

BGE 129 III 702 – Die Qualifikation als Bürgschaftsvertrag^{*}

**Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 23. September 2003,
i.S. X. AG gegen A. (Berufung)**

von Andreas Abegg^{}**

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma schloss am 6. März 1996 einen Leasingvertrag über einen Kleinbus für 15 Personen ab und unterzeichnete zugleich mit der Leasinggeberin eine Schuldanerkennung für die Leasingraten. Der Leasingvertrag sowie die Schuldanerkennung wurden einerseits vom Leasingnehmer und andererseits "solidarisch" bzw. als "Solidarschuldner" von dessen Tochter und dessen Ehefrau unterzeichnet. Die Schuldanerkennung gab den Wortlaut der Artikel 143, 144 und 147 OR zur Solidarschuld wieder. Zwei Monate später erlitt der Leasingnehmer mit dem geleasten Fahrzeug einen Unfall. In der Folge unterschrieb er mit seiner Tochter eine Schuldanerkennung gegenüber der Leasinggeberin über Fr. 22'000.-, zahlbar in 48 Monatsraten à Fr. 450.- zuzüglich einer Schlussrate von Fr. 400.-. Die Tochter verweigerte jedoch die entsprechende Zahlung und wurde betrieben. Nach der provisorischen Rechtsöffnung wurde ihre Aberkennungsklage vom Bezirksgericht Baden am 26. Februar 2002 zunächst abgewiesen, jedoch vom Obergericht am 27. Februar 2003 gutgeheissen. Die Berufung hiergegen wies das Bundesgericht mit dem Entscheid BGE 129 III 702 vom 23. September 2003 ab.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Die *Erwägungen des Bundesgerichts* konzentrieren sich ganz auf die vorgebrachte Rüge, von der Vorinstanz sei zu Unrecht nicht eine kumulative Schuldübernahme, sondern eine Bürgschaft angenommen worden, die mangels Einhaltung der Formvorschriften ungültig sei. Nachdem das Bundesgericht die grundsätzlichen rechtlichen Unterschiede – insbesondere der Akzessorietät – dargelegt hat (E. 2.1, S. 704), stellt es fest, dass sowohl kumulative Schuldübernahme wie auch Bürgschaft oftmals derselben *wirtschaftlichen Rationalität* folgen, nämlich die Position des Gläubigers abzusichern. Weiter legt das Bundesgericht dar, dass der Gesetzgeber aus *Schutzüberlegungen* wesentliche rechtliche Unterschiede in den

^{*} Der vorliegende Text wurde in der Zeitschrift Aktuelle Juristische Praxis AJP 10/2004, S. 1254-1259 publiziert. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die entsprechende Seitennummerierung.

^{**} Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt (ZH); der Autor forscht zurzeit im Rahmen seiner Habilitationsschrift zum Schuldvertrag zwischen Staat und Privaten. andreas.abegg@unifr.ch.

beiden Rechtsinstituten in Kauf genommen habe – vor allem mit den strengen Formvorschriften des Bürgschaftsvertrages, um den Bürgen vor Übereilung zu schützen und um ihm den Inhalt der Verpflichtung bewusst zu machen. Mit dieser "Inkohärenz der Rechtsordnung" zwischen "Wahlfreiheit zwischen zwei Rechtsinstituten" und Schutzrecht des einen Rechtsinstituts liege folglich – so das Bundesgericht weiter – in casu ein Konflikt zwischen der Vertragsfreiheit und Schutzrecht vor. Mit dem 1941 erlassenen Schutzrecht sei sich der Gesetzgeber der Gefahr der Umgehung etwa mit einem formlosen Garantievertrag bewusst gewesen, habe sich jedoch dagegen entschieden, die Formvorschriften auf andere Sicherungsabreden auszudehnen. Daraus sei zu schliessen, dass insofern *keine Einschränkung der Vertragsfreiheit* vorliege, die Schutzvorschriften des Bürgschaftsvertrages nicht auf andere Rechtsgeschäfte [1255] zu übertragen seien und dass damit "die Parteien nach freiem Willen bestimmen können, welche Form von Sicherungsgeschäft sie wählen ..." (E. 2.1-2.3, S. 704-707)

Zufolge der festgestellten Vertragsfreiheit kommt es gemäss Bundesgericht somit auf den Willen der Parteien an. Um die Vertragsform – *Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme* – zu bestimmen, wendet sich das Bundesgericht ausführlich der normativen Auslegung der Vertragstypenbezeichnung der Parteien zu, da die Vorinstanz keine Feststellungen über den tatsächlichen Willen der Parteien getroffen habe. Eine strikte Auslegung nach dem Wortlaut sei bei geschäftserfahrenen, im Gebrauch von Fachbegriffen gewandten Personen angezeigt (E. 2.4, S. 707 f.). Weil es sich jedoch bei der einen Partei um eine nicht geschäftsgewandte Person handle, könne dagegen nicht ohne weiteres von einem klaren Vertragswortlaut auf den Willen geschlossen werden.

