

Peter Bydlinski*)

Einreden des Bürgen**)

Häufig finden sich Banken nur dann zur Darlehensgewährung bereit, wenn neben dem Darlehensnehmer eine weitere Person für die vertragsgemäße Rückzahlung des Kredites haftet. Meist geschieht dies durch Bürgschaft, wobei der Bürge eine regelmäßig vom Kreditinstitut vorformulierte Bürgschaftserklärung unterschreibt.

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, welche Rechtsbehelfe einer Person, die als Bürge in Anspruch genommen wird, zustehen, um das Zahlungsbegehren des Gläubigers abzuwehren. Nach einer kurzen Darstellung der Grundsätze des Bürgschaftsrechts sowie der Arten denkbarer Einreden werden einige konkrete Einwendungen sowie die Möglichkeit ihres vertraglichen Ausschlusses (insbesondere im Bürgschaftsformblatt selbst) näher erörtert.

Stichwörter: Akzessorität, Bürgschaft, Einreden, Einredenausschluß, gröbliche Benachteiligung, überraschende Klauseln, Vertragsformblätter.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Grundsätze des Bürgschaftsrechts
3. Arten von Einreden
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Einreden aus dem gesicherten Schuldverhältnis und aus der Beziehung Bürge – Gläubiger
 - 3.3. Rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Einreden
4. Einzelne Einreden
 - 4.1. Der Grundsachverhalt
 - 4.2. Ungültigkeit des Kreditvertrages
Exkurs: Das Ehegattendarlehen
 - 4.3. Anfechtungs- und Aufrechnungsrechte des Hauptschuldners
 - 4.3.1. Anfechtungsrechte
 - 4.3.2. Aufrechnungsrechte
 - 4.4. Aufrechnungsrechte des Gläubigers
 - 4.5. Aufrechnungs- und Anfechtungsrechte des Bürgen
 - 4.5.1. Aufrechnungsrechte
 - 4.5.2. Anfechtungsrechte
5. Zur Abdingbarkeit einzelner Einreden
 - 5.1. Haftung ohne Verpflichtung des Hauptschuldners
 - 5.2. Ausschluß der Berufung auf Gestaltungsrechte des Hauptschuldners
 - 5.3. Aufrechnungsverbot
 - 5.4. Die Problematik der Abdingung von Einreden in Vertragsformblättern im allgemeinen
 - 5.5. Zur Gültigkeit dreier konkreter Klauseln
 - 5.5.1. Sicherstellungspflichten des Bürgen
 - 5.5.2. Verbindlichkeit eines Anerkenntnisses des Hauptschuldners
 - 5.5.3. Volle Beweiskraft der Handelsbücher und Auszüge

1. Einleitung

Das hier behandelte Thema ist relativ weit: Es soll der Frage nachgegangen werden, welche rechtlichen Möglichkeiten jemandem, der als Bürge auf Leistung in Anspruch genommen wird, zur Verfügung stehen, das Begehren – zumindest vorläufig – abzuwehren. Damit bilden die „Einreden des Bürgen“ das Kernstück des Bürgschaftsrechts überhaupt. Ob und auf welche Weise sich der Bürge wehren kann, ist ja regelmäßig die Frage, um die es in der Praxis in den kritischen Fällen geht, in denen der Hauptschuldner seine Leistung bei Fälligkeiten nicht erbringt.

Diese kurze Erläuterung des Themas zeigt schon mit aller Deutlichkeit, daß im Rahmen eines Referats die wesentlichen Fragen dieses Komplexes nicht einmal annähernd behan-

*) Univ.-Doz. Dr. Peter Bydlinski, Institut für Zivilrecht an der Universität Wien sowie Institut für Zivilrecht an der Universität Linz, z. Z. Prof. an der Universität München;
Adresse: Juridicum, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien.

***) Vortrag, erstmals gehalten am 17. 11. 1986 im Seminar aus Bankrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Die Vortragsform blieb im wesentlichen unverändert. Das Manuskript wurde vor allem durch Fußnoten ergänzt, aber auch sonst etwas überarbeitet.

delt werden können. Bei der Auswahl der im folgenden etwas eingehender zu untersuchenden Bereiche habe ich mich vor allem von zwei Kriterien leiten lassen: Einerseits von der Bedeutung für die Praxis, vor allem die Bankpraxis, und andererseits von der besonderen rechtlichen Problematik einzelner denkbarer Einreden. Vor Behandlung konkreter Einwendungen des Bürgen – mit dem Ausdruck „Bürge“ bezeichne ich auch in der Folge denjenigen, der *als Bürge* in Anspruch genommen wird – sollen aber noch einige grundlegende Hinweise zu den Verteidigungsmöglichkeiten eines Bürgen gegeben werden. Die folgenden Ausführungen gliedern sich damit in folgende Abschnitte:

