

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin i.V.), Oberrichter Messer und Obergerichtssuppleant Chételat sowie Kammerschreiberin Werner

vom 20. Juli 2010

in der Streitsache zwischen

A-Genossenschaft

vertreten durch Fürsprecher Z.

Gesuchstellerin/Appellantin

und

B.

Gesuchsgegner/Appellat

Regeste:

1) Art. 501 Abs. 1 OR; Geltung für den Solidarbürgen

2) Art. 501 OR gilt aufgrund seiner systematischen Stellung auch für den Solidarbürgen, weshalb dieser vor Eintritt der vertraglichen Fälligkeit – auch wenn die Hauptschuld durch Konkurseröffnung fällig wurde – nicht für die gesamte Forderung belangt werden kann.

Der Rückbürge verbürgt die Regressforderung des primären Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner. Die Regressforderung, die von Gesetzes wegen entsteht, kann nicht weiter gehen als die Zahlungspflicht des primären Bürgen. Das Rückgriffsrecht entsteht nur, wenn die Hauptschuld fällig ist.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz erteilte der Appellantin (primäre Bürgin) in der Betreuung gegen den Appellaten (Rückbürge) nur für einen Teil ihrer Forderung die provisorische Rechtsöffnung.

Nachdem die Hauptschuldnerin einen Kredit aufgenommen habe, sei die Appellantin eine Solidarbürgschaftsverpflichtung eingegangen. Zur Sicherung dieser Bürgschaft sei der Appellat eine Rückbürgschaftsverpflichtung eingegangen. Die Appellantin sei nun für einen Teil der Hauptschuld ins Recht gefasst worden. Der Rückbürge könne im Falle des Konkurses der Hauptschuldnerin nicht belangt werden, wenn die vertragliche Fälligkeit nicht eingetreten sei.

Die 2. Zivilkammer bestätigte den Entscheid der Vorinstanz.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

1. + 2. (...).

3. Umstritten ist in erster Linie die Frage, ob ein Solidarbürge (Art. 496 OR) belangt werden kann, wenn die Hauptschuld durch die Konkursöffnung fällig wird (Art. 501 Abs. 1 OR). Die Beantwortung dieser Frage hat Auswirkungen auf die im Streit liegende Forderung zwischen der primären Bürgin (Appellantin) und dem deren Regressforderung gegenüber der Hauptschuldnerin verbürgenden Rückbürgen (Appellat).

Nach Art. 501 Abs. 1 OR kann der Bürge wegen der Hauptschuld vor dem für ihre Bezahlung festgesetzten Zeitpunkt selbst dann nicht belangt werden, wenn die Fälligkeit durch den Konkurs des Hauptschuldners vorgerückt wird.

Die vertragliche Fälligkeit der Hauptschuld ist unbestrittenermassen noch nicht vollständig eingetreten, die letzte Rate wäre nämlich am 30. September 2010 fällig. Diese ist jedoch aufgrund der Konkursöffnung der Hauptschuldnerin gemäss Art. 208 SchKG fällig geworden. Die Appellantin macht diesbezüglich geltend, dass ihr als Solidarbürgin anders als einem einfachen Bürgen die Einrede gemäss Art. 501 Abs. 1 OR nicht offen stehe. Näher begründet wird diese Auffassung jedoch nicht.

Systematisch steht Art. 501 Abs. 1 OR unter der Marginalie „II. Gemeinsamer Inhalt, 1. Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger“. Unter „I. Besonderheiten der einzelnen Bürgschaftsarten“ werden in Art. 495 OR die einfache Bürgschaft, in Art. 496 OR die Solidarbürgschaft, in Art. 497 OR die Mitbürgschaft, und in Art. 498 OR die Nach- und Rückbürgschaft behandelt. Systematisch gilt daher Art. 501 Abs. 1 OR für alle Arten von Bürgschaften.

Mangels anderer Abrede wird die Bürgschaftsverpflichtung ihrem Sicherungszweck entsprechend gleichzeitig mit der Hauptschuld fällig, und der Bürge kann im Allgemeinen sofort belangt werden (Art. 75 OR). Art. 501 Abs. 1 OR stipuliert eine Ausnahme von diesem Grundsatz: Trotz der durch Art. 208 SchKG bewirkten Fälligkeit der Hauptforderung infolge Konkurses des Hauptschuldners bleibt für den Bürgen der für die Erfüllung der Hauptschuld ursprünglich festgelegte Zeitpunkt massgeblich. Der Bürge soll sich darauf verlassen können, dass er nicht früher belangt werden kann, als er dies in Aussicht genommen hat¹.

Hinzuweisen ist ebenfalls darauf, dass PESTALOZZI² im Rahmen seiner Kommentierung zu Art. 496 OR (Solidarbürgschaft) auf Art. 501 Abs. 1 OR verweist und ausführt, der Zahlungszeitpunkt für die Hauptschuld müsse effektiv eingetreten sein.

Das Kantonsgericht Freiburg hat in seiner Entscheid vom 15. Dezember 1976³ festgehalten, dass auch der Solidarbürge nicht vor der Fälligkeit der Hauptschuld zur Zahlung angehalten werden kann (unter Hinweis auf Art. 501 Abs. 1 OR, jedoch ohne Bezugnahme auf einen Konkurs).

¹ PESTALOZZI, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, N. 3 f. zu Art. 501 OR.

² PESTALOZZI, a.a.O., N. 14 zu Art. 496 OR.

³ RFJ 1976, S. 45 ff.

Art. 501 Abs. 1 OR ist zwingend⁴ und wäre damit im vorliegenden Fall zu Gunsten der Appellantin anwendbar gewesen. Die Appellantin hätte sich damit auf die vertragliche Fälligkeit berufen können.

Der Rückbürge verbürgt die Regressforderung des primären Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner (Art. 498 und 507 OR). Diese Regressforderung, die kraft Gesetzes entsteht (Subrogation) kann nicht weiter gehen, als die Zahlungspflicht des primären Bürgen. Das Rückgriffsrecht des Bürgen entsteht nur, wenn die Hauptschuld fällig ist⁵. Vorliegend entstand die Regressforderung daher nicht in vollem Umfang. Leistet der primäre Bürge Zahlungen, zu denen er nach dem Gesetz (noch) nicht verpflichtet ist, subrogiert er nur im Umfang seiner gesetzlichen Verpflichtung. Der Rückbürge muss nicht damit rechnen, für eine Regressforderung in Anspruch genommen zu werden, welche über die Leistungspflicht des primären Bürgen hinausgeht.

Die Vorinstanz hat damit zu Recht nicht für die gesamte Forderung die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Insoweit ist der angefochtene Entscheid damit zu bestätigen.

(...).

Hinweis:

Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

⁴ PESTALOZZI, a.a.O., N. 2 zu Art. 501 OR.

⁵ PESTALOZZI, a.a.O., N. 5 zu Art. 507 OR.