

## Urteilkopf

119 Ia 441

51. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Dezember 1993 i.S. X. gegen Z. (staatsrechtliche Beschwerde)

**Regeste (de):**

Provisorische Rechtsöffnung bei Solidarbürgschaft (Art. 493 Abs. 2 und 497 Abs. 4 OR); Willkür.

Die Auffassung, eine Bürgschaft sei ungültig und stelle keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar, weil nicht alle unabhängig voneinander mitverpflichteten Bürgen in der Bürgschaftsurkunde aufgeführt worden sind, ist willkürlich.

**Regeste (fr):**

Mainlevée provisoire en cas de cautionnement solidaire (art. 493 al. 2 et 497 al. 4 CO); arbitraire.

L'opinion selon laquelle un cautionnement ne serait pas valable et ne représenterait pas un titre de mainlevée provisoire, parce que toutes les cautions engagées indépendamment les unes des autres n'ont pas été mentionnées dans l'acte même, est arbitraire.

**Regesto (it):**

Rigetto provvisorio dell'opposizione nel caso di una fideiussione solidale (art. 493 cpv. 2 e 497 cpv. 4 CO); arbitrio.

È arbitraria la concezione secondo cui una fideiussione non è valida e non costituisce un titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione, poiché non tutti i fideiussori obbligati indipendentemente gli uni dagli altri sono stati menzionati nell'atto di fideiussione.

Erwägungen ab Seite 442

BGE 119 Ia 441 S. 442

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Amtsgerichtspräsident - auf den der Appellationshof verweist - hat ausgeführt, gemäss Art. 493 OR unterlägen nicht nur die in der Bürgschaftsverpflichtung objektiv wesentlichen Punkte der Formvorschrift des Abs. 2 dieser Bestimmung, sondern nach Art. 12 OR auch sämtliche subjektiv wesentlichen Punkte. Die Übernahme der Bürgschaft unter der Voraussetzung, dass daneben noch andere Bürgen sich für die gleiche Schuld im Sinne von Art. 497 Abs. 4 OR (Mitbürgen, Nebenbürgen) verpflichtet hätten, bilde einen solchen subjektiv wesentlichen Punkt. Weil die mitverpflichteten Bürgen in der Bürgschaftserklärung vom 20. Dezember 1990 nicht aufgeführt worden seien, habe dies die Ungültigkeit der Bürgschaft zur Folge (Art. 493 Abs. 1 OR). Der Beschwerdeführer wendet dagegen im wesentlichen ein, der Umstand, dass noch andere Bürgen für die gleiche Schuld haftet hätten, sei kein subjektiv wesentlicher Punkt, welcher von der Formvorschrift gemäss Art. 493 OR hätte umfasst werden müssen. Der Appellationshof habe demzufolge Bundesrecht krass und unrichtig ausgelegt. c) Der öffentlichen Beurkundung nach Art. 493 Abs. 2 OR unterliegen alle objektiv und subjektiv wesentlichen Angaben (GIOVANOLI, N. 17 und 37 zu Art. 493 OR; SCHÖNENBERGER, N. 22 zu Art. 493 OR; TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, N. 3726; SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, SPR VII/2, S. 400; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, N. 493). Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist, dem Bürgen die Tragweite seiner Verpflichtung vor Augen zu führen und ihn vor übereilten Bürgschaftsversprechen abzuhalten (BGE 111 II 175 E. 3a S. 178). Von der Formvorschrift werden alle Punkte umfasst, welche die Rechtsstellung des Bürgen erschweren, nicht aber diejenigen, die

den Vertrag bloss in einem Nebenpunkt ergänzen oder die Stellung des Bürgen ausschliesslich in dessen Interesse erleichtern  
BGE 119 Ia 441 S. 443