1. Die wichtigsten Grundsätze des Bürgschaftsrechts
2. Arten von Einreden
3. Einzelne Einreden
4. Die Abdingbarkeit von Einreden

2. Grundsätze des Bürgschaftsrechts

Zunächst zu den Grundsätzen der Bürgschaft, die in gewisser Weise zweifellos auch für die Einredenproblematik von Bedeutung sind: Der gesetzliche Grundtypus ist dadurch gekennzeichnet, daß der Bürge dann zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet ist, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Zweck der Bürgschaft ist damit ganz generell die Verstärkung der *Einbringlichkeit* einer Forderung des Gläubigers [1]. Die „gewöhnliche“ Bürgschaft ist also einerseits *subsidiär*, andererseits *akzessorisch*, also vom Bestehen einer Hauptverbindlichkeit abhängig [2]. Während nun die Subsidiarität schon nach § 1357 ABGB wirksam ausgeschlossen werden kann – der Sicherungsgeber haftet dann als sogenannter „Bürge und Zahler“ –, ist die Abhängigkeit von der gesicherten Hauptverpflichtung dem Wesen der Bürgschaft immanent: Soll die Leistungspflicht des Sicherungsgebers auch dann bestehen, wenn die Schuld des Dritten überhaupt nicht exi-

tiert, kann somit keine Bürgschaft, sondern allenfalls ein Garantievertrag vorliegen [3]. Eigenartige Ausnahme dieses an sich unbestrittenen Grundsatzes ist die in § 1352 ABGB geregelte Bürgschaft für einen Geschäftsunfähigen: Der Bürge haftet, obwohl der vermeintliche Hauptschuldner nichts schuldet [4].

Begründet wird die Bürgschaft regelmäßig durch einen Vertrag [5]. Am häufigsten entsteht sie durch Gläubigervertrag, also durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürgen, seltener durch Schuldnervertrag zwischen Bürgen und Hauptschuldner zugunsten des Gläubigers, der – ebenso wie beim Schuldbeitritt – mangels Einverständnisses das ihm zugeordnete Recht nach § 882 Abs. 1 ABGB zurückweisen kann. Denkbar ist auch eine „echte“ Dreiparteieneinigung. Praktisch interessant ist ferner vor allem die *zugleich* mit dem Abschluß des zu sichernden Geschäftes vereinbarte Bürgschaft (die Sicherheit ist geradezu Bedingung für die Kreditgewährung), doch auch eine nachträgliche Besicherung durch Bürgenbestellung kommt in Betracht. Schließlich kann die Bürgschaft entgeltlich oder unentgeltlich übernommen werden.

3. Arten von Einreden

3.1. Allgemeines

Nun zu den Einreden des Bürgen im allgemeinen. Zunächst fällt auf, daß das ABGB zu diesem Problem keine deutlichen Regelungen enthält. Auch die Heranziehung der Bestimmungen über die ganz ähnliche Zwecke verfolgende kumulative Schuldübernahme führt nicht viel weiter: § 1407 Abs. 1 ABGB sagt nur ganz generell, daß die Verbindlichkeit des Schuldübernehmers die gleiche wie die des Urschuldners ist und der Übernehmer daher dem Gläubiger auch die Einwendungen aus dem Verhältnis Urschuldner–Gläubiger entgegensetzen kann [6]. Klare Antworten auf unsere Fragen

[1] Vgl. bloß *Mayrhofer*: Schuldrecht, S. 120.

[2] Siehe nur *Koziol / Welser*: Grundriß, S. 294 f.

[3] *Koziol*: Garantievertrag, S. 7 ff. m. w. N.

[4] Kritisch dazu *Koziol*: Bürgschaftsrecht, S. 307.

[5] *Koziol / Welser*: Grundriß, S. 294.

[6] Zum Problem einer vom Urschuldner anfechtbaren Verpflichtung ausführlich *Bydlinski. P.*: Übertragung, S. 86 ff.

sind damit aber auch den Regeln über die Schuldübernahme nicht zu entnehmen. Es wird im wesentlichen bloß gesagt, daß der Schuldübernehmer ebenso wie der bisherige Schuldner haftet.

