfe Einbrüche in das bisherige Wesen der sogenannten Solidarbürgschaft. In dieser Tatsache liegt, vielleicht mehr als in der Verschärfung der Formerfordernisse, ein hervorstechendes Kennzeichen der Revision.

Zunächst soll nach der Revision das Prinzip der Nichtsubsidiarität der Solidarbürgschaft insoweit aufgehoben sein, als auch der Solidarbürge in bestimmten Fällen und in gewissem Maße den Gläubiger auf bestehende Pfandrechte verweisen kann, d. h. das *beneficium excusationis reale* genießt. Es bezieht sich diese Möglichkeit auf die Fälle des Vorhandenseins von Faustpfand- und Forderungspfandrechten, nicht aber von Grundpfändern. Auch der Solidarbürge soll nach der Revision vor der Verwertung der Faustpfand- und Forderungspfandrechte nur

In diesem präzisierten Sinne des Regelfalles der Solidarität mit dem Hauptschuldner ist der gebräuchliche Ausdruck „Solidarbürgschaft“ im engeren Sinne aufzufassen und wirtschaftlich gewöhnlich verstanden. Der Ausschluß auch der Einrede der Teilung bei der solidaren Mitbürgschaft ist aber nur ein habituale, kein essentiale der sog. „Solidarbürgschaft“. Der Ausdruck „Solidarbürgschaft“ ist auch insofern mangelhaft als eine, wenn auch sehr eingeschränkte Solidarität auch da vorhanden ist, wo sie nur unter den Mitbürgen besteht.

⁸⁸⁾ Siehe hiezu: v. Tuhr, Obligationenrecht, II, S. 685 f.; Becker, zu OR Art. 496, N. 1; Martin, l. c., S. 342. Dagegen kann unter Mitbürgen nach OR Art. 497, Abs. 2, wirkliche Solidarität im Sinne von OR Art. 143 ff. bestehen; so v. Tuhr, l. c. — Vgl. Note 87 hievor.

belangt werden können, soweit diese „nach dem Ermessen des Richters voraussichtlich keine Deckung bieten“, oder wenn der Schuldner in Konkurs geraten ist (Entw. Art. 496, Abs. 2). Ob es gerade sachlich angemessen war, in dieser wirtschaftlichen Frage des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins genügender Deckung die Parteien auf das „Ermessen des Richters“ zu verweisen, kann bezweifelt werden. Es wäre wohl besser gewesen, diesen Entscheid, d. h. die Schätzung darüber, ob die Deckung genügend sei, dem Betreibungsamt zu überlassen, wie dies in der Expertenkommission vorgeschlagen⁸⁹⁾, aber mit schwachem Mehr und bei schwacher Beteiligung abgelehnt wurde. Der Entscheid des Richters wird etwa recht delikat sein, so wenn verpfändete Forderungen, z. B. aus Erbschaften, streitig werden, bei Kursschwankungen von Wertpapieren etc. Auch kann die Bestimmung der Möglichkeit der Verweisung auf Faust- und Forderungspfandrechte und die Einschätzung der Deckung durch den Richter leicht zu den beliebten Trölpereien Beihilfe leisten. Alles in allem bringt die Neuerung eine gewisse Beeinträchtigung der in dieser Materie erwünschten Liquidität der Bürgschaftskredite mit sich. Es war daher zu begrüßen, daß man diese Bestimmung, entgegen gemachten Vorschlägen⁹⁰⁾, nicht zwingend gestaltet hat und eine entgegenstehende Vereinbarung der Parteien danach möglich wäre (Art. 496, Abs. 2).

Das Prinzip der Nichtsubsidiarität der Solidarbürgschaft ist nach der Revision auch hinsichtlich der Einrede der Vorausklage (beneficium excussionis personale) ebenfalls abgeschwächt worden. Zunächst wird verlangt, daß auch vor Inanspruchnahme des Solidarbürgen der Haupt-

⁸⁹⁾ Von Henry, Protokoll, S. 23.

⁹⁰⁾ Henry, l. c. (Zeitschr. f. Schweiz. R.), S. 189a ff., besonders S. 191a, oben, (lit. A). Der Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937 (S. 34) bringt den Vorschlag auch noch im Sinne einer Anregung, während sich schon die bundesrätliche Botschaft vom 20. Dezember 1939 (S. 31) ablehnend verhält.

schuldner mit seiner Leistung im Rückstande und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist (Art. 496, Abs. 1). Diese zwingende Voraussetzung bedeutet keine nennenswerte Belastung des Kreditverkehrs, entspricht geschäftlicher Übung und Anstand und ist daher durchaus zu billigen.

Weitgehend wäre eine weitere, neue Bestimmung, welche „jede Bürgschaftsart“, also die einfache und die solidare Bürgschaft, betrifft. Gemäß dieser Bestimmung kann auch der nichtsubsidiäre Bürge („Solidarbürge“) gegen Leistung von Realsicherheit verlangen, daß der Richter die Betreibung gegen ihn einstellt bis alle Pfänder verwertet sind und gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt oder ein Nachlaßvertrag abgeschlossen worden ist. Auch auf dieses Recht kann der Bürge nicht zum voraus verzichten (bundesrätl. Entw. und Ständerat, Art. 500, Abs. 2, Nat.Rat Art. 492, Abs. 2!). Auch hier finden wir sodann wieder die Verweisung an den Richter, welcher eventuell über die Realsicherheit zu bestimmen hat, durch deren Leistung der Bürge vor dem Zugriff des Gläubigers einstweilen geschützt sein soll. Daß alsdann, d. h. im Falle der Leistung der Sicherheit, vor der Beanspruchung auch des Solidarbürgen ein definitiver Verlustschein erforderlich wird oder der Abschluß eines Nachlaßvertrages, dürfte wohl zu weitgehend sein, wenn man bedenkt, wie häufig bei Pfändungen Drittansprüche sind und wie lange es etwa gehen kann, bis über sie entschieden ist, und wie sehr sich zuweilen Nachlaßverfahren hinziehen. Man hat in diesen Punkten den Gläubiger wohl gar zu schlecht behandelt, er wird in Zukunft zuweilen, trotzdem er solidare Mitbürgen hat, lange auf die Erfüllung seines Forderungsrechtes warten müssen.

