

Bürgschaft mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde?

Von PD Dr. ARNOLD RUSCH und MARC WOHLGEMUTH,
Zürich*

1. Problemstellung

Die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen bedarf, sofern der Betrag 2000 CHF übersteigt, der öffentlichen Beurkundung (Art. 493 Abs. 2 OR). Wenn der Bürge ohnehin zum Notar muss, wäre es folglich ohne nennenswerten Zusatzaufwand möglich, die Bürgschaftserklärung als vollstreckbare öffentliche Urkunde auszustalten (Art. 347 ZPO).¹ Dies würde die Vollstreckung massiv vereinfachen, denn der Gläubiger könnte gestützt auf die Urkunde direkt die definitive Rechtsöffnung verlangen (Art. 349 ZPO i. V. m. Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG). Geht das? Stirnrunzeln bereitet die zwingende Einredeordnung des Bürgschaftsrechts (Art. 492 Abs. 4 i. V. m. Art. 502 OR), denn die definitive Rechtsöffnung erlaubt Einreden und Einwendungen nur, wenn sie sofort beweisbar sind (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Ist dies nicht der Fall, stehen dem Bürgen nur die negative Feststellungsklage und die Rückforderungsklage offen, bei denen er selber tätig werden muss (vgl. Art. 85a, 86 SchKG). Die nachfolgenden Erwägungen widmen sich den Voraussetzungen der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde, um später die Gewährleistung der bürgschaftsrechtlichen Einredeordnung zu prüfen. Schliesslich richtet sich der

* Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD RUSCH LL.M. ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Fribourg und Zürich; MARC WOHLGEMUTH ist Inhaber des Zürcher Notarpatents.

¹ So auch CHK-MARKUS VISCHER, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, OR 493 N 15 (zit. CHK-Verfasser); CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt, AJP 2010, 423 ff., 427 f.; KUKO-WOLFGANG ERNST/ULRICH ZELGER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, vor OR 492–512 N 8a (zit. KUKO-Verfasser).

Fokus auf das AGB-Korrektiv, um das Bild abzurunden und ein Fazit zu ziehen.

2. Voraussetzungen einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde

Für die vollstreckbare öffentliche Urkunde bedarf es der ausdrücklichen Erklärung der verpflichteten Partei, dass sie die direkte Vollstreckung anerkenne (Art. 347 lit. a ZPO). Die Urkunde muss den Rechtsgrund der geschuldeten Leistung erwähnen (Art. 347 lit. b ZPO), unter genügender Bestimmung und Anerkennung der geschuldeten, fälligen² Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 1–3 ZPO). Diverse Forderungen sind einer Ausgestaltung als vollstreckbare öffentliche Urkunde nicht zugänglich (Art. 348 ZPO).

Eine denkbare Formulierung am Ende des Bürgschaftsvertrags könnte wie folgt lauten: «Ich anerkenne die Bürgschaft über 5000 CHF und anerkenne die direkte Vollstreckung gemäss Art. 347 ZPO.» Die eigentliche Bürgschaftserklärung würde die gesicherte Hauptforderung benennen: «Ich bürg für alle Forderungen, die der Gläubigerin gegenüber der Hauptschuldnerin zustehen, bis zum Maximalbetrag von 5000 CHF.»

Die Anerkennung der Forderung und die Anerkennung der direkten Vollstreckung liegen ohne Zweifel vor. Nennt die Urkunde aber auch den Rechtsgrund der geschuldeten Leistung, wie dies Art. 347 lit. b ZPO voraussetzt? Das ist so, denn der Bürge anerkennt seine eigene Forderung aus dem Bürgschaftsvertrag. Er anerkennt und erfüllt nicht die Schuld des Hauptschuldners, sondern die eigene Bürg-

² Bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde könnte sich eine weitere Kollision mit dem Bürgschaftsrecht ergeben, denn das Erfordernis der Fälligkeit gehört ebenfalls zum zwingenden Bürgschaftsrecht (Art. 501 Abs. 1 i. V. m. Art. 492 Abs. 4 OR; CHK-VISCHER [Fn. 1], OR 501 N 1 f.). Bezeichnet die vollstreckbare öffentliche Urkunde die Forderung als fällig (dazu ARNOLD RUSCH/CHRISTIAN ARNOLD, *Vollstreckbare öffentliche Urkunde*, ZZZ 2011/2012, 292 ff., 293 f.), obwohl sie dies nicht ist, käme dies einem Verzicht auf die Geltendmachung der fehlenden Fälligkeit gleich, der auch im Rahmen des AGB-Korrektivs von Relevanz wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Dezember 1995 – 17 U 39/95, NJW-RR 1996, 620 ff., 621).

schaftsschuld.³ Damit beantwortet sich gleich die weitere Frage, ob eine mit einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde erklärte Bürgschaft eine im Ausschlusskatalog des Art. 348 ZPO enthaltene Forderung sichern kann. Da das Bürgschaftsversprechen eine neue, andere Forderung schafft, ist Art. 348 ZPO für die Bürgschaft irrelevant.

Fraglich ist weiter, ob die anerkannte Leistung genügend bestimmt ist (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO). Die Bürgschaftserklärung nennt zwar einen zahlenmäßig bestimmten Höchstbetrag (Art. 493 Abs. 1 OR), doch bedeutet dies nicht, dass der Bürge wirklich im Höchstbetrag einstehen muss. Bestimmbarkeit der Forderung genügt zwar, doch muss sich diese aus der Urkunde heraus ergeben.⁴ Dies ist bei einer Bürgschaft eindeutig nicht der Fall – die Bestimmung der Schuld des Bürgen erfolgt anhand der Bestimmung der gesicherten Hauptschuld. Die Lösung des Problems ist jedoch einfach. Der Bürge sollte eine unbedingte Anerkennung des Betrags abgeben, die dem zahlenmäßig bestimmten Höchstbetrag der Bürgschaftserklärung entspricht.⁵

Ob die Unterwerfung der Bürgschaftsforderung unter die direkte Vollstreckung durch die zwingende Einredeordnung der Bürgschaft eine Einschränkung erfährt, hängt auch davon ab, ob der Ausnahmekatalog des Art. 348 ZPO abschliessender Natur ist, was die h. L. bejaht.⁶ WALPEN bejaht dies auch, doch weist er u. E. richtigerweise

³ Vgl. BGE 70 II 271 ff., 273; vgl. BK-SILVIO GIOVANOLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 7. Teilband, Art. 492–515 OR, 2. A., Bern 1978, OR 507 N 1 (zit. BK-GIOVANOLI); vgl. CR-PHILIPPE MEIER, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des Obligations I, 2. A., Basel 2012, CO 492 N 2 (zit. CR-Verfasser); vgl. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich, 1988, 287, 304; vgl. rechtsvergleichend MK-MATHIAS HABERSACK, Münchener Kommentar zum BGB, 6. A., München 2013, BGB 765 N 4 und BGH, Urteil vom 16. Februar 1984 – IX ZR 45/83, NJW 1984, 1622 ff., 1623.

⁴ JÜRG SCHMID, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, ZPO 347 N 25.

⁵ Vgl. dazu RUSCH/ARNOLD (Fn. 2), ZZZ 2011/2012, 292 ff., 293; vgl. in Deutschland BGH, Urteil vom 23. November 1970 – III ZR 58/67, BeckRS 1970, 31124997, E. I.1; siehe ASKAN VON RINTELEN, Probleme und Grenzen der Vollstreckungsunterwerfung in der notariellen Urkunde, RNotZ 2001, 3 ff., 19 f. und MK-HANS WOLFSTEINER, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. A., München 2012, ZPO 794 N 184.

⁶ BSK-CLAUDIA VISINONI-MEYER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, ZPO 348 N 1; KUKO-SABINE KOFLER EHRENZELLER, in: Paul Oberhammer/Tanja Dömej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. A., Basel 2014, ZPO 348 N 2.

zusammen mit WOLF/SETZ darauf hin, dass es weitere Forderungen und Rechte gibt, die aus anderen Gründen, d. h. nicht aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum sozialen Privatrecht, der direkten Vollstreckbarkeit nicht zugänglich sind.⁷ So können beispielsweise gesetzliche Zustimmungsvorbehalte (z. B. Art. 19 Abs. 1, 169, 416 f. ZGB) Forderungen von der direkten Vollstreckbarkeit ausschliessen, auch wenn Art. 348 ZPO sie nicht erfasst.⁸ Ob die Einredeordnung des Bürgschaftsrechts auch zu diesem Typ von Ausschlussgründen gehört, bildet Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