3.2. *Einreden aus dem gesicherten Schuldverhältnis und aus der Beziehung Bürge – Gläubiger*

Damit sind wir schon bei einem möglichen Einteilungskriterium: Neben Einreden, die sich aus dem gesicherten Schuldverhältnis, also der Beziehung Gläubiger – Hauptschuldner, ergeben, gibt es Einwendungen, die ihren Grund in der Beziehung Bürge – Gläubiger, also etwa im Bürgschaftsverhältnis selbst, haben [7].

Einreden aus dem gesicherten Schuldverhältnis beziehen sich meist auf das Fehlen der Hauptschuld, sind also Ausdruck des Grundsatzes der Akzessorietät: Der Bürge kann etwa vorbringen, die zu sichernde Hauptschuld sei niemals gültig entstanden oder durch Anfechtung, Rücktritt oder Bezahlung nachträglich weggefallen. Im Grenzbereich liegen hingegen Sachverhalte, nach denen dem Hauptschuldner zwar Anfechtungs-, Gewährleistungs-, Rücktritts- oder Aufrechnungsrechte zustehen, diese aber noch nicht ausgeübt wurden. Kann sich der Bürge auch in solchen Situationen seiner Leistungspflicht entziehen? Dazu folgen später einige Überlegungen.

Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis können sich vor allem auf die Gültigkeit der Bürgschaft selbst beziehen. Daneben kann sich ein Bürge aber etwa auch darauf berufen, daß der Gläubiger den Hauptschuldner noch nicht gemahnt habe, daß ihm die Stellung eines bloßen Ausfallsbürgen zukomme und ähnliches.

3.3. *Rechtshindernde, rechtsvernichtende und rechtshemmende Einreden*

Von anderen Kriterien geht ein weiteres Einteilungsschema aus: Danach ist zwischen

rechtshindernden, *rechtsvernichtenden* und *rechtshemmenden* Einreden zu unterscheiden [8].

Mittels *rechtshindernder* Einreden wird das Nichtbestehen des geltend gemachten Rechts behauptet. Dazu gehört etwa die Berufung auf das Fehlen der gesicherten Forderung, auf Dissens oder Geschäftsunfähigkeit bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages usw.

Rechtsvernichtende Einreden beseitigen die zunächst bestandene Verpflichtung: Der Bürge rechnet mit einer *eigenen* Gegenforderung auf oder ficht den Bürgschaftsvertrag wegen Irrtums an – inwieweit das möglich ist, soll später genauer untersucht werden. Den für solche Einwendungen des öfteren [9] verwendeten Terminus „*rechtsverfolgend*“ sollte man m. E. vermeiden, da er wesentlich unpräziser ist als die Bezeichnung „*rechtsvernichtend*“.

Schwierig ist auch die Behandlung mancher *rechtshemmender* (dilatatorischer, verzögerlicher) Einreden: Die Geltendmachung solcher Einwendungen führt nur dazu, daß der Bürge *derzeit* nicht leisten muß [10], beseitigt das Recht des Gläubigers aber nicht zur Gänze. In diesem Bereich muß etwa näher überlegt werden, ob sich der Bürge unter Berufung auf das Bestehen von (noch nicht ausgeübten) Anfechtungs- und Aufrechnungsrechten des *Hauptschuldners* dem Begehren des Gläubigers widersetzen kann. Auch die Berufung auf die Tatsache, daß der Gläubiger den Vertrag mit dem Hauptschuldner seinerseits noch nicht (voll) erfüllt habe, käme in Betracht.

4. Einzelne Einreden

4.1. *Der Grundsachverhalt*

Nach dieser ziemlich allgemein gehaltenen Einführung in die Problematik sollen einzelne Einreden näher unter die Lupe genommen

[7] Sehr kursorische Übersicht (mit einigen Ungenauigkeiten) bei *Habel*: in Hadding / Schneider, *Recht der Kreditsicherheiten*, S. 116ff.

[8] Vgl. nur *Kerschner / Rummel*: *Fälle und Lösungen*, S. 43ff.

[9] So z. B. von *Ohmeyer*: *Einreden des Bürgen*, S. 209; *Mayrhofer*: *Schuldrecht*, S. 121.

[10] Damit unterscheiden sie sich von den sogenannten *peremptorischen* oder *dauernden* Einreden, die das Recht ebenfalls nicht beseitigen, aber die *Durchsetzung auf Dauer* verhindern. In diese Gruppe gehört etwa die *Verjährungseinrede*.

werden. Dabei wird beispielhaft fast ausschließlich von der für Banken wohl besonders interessanten Kreditbürgschaft ausgegangen. Der Grundsachverhalt ist sehr einfach: Die Bank hat sich nur für den Fall der Beibringung eines Bürgen zur Auszahlung des Darlehens bereit erklärt. Als der Darlehensnehmer den Kredit nicht rechtzeitig tilgt, verlangt das Kreditinstitut die Zahlung vom *Bürgen*.