Im Falle solidarischer Mitbürgschaft kann nach der Gesetzesvorlage der Räte jeder solidare Mitbürge „die Leistung des über seinen Kopfteil hinausgehenden Betrages verweigern, solange nicht alle solidarisch neben ihm haftenden Mitbürgen, welche die Bürgschaft vor oder mit

ihm unterzeichnet haben und für diese Schuld in der Schweiz belangt werden können, den auf sie entfallenden Teil bereits geleistet oder für ihn Realsicherheit gestellt haben oder Betreibung gegen sie eingeleitet worden ist“ (Art. 497, Abs. 2). Durch diese Bestimmung wird dem solidaren Mitbürgen unter den darin umschriebenen Bedingungen, welche praktisch in der Regel erfüllt sein werden, bis zu einem gewissen Grade die Einrede der Teilung (*beneficium divisionis*) gewährt. Er braucht, wenn seine Mitbürgen, welche die Bürgschaftsurkunde vor oder mit ihm unterzeichnet haben, in der Schweiz belangt werden können, nur den Kopfteil zu bezahlen oder sicherzustellen (nach der neuesten Fassung durch Realsicherheiten) und kann im übrigen die gleichzeitige Inanspruchnahme aller Mitbürgen durch Betreibung verlangen. Die Zustellung des Zahlungsbefehls ist allerdings genügend. Der bundesrätliche Entwurf (Art. 497, Abs. 2) ging bedeutend weiter und verlangte statt der Betreibung die Belangung⁹¹⁾ der Mitbürgen unter den hievor erwähnten Voraussetzungen, während nach dem Vorentwurf I (Art. 497, Abs. 3) statt der gleichzeitigen Belangung der in der Schweiz belangbaren Mitbürgen nur diejenige aller „dem gleichen Gerichtsstand unterstehenden Mitbürgen“ erfordert worden war. Das Erfordernis der gleichzeitigen Belangung aller solidaren Mitbürgen hätte, abgesehen von den prozessualen

⁹¹⁾ „Belangen“ kann nur „klagen“ heißen; nun kann man, wie schon eingewendet wurde (Stauffer, Prot. der Expertenkommission, S. 24), dem Gläubiger nicht zumuten, eventuell an verschiedenen Orten der Schweiz eine Reihe von Prozessen durchzuführen. Das Erfordernis der gleichzeitigen Belangung aller in der Schweiz belangbaren solidaren Mitbürgen hätte sich höchstens noch rechtfertigen lassen, soweit ein einheitliches Bürgschaftsforum geschaffen oder vereinbart wäre (für ein solches Forum und daher in der Lösung konsequent: Stauffer, l. c.); allein, die Vermehrung besonderer Gerichtsstände speziell mit Bezug auf persönliche Ansprachen wie sie hier in Frage stehen, ist wohl besser zu vermeiden und auch vermieden worden.

Unzukömmlichkeiten und Kosten (vgl. Note 91)⁹²⁾, anderseits oft Härten mit sich gebracht, indem der Gläubiger dadurch gezwungen worden wäre, Bürgen, welche sich vielleicht nur vorübergehend in bedrängter Lage befinden, neben gutschuldeten, solidaren Mitbürgen zu beanspruchen. Damit hätte es der Gesetzgeber zwar dem Gläubiger verunmöglicht, unter solidaren Mitbürgen willkürlich einen oder einige auszuwählen und zu bedrängen, aber gleichzeitig dem wohlwollenden Gläubiger die Möglichkeit genommen, diejenigen Mitbürgen, welche aus irgendeinem Grunde Nachsicht verdiensten, zu schonen⁹³⁾). Außerdem hätte das Erfordernis der Belangung aller solidarisch haftenden Mitbürgen, welche die Bürgschaftsurkunde gleichzeitig oder vor dem andern Bürgen unterzeichnet haben und in der Schweiz belangt werden können, eine dermaßen bedeutende Verschlechterung der Stellung des Gläubigers gebracht, daß das Bürgschaftsgeschäft dadurch in seiner Existenz bedroht worden wäre. Der Nationalrat schränkte nun den Art. 497, Abs. 2, dahin ein, die Verweigerung der Leistung des über den Kopfteil hinausgehenden Betrages dürfe nur für solange gelten, als nicht alle solidarisch haftenden Mitbürgen, welche die Bürgschaft vorher oder gleichzeitig unterzeichnet haben und für diese Schuld in der Schweiz belangt werden können, den auf sie entfallenden Teil „bereits geleistet oder sichergestellt haben oder Betreibung gegen sie eingeleitet worden ist.“ Dieser Einschränkung hat sich der Ständerat angeschlossen. Dadurch wird aber die Vorschrift insofern illusorisch, als nach der von den Räten angenommenen Fassung nun die bloße Anhebung der Betreibung gegen alle erwähnten, solidaren

⁹²⁾ Anders die Voten von Carry und Henry, Prot. der Expertenkommission, S. 24.

⁹³⁾ Man sieht also, die wohlgemeinte Einführung des Zwanges zur gleichzeitigen Belangung der in Frage stehenden solidarisch haftenden Mitbürgen hätte zwei Seiten gehabt, woraus ersichtlich ist, daß die Geschäftspraxis nicht allzusehr in gesetzliche Fesseln gelegt werden darf.

Mitbürgen genügt, um einen einzelnen Solidarbürgen für die ganze Schuld beanspruchen zu können.