"[Daher ist] zum Schutze der sich verpflichtenden Partei erforderlich, dass im Vertrag selber für die nicht geschäftsgewandte Partei klar verständlich und in individueller, d.h. nicht formularmässiger Weise, dargelegt wird, dass sich der Interzedent der Tragweite der eingegangenen Verpflichtung bewusst ist und aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform einer Bürgschaft verzichtet wird ..." (E. 2.4.2 und 2.4.3, S. 708 f.)

Soweit dies – wie im vorliegenden Fall – nicht geschehen sei, könne folglich

"... nicht davon gesprochen werden, dass sie von der ihr zustehenden autonomen Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Sicherungsabreden ... Gebrauch gemacht hat." (E. 2.5, S. 709 f.)

Da das Bundesgericht keinen freien Willen zur Eingehung einer kumulativen Schuldübernahme eruieren konnte, griff es sodann auf das Abgrenzungskriterium zurück, ob ein "erkennbares eigenes Interesse am Geschäft" vorliege. Denn gerade aus dem Umstand, dass bei der Bürgschaft oft ein Eigeninteresse fehle und es sich häufig um ein uneigennütziges Geschäft zugunsten Familienangehörigen oder Freunden handle, sei die Bürgschaft besonderen Formvorschriften unterstellt worden (E. 2.6, S. 710 f.). Das Bundesgericht konnte denn auch im vorliegenden Fall kein eigenes rechtsrelevantes Interesse der Tochter am Hauptgeschäft ausmachen. Als einzigen Grund, wieso die Sicherungsnehmerin eine "solidarische

Verpflichtung" verlangte, war vielmehr die mangelnde Kreditwürdigkeit des Vaters auszumachen.

"[Dies spricht] für eine Bürgschaft, namentlich wenn die Verpflichtung für einen nahen Verwandten eingegangen wurde und damit die Vermutung nahe liegt, es sei dem Bürgen allein darum gegangen, ihm zu helfen."

Bemerkungen

1. Es fällt am vorliegenden Fall unmittelbar auf, dass die dogmatischen Fragen untrennbar mit der Qualifikation verknüpft sind. Wird der Vertrag als formpflichtige Bürgschaft (Art. 493 OR) qualifiziert, so liegt in casu ein Formfehler vor, der zur Ungültigkeit (Art. 11 OR) führt (vgl. E. 2, S. 703 f.). Mit dem Entschluss, die Parteibeziehung rechtlich als einen bestimmten Vertragstypus zu behandeln, wird somit eine wichtige Weiche in Bezug auf das zwingende Recht gestellt. Als Garantievertrag oder kumulative Schuldübernahme unterstände die Parteibeziehung kaum korrigierender Eingriffe des (politischen) Gesetzgebers (vgl. Art. 11 und 19 Abs. 2 OR) in die durch das Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) abgesicherte wirtschaftliche Rationalität des Schuldvertragsrechts; Garantie und kumulative Schuldübernahme erweisen sich somit als ein Ort der fast ausschliesslichen direkten Kopplung mit der ökonomischen Systemlogik. Andere Systemlogiken dringen in die derart ökonomisch dominierte Welt nur schwerlich ein; entsprechende Normen haben die Hürden der Generalklauseln, der analogen Anwendung oder der richterlichen Gesetzesergänzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu nehmen. Umso dringender stellt sich hier die zumeist stiefmütterlich behandelte Frage, *nach welchen Regeln der Qualifikationsentscheid gefällt werden muss.*¹