4.2. Ungültigkeit des Kreditvertrages

Zunächst soll der Fall behandelt werden, daß sich nach Auszahlung der Darlehensvaluta die Ungültigkeit des Darlehensvertrages ergibt. Gründe dafür könnten etwa Dissens, Formmangel, fehlende Vertretungsmacht des für den vermeintlichen Darlehensnehmer eingeschrittenen Dritten oder das Fehlen ausreichender Geschäftsfähigkeit sein. Für den zuletzt genannten Fall findet sich die schon erwähnte gesetzliche Regelung des § 1352 ABGB: Die Verpflichtung des Bürgen ist so zu beurteilen, wie wenn das zu sichernde Geschäft zustandegekommen wäre. Ihm steht also keine Einrede zu.

Für sonstige Ungültigkeitsfälle erscheint auf den ersten Blick alles klar: Da die zu sichernde vertragliche Rückzahlungsverpflichtung nicht existiert, geht die Bürgschaftserklärung aus Akzessorietätsgründen ins Leere. Ist etwa eine Kaufpreisforderung gesichert, so führt die Ungültigkeit des Kaufvertrages zur Unwirksamkeit der Bürgschaft; hat der Verkäufer schon geleistet, steht ihm gegen den Käufer ein Rückforderungsanspruch auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zu, der primär auf Rückgabe der Sache gerichtet ist und für den der Bürge selbstverständlich nicht haftet. Im Fall des unwirksamen Darlehens ist nun aber auch der gesetzliche Rückforderungsanspruch auf Rückzahlung eines Geldbetrages gerichtet. Der Berufung des Bürgen auf das Fehlen der gesicherten Forderung, also auf das Akzessorietätsprinzip, könnte hier daher u. U. entgegengehalten werden, daß die Bürgschaftserklärung *auch* auf etwaige *gesetzliche* Rückforderungsansprüche des Darlehensgebers zu beziehen ist. Ist der Bürgenerklärung selbst ein solcher Inhalt

nicht zu entnehmen, wäre zu erwägen, ob eine Haftung für den Bereicherungsanspruch im Wege ergänzender Vertragsauslegung oder durch Konversionsüberlegungen angenommen werden kann [11].

Wie man sieht, läuft die vorliegende Frage zunächst auf eine Auslegung des Bürgschaftsvertrages hinaus [12]. Wäre der vorliegende Fall ausdrücklich geregelt, bestünden keinerlei Schwierigkeiten. Die von mir untersuchten Bürgschaftsformulare erwähnen die hier angesprochene spezielle Konstellation allerdings mit keiner Silbe. Wird etwa – wie das manchmal geschieht – bloß von allen Ansprüchen „aus der Geschäftsverbindung“ gesprochen, führt wörtliche Auslegung allein m. E. jedenfalls dann zu einem negativen Ergebnis, wenn es sich um eine *einmalige* Darlehensaufnahme gehandelt hat. Der Ausdruck „Geschäftsverbindung“ setzt wohl zumindest *einen* tatsächlich bestehenden Vertrag voraus [13]. Ist gar formuliert, daß sich die Bürgschaft nur auf den mit Kreditvertrag vom . . . eingeräumten Kredit bezieht, sind Rückforderungsansprüche infolge Ungültigkeit vom Wortlaut jedenfalls nicht erfaßt.

Hält nun die Formulierung allein keine eindeutige Lösung des hier in Frage stehenden Problems bereit, ist nach den Zwecken der konkreten Bürgschaft zu fragen und ein Ergebnis u. U. durch ergänzende Vertragsauslegung, also unter Rückgriff auf den vermutlichen Willen der konkreten, bzw. allgemein auf den redlicher und verständiger Vertragspartner in der Situation der konkreten Parteien, zu suchen.

[11] Zur Konversion im allgemeinen sowie zu ihrem Verhältnis zur ergänzenden Vertragsauslegung ausführlich *Binder: Konversion*, S. 1 ff., 49 ff., 70; kürzer *Koziol / Welser: Grundriß*, S. 147 f. Auf die nahe Verwandtschaft dieser beiden Begriffe weist etwa *Rummel*: in *Rummel, ABGB, Rz. 10a zu § 914*, zutreffend hin.