(BGE 50 II 245 E. 2b S. 249, BGE 44 II 61 E. 3 S. 64; GIOVANOLI, loc.cit.; SCHÖNENBERGER, N. 26 und 28 zu Art. 493 OR; TERCIER, loc.cit.; SCYBOZ, a.a.O., S. 400/401; SCHMID, a.a.O., N. 502; BECK, Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942, N. 11 zu Art. 493 OR). Nach SCHMID (a.a.O., N. 521) stellt die Mitbürgschaft eine Erleichterung des Bürgen dar. Der Amtsgerichtspräsident hat seine Ansicht auf GIOVANOLI (N 17 zu Art. 493 OR a.E.) abgestützt. Dieser Autor erblicke einen subjektiv wesentlichen Punkt bei der Übernahme einer Bürgschaft in der Voraussetzung, dass noch andere Bürgen für die gleiche Schuld bürgten (sog. Mitbürgschaft gemäss Art. 497 Abs. 4 OR). Auch der Appellationshof, der auf den erstinstanzlichen Entscheid verweist, übersieht, dass dieser Autor offenbar den Fall anvisiert, wo der Verpflichtungswille eines Bürgen von einem Engagement zusätzlicher Garanten abhängig gemacht wird, was hier eindeutig nicht zutrifft. Denn in der Solidarbürgschaftsverpflichtung des Beschwerdegegners vom 20. Dezember 1990 ist von anderen Bürgen überhaupt nicht die Rede, weshalb die eingegangene Schuld nur eine Bürgschaft mehrerer voneinander unabhängiger Personen im Sinne von Art. 497 Abs. 4 OR sein kann. In diesem Fall haben die einzelnen Bürgen keine Beziehungen untereinander, und sie wissen nicht, dass sich noch weitere Personen verbürgt haben (SCHÖNENBERGER, N. 74 zu Art. 497 OR; SCYBOZ, a.a.O., S. 422 lit. A; BECK, N. 67 zu Art. 497 OR; OR-PESTALOZZI, N. 27 zu Art. 497 OR). Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum der Umstand, dass die anderen Bürgen in der Bürgschaftsurkunde nicht erwähnt werden, einen Formmangel begründen soll, wenn das Vorhandensein anderer Garanten für den einzelnen Bürgen grundsätzlich ohne Bedeutung ist. Ein subjektiv wesentlicher Punkt gemäss dem Zitat von GIOVANOLI (loc.cit.) scheint aber dann vorzuliegen, wenn ein Bürge sich nicht allein für die Hauptschuld verpflichten will. Dieser Tatbestand beschlägt jedoch Art. 497 Abs. 3 OR mit den dort vorgesehenen Rechtsfolgen (vgl. SCYBOZ, a.a.O., S. 423 ff.), wo indessen nicht verlangt wird, dass die andern Bürgen in der Bürgschaftsurkunde erwähnt werden. Das Ergebnis würde vorliegendenfalls wahrscheinlich auch nicht anders ausfallen, wenn von einer Mitbürgschaft auszugehen wäre. Eine solche erheischt weder eine ausdrückliche Erklärung noch die Verwendung des Ausdrucks "Mitbürge"; das kann sich aus den Umständen ergeben (SCYBOZ, a.a.O., S. 424). Die Lehre hält zudem dafür, dass die Gemeinsamkeit der Verbürgung nicht öffentlich beurkundet  
BGE 119 Ia 441 S. 444

werden muss (BECK, N. 10 zu Art. 497 OR; SCHÖNENBERGER, N. 15 zu Art. 497 OR). d) Aus dem Gesagten erhellt, dass die Ansicht des Appellationshofes unhaltbar ist, die Bürgschaftsverpflichtung sei ungültig und stelle somit keinen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar, da nicht sämtliche Bürgen in der Urkunde aufgeführt worden seien. Die weiteren Rügen des Beschwerdeführers, insbesondere das Fehlen eines subjektiv wesentlichen Punktes führe nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, sind deshalb nicht mehr zu prüfen.