2. Die Ausführungen zur Qualifikation in BGE 129 III 702 sind zumindest missverständlich, wenn erstens festgehalten wird, "die Parteien nach freiem Willen bestimmen können, welche Form [sic] von Sicherungsgeschäft sie wählen ..." (E. 2.2, S. 706 f.), sie insofern also "Vertragsfreiheit" geniessen, und sodann die entsprechenden Äusserungen der Parteien zur Vertragstypenbezeichnung dem Bundesgericht zu ausführlichen Erwägungen Anlass geben. Festzuhalten ist zunächst der zentrale Grundsatz, dass *die Qualifikation dem Willen der Parteien entzogen ist*; die Beantwortung der Rechtsfrage, welchem Vertragstypus ein bestimmtes Vertragsverhältnis zuzuordnen ist, steht nur dem Gericht zu. Von diesem Grundsatz ist der Wille der Parteien zu unterscheiden, den Vertrag unter bestimmte typenfremde Regeln zu stellen. Zunächst ist somit durch Auslegung der entsprechenden Willenserklärungen zu ergründen, ob die Parteien eine private rechtliche Würdigung des Vertragstypus vornahmen, oder ob sie typenfremde Regeln vereinbaren wollten. Besteht eine Vereinbarung über die Anwendung typenfremder Regeln, so ist sie grundsätzlich zu beachten. Dabei werden unter Umständen typenfremde zwingende und dispositive Normen zu Eigennormen. Eine solche Vereinbarung kann jedoch nicht beeinflussen, ob die typeneigenen zwingenden

¹ Vgl. immerhin ausführlich BGE 113 II 434 (1987), S. 438.

Bestimmungen anwendbar sind.² Die Wichtigkeit der Qualifikation ergibt sich folglich vorerst daraus, dass zwingende Form- und Inhaltsnormen, die sich im Bereich eines bestimmten Typus befinden, auf einen entsprechend qualifizierten Vertrag erstens grundsätzlich in toto und zweitens ohne oder auch gegen den Parteiwillen Anwendung finden. [1256]

3. Nach traditioneller Lehre und Rechtsprechung ist die Qualifikation derart vorzunehmen, dass der – bereits ausgelegte – vereinbarte Vertragsinhalt der gesetzlichen Vertragstypendefinition entspricht, die ihrerseits ebenfalls auszulegen ist.³ So bestimmt Art. 492 OR, dass durch den Bürgschaftsvertrag sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners verpflichtet, für die Erfüllung der Schuld einzustehen (Abs. 1) und jede Bürgschaft eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraussetzt (Abs. 2, erster Satz). Die kumulative Schuldübernahme wird zwar nicht vom Gesetz, jedoch von Lehre und Rechtsprechung definiert, und zwar als Vertrag zwischen dem Gläubiger oder dem Schuldner und einem Dritten, worin dieser die Schuld solidarisch mitübernimmt, indem der Dritte dem Gläubiger verspricht, die Verpflichtung des Schuldners zu erfüllen, ohne dass der Schuldner durch diese Verpflichtung befreit werden soll.⁴

Mit einem engen Verständnis von 'Vertragstypendefinition' wird nun die *Qualifikation nach primär wirtschaftlichen Funktionalitätskriterien* vorgenommen, was durchaus dem ursprünglichen Konzept der fast ausschliesslich wirtschaftsorientierten Kodifikation des Obligationenrechts und der entsprechenden Methode entspricht.⁵ Diesem Weg folgt zunächst das Bundesgericht: Die Schuldübernahme unterscheidet sich von der Bürgschaft dadurch, dass bei der Schuldübernahme die eigenständige Befriedigung des Gläubigers bezweckt werde (E. 2.1, S. 704). Des Weiteren sucht das Bundesgericht durch Auslegung den entsprechenden (d.h. in casu normativ ausgelegten) Parteiwillen zu ergründen, um anhand dessen

² Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. 5, Obligationenrecht. Teilbd. 1, Allgemeine Bestimmungen; b; Kommentar zu Art. 18 OR (Zürich, 1980), N 222 ff.; Kramer, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht; Band VI, 1. Abteilung; Allgemeine Bestimmungen; 1. Teilband; Art. 1-18 OR (Bern, 1986), BK Art. 1-18 OR, Art. 18 OR, N 83 ff.; Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil; Band I (Zürich, 2003), N 1039.

³ Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. 5, Obligationenrecht. Teilbd. 1, Allgemeine Bestimmungen; b; Kommentar zu Art. 18 OR (Zürich, 1980), N 224 ff.; Kramer, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht; Band VI, 1. Abteilung; Allgemeine Bestimmungen; 1. Teilband; Art. 1-18 OR (Bern, 1986), Art. 18 OR, N 84; Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil; Band I (Zürich, 2003), N 1038 m.w.H.