[12] Ebenso *Rummel*: in *Rummel, ABGB, Rz. 15 zu § 1431*. Im wesentlichen zum hier vertretenen Ergebnis gelangt für das deutsche Recht jüngst auch der BGH in *JZ 1987, S. 883 = WM 1987, S. 661* (mit reichen Nachweisen auch der Gegenmeinung); gegen diese *E. Tiedtke: Bürgschaft*, S. 856 ff.

[13] Ob auch ein anfechtbarer Vertrag ausreicht, ist fraglich.

Zweck der Bürgschaft ist der Schutz des Gläubigers vor Zahlungsunfähigkeit (eventuell auch vor bloßer Zahlungsunwilligkeit) des Hauptschuldners. Bei der Kreditbürgschaft erklärt sich der Bürge bereit, dem Gläubiger einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen, wenn der Hauptschuldner bei Fälligkeit – eventuell trotz Mahnung – nicht leistet. Regelmäßig hofft er darauf, nicht in Anspruch genommen zu werden. Aus hier nicht näher interessierenden Gründen geht er jedoch das Risiko, belangt zu werden, ein. Mit der Möglichkeit, sich auf die Ungültigkeit des Kreditvertrages zu berufen, rechnet er regelmäßig nicht. Der Gläubiger zahlt hingegen die Darlehensvaluta nur deshalb aus, weil er für die Rückzahlung des Geldes – durch die Bürgschaft – Sicherheit erhalten hat. Daß der Gläubiger ohne Bürgschaft das Darlehen dem Hauptschuldner nicht zugezählt hätte, ist dem Bürgen bei Abgabe seiner Bürgschaftserklärung auch ohne weiteres erkennbar.

Legt man nach diesen Überlegungen die Bürgschaftserklärung aus dem Empfängerhorizont, also aus der Position des Gläubigers, aus, ist m. E. deutlich, daß im Prinzip *jede* Rückzahlungsverpflichtung des Hauptschuldners, die sich auf Grund der Zuzählung der Valuta ergibt, gesichert sein sollte. Bereicherungsansprüche infolge Ungültigkeit des Kreditvertrages fallen damit nicht schon vorweg aus dem Kreis der gesicherten Forderungen heraus. Dafür spricht vor allem, daß das Risiko des Bürgen, nämlich die Nichtzahlung durch den Hauptschuldner, nicht über das hinausgeht, was er von vornherein erwarten mußte. Ein entsprechendes Ergebnis könnte man auch mit Konversionsüberlegungen begründen; das schon deshalb, weil die Konversion der ergänzenden Vertragsauslegung sehr nahe steht [14].

Diese zunächst im Bereich der – ergänzenden – Vertragsauslegung angesiedelten Überlegungen erhalten durch eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung eine starke Stütze: So sieht § 7 Abs. 1 Satz 3 WucherG vor, daß eine für

den vertraglichen Anspruch erworbene Sicherheit bei Nichtigkeit des Vertrages wegen Wuchers für den Bereicherungsanspruch haftet. Zumindest für den Bereich des Wuchers tritt also neben die nach Vertragsauslegungsregeln gefundene Lösung eine *gesetzliche Konversion*. Für andere Ungültigkeitsfälle könnte das hier vertretene Ergebnis, nämlich grundsätzliche Haftung des Bürgen (auch) für die Bereicherungsschuld des Darlehensnehmers, somit auf eine Analogie zu § 7 WucherG gestützt werden, wofür manche [15] ausdrücklich plädieren. Das Problem wurde offenbar erst bei Schaffung des Wuchergesetzes als für diesen Bereich besonders brisant erkannt. Daß eine allgemeine Regelung fehlt, darf deshalb nicht zu einem Umkehrschluß verleiten. Auch dürfte es m. E. nicht ausschlaggebend sein, daß ein Bürge eine Wuchersituation (oder zumindest das objektive Kriterium des Mißverhältnisses) typischerweise selbst hätte erkennen können, während das bei sonstigen Ungültigkeitsgründen nicht unbedingt der Fall sein muß: Solange der Bürge, der mit seiner Haftung für die vertragliche Verbindlichkeit rechnet, nicht schlechter gestellt wird als bei aufrechtem Vertragsverhältnis, ist aus seiner Sicht die (subsidiäre) Haftung für den gesetzlichen Rückforderungsanspruch des Gläubigers nicht untragbar. Das gilt nun für *alle* Ungültigkeitsgründe, auf die sich der Hauptschuldner berufen könnte, gleichermaßen, nicht bloß für den Wucher.