Zusammenfassend ist zu den soeben behandelten Punkten zu betonen, daß die Revision des Bürgschaftsrechtes in verschiedener Beziehung gewisse Durchbrechungen des eingangs erwähnten Prinzipes der Nichtsubsidiarität der „Solidarbürgschaft“ bringt. Dadurch wird eine Annäherung der Solidarbürgschaft an die einfache Bürgschaft bewirkt, während sich das bisherige schweizerische Recht gerade durch die klare Scheidung beider Bürgschaftsarten auszeichnete. Nun wurde allerdings bemerkt⁹⁴⁾, man wolle, z. B. durch die oben behandelte Möglichkeit der Einstellung der Betreibung gegen Leistung von Realsicherheit (Art. 500, Abs. 2), Noven schaffen, welche „die akzessorische Natur auch der Solidarbürgschaft hervorheben.“ Die Akzessorietät der Bürgschaft ist aber vornehmlich im Sinne der Abhängigkeit der Bürgschaft von Bestand und Inhalt der Hauptschuld zu verstehen⁹⁵⁾), während sich der Unterschied zwischen der einfachen Bürgschaft und der Solidarbürgschaft gerade in den Wirkungen, d. h. präziser in den Voraussetzungen ihrer Geltendmachung zeigt. In dem Maße, als diese Voraussetzungen der Geltendmachung bei beiden Bürgschaftsarten einander angenähert werden, findet auch eine Verwischung des Unterschiedes statt. Ob es richtig war, diesen Unterschied zu verwischen, oder ob nach vorgenommener Revision die Praxis sogar noch weiter geht und eine noch größere Rückbildung der Solidarbürgschaft stattfindet, als dies schon in der Gesetzesvorlage der Räte der Fall ist, wird die Zukunft lehren. Im Geschäftsverkehr bedeuten die erörterten Neuerungen jedenfalls eine gewisse Beeinträchtigung der Liquidität des Bürgschaftskredites. Diese Liquidität wurde durch die Möglichkeit der Auswahl unter mehreren solidarisch haftenden

⁹⁴⁾ Z. B. von Guhl, Prot. der Expertenkommission, S. 32.

⁹⁵⁾ Vgl. Becker, zu OR Art. 492, N. 22 f.; Oser (1. Aufl.) zu OR Art. 492, N. I, 2.

Mitbürgen und der jederzeitigen Wahrung der vollen Rechte des Gläubigers jedem einzelnen Bürgen gegenüber bei der Geltendmachung der Bürgschaft bisher besonders gewährleistet. Die Eigenschaft großer Liquidität macht gerade den Wert der Solidarbürgschaft aus und führte zu ihrer ungeheuren Verbreitung und Bedeutung als Kreditinstrument. Es wird sich weisen, inwieweit die teilweise ziemlich einschneidenden Abschwächungen der Solidarbürgschaft eine allzu große Hemmung des Kreditverkehrs bedeuten.

8. Durch die Revision soll die Rechtsstellung des Bürgen noch in weiteren Beziehungen verbessert werden, was gleichzeitig Erschwerungen der Stellung des Gläubigers mit sich bringt.

Insbesondere sind die Pflichten des Gläubigers vermehrt worden. Zunächst wird der Gläubiger im Entwurf, Art. 505, Abs. 1, in einer Bestimmung zwingenden Rechtes (Art. 505, Abs. 3, Ständerat; Nat.Rat Art. 492, Abs. 2)⁹⁶⁾ verpflichtet erklärt, dem Bürgen auf Verlangen jederzeit über den Stand der Hauptschuld Auskunft zu geben. Diese Bestimmung mag auch mit Rücksicht auf das Bankgeheimnis willkommen sein, indem sie für die Banken eine gesetzliche Grundlage zur Erteilung der bisher in beschränktem Maße gehandhabten Auskunft über den Stand verbürgter Schulden an die Bürgen schafft. Ferner wird neu eine Verpflichtung des Gläubigers eingeführt, dem Bürgen von jedem Verzug des Hauptschuldners in der Bezahlung von Kapital, Zinsen und Amortisation Mitteilung zu machen (Art. 505, Abs. 1). Der Vorentwurf I statuierte die Mitteilungspflicht schon bei einem Verzug über 30 Tage, was entschieden zu kurz bemessen war. Nach dem bundesrätlichen Entwurf sollte daher erst ein sechs Monate übersteigender Verzug zur Mitteilung verpflichten, und zwar, wie die Räte präzisierten, ein solcher in der Bezahlung „von Kapital, von mindestens

⁹⁶⁾ Hiezu amtl. stenogr. Bulletin, Nat.Rat, Winter 1940, S. 672, Votum Aeby.

einem halben Jahreszins oder einer Jahresamortisation“.
Ein im voraus erklärter Verzicht des Bürgen auf den Mitteilungsanspruch ist ungültig.

Zwingend ist nun auch die bisherige Bestimmung gestaltet, wonach der Gläubiger die Forderung im Konkurs und, wie schon der Entwurf beifügt, auch im Nachlaßverfahren über den Hauptschuldner anzumelden hat; außerdem verpflichtet die Gesetzesvorlage den Gläubiger, „alles Weitere vorzukehren, was ihm zur Wahrung der Rechte zugemutet werden kann“ (Art. 505, Abs. 2). Der Vorentwurf I, Art. 504, Abs. 1, war bedeutend schärfer und auferlegte dem Gläubiger die Pflicht, außer der Anmeldung der Forderung im Konkurs „das Nötige für die weitere Verfolgung derselben vorzunehmen“. Damit hätte man dem Gläubiger auch die Führung von Kollokationsprozessen zugemutet⁹⁷⁾). Da man damit zu weit gegangen wäre, wurde die nunmehrige Formulierung gewählt, in der Meinung, die Praxis solle entscheiden, welche Vorsiehen dem Gläubiger noch zugemutet werden können. Die daherige Abgrenzung wird, sobald man die Verpflichtung des Gläubigers nicht auf die Anmeldung beschränkt und ihm anderseits auch nicht die gesamte Weiterverfolgung der Ansprüche im Konkurs (oder Nachlaßverfahren) überbürdet, delikat sein und zu Kontroversen Anlaß geben.

Die Folge der Nichtbeachtung einer der aufgeführten Pflichten des Gläubigers besteht im Verlust seiner Ansprüche gegen den Bürgen in dem Maße, als dem Bürgen aus der Unterlassung ein Schaden erwachsen ist. Ob es sich hiebei um eine reine Verursachungs- oder eine Verschuldenshaftung handelt, gelangt in der Gesetzesvorlage nicht eindeutig zum Ausdruck, trotzdem dies gelegentlich gewünscht⁹⁸⁾ wurde und natürlich nicht auf das gleiche herauskommt. Es dürfte aber wohl eine Verschuldens-

⁹⁷⁾ Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937, S. 57; Prot. der Expertenkommission, S. 39.