⁴ Gauch/Schluemp/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil; Band II (Zürich, 2003), N 3755; vgl. BGE 129 III 702 (2003), S. 704, der zudem auf BGE 113 II 434 (1987) E. 2 S. 435 f. und Urteil 4C.191/1999 vom 22. September 1999, E. 1a, publ. in: SJ 2000 I S. 305, verweist. Der Leitsatz von BGE 129 III 702, in welchem die kumulative Schuldübernahme Art. 143 OR (Solidarschuld) zugewiesen wird, ist insofern missverständlich. Richtig dagegen das Bundesgericht in E. 2.1, S. 704.

⁵ Zur Funktionalität des Wirtschaftsrechts siehe Schluemp, Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, Walder/Jaag/Zobl (Hg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 139-180 (Zürich, 1994), S. 139 ff.

die Vertragstypenqualifikation vorzunehmen. Doch trotz klarem Wortlaut der Parteivereinbarung (vgl. S. 707) und einem klaren Bekenntnis des Bundesgerichts zur Vertragsfreiheit (S. 706) lehnt es das Bundesgericht ab, den Vertrag als kumulative Schuldübernahme zu qualifizieren, und zwar mit folgender Begründung:

"Bei nicht geschäftsgewandten Vertragsbeteiligten darf nicht ohne weiteres vertrauenstheoretisch von einem klaren Vertragswortlaut auf den Willen geschlossen werden. Wollen solche Parteien tatsächlich eine kumulative Schuldübernahme oder eine Garantie anstelle einer Bürgschaft wählen, was ihnen nach dem vorstehend (Erwägung 2.3) Dargelegten frei steht, ist für die Kundgebung ihres klaren diesbezüglichen Willens mehr erforderlich als die blossе Verwendung präziser juristischer Fachausdrücke wie 'Garantie' oder 'solidarische Mitverpflichtung', allenfalls gekoppelt mit Zitaten der entsprechenden Gesetzesbestimmungen, damit es bei einer grammatikalischen Auslegung des Vertrages sein Bewenden haben kann."

Damit schliesst das Bundesgericht zwar zunächst an ein *klassisch-liberales Konzept von Privatrecht* an, das sich primär auf die Willensfreiheit bezieht: Mit diesem Verständnis ergibt sich die Reziprozität der Leistungen als Folge aus der freien komplementären Willensbeziehung und der gegenseitigen Leistungsbeziehung, unter Ausschluss von Staats- und Gesellschaftsinteressen, rechtlich abgesichert durch das Prinzip der Vertragsfreiheit. Vorausgesetzt und rechtlich zu sichern sind somit die Freiheit des Wirtschaftssubjektes und die Freiheit dessen Willens.⁶ Sodann wendet das Bundesgericht allerdings – ohne direkt darauf Bezug zu nehmen – das Konzept der *strukturellen Parität (Waffengleichheit)* an: Gleichgewichtigkeit und (der hier nicht zur Debatte stehende) Wettbewerb sind unabdingbare Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit; die vergleichbare Marktposition muss durch zusätzliche privatrechtliche Rechte und Pflichten hergestellt werden. In casu muss die strukturell unterlegene Partei derart informiert werden, dass sie ein ökonomisch-rationales Verhalten kognitiv erfassen und umsetzen kann. Konkret – so das Bundesgericht – muss der Vertrag 1) in nicht formularmässiger Weise derart formuliert werden, dass ihn 2) eine nicht geschäftsgewandte Person versteht, d.h. a) sich der Tragweite der eingegangenen Verpflichtungen bewusst ist und b) erkennt, aus welchen Gründen auf die Wahl der Rechtsform der Bürgschaft verzichtet wird (vor allem E. 2.4.3, S. 709).⁷ Dem ist – nach dem angesprochenen Konzept der Waffengleichheit – als weitere (dem

⁶ Zu den philosophischen Grundlagen vgl. *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft (Hamburg, 1993/1788), S. 58. Zu den Hintergründen dieses klassisch-liberalen Konzepts des 19. Jahrhunderts vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 382 f. Die wirtschaftliche Selbständigkeit, als weitere Vorbedingung vorausgesetzt, ergibt sich in diesem Konzept aus der staatlich zu sichernden (aber nicht staatlich herzustellenden) Eigentumsposition.

⁷ Zu den Grundlagen vgl. unter vielen *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz (Baden-Baden, 1984), S. 843 ff.; zum Informationsungleichgewicht und Marktversagen vgl. die grundlegende ökonomische Studie von *Akerlof*, The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 84 488-500 (1970), S. 488 ff.