Wegen dieses Gebotes, die Rechtsstellung des Bürgen im Vergleich zum „gesunden“ Fall nicht zu verschlechtern, sind aber sowohl für den Wucher als auch für andere Ungültigkeitsgründe einige Einschränkungen zu machen: Der Bürge darf auch dann, wenn der Kreditvertrag unwirksam ist, nicht anders haften, als es dem Inhalt seiner Bürgschaftserklärung entspricht. War also etwa vorgesehen, daß der Kredit nach einem Jahr auf einmal zurückgezahlt werden muß, kann die Bank als Gläubiger nicht schon einen Monat nach Darlehenszuzählung (oder wann immer sie

[14] Ausdrücklich in diesem Sinn *Rummel*: in Rummel, ABGB, Rz. 10a zu § 914.

[15] *Koziol/Welser*: Grundriß, S. 140; *Krejci*: in Rummel, ABGB, Rz. 259 zu § 879.

sonst die Unwirksamkeit erkannt hat) vom Bürgen Zahlung verlangen. Insoweit besteht zu dem Fall, in dem der Gläubiger vertraglich berechtigt ist, den Kreditvertrag aus bestimmten Gründen aufzukündigen, ein deutlicher Unterschied: Die Verpflichtungserklärung des Bürgen hat sich dann auf solche Sachverhalte ja ausdrücklich erstreckt. Er hat also damit gerechnet, u. U. früher als zum regulären Fälligkeitszeitpunkt in Anspruch genommen zu werden. Für die ursprüngliche Ungültigkeit des Darlehens war die vorzeitige Rückzahlungspflicht, die auch zu Lasten des Bürgen wirken könnte, aber gerade nicht vorgesehen. Dieser konnte sich daher darauf einstellen, wenn überhaupt, so erst nach Ablauf einer bestimmten Frist in Anspruch genommen zu werden. Die Befristung ist m. E. daher auch bei Ungültigkeit des Kreditvertrages zu beachten. Zusatzargument dafür ist eine weitere Regelung aus dem WucherG, nämlich § 7 Abs. 2 Satz 2: Diese Bestimmung sieht vor, daß der *Hauptschuldner* für die Rückzahlung des Erhaltenen die im Vertrag vorgesehenen Zahlungsfristen in Anspruch nehmen kann. Wenn dies nun schon für den Schuldner gilt, der einen Bereicherungsanspruch an sich sofort befriedigen müßte, muß sich jedenfalls auch der Bürge auf die vereinbarte Fälligkeit berufen können [16].

Für die *Zinsen* gilt folgendes: Der Bürge hat sich zwar regelmäßig auch für die Rückzahlung der vereinbarten (höheren) Darlehenszinsen verbürgt; da der Darlehensvertrag ungültig ist, können aber vom Bürgen – wie auch vom Hauptschuldner – aus Akzessorietätsgründen selbstverständlich nur die niedrigeren *gesetzlichen* Zinsen begehrt werden (für den Wucher vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 WucherG).

[16] Diese Rechtsfolge ergibt sich für den Bürgen schon durch Auslegung seiner Verpflichtungserklärung. Die Regelung des WucherG darf aber nicht dazu verleiten, dem Hauptschuldner die dort normierte Begünstigung in *allen* Ungültigkeitsfällen zu gewähren. Dieser hat den Kredit daher bei Dissens ebenso unverzüglich zurückzuzahlen wie etwa bei erfolgreicher Anfechtung des Kreditvertrages *durch den Gläubiger*. Eine Analogie ist daher bestenfalls bei Vertragsbeseitigung durch den Hauptschuldner selbst zu erwägen.

Schließlich ist auch für den Wucherfall zu beachten, daß der Bürge, der sich für eine Geldschuld (z. B. eine Kaufpreisverpflichtung) verbürgt hat, nicht plötzlich für die Rückgabe des Kaufgegenstandes einzustehen hat. Dieses anders geartete Risiko, das nicht von den gleichen Faktoren abhängig ist wie die Bezahlung einer Geldschuld, wollte er jedenfalls nicht sichern. Diese Einschränkung der Bürgenhaftung soll deshalb besonders betont werden, da der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 3 WucherG nicht danach unterscheidet, ob der Rückforderungsanspruch des gesicherten Gläubigers auf eine Geld- oder Sachleistung gerichtet ist.