⁹⁸⁾ Prot. der Expertenkommission, S. 40 (Hadorn).

haftung vorliegen, indem die erwähnten Pflichten des Gläubigers den Ausfluß einer Diligenzpflicht bilden, welche nach der Revision noch immer nicht allgemein und uningeschränkt zu Lasten des Gläubigers besteht, aber im Vergleich zum bisherigen Recht im Gesetzesprojekt bedeutend erweitert wurde.

Eine bedeutende Verbesserung der Rechtsstellung des Bürgen ist sodann darin zu erblicken, daß eine ganze Reihe von Gesetzesbestimmungen mit zwingender Kraft ausgestaltet sind. Wir haben dies bereits hievor anhand verschiedener Gesetzesbestimmungen der Entwürfe konstatiert. Im gleichen Sinne hat der revidierende Gesetzgeber u. a. auch den im voraus erklärten Verzicht des Bürgen auf die ihm gegenüber bestehende Verantwortlichkeit des Gläubigers wegen Verminderung der bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder nachträglich erlangten und speziell⁹⁹⁾ für die verbürgte Forderung bestimmten anderweitigen Sicherheiten und Vorzugsrechte¹⁰⁰⁾ als ungültig erklärt (Vorentw. I, Entw. und Ständerat Art. 502, Abs. 3, vgl. Nat.Rat Art. 492, Abs. 2; vgl. OR Art. 509). Auch auf die Aufsichtspflicht des Gläubigers bei der Amts- und Dienstbürgschaft soll, soweit dies bisher möglich war (OR Art. 100!), nach der Revision überhaupt nicht mehr im voraus verzichtet werden können (Entwürfe, Art. 502, Abs. 3, vgl. Nat.Rat Art. 492, Abs. 2).

Der Nationalrat sah davon ab, jeweilen einzelne, bestimmte Gesetzesbestimmungen als zwingend zu erklären und fügte statt dessen dem Art. 492 einen Abs. 2 bei, der wie folgt lautet: „Soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, kann der Bürge auf die ihm in diesem Titel eingeräumten Rechte nicht im voraus verzichten“. Der Ständerat strich jedoch diese Bestimmung unter Berufung auf OR Art. 19, welcher den Grundsatz der Ver-

⁹⁹⁾ Ob das Wort „speziell“ gestrichen werden soll, steht zurzeit noch nicht fest.

¹⁰⁰⁾ Der Ständerat schlägt vor: „Pfandrechte und anderweitige Sicherheiten und Vorzugsrechte“.

tragsfreiheit enthält, bei dem es bleiben solle, und erklärte jeweilen bestimmte Gesetzesbestimmungen der Vorlage als zwingenden Rechtes. Welches der beiden Systeme gewählt werden wird, steht zur Stunde noch nicht fest.

Daß der Gesetzgeber versucht, den Schutz des Bürgen durch die Vermehrung zwingenden Rechts zu erreichen, ist in dieser speziellen Materie, obschon im Obligationenrecht sonst das zwingende Recht die Ausnahme bildet¹⁰¹⁾, angebracht. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle von Bürgschaftskrediten ist der Kreditgeber eine Bank, welche dieses Geschäft als Massengeschäft betreibt, was zur typischen Ausarbeitung und Verwendung von Formularen führt, in denen die Rechtsstellung des Gläubigers möglichst günstig gestaltet wird. Für den Bürgen jedoch handelt es sich zumeist um ein Einzelgeschäft oder Einzelgeschäfte, er verfügt in der Regel auch nicht oder nicht in gleichem Maße wie die Bank über die zur richtigen Wahrung seiner Interessen erforderlichen Kenntnisse und ist außerdem regelmäßig der wirtschaftlich Schwächere. Die kreditgebenden Banken pflegen denn auch die Bürgschaftsgeschäfte, mit wenigen Ausnahmen, nicht anders denn auf ihren Formularen abzuschließen. In solchen Verhältnissen ist die Ausgestaltung gewisser Gesetzesbestimmungen mit zwingender Kraft durchaus gegeben, sollen die Wirkungen der Vorschriften nicht im vorneherein illusorisch bleiben.

Bei der Regelung der Rückgriffsfragen schließlich erfährt das Verhältnis zwischen Bürgen und Pfand-eigentümer eine schätzenswerte Ordnung, welche bisher vermißt wurde. Der Pfandeigentümer soll grundsätzlich nur dann auf den Bürgen Regress nehmen können, wenn das Pfand für die verbürgte Schuld nachträglich von einem Dritten bestellt wurde. Vorbehalten bleibt eine abweichende Parteivereinbarung (Entw. Art. 507, Abs. 4). Nach der bisherigen unbefriedigenden Regelung hatte zwischen

¹⁰¹⁾ v. Tuhr, Obligationenrecht I, S. 219, vor Note 11.

Bürgen und Pfandeigentümer derjenige, welcher zuerst bezahlte, Rückgriff auf den andern¹⁰²⁾.

9. Aus dem Abschnitte über die Beendigung der Bürgschaft ist eine bedeutungsvolle Neuerung besonders zu erörtern, nämlich das Erlöschen der Bürgschaft durch bloßen Zeitablauf.