Bundesgericht wohl selbstverständliche) Voraussetzung hinzuzufügen, dass die zu schützende Partei der entsprechenden Einsicht gemäss frei handeln kann.⁸ [1257]

4. Seit der doppelten Ausrichtung des Schuldvertragsrechts auf autonome Wirtschaft durch Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) *und* auf (vor allem politisch vorgegebene) 'Sozialkompatibilisierung' (Art. 19 Abs. 2 und Art. 11 OR), insbesondere seit der Revision des OR 1905-1911, *muss auch die Qualifikation und die vorangehende Vertragsinhaltsauslegung diese Doppelbewegung, d.h. die doppelte – politische und wirtschaftliche – Ausrichtung des Schuldvertragsrechts abbilden.*⁹ So ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung im Resultat bei der Abgrenzung von Bürgschaft und Garantievertrag neben der wirtschaftlichen Funktionalität des Vertrags besonders zu berücksichtigen, dass bei Personen, die keine rein wirtschaftlichen Interessen an der Bürgschaft haben, in der Regel die mildere Verpflichtung, also die akzessorische Bürgschaft, anzunehmen ist, während insbesondere bei geschäftsgewandten Kreditgebern eher Garantien zu vermuten sind. Soweit die Akzessorietät als Definition des Bürgschaftsvertrages verstanden wird, ergibt sich eine nicht zu vermeidende Zirkularität: Die Parteienvereinbarung wird aufgrund der Schutzbedürftigkeit als akzessorische Bürgschaft ausgelegt und entsprechend qualifiziert, womit die Akzessorietät zur Verwirklichung des Schutzes führt.¹⁰ Es geht folglich darum, die Schutznormen des Bürgschaftsrechts jener Anwendung zuzuführen, für die sie vom Gesetzgeber vorgehen waren: Es geht um die Verwirklichung der entsprechenden Policy.¹¹ Trotz dem Bekenntnis zur Vertragsfreiheit schwingt dies freilich in jenen Erwägungen des Bundesgerichts, die sich mit der freien Willensäusserung der Parteien befassen, bereits mit, wird jedoch dem dominanten Bezug zum freien Willen gegenüber gestellt (E. 2.1-2.4, S. 704-710). Subsidiär – soweit der Vertragstext keine entsprechende (freie) Erklärung enthält – bekennt sich das Bundesgericht allerdings zu dieser Vorgehensweise (E. 2.5, S. 709). Schutznormen (oder genauer: sozialkompatibilisierende Normen) und die Verwirklichung deren Policy müssen allerdings bereits von Beginn weg in die Frage der Qualifikation und der Vertragsinhaltsauslegung einbezogen werden.

Doch welches Schutzrecht? Die zielgenaue Erfassung des Schutzrechts ist heute nur möglich anhand des Rückgriffs auf vergangene Lösungswege sowie der gleichzeitigen Vor-

⁸ Zum Begründungskonzept der strukturellen Imparität siehe grundlegend: *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz (Baden-Baden, 1984), S. 843 ff.; zum Informationsungleichgewicht und Marktversagen grundlegend *Akerlof*, The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 488-500 (1970), S. 488 ff.

⁹ Zum Ganzen vgl. unter vielen: *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts (Basel, 1888-1893), Band IV, S. 299 f.; *Lotmar*, Der Dienstvertrag, Rückert (Hg.), Philipp Lotmar: Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie 1 ff. (Frankfurt a.M., 1992/1902), S. 71.

¹⁰ Vgl. z.B. BGE 113 II 434 (1987), S. 438.

¹¹ Policy wird hier verstanden als politisches Leistungsprogramm und generell als Programm zur Kompatibilisierung von Systemen. Siehe hierzu grundlegend: *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgemeinschaft (Baden-Baden, 2001), S. 290 ff.

wegnahme der vertragsrechtlichen Folgeordnung – zur Vermeidung von Übersetzungsfehlern zwischen Recht und (primär) Wirtschaft einerseits und zur besseren Ausrichtung des Rechts an die 'Gesellschaft des Rechts' andererseits¹²; *Empirie und Rechtsfolgenorientierung* dienen als Entscheidungsgründe in Auslegung und vor allem Qualifikation, was auch im Urteil des Bundesgerichts – wenn auch nicht beim Wort genannt – zum Ausdruck kommt: Das Bundesgericht lässt sich von der in langjähriger Praxis entwickelten Fallgruppe leiten und stützt die Qualifikation massgeblich auf deren materielle Folgen ab (E. 2.6 und 2.7, S. 710 f.).¹³