3. Bürgschaftsrecht und definitive Rechtsöffnung

Die Auswirkungen der direkten Vollstreckbarkeit auf die Bürgschaft zeigen sich im Rechtsöffnungsverfahren. Die Bürgschaft ohne vollstreckbare öffentliche Urkunde verschafft dem Gläubiger einen provisorischen Rechtsöffnungstitel, sofern ein schriftliches Schuldnerkenntnis des Hauptschuldners oder ein gegen diesen gerichtetes Urteil vorliegt (Art. 82 Abs. 1 SchKG).⁹ Der Richter gewährt die provisorische Rechtsöffnung, sofern der Schuldner nicht sofort Einreden und Einwendungen glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Der Urkundenbeweis oder die sofortige Beweisbarkeit sind dafür nicht erforderlich. Die in der provisorischen Rechtsöffnung möglichen Einreden schränken die dem Bürgen gemäss Art. 502 OR zustehenden Rechte somit nicht ein – im Gegenteil profitiert er im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung sogar – zwar nur vorläufig, aber immerhin – vom tieferen Beweismass der Glaubhaftmachung.

Ganz anders zeigt sich die Situation mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde: Der Gläubiger kann direkt die definitive Rechtsöffnung verlangen (Art. 349 ZPO i. V. m. Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG). In diesem Verfahren kann der Bürge Einreden und Einwendungen nur

⁷ BK-ADRIAN WALPEN, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Art. 150–352 ZPO, Bern 2012, ZPO 348 N 14; STEPHAN WOLF/ANNA SETZ, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozeßordnung und Notariat, Bern 2010, 55 ff., 74–76.

⁸ BK-WALPEN (Fn. 7), ZPO 347 N 26 f.; WOLF/SETZ (Fn. 7), 74–76.

⁹ BGE 122 III 125 ff., 127, E. 2b; KUKO-DOMINIK VOCH, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. A., Basel 2014, SchKG 82 N 29.

vorbringen, sofern sie sofort beweisbar sind (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Ist dies nicht der Fall, kann er die Einreden und Einwendungen im Rahmen der negativen Feststellungsklage oder der Rückforderungsklage vorbringen (vgl. Art. 85a, 86 SchKG). In dieser Konstellation verändert sich die Bürgschaft somit zu einer Bürgschaft auf erstes Verlangen. Der Bürge muss sofort zahlen und kann die nicht sofort beweisbaren Einreden nur noch in einem speziellen, von ihm selber anzustrengenden und grundsätzlich vorzufinanzierenden Verfahren vorbringen. Diese Bürgschaft auf erstes Verlangen ist denkbar.¹⁰ Insbesondere verliert sie dadurch nicht die Akzessorietät und verwandelt sich auch nicht in eine Garantie. Folgerichtig wertet die Rechtsprechung die Klausel «auf erstes Verlangen» nur als Indiz für eine Garantie und unterscheidet sie damit vom Einredeverzicht.¹¹ Dennoch stellt sich die Frage, ob man diese Vorgehensweise noch als Geltendmachung einer Einrede oder Einwendung im Sinne des Art. 502 OR bezeichnen kann.

Dem Bürgen stehen einerseits selbständige – vom Hauptschuldner unabhängige – Einwendungen und Einreden zu, anderseits stehen ihm auch die Einreden des Hauptschuldners zu (Art. 502 Abs. 1 OR). Selbständige Einreden betreffen insbesondere die Entstehung, den Untergang und die Durchsetzung der Bürgschaft. Diese muss der Bürge nicht erheben, wenn er nicht will.¹² Er muss aber sämtliche dem Hauptschuldner zustehenden Einreden erheben, ansonsten verliert er sein Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner (Art. 502 Abs. 1, 3 OR).¹³ Diese Einreden sind Ausfluss der Akzessorietät zwischen der Bürgschaft und der Hauptforderung und stehen dem Bürgen aus eigenem Recht zu.¹⁴ Deshalb kann der Bürge die Einreden unabhängig von

10 TUTO RAIMONDO ROSSI, *La garantie bancaire à première demande*, Diss. Lausanne 1989, N 427 ff., 429; vgl. dazu BGH, Urteil vom 8. März 2001 – IX ZR 236/00, NJW 2001, 1857 ff., 1857: «Folglich muss der Bürge auf Anforderung grundsätzlich sofort zahlen. Alle Streitfragen werden in den Rückforderungsprozess verlagert (...).»