Exkurs: Das Ehegattendarlehen

Zu einem Spezialbereich der hier behandelten Frage des Schicksals von Sicherheiten bei Nichtbestehen der gesicherten Vertragsforderung, nämlich zur Unwirksamkeit infolge *Formmangels*, hat der OGH in zwei Entscheidungen [17] Stellung genommen; deshalb soll die dort vertretene und auch von der Lehre ausdrücklich gebilligte [18] Ansicht einer kurzen Untersuchung unterzogen werden. Es ging jeweils um Fälle eines Darlehens zwischen Ehegatten. Die Darlehensvaluta wurde zwar zugezählt, ein Notariatsakt jedoch nicht errichtet. Der OGH sprach dazu aus, daß die für die Rückzahlungsverpflichtung aus dem Darlehensvertrag bestellten Sicherheiten bei Ungültigkeit wegen Formmangels *nicht* für den gesetzlichen Rückforderungsanspruch hafteten, da ansonsten der Zweck des Notariatszwangsgesetzes vereitelt wäre. Dieser Zweck läge darin, *ganz generell* „Schiebungen“ zwischen den Ehegatten, also das Vortäuschen von tatsächlich nicht getätigten Geschäften, zum Nachteil der Gläubiger, zu verhindern. Daß im konkreten Fall eine solche Schiebung mit Sicherheit nicht beabsichtigt war, könne daher am Ergebnis der Ungültigkeit nichts ändern.

Der zuletzt entschiedene Fall zeigt, daß der OGH eine in concreto richtige Argumenta-

[17] GIUNF 5220; SZ 18/195.

[18] *Rummel*: in Rummel, ABGB, Rz. 15 zu § 1431.

tion in eine zu weite Formulierung gekleidet hat [19]. Hier ging es nämlich jeweils um vom Darlehensnehmer selbst, also von *einem der Ehegatten*, bestellte Sicherheiten. Dem Höchstgericht ist darin beizupflichten, daß auch eine Zession zur Sicherung eines etwaigen Bereicherungsanspruchs in Notariatsaktsform zu erfolgen gehabt hätte. Anderes gilt allerdings für die vom Wortlaut der Entscheidung ebenfalls erfaßte Sicherheitenbestellung *von dritter Seite*, also etwa für eine Bürgschaft: Eine Gläubigerbenachteiligung droht hier nicht. Das ist dann ganz deutlich zu erkennen, wenn der Bürge ausdrücklich erklärt hat, auch für eine etwaige gesetzliche Bereicherungsverpflichtung zu haften. Die Gültigkeit einer solchen Bürgschaft ist ja unzweifelhaft.

4.3. Anfechtungs- und Aufrechnungsrechte des Hauptschuldners

Wie im eben behandelten Fall der Ungültigkeit des Darlehensvertrages zu sehen, kann die Berufung auf die Akzessorietät und damit auf die Unwirksamkeit der Bürgschaft manchmal etwas voreilig erfolgen. In den nun zu behandelnden Fällen könnte allein das Schlagwort der „Akzessorietät“ als Begründung für zwei entgegengesetzte Lösungen dienen. Es geht um Konstellationen, in denen dem Hauptschuldner das Recht zusteht, die Forderung des Gläubigers zu beseitigen (so insbesondere durch *Anfechtung* oder *Aufrechnung*), die Ausübung dieser Gestaltungsrechte aber noch nicht erfolgt ist [20].

Man könnte nun einerseits argumentieren, daß die gesicherte Forderung vor Ausübung des rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts vollgültig besteht, weshalb Akzessorietätsüberlegungen eine Einrede des Bürgen nicht zuließen. Andererseits wäre die Behauptung

denkbar, die Verpflichtung des Hauptschuldners sei im konkreten Fall eben eine anfechtbare bzw. eine durch Aufrechnung vernichtbare, weshalb sich aus Gründen der Akzessorietät eine Einrede des Bürgen geradezu zwangsläufig ergebe.

4.3.1. Anfechtungsrechte

Zunächst zur *Einrede der Anfechtbarkeit*. Im BGB ist diese Situation in § 770 Abs. 1 ausdrücklich geregelt: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.“ Entsprechend ist die Regelung des auch in Österreich geltenden § 129 Abs. 2 HGB hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter für Schulden der OHG. Die Frage, ob gleiches auch im Bereich des ABGB rechtens ist, habe ich in meiner Habilitationsschrift ausführlich untersucht und im Ergebnis bejaht [21]. Ohne eigene Argumentation wurde auch schon bisher – etwa von *Ohmeyer* [22], *Ohmeyer / Klang* [23], *Gschnitzer* [24] und *Gameirith* [25] – für das österreichische Recht vertreten, daß der Bürge ein Leistungsverweigerungsrecht habe, solange dem Hauptschuldner rechtsvernichtende Einreden zustehen. Auch in der jüngst erschienenen Ehrenzweig-Neuaufgabe scheint *Mayrhofer* [26] an einer Stelle das Bestehen solcher dilatorischen Einrederechte anzunehmen. Daß der Bürge nicht selbst die Anfechtung vornehmen kann – außer ihm wurde das Anfechtungsrecht vom Hauptschuldner übertragen [27] –, steht m. E.