Grund für die Absicherung mit Empirie und Rechtsfolgenorientierung ist, dass sich seit dem Zeitpunkt, da Politik begann, in die wirtschaftsbezogene Rationalität des Schuldvertragsrechts vor allem mit Schutzrecht einzugreifen, das beinahe ausschliesslich ökonomisch orientierte Konditionalprogramm nicht mehr durchhalten liess. In nuce kann angenommen werden, dass nach einer kurzen klassisch-liberalen Epoche nach der grossen Wirtschaftskrise ab 1873 die wirtschaftliche Steuerung zum Teil an den Gesetzgeber, d.h. vor allem: die Politik, zurückfiel. Unter gleichzeitiger Beibehaltung der ökonomisch-liberalen Ziele verstärkte sich die Anstrengung der Politik, die vom freien Markt versprochenen Ziele unter anderem mit (Wirtschafts-) Recht einzulösen.¹⁴ In dieser neuen Funktionalität des Rechts liegt die Forderung nach Folgenberücksichtigung begründet.¹⁵ Rechtsfolgen konnten nun nicht mehr einfach billigend in Kauf genommen werden. Denn das zusätzliche politische Leistungsprogramm in zwingenden Form- und Inhaltsnormen brachte eine Alternative zum Wirtschaftsbezug, indem die *evolutionäre Marktgesellschaft jeweils ad-hoc einer gesellschaftsorientierten Operationsweise – d.h. der Ausrichtung [1258] an der*

¹² Vgl. *Gauch*, Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage des zwingenden Charakters (BGE 115 II 464 ff.), recht 9-22 (1992), S. 20; siehe ebenso: *Wiethölter*, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ 126-139 (1985); *Teubner*, Recht als autopoietisches System (Frankfurt a.M., 1989), S. 102; S. 139.

¹³ Vgl. auch ZR 91 Nr. 29, S. 99 (Entscheidung des Zürcher Handelsgerichts vom 10.9.91); BGE 113 II 434 (1987), S. 438; BGE 4C.228/2000, E. 3. Missverständlich dagegen BGE 115 II 464 (1989), S. 467, in Bezug auf den umstrittenen zwingenden Charakter von Art. 404 OR: "Dabei geht es nicht um die dispositive oder zwingende Natur einzelner auftragsrechtlicher Bestimmungen, insbesondere von Art. 404 Abs. 1 OR, sondern um die Anwendbarkeit des Auftragsrechts überhaupt." Grundlegend hierzu *Wiethölter*, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, Teubner (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht 89-120 (Baden-Baden, 1995), S. 89 ff.

¹⁴ *Brüggemeier*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts 9-81 (Bremen und Frankfurt a.M., 1980), S. 73.

¹⁵ *Schlupe*, Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, Walder/Jaag/Zobl (Hg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 139-180 (Zürich, 1994), S. 158 f. und S. 163 f.; siehe zudem *Meier-Schatz*, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 101 I 267-312 (1982), S. 283 f. und *Berger*, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG (Diss.) (Zürich, 1997), S. 13 f.; siehe auch m.w.H. *Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Zürich, 2004).

*'Vermachtung' der Wirtschaft (Wettbewerb) sowie der Absicherung bestimmter Gesellschaftsbereiche – zugeführt werden sollte.*¹⁶

5. Dieses Programm, das zwingendes Form- und Inhaltsrecht und dessen Funktionalprogramm einbezieht und sich an der Doppelbewegung von Konstituierung und Kompatibilisierung von autonomen Handlungsräumen ausrichtet, muss *in die Auslegung und Qualifikation, oder – wenn man daran festhalten will – in die Vertragstypendefinitionen einfließen*. Dies ist zu erläutern und im Hinblick auf die operative Berücksichtigung von Schutzrecht bei Auslegung und Qualifikation zu präzisieren:

a. Steht bei der Vorwegnahme der vertragsrechtlichen Folgeordnung die *Anwendung von gesellschaftsorientiertem, kompatibilisierendem Schutzrecht nicht zur Debatte*, rechtfertigt sich die Qualifikation anhand des Kriteriums wirtschaftlicher Funktionalität – dogmatisch vor allem mit Bezug auf die Vertragstypendefinitionen wie z.B. jener zur kumulativen Schuldübernahme.