11 Vgl. Urteil BGer 4A_530/2008, E. 5.1.1 und BGE 131 III 511 ff., 525 f.

12 BSK-CHRISTOPH PESTALOZZI, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5. A., Basel 2011, OR 502 N 3 (zit. BSK-Verfasser).

13 BK-GIOVANOLI (Fn. 3), OR 502 N 18; BSK-PESTALOZZI (Fn. 12), OR 502 N 3.

14 Urteil BGer 4A_678/2011, E. 2.3.2; BGE 60 II 294 ff., 304, E. 4a.

einem diesbezüglichen Verzicht des Hauptschuldners geltend machen (Art. 502 Abs. 2 OR). Der Hauptschuldner kann auch die Rechte des Bürgen nicht nachträglich einseitig einschränken.¹⁵ Es handelt sich dabei um ein unabdingbares Schutzrecht des Bürgen (Art. 492 Abs. 4 i. V. m. Art. 502 OR).¹⁶ Die ratio legis liegt darin, den Bürgen vor späteren Überraschungen zu schützen. Insbesondere wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Schuldner aufgrund vorgedruckter Formulare auf seine Rechte verzichtet.¹⁷ Gerade dies geschieht aber bei einer vorformulierten Kombination der Bürgschaft mit einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde.

Die Einreden des Art. 502 OR können sich auf die Entstehung, den Inhalt und die Beendigung der Hauptschuld beziehen. So kann der Bürge Einwendungen aus Willensmängeln, Übervorteilung oder Täuschung aus dem Hauptschuldverhältnis vorbringen, sofern der Hauptschuldner von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht und der Bürge davon bei Eingehung der Bürgschaft keine Kenntnis hatte.¹⁸ Weiter kann der Bürge die Einrede erheben, dass der Gläubiger seine Pflichten aus dem Vertrag mit dem Hauptschuldner nicht eingehalten hat.¹⁹ Diese Einwendungen und Einreden lassen sich regelmässig nicht mit dem von Art. 81 Abs. 2 SchKG geforderten sofortigen Beweis belegen. Folglich kann das geforderte Beweismass der definitiven Rechtsöffnung zum vorläufigen Ausschluss von zwingenden Einwendungen und Einreden führen.

Genügt dieser vorläufige Ausschluss, um von einer Verletzung des Bürgschaftsrechts zu sprechen? Dass der Bürge «unter dem Strich» sämtliche Einreden und Einwendungen behält, indem er sie im Rahmen einer negativen Feststellungs- oder Rückforderungsklage später

15 BSK-PESTALOZZI (Fn. 12), OR 502 N 11; CHK-VISCHER (Fn. 1), OR 502 N 5.

16 BSK-PESTALOZZI (Fn. 12), OR 502 N 4; BK-GIOVANOLI (Fn. 3), OR 492 N 88; CR-MEIER (Fn. 3), CO 492 N 60 f.

17 BSK-PESTALOZZI (Fn. 12), OR 492 N 27; BK-GIOVANOLI (Fn. 3), OR 492 N 86; Urteil BGer 4A_678/2011, E. 2.3.2; Botschaft an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts vom 20. Dezember 1939, BBl 1939 II 841 ff., 873 f. Mindestens in Bezug auf Konsumenten erfolgt der Schutz seit dem 1. Juli 2012 über das Verbot missbräuchlicher Geschäftsbedingungen in Art. 8 UWG.