Schon im Vorentwurf I vom Juni 1937 war in Art. 508, Abs. 2, vorgesehen, daß jede Bürgschaft nach Ablauf von fünfzehn Jahren seit ihrer Eingehung von Gesetzeswegen dahinfällt. Im Vorentwurf II, vom 11. März 1939, zuhanden der Expertenkommission, war statt einer Befristung von fünfzehn eine solche von zwanzig Jahren vorgesehen und das Erlöschen der Bürgschaft nach Ablauf der gesetzlichen Frist auf die Bürgschaften natürlicher Personen beschränkt. Eine auf längere Dauer als die gesetzliche Frist abgeschlossene Bürgschaft sollte nach diesen Vorschlägen, wenn die Hauptschuld nicht fällig ist, während eines halben Jahres vor ihrem Dahinfallen geltend gemacht werden können. Doch war in beiden Vorentwürfen die jederzeitige „Erneuerung“ der Bürgschaft zugelassen. Ein von der Expertenkommission in Aussicht genommenes, abgeändertes System der bloßen Notifikation des Bestehens der Bürgschaft seitens des Gläubigers an den Bürgen nach Ablauf der gesetzlichen Frist und der automatischen Erneuerung der Bürgschaft auf die gleiche Anzahl von Jahren, sofern der Bürge anlässlich der Notifikation kein Begehren auf Liquidierung der Bürgschaft stellt, erwies sich als praktisch undurchführbar¹⁰³⁾). Im bundesrätlichen Entwurf wurde daher wieder auf das System der Vorentwürfe zurückgekommen (Entw. Art. 509, Abs. 2).

¹⁰²⁾ Vgl. darüber die Ausführungen in der bundesrät. Botschaft vom 20. Dezember 1939, S. 33, lit. c; v. Tuhr, Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F., Bd. 42, S. 116 f., VII (Zum Regreß des Bürgen).

¹⁰³⁾ Bundesrät. Botschaft vom 20. Dezember 1939, S. 35.

Gemäß der von der Bundesversammlung durchberatenen Gesetzesvorlage fällt jede Bürgschaft natürlicher Personen, mit Ausnahme der Amts- und Dienstbürgschaft, der Zoll-, Fracht- und Garantiebürgschaften gegenüber dem Staat und der Bürgschaften für periodisch wiederkehrende Leistungen, nach Ablauf von zwanzig Jahren nach ihrer Eingehung (Nationalrat) oder Unterzeichnung (Ständerat) dahin. Eine Verlängerung der gesetzlichen Frist um höchstens weitere zehn Jahre ist dadurch möglich, daß der Bürge frühestens ein Jahr vor Ablauf eine dahingehende schriftliche Erklärung abgibt (Art. 509, Abs. 2 u. 4). Außerdem erklärte der bundesrätliche Entwurf die „Erneuerung“ der Bürgschaft mit öffentlicher Beurkundung als jederzeit zulässig, was laut Botschaft (S. 35) dahin zu verstehen ist, daß alsdann eine Erneuerung „für weitere zwanzig Jahre“ zulässig sein soll; wie aus dem Wortlaut des bundesrätlichen Entwurfes zu schließen ist, hätte danach die Erneuerung der Bürgschaft immer, also auch bezüglich der sonst beurkundungsfreien Bürgschaften natürlicher Personen mit einer 2000 Fr. nicht übersteigenden Bürgschaftssumme, vermittelst öffentlicher Beurkundung zu erfolgen. Doch wurde der Zusatz über die Möglichkeit der Erneuerung durch öffentliche Beurkundung schon von der nationalrätslichen Kommission gestrichen; hiebei blieb es in den Räten. Die Streichung soll bedeuten, daß nach Ablauf der zwanzig Jahre statt der vermittelst schriftlicher Erklärung zulässigen Verlängerung der Bürgschaften natürlicher Personen um weitere zehn Jahre auch der Abschluß einer neuen Bürgschaft, aber nach den allgemein gültigen Formvorschriften (hierüber oben sub Ziff. II, 4) höchstens wiederum für zwanzig Jahre zulässig sein soll. Schließlich sollen die Rechtssätze über das grundsätzliche Erlöschen der Bürgschaften natürlicher Personen wohl auch nach den Räten zwingend sein (vgl. den bundesrätlichen Entwurf, Art. 509, Abs. 2, letzter Satz).

Aus den Vorarbeiten und der der Revision vorausgegangenen Revisionsliteratur ist nach meiner Feststellung nirgends ersichtlich, daß man sich über die wirkliche Tragweite des neuen Grundsatzes des Erlöschens der Bürgschaft natürlicher Personen durch bloßen Zeitablauf bei den revidierenden Instanzen und in den Vorarbeiten der Doktrin genügend Rechenschaft abgelegt hätte. Der Grundsatz wirft aber ein großes Problem, von dem nirgends die Rede war, auf, nämlich dasjenige nach der rechtlichen Behandlung sogenannter dauernder oder drastischer ausgedrückt „ewiger“ Verpflichtungen. Mit den neuen Bestimmungen sollten die Bürgschaften bekämpft werden, bei denen die Hauptschuld oder die Bürgschaft selbst „auf lange Frist unkündbar“ sind¹⁰⁴⁾.

Grundsätzlich steht ja auch unser Gesetz auf dem Boden der Vertragsfreiheit¹⁰⁵⁾. Besonders selten sind Rechtssätze, worin die Dauer von bestimmten Verpflichtungen a priori zwingend festgesetzt würde¹⁰⁶⁾. Die zeitliche Beschränkung eines Vertrages findet sich im OR in Art. 351, wo die jederzeitige, entschädigungslose Auflösung eines auf die Lebenszeit einer Partei, aber für länger als zehn Jahre eingegangenen Dienstvertrages nach Ablauf von zehn Jahren (unter Beobachtung einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist) vorgesehen ist. Doch handelt es sich bei dieser Vorschrift um Verpflichtungen zu persönlichen Leistungen, welche naturgemäß eine größere Abhängigkeit mit sich bringen. Ferner können die einfache Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, im Handelsrecht die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, wenn

¹⁰⁴⁾ Ber. u. Vorentw. vom Juni 1937, S. 41; bundesrätl. Botschaft S. 34 f.

¹⁰⁵⁾ OR Art. 19, Abs. 1; v. Tuhr, Obligationenrecht, I, S. 218.

¹⁰⁶⁾ Die Verjährung beruht auf andern Gedanken und ist auch anders ausgestaltet als die a priori vorgenommene Begrenzung von Verpflichtungen auf gesetzlich bestimmte Dauer. Siehe bezüglich der der Verjährung zugrunde liegenden Erwägungen: v. Tuhr, l. c., S. 603.

sie auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossen sind, jederzeit auf sechs Monate gekündet werden (OR Art. 545, Ziff. 6, 546, 574, Abs. 1 u. 619, Abs. 1). Im übrigen werden übermäßige zeitliche Bindungen unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes eines Vertrages gegen die guten Sitten wegen übermäßiger Beschränkung der persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit (OR Art. 20) beurteilt¹⁰⁷⁾.