Soweit sich Freiheiten aus strukturellen Problemen der Politik ergeben, die gesellschaftsorientierte Kompatibilität freier Ordnungsbildungen durch Recht herzustellen (insbesondere aus dem Umstand, dass laufende – vor allem technische, aber auch wirtschaftliche – Entwicklungen noch keine Ansatzpunkte für eine rechtliche Erfassung erkennen lassen), handelt es sich um ein Experimentalprogramm, dessen Folgen es zu beobachten gilt. *Die Freiheit gilt bis auf Widerruf*. Der Widerruf – auch durch das Gericht – muss dann erfolgen, wenn die Anzeichen von *Inkompatibilitäten*, die zunächst mehr oder minder unwahrscheinlich schienen, sich verdichten oder sich eine Inkompatibilität gar verwirklicht, wobei das Ziel einer pluralen und auf gleicher Freiheit beruhenden Gesellschaft im Fokus bleiben muss.¹⁷

b. Steht *die wirtschaftliche Funktionalität gegen die Kompatibilisierung der freien Ordnung mit der Gesellschaft durch Schutzrecht*, so besteht – wie auch das Bundesgericht festgestellt hat (E. 2.3, S. 705 f.) – eine rechtsinterne Kollision.¹⁸ Da man es mit einer Kollision von ausdifferenzierten Systemlogiken zu tun hat, kann keine vollständige Integration er-

¹⁶ Siehe bereits *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts (Basel, 1888-1893), Band IV, S. 212; ebenso: *Polanyi*, The Great Transformation (Beacon Hill, 1957), S. 94 ff.; ähnlich *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M., 1993), S. 449 ff.; *Amstutz*, Historizismus im Wirtschaftsrecht, Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), S. 29. Zur schweizerischen Wirtschaftsgeschichte vgl. *Balthasar/Gruner*, Soziale Spannungen - wirtschaftlicher Wandel: Dokumente zur Schweiz zwischen 1880 und 1914 (Bern, 1989), S. 27 f.; *Winzeler*, Die Wirtschaftsfreiheit in der schweizerischen Verfassungsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, ZSR 113 I 409-432 (1994), S. 416 ff.

¹⁷ Siehe hierzu ausführlich *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M., 1993), S. 141 ff.; *Teubner*, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes, Rechtshistorisches Journal 17 234-265 (1998), S. 234 ff..

¹⁸ Vgl. *Teubner*, Recht als autopoietisches System (Frankfurt a.M., 1989), S. 127 ff.; *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft (Baden-Baden, 2001), S. 44.

reicht werden, sondern es muss gemäss Teubner vielmehr im Zentrum stehen, dass die eine Systemlogik nicht gegen zentrale Gerechtigkeitspostulate (d.h. vor allem die Absicherung und Erhaltung der entsprechenden, zum Beispiel familiären Handlungslogik¹⁹) verstösst.²⁰

Handelt es sich bei zwingendem Recht vornehmlich um 'planlose' Normen, die ad hoc immer wieder von neuem das evolutionäre System der Marktwirtschaft erhalten und zugleich gesellschaftskompatibel machen müssen, so folgt daraus, dass keine generell-abstrakte Supra-Norm für Kollisionen divergierender privatrechtlicher Programme oder im Einzelnen für Kollisionen der soeben erläuterten Art zu haben ist. Immerhin bestehen jedoch – wie es Amstutz genannt hat – *Signalnormen, die auf den Systemkonflikt aufmerksam machen und zu einschlägigen Präjudizien führen*.²¹ Mit Hilfe der gefundenen Präjudizien (als Absicherung durch Empirie) wird das Wagnis der Anwendung zwingenden Rechts, welches durch seine Funktion gerechtfertigt und fortlaufend daraufhin überprüft werden muss, eingegangen.²² Amstutz weist darauf hin, dass sich die rationale Methode (in der Tradition von Descartes und Spinoza) mittels Deduktion – vergangenheitsorientiert – allein für die Verwaltung der bereits vorhandenen Rechtsinstitutionen (*neminem laedere*, usw.) eigne. Bei den Normen, welche das Marktprinzip aufrechterhalten und erträglich machen sollten, sei dies nicht möglich, da diese ad hoc entstünden. Hier brauche es vielmehr eine empiristische Methode, welche die Erfahrung als Quelle verwende, womit der entsprechenden Begründung mehr Gewicht zuzumessen sei.²³ [1259]

Mit der Orientierung auf Zukunft hin (Folgenberücksichtigung) erfolgt die *Einpassung von zwingenden Form- und Inhaltsnormen 'bis auf Widerruf hin'*; zwingendes Recht wird gewagt.²⁴ Amstutz ist in der zentralen Aussage zuzustimmen, dass sich Policies (hier ver-