18 BK-GIOVANOLI (Fn. 3), OR 502 N 11, m. w. H.

19 BSK-PESTALOZZI (Fn. 12), OR 502 N 8.

doch noch einbringen kann, verfängt nicht.²⁰ Zum Wesen der Einrede und Einwendung gehört auch, dass man dafür nicht extra ein neues Verfahren anstrengen muss. Der Bürge soll den Gläubiger bei der Durchsetzung seiner Forderung und seines Anspruchs auf einfache Weise stoppen können. Einwendungen und Einreden stehen der Forderung und dem Anspruch entgegen. Die juristische Welt steht Kopf, wenn der Bürge klagen muss, um Leistungsverweigerungsrechte durchzusetzen.

Diese Erwägungen mögen die Verletzung des zwingenden Bürgschaftsrechts zwar klar belegen, doch bleiben nicht unerhebliche Zweifel bestehen. Im Sinne einer Folgenerwägung muss man sich nämlich fragen, ob die vollstreckbare öffentliche Urkunde überhaupt noch ein sinnvolles Anwendungsfeld kennt, wenn jeder potenzielle Verstoss gegen zwingendes Recht die Ausfertigung oder Vollstreckung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde verunmöglicht. Dies widerlegt die obige Argumentation nicht, sondern weist vielmehr auf einen «Konstruktionsfehler» bei der legislatorischen Schaffung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde hin. Wir verneinen dennoch aus einer weiteren Folgenerwägung die Vereinbarkeit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde mit der Bürgschaft bereits wegen des zwingenden Bürgschaftsrechts: Es wäre äusserst unsicher und trügerisch, einzog auf den Schutz des AGB-Korrektivs zu bauen. Auch wenn dieses nach vernünftiger Auslegung die Bürgschaft mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde nie und nimmer zulässt, steckt die Verwirklichung des neuen Art. 8 UWG bis heute im Stadium reiner Theorie ohne jedes gerichtliche Präjudiz fest. Nachfolgend richtet sich der Fokus nichtsdestotrotz auf die vernünftige Auslegung des AGB-Korrektivs.

20 In Deutschland zeigt sich ein ähnliches Problem mit gleicher Lösung. Für die Forderung aus einem Bauträgervertrag gegenüber dem Auftraggeber steht die vollstreckbare öffentliche Urkunde nicht zur Verfügung, weil die Bauunternehmer Zahlungen erst bei entsprechender Dokumentation des Baufortschritts verlangen dürfen (§ 3 MaBV). Die Ausgestaltung der Verpflichtung des Auftraggebers als vollstreckbare öffentliche Urkunde unterläuft dieses zwingende Recht und führt nach deutscher Rechtsprechung zur Nichtigkeit der direkten Vollstreckungsunterwerfung (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1998 – VII ZR 99–97, NJW 1999, 51 ff., 52).

4. AGB-Korrektiv

Banken und viele weitere Gläubigerinnen stellen für die Erklärung des Bürgen praktisch immer vorformulierte Formulare. Erfolgt deren Verwendung für eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern, liegen allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) vor, für die ein spezielles Korrektiv gilt.²¹ Dieses Korrektiv bleibt auch bei öffentlich beurkundeten Verträgen anwendbar.²²

Im Rahmen der Geltungskontrolle zeigen sich aufgrund der öffentlichen Beurkundung nur wenige Probleme. Der Notar erklärt detailliert den Vertragsinhalt im Rahmen der Rechtsbelehrung, hier genauer der Urkundenerläuterung.²³ Dies stellt den Einbezug der AGB sowie deren Kenntnis sicher. Bei ungewöhnlichen Klauseln tritt die Ungewöhnlichkeitsbelehrung²⁴ hinzu, die als besonderer Hinweis die Anrufung der Ungewöhnlichkeitsregel ausschliesst.²⁵ Bei bekannten und verstandenen Klauseln wäre auch die Behandlung als Vollübernahme der AGB im Rahmen der öffentlichen Beurkundung denkbar, ohne dass die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt.²⁶

21 PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich 2014, N 1117.

22 HUBERT STÖCKLI, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechts-tagung 2013 ... für alle, die bauen, Zürich 2012, 171 ff., 180 f. HUBERT STÖCKLI/LISA AESCHIMANN, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2014, 73 ff.; JÖRG SCHMID, Gewährleistung, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückskauf, Zürich 2010, 63 ff., 93; JÖRG SCHMID, Gewährleistungsbeschränkungen bei Grundstückverkäufen und Art. 8 UWG, in: Pierre Tercier/Roland Hürlimann (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, 47 ff.; a. M. MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung? SJZ 2012, 177 ff., 184.