Was speziell den Bürgschaftsvertrag anbetrifft, so hat der Gesetzgeber noch in anderer, besonderer Weise gegen zu lange dauernde Bindungen vorgesorgt. Nach geltendem Recht, OR Art. 502, muß der Gläubiger aus der nur für eine bestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft binnen vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend machen und ohne erhebliche Unterbrechung den Rechtsweg fortsetzen, widrigenfalls die Verpflichtung des Bürgen erlischt. Bezüglich der unbefristeten, d. h. auf unbestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft kann gemäß Art. 503, Abs. 1, der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger verlangen, daß er binnen vier Wochen die Forderung rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze. Kann die Fälligkeit der Forderung durch Kündigung des Gläubigers herbeigeführt werden, so ist der Bürge gemäß Art. 503, Abs. 2, zu dem Verlangen berechtigt, daß der Gläubiger die Kündigung vornehme und nach Eintritt der Fälligkeit die Forderung, wie angegeben, geltend mache. Kommt der Gläubiger dem Verlangen des Bürgen nicht nach, so wird dieser frei (Art. 503, Abs. 3). Diese in Art. 502 und 503 OR enthaltene gesetzliche Ordnung ist von den Vorentwürfen und dem bundesrätlichen Entwurf im wesentlichen übernommen und auch von den Räten beibehalten worden (Vorentw. I, Art. 509, Abs. 2, Art. 510; Vorentw. II, Art. 510, Abs. 3 und 511; bundesrätl. Entw. u. Räte

¹⁰⁷⁾ Vgl. v. Tuhr, l. c., S. 226, vor N. 60; Oser-Schönenberger, zu OR Art. 20, N. 43.

Art. 510 und 511); seit dem Vorentwurf II bei der unbefristeten Bürgschaft mit dem Beifügen, daß der Bürge auf diese Rechte nicht zum voraus verzichten kann¹⁰⁸⁾. Insoweit diese Vorschriften Platz greifen, sind also dauernde Verpflichtungen nicht möglich; denn „kündbare“ Verpflichtungen sind keine dauernden.

Dagegen sollen die neuen Vorschriften über das Erlöschen der Bürgschaft durch bloßen Zeitablauf, wie gesagt, diejenigen Fälle treffen, in denen die Hauptschuld oder die Bürgschaft „auf lange Frist unkündbar“ sind. Ob nun aber neben dem bekannten, sogenannten „Kündigungsrecht“ des Bürgen, d. h. der Möglichkeit der Aufruforderung an den Gläubiger zu rechtlichem Vorgehen, und den erwähnten, streng umschriebenen Verpflichtungen des Gläubigers, welche sowohl hinsichtlich der Bürgschaft auf Zeit als auch mit Bezug auf die unbefristete Bürgschaft aufgestellt sind, wegen der verhältnismäßig wenigen Fälle langer Unkündbarkeit der Hauptschuld oder der Bürgschaft noch das Bedürfnis nach einer besonderen gesetzlichen und allgemeinen Befristung der Bürgschaft besteht, kann füglich bezweifelt werden. Dies umso mehr, sobald die gesetzliche Ordnung des sogenannten „Kündigungsrechts“ des Bürgen, wie vorgesehen, hinsichtlich der unbefristeten Bürgschaft zwingend gestaltet wird (Nat.Rat Art. 492, Abs. 2; Ständerat Art. 511, Abs. 4), und als ja das Gesetz selber zahlreiche Ausnahmen vorsieht (Amts- und Dienstbürgschaft, Zoll-, Fracht- und Garantiebürgschaften, sowie alle Bürgschaften, welche nicht von natürlichen Personen eingegangen sind, also von den juristischen Personen und den Handelsgesellschaften, denen keine juristische Persönlichkeit zugeschrieben wird).

Besonders aber greift der neue Grundsatz der Befreiung des Bürgen durch bloßen Zeitablauf tief in das überlieferte Schuldrecht ein. Diese Tatsache ist bei der

¹⁰⁸⁾ Vgl. zum geltenden Recht: Becker, zu Art. 502, N. 9 und zu Art. 503, N. 5, sowie E. B. G. 64, II, S. 380 ff.

Revision wohl zu wenig oder von den revidierenden Instanzen gar nicht beachtet worden. Der neue Grundsatz des Dahinfallens der Bürgschaft nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Dauer bedeutet nichts weniger denn einen gewalttätigen Eingriff in bestehende Verträge. Die Rechtfertigung eines solchen Eingriffes könnte höchstens darin gesucht werden, daß der Bürge vor einem übermäßigen Risiko aus seiner Verpflichtung, d. h. vor zu großer wirtschaftlicher Bindung bewahrt werden sollte. Würde aber dieser Grundsatz in der allgemeinen Form des Dahinfallens von Verpflichtungen durch bloßen Zeitablauf einmal anerkannt, so wäre nicht einzusehen, wieso er nicht auf andere Schuldverhältnisse ausgedehnt werden soll, welche ebenso große und nicht bloß eventuell, sondern sicher zu erfüllende Verpflichtungen mit sich bringen. Insbesondere wäre nicht einzusehen, wieso dann z. B. nicht auch die solidare Mitschuldnerrschaft, wenigstens dort, wo ihr wesentlich eine Garantiefunktion¹⁰⁹⁾ zu kommt, gleich behandelt werden sollte. Das alles würde aber das Recht und den Gesetzgeber weit, sehr weit führen. Man überlege sich einmal die Konsequenzen, welche aus der folgerichtigen Durchführung des in der Neuerung des Dahinfallens von Bürgschaftsverpflichtungen durch bloßen Zeitablauf liegenden Prinzipes und seiner allfälligen Anwendung auf andere Schuldverpflichtungen, die grundsätzlich nicht unterschiedlich behandelt werden müßten, entstehen würden. Das in die Entwürfe aufgenommene Prinzip des Dahinfallens der Bürgschaft von Gesetzeswegen nach Ablauf einer bestimmten Frist bedeutet m. E. in Wirklichkeit eine Verkennung der allgemeinen Lehren des Schuldrechts, insbesondere des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und läßt sich durch den Hinweis auf die „Gefährlichkeit“ der Bürgschaft nicht genügend rechtfertigen. Wohl kann der Gesetzgeber gewisse Regelungen als zwingende Rechtssätze erklären, sobald genügende

¹⁰⁹⁾ Vgl. E. B. G. 64, II, S. 381/82.