¹⁹ Im Obligationenrecht sind zahlreiche Normen zu verzeichnen, die dieser Funktion folgen: vgl. unter vielen Art. 325 Abs. 2 OR zur Abtretung und Verpfändung von künftigen Lohnforderungen, Art. 325 Abs. 1 OR zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten (besonders prägnant dazu BGE 117 III 52 (1991), S. 54 ff.), Art. 125 OR zur Verrechnung bei Unterhaltsansprüchen und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, Art. 266m zur Zustimmungspflicht des Ehegatten bei Kündigung durch den Mieter sowie Art. 272 und 273 OR zur Erstreckung des Mietverhältnisses), Art. 406h OR zur Ehe- und Partnerschaftsvermittlung und in einem weiteren Sinn Art. 417 OR zum Mäklervertrag.

²⁰ Teubner, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes, Rechtshistorisches Journal 17 234-265 (1998), S. 254 ff.; Teubner, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 83 388-404 (2000), S. 389 ff.

²¹ Amstutz, Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft (Baden-Baden, 2001), S. 326 ff.

²² Vgl. Ibid., S. 326 ff.

²³ Ibid., S. 307 ff.; Amstutz, Historizismus im Wirtschaftsrecht, Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), S. 28 f.

²⁴ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M., 1993), S. 141 ff.; Wiethölter, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, Teubner (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht 89-120

standen als politische Leistungsprogramme und generell: als Programme zur Kompatibilisierung von Systemen) sich nicht aus sich selbst heraus verwirklichen, sondern durch die Anwendung der entsprechenden Elemente. Stehen sich das politische Leistungsprogramm und die wirtschaftliche Funktionalität entgegen, kann das politische Leistungsprogramm nur dann das Vorrecht beanspruchen, wenn sich durch Anwendung der entsprechenden Elemente die Policy verwirklichen lässt, oder zumindest ein Beitrag zur Verwirklichung geleistet wird. Nur wenn dies der Fall ist, rechtfertigt sich die Anwendung des vorbehaltenen kompatibilisierenden Rechts.²⁵

Aus diesen Grundsätzen folgt, dass *kompatibilisierendes Recht dann für die Qualifikation entscheidend ist*, (1) wenn das in Frage stehende kompatibilisierende Recht einen Beitrag zur Erfüllung der leitenden Policy leistet und (2) gleichzeitig das kompatibilisierende Recht die Rationalität der privaten (z.B. wirtschaftlichen) Ordnungsbildung nicht ausschliesst und dies als solches auch nicht Ziel des kompatibilisierenden Rechts wäre.

6. Tatsächlich kam das *Bundesgericht in BGE 129 III 702* denn auch zum Schluss, dass die zwingenden Formvorschriften des Bürgschaftsrechts in casu zur eruierten leitenden Policy beitragen: den Bürgen erstens vor übereilem Abschluss zu schützen und zweitens dem Bürgen den Inhalt der eingegangenen Verpflichtung bewusst zu machen (vgl. E. 2.2, S. 705 und E. 2.5, S. 709 f.). Darüber hinaus ging es im Familienbürgschaftsfall von BGE 129 III 702 jedoch auch darum, die Kollision der verschiedenen Systemlogiken Wirtschaft und Familie durch die Anwendung von Bürgschaftsrecht zu entschärfen. Dies wurde vom Bundesgericht im Schlusssatz anerkannt:

"Ist aber, wie vorliegend, der Sicherungszweck der alleinige Rechtsgrund für die Verpflichtung des Interzedenten, so spricht dies für eine Bürgschaft, namentlich wenn die Verpflichtung für einen nahen Verwandten eingegangen wurde und damit die Vermutung nahe liegt, es sei dem Bürgen allein darum gegangen, ihm zu helfen ..." (E. 2.8, S. 712)

Dass dagegen in einem derartigen Fall die wirtschaftliche Rationalität grundsätzlich durch die Anwendung von Bürgschaftsrecht geradezu korrumpiert würde, konnte das Bundesgericht nicht erstellen (vgl. E. 2.3, S. 706).

(Baden-Baden, 1995), S. 97 f. und 120; siehe auch *Schluemp*, Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, Walder/Jaag/Zobl (Hg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 139-180 (Zürich, 1994), S. 158 f. und S. 163 f.

²⁵ *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft (Baden-Baden, 2001), S. 326 ff.