23 CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1739 ff.; BSK-JÜRG SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. A., Basel 2011, SchlT 55 N 25.

24 BRÜCKNER (Fn. 23), N 1753 ff.

25 Ein Hinweis auf ungewöhnliche Klauseln «heilt» deren Ungewöhnlichkeit, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 21), N 1136a und Urteil BGer 4A_475/2013, E. 5.1; STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 22), ZBGR 2014, 73 ff., 90.

26 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 21), N 1128c.

Die Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG orientiert sich demgegenüber lediglich an der Verwendung missbräuchlicher AGB, unabhängig von der Art des Einbezugs oder des Vorliegens besonderer Hinweise. Eine wichtige Einschränkung ergibt sich dennoch bei den Vertragsparteien. Art. 8 UWG ist nur auf Verträge mit Konsumenten anwendbar. Die h. L. versteht darunter zu Recht Verträge zu persönlichen, nicht gewerblichen Zwecken und zieht daraus keine zusätzliche Beschränkung auf Leistungen des üblichen Verbrauchs.²⁷ Woran aber orientiert sich Art. 8 UWG, wenn darin von einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten die Rede ist? Der Vergleich richtet sich primär nach der Rechtslage, die ohne AGB bestehen würde.²⁸ Die vollstreckbare öffentliche Urkunde bewirkt im Vergleich zur normalen Rechtslage bei einer Bürgschaft eine Einschränkung auf sofort beweisbare Einreden und Einwendungen im Sinne des Art. 81 Abs. 2 SchKG. Für alle anderen Vorbringen muss der Bürge die negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG oder die Rückforderungsklage gemäss Art. 86 SchKG anstrengen. Bei beiden Klagen muss der Bürge usanzgemäss die Gerichtskosten und vielleicht sogar die Parteientschädigung vorschliessen (Art. 98 f. ZPO). Bei der Rückforderungsklage kommt hinzu, dass der Bürge bereits bezahlt haben muss und somit das Insolvenzrisiko des Gläubigers oder des Hauptschuldners trägt. Das alles hat mit dem Konzept der Einrede nur noch wenig gemein. Die verschobene Parteirolle, die Tragung des Insolvenzrisikos und die fast schon sicher drohende Pflicht zur Kautionierung zeigen das erhebliche Missverhältnis im Vergleich zur Position des Bürgen, der gemäss Art. 502 OR lediglich die Einrede erheben muss.²⁹ Auch die europäische Richtlinie 93/13/EWG, die Art. 8 UWG Pate gestanden hat,

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 21), N 1152b, m. w. H. und HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff., 186.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 21), N 1153a/b.

²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – VII ZR 324/95, NJW 1997, 2598 ff., 2599; vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 1990 – IX ZR 294/89, NJW-RR 1990, 1265 ff., 1266; vgl. CHRISTIAN FÖRSTER, Problematische Bürgschaftsverpflichtungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WM 2010, 1677 ff., 1682.

erfasst diese und ähnliche Verschlechterungen der prozessualen Situation im Anhang zur Richtlinie in Nr. 1 lit. q.³⁰

Könnte man diesem Ergebnis entgegenhalten, dass die Ausferdigung der öffentlichen vollstreckbaren Urkunde als solche im Gesetz vorgesehen ist und somit gar keine Abweichung vom anwendbaren Recht vorliegen kann, wie dies WOLFSTEINER³¹ in Deutschland vertritt? Das Argument verfängt nicht, denn erstens ist das oben konstatierte Missverhältnis zum Bürgschaftsrecht für die Anwendung des Art. 8 UWG ausreichend. Unabhängig davon geht zweitens das materielle Recht dem Prozessrecht vor. Die Auslegung des dienenden Prozessrechts erfolgt im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts.³² Drittens ist der Missbrauch gerade bei der Bürgschaft evident und besonders naheliegend, da diese im Unterschied zu anderen Verträgen ohnehin der öffentlichen Beurkundung bedarf. Ist man schon mal beim Notar, liesse sich mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde die Einredeordnung des Art. 502 OR mit einem zu einfachen Trick aushebeln.