Gründe dazu vorhanden sind; allein, die allgemeine Begrenzung bestimmter Verpflichtungen auf eine gesetzliche Höchstdauer (!) lässt sich nicht genügend begründen; dies besonders dann nicht, wenn und soweit die betreffenden Verpflichtungen, wie in der Regel die Bürgschaft, ohnehin „gekündet“ werden können.

Von den praktischen Schwierigkeiten braucht man dabei gar nicht zu reden; auch diese sind aber nicht klein. Die Bürgschaft ist längst zu einem gewerbsmäßig betriebenen, leider unentbehrlichen Massengeschäft geworden, und die Banken wären durch die Neuerung zu einer ständigen, das Bürgschaftsgeschäft verteuern^{nden} Überwachung der Bürgschaften im Hinblick auf ihr Erlöschen von Gesetzeswegen gezwungen. Auch wird durch die vorgesehene Lösung ein Zwang zur Liquidierung von Bürgschaften gesetzlich ausgeübt, welcher sich unter Umständen, gerade bei kreditbedürftigen Schuldnerⁿ und schwachen Bürgen, recht unliebsam bemerkbar machen dürfte.

Eine recht interessante Konsequenz, welche ebenso bedenklich ist wie das Prinzip der zeitlichen Begrenzung von Bürgschaften natürlicher Personen von Gesetzeswegen, ergibt sich noch in einem speziellen Punkte. Zufolge des Dahinfallens der Bürgschaft nach Ablauf von zwanzig Jahren, ohne Rücksicht auf ihre Fälligkeit und diejenige der verbürgten Hauptschuld, sieht sich der Gesetzgeber genötigt, dem Gläubiger Gelegenheit zu geben, den Bürgen während eines Jahres vor dem Dahinfallen (d. h. also vor Ablauf der zwanzigjährigen Frist) zu belangen; dies also selbst dann, wenn die Bürgschaft für eine längere Frist abgeschlossen und die Hauptschuld noch nicht fällig ist (Art. 509, Abs. 3 und 5). Da nun der einfache Bürge erst nach der Inanspruchnahme des Hauptschuldners belangt werden kann und nach der Gesetzesvorlage auch bei der Solidarbürgschaft der Bürge in gewissem Maße den Gläubiger zunächst auf die Faustpfand- und Forderungspfandrechte verweisen kann (Art. 496, Abs. 2, siehe hier

oben), wäre in solchen Fällen die vorzeitige Inanspruchnahme des Hauptschuldners und der Pfänder vor Ablauf der zwanzigjährigen Frist erforderlich. Diese Lösung wird aber in der bundesrätlichen Botschaft (S. 56) mit Recht als „ein zu starker Eingriff in das Schuldverhältnis“ empfunden. Daher hat man einen „Ausweg“ darin gefunden, daß der Gläubiger in solchen Fällen seiner Verpflichtungen der vorherigen Belangung des Hauptschuldners bei der einfachen Bürgschaft oder der vorherigen Verwertung der Faustpfand- und Forderungspfandrechte (bei jeder Bürgschaftsart; Art. 495, Abs. 2, Art. 496, Abs. 2) enthoben wird, und zwar wie es in der Gesetzesvorlage heißt, dann, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld weniger als zwei Jahre vor dem Dahinfallen der Bürgschaft eintritt und der Gläubiger nicht auf einen früheren Zeitpunkt künden konnte. (Dem Bürgen soll aber das Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner noch vor der Fälligkeit der Hauptschuld zustehen.) Man nimmt also dem Bürgen, welcher durch die Gesetzesrevision geschützt werden soll, wie es in der bundesrätlichen Botschaft (S. 56) heißt, einfach „die Einrede der Vorausklage oder der vorherigen Inanspruchnahme der Pfänder“ (Entw. Art. 509, Abs. 2). Die subsidiäre, einfache Bürgschaft wird alsdann, damit sie ja von Gesetzeswegen dahinfallen kann, in eine nichtsubsidiäre „Solidarbürgschaft“ umgewandelt. Um den Willen der Vertragsparteien, welcher doch bei der Erfüllung eines Vertragsverhältnisses ausschlaggebend sein sollte, kümmert sich der revidierende Gesetzgeber wenig, er ersetzt gegenteils den Inhalt des Bürgschaftsvertrages, wenn dieser eine einfache Bürgschaft involviert, durch solidare Haftung, um den gewünschten Erfolg der Beendigung der Bürgschaft zu erreichen. Und doch wird sonst vielfach gelehrt¹¹⁰⁾, die einfache Bürgschaft entspreche viel mehr als die solidare Haftung den Vorstel-

¹¹⁰⁾ So z. B. Henry, l. c., S. 176a und dortige Zitate; ferner Stauffer, l. c., S. 134a und Zitat.

lungen, welche sich ein Bürge in der Regel von der Bürgschaft mache.