5. Konsequenzen und praktisches Vorgehen

Die Verbindung einer Bürgschaft mit einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde erweist sich unseres Erachtens infolge Umgehung der zwingenden Einredeordnung des Bürgschaftsrechts als widerrechtlich und somit als nichtig. Ist der Bürge ein Konsument und geht es um allgemeine Geschäftsbedingungen, beruht die Nichtigkeit zusätzlich auf der Verletzung des Art. 8 UWG. Die Stimmen in der

³⁰ THOMAS PFEIFFER, in: Manfred Wolf/Walter Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. A., München 2013, Anhang Nr. 1 lit. q N 144: «Ebenfalls missbräuchlich sind Erschwerungen des Gerichtszugangs. Solche Erschwerungen können (...) auch in anderen gesetzlich nicht vorgesehenen Hindernissen liegen, die der Verbraucher vor einem Verfahren oder als Partei desselben in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher, insbesondere finanzieller Hinsicht überwinden muss.»

³¹ HANS WOLFSTEINER, Zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag, MittBayNot 1995, 438 ff., 438.

³² Vgl. Urteil BGer 4A_346/2013, E. 4.4.3.3 und ZR 2012, 243 ff., 246, E. 2.3.5: «Das Prozessrecht hat eine dienende Funktion und soll dem materiellen Recht zum Durchbruch verhelfen. Es darf daher den Parteien auf dem von ihnen einzuschlagenden Rechtsweg nicht unnötige Hürden formalistischer Art entgegenstellen.»

Lehre, welche eine «direkt vollstreckbare Bürgschaft» als zulässig erachten, berücksichtigen diese Argumente (noch) nicht.³³

Es gilt bei den Konsequenzen zu differenzieren, ob der Bürge zwecks öffentlicher Beurkundung erst beim Notar vorspricht oder der Notar die Bürgschaft in Kombination mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde bereits beurkundet hat.

Der Notar hat ein Gesuch um Beurkundung eines rechtswidrigen Rechtsgeschäfts abzulehnen.³⁴ Bei der Bürgschaftsurkunde handelt es sich regelmässig um ein durch den Gläubiger vorbereitetes, jedoch nur vom Bürgen unterzeichnetes Standardformular. Der Notar oder der Bürge kann den entsprechenden Absatz über die vollstreckbare öffentliche Urkunde streichen, womit eine taugliche Vorlage für die öffentlich beurkundete Bürgschaft vorliegt. Ob dann aber die Sicherheit für den Gläubiger noch ausreicht? Um bösen Überraschungen vorzubeugen, sollte der Bürge dieses Vorgehen nur nach vorgängiger Absprache mit dem Gläubiger wählen.

Hat der Notar die Bürgschaft mit der direkten Vollstreckbarkeit bereits beurkundet, muss der Rechtsöffnungsrichter u. E. von Amtes wegen die Nichtigkeit der Abrede der direkten Vollstreckbarkeit feststellen und somit die definitive Rechtsöffnung verweigern. Der Bürge sollte dies sicherheitshalber im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung selber auch vorbringen. Die Bürgschaft als solche wird im Gegensatz zur vollstreckbaren öffentlichen Urkunde von der Nichtigkeit nicht erfasst (Art. 20 Abs. 2 OR).³⁵ In der Folge liegt «nur» noch eine gewöhnliche Bürgschaft vor, die dem Bürgen die Erhebung der gesamten Palette der im Bürgschaftsrecht vorgesehenen Einreden und Einwendungen ermöglicht.

³³ CHK-VISCHER (Fn. 1), OR 493 N 15; FOUNTOULAKIS (Fn. 1), AJP 2010, 427 f.; mit angedeuteten Einschränkungen KUKO-ERNST/ZELGER (Fn. 1), vor OR 492–512 N 8a.

³⁴ BRÜCKNER (Fn. 23), N 826; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, N 658; STÖCKLI/AESCHIMANN (Fn. 22), ZBGR 2014, 73 ff., 83.

³⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 21), N 1155, 1155b, m. w. H.