Auf dem nämlichen, hievor erörterten Gedanken der Befreiung des Bürgen durch bloßen Zeitablauf beruht eine andere in die Gesetzesvorlage aufgenommene Vorschrift, welche im Zusammenhang mit der Einführung einer Höchstsumme der Bürgenhaftung, d. h. der meinerseits als Maximalbürgschaft bezeichneten Institution, weiter oben (Ziff. 6, in fine) kurz erwähnt wurde. Es ist dies die gesetzlich vorgesehene, jährliche Verringerung der Bürgenhaftung. Allerdings hat man diese Regelung nicht wie die beschriebene zwingend gestaltet, sondern sie stellt nur dispositives Recht dar. Schon der Vorentwurf I bestimmte in Art. 499, letzter Absatz, die (das Höchstmaß der Haftung bildende) Bürgschaftssumme verringere sich „von Gesetzes wegen jedes Jahr um zwei Hundertstel des ursprünglichen Betrages“. Im Vorentwurf II wurde diese automatische Verringerung der Bürgschaftssumme auf die Bürgschaften natürlicher Personen beschränkt. Ferner wurden die Amts- und Dienstbürgschaft, die Zoll-, Fracht- und Garantiebürgschaften gegenüber dem Staat und die Bürgschaften für Verpflichtungen mit wechselndem Schuldbetrag (wie Kontokorrent- und Sukzessivlieferungsvertrag) und für periodisch wiederkehrende Leistungen ausgenommen. Mit diesen Ausnahmen und der Beschränkung auf die Bürgschaften natürlicher Personen wurde die jährliche Verringerung der Bürgschaftssumme auf 3% des ursprünglichen Betrages, bei durch Grundpfand gesicherten, verbürgten Forderungen auf 1% festgesetzt. Der bundesrätliche Entwurf behielt diese Regelung des Vorentwurfes II bei und fügte hinzu, die Bürgschaftssumme verringere sich bei den in Frage stehenden Forderungen in jedem Falle im gleichen Verhältnis wie das verbürgte Kapital. Die eidgenössischen Räte änderten an diesen Bestimmungen materiell nichts. Es findet also bei den Bürgschaften natürlicher Personen, mit den hievor erwähnten Aus-

nahmen, vorbehältlich abweichender Parteivereinbarung, ein sukzessives Erlöschen der Bürgschaft statt. Damit haben wir im Effekt den gesetzlich dekretierten Abbau von Verpflichtungen, und man fragt sich nur, weshalb er nicht auch auf andere Verpflichtungen als die Bürgschaft ausgedehnt wird! Tatsächlich geht aber der Gesetzgeber mit den neuen (dispositiven) Vorschriften über seine Aufgaben hinaus. Was er mit der vorgesehenen, jährlichen Verringerung der Bürgschaftssumme bezweckt, gehört zu den Aufgaben nicht mehr des Gesetzgebers, sondern der Kreditwirtschaft. Diese in gesetzliche Fesseln legen zu wollen, dürfte ein müßiges Unterfangen sein. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind hier tatsächlich stärker als das Gesetz. Mit der indirekt dekretierten, jährlichen Amortisation auch der Grundpfandschulden trifft übrigens der Gesetzgeber hauptsächlich die verbürgten II. Hypotheken und Nachgangshypotheken in höheren Rängen. Der Gesetzgeber zwingt nun den Gläubiger, der es nicht anders vereinbart hat oder vereinbaren will, Amortisationen einzutreiben. Wir halten aber die Vorschrift der jährlichen, automatischen Reduktion der Bürgschaftssumme für einen Mißgriff; und sie ist denn auch in der Expertenkommission, welche 10 Stimmen dafür und 10 Stimmen dagegen aufbrachte, scharf kritisiert¹¹¹⁾ worden. An der Berechtigung dieser Kritiken und an der Bestimmung selber ändert es nichts, daß die Amortisation jedes Jahr soll erlassen werden können. Anderseits ist die Vorschrift auf juristische Personen und Handelsgesellschaften, welche sich oft weitgehend verbürgen und bei finanziellen Zusammenbrüchen regelmäßig auch natürliche Personen in Mitleidenschaft ziehen, nicht anwendbar.

10. Es bleibt mir versagt, im Rahmen eines Artikels weitere Fragen zu behandeln und besonders auf Einzelpunkte einzutreten. Insbesondere ist es unmöglich, hier noch die wichtige Frage der Bürgschaftsgenossenschaften,

¹¹¹⁾ Prot. der Expertenkommission, S. 27 ff.

welche in Entwicklung begriffen sind und bedeutende Dienste leisten, zu prüfen; sie bedürfte einer gesonderten Betrachtung, die sich zu einem großen Teil der juristischen Betrachtungsweise entzieht. Auch die mit der Bürgschaft zusammenhängenden, wichtigen Fragen der Kreditregelung müßten gesondert behandelt werden. Die vorliegenden Erörterungen sind aber auf die Diskussion der Gesetzesvorlage beschränkt worden. Diese bringt zwar manche schätzenswerten Neuerungen und auch Präzisionen, weist aber anderseits auch einige nicht unbedenkliche Fehlösungen auf.

11. Die Redaktion der Gesetzesvorlage muß im allgemeinen als sorgfältig bezeichnet werden. Auch haben sich die Verfasser der Entwürfe bemüht, sich an die im schweizerischen Zivilrecht übliche Ausdrucksweise zu halten. Ob dies immer gelungen und in der Folge beibehalten worden sei, mag der Leser des Gesetzesprojektes nach seinem eigenen Geschmacke beurteilen. Zu Belehrung Anlaß gibt es, daß einzelne Gesetzesartikel oder Absätze auch gar zu lange ausgefallen sind, so z. B. die Artikel 494, 497, besonders 499 und 500. Der Gesetzgeber hat sich, um die Artikelzahlen nicht ändern zu müssen, bemüht, mit der gleichen Anzahl von Gesetzesartikeln auszukommen wie das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881/30. März 1911, wodurch man sich im vornehmerein zu sehr gebunden hat. Wäre es nicht besser gewesen, einzelne Artikel, soweit Kürzungen nicht möglich sind, aufzuteilen und, damit keine neuen Artikelzahlen entstehen können, z. B. einen Art. 499 und einen Art. 499 bis, eventuell auch ter etc., einzufügen? Die Gesetzesvorlage hätte durch solche Aufteilungen an Klarheit gewinnen können. Umstellungen innerhalb des revidierten Titels des Gesetzes waren ja ohnehin nicht zu umgehen, sodaß die gleichen Artikel der Gesetzesvorlage nicht immer den entsprechenden Inhalt aufweisen wie diejenigen des geltenden Obligationenrechts.