[21] *Bydlinski, P.*: Übertragung, S. 86 ff.

[22] Einreden des Bürgen, S. 209 und S. 229.

[23] In *Klang*² VI, S. 216.

[24] Schuldrecht AT, S. 150; Unentschlossen nunmehr *Gschnitzer / Faistenberger / Barta / Eccher*: Schuldrecht AT², S. 271.

[25] In *Rummel*, ABGB, Rz. 6 zu § 1351.

[26] Schuldrecht, S. 122 zur Aufrechnung. Ebenso zuletzt *Mader*: in *Schwimann*, Praxiskommentar, Rz. 7 zu § 1351 m. w. N.

[27] Auch ein Beitritt zum Anfechtungsrecht wäre m. E. möglich: *Bydlinski, P.*: Übertragung, S. 55 ff.

[19] Ebenfalls zu weit *Schubert*: in *Rummel*, ABGB, Rz. 6 zu §§ 935 f. m. w. N.

[20] Zur Einwendung des Wuchers – allerdings erst nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners – jüngst OGH I Ob 536/87 und dazu *Bydlinski, P.*: Die Besicherung vernichtbarer Forderungen (beides demnächst in *ÖBA* 1987, Heft 12).

(allerdings auch nicht völlig unbestritten [28]) fest [29].

Ich möchte hier nur kurz die wichtigsten Argumente anführen, die für ein Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen ins Treffen geführt werden können:

- Der Gläubiger hat – im Gegensatz zur Situation bei privativer Schuldübernahme – die Möglichkeit, gegen den Hauptschuldner vorzugehen und dadurch Klarheit zu erhalten.
- Die Ausübung von Anfechtungsrechten ist ziemlich wahrscheinlich, weshalb zugunsten des Bürgen eine möglichst einfache Lösung gefunden werden soll: Bei Fehlen eines Leistungsverweigerungsrechts müßte der Bürge zahlen, könnte aber nach erfolgter (ex tunc wirkender) Anfechtung seine Leistung als nicht geschuldete nach § 1431 ABGB kondizieren. Dieses Hin und Her würde durch eine dilatorische Einrede vermieden werden.
- Die Anfechtbarkeit steht der ursprünglichen Nichtigkeit sehr nahe. Auf Ungültigkeit des Vertrages und damit auf Nichtbestehen der gesicherten Forderung kann sich der Bürge aber jedenfalls berufen.
- Auch der Einwand, daß die Anfechtungsrechte nach BGB nur innerhalb sehr kurzer Fristen geltend gemacht werden können, während in Österreich 3 bis 30 Jahre zur Verfügung stehen, kann entkräftet werden. § 129 Abs. 2 HGB, der die gleiche Formulierung wie § 770 Abs. 1 BGB enthält, gehört auch dem österreichischen Rechtsbestand an. Dadurch ist für die Gesellschafter einer OHG die Berufung auf der Gesellschaft zustehende Anfechtungsrechte bis zu deren Erlöschen möglich. Da insoweit eine der Bürgschaft ähnliche Situation vorliegt, ist an eine analoge Anwendung auf das Bürgschaftsrecht zu denken.

4.3.2. Aufrechnungsrechte

Gleiches gilt m. E. auch für die *Einrede der Aufrechenbarkeit*, also die Berufung des Bürgen auf ein Aufrechnungsrecht des *Hauptschuldners*. Im österreichischen Recht enthält § 129 Abs. 3 HGB ausdrücklich nur eine Einrede des OHG-Gesellschafters bei Bestehen eines Aufrechnungsrechts des *Gläubigers*. Ein Blick über die Grenzen, diesmal in die Schweiz, zeigt aber, daß auch eine solche Einwendung durchaus als sachgerecht empfunden wird. So sagt § 121 OR ausdrücklich: „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, soweit dem Hauptschuldner das Recht der Verrechnung zusteht.“ Auch für das deutsche Recht wird beinahe einhellig eine solche Einrede der Aufrechenbarkeit (meist analog § 770 Abs. 1 BGB) bejaht [30]. § 770 Abs. 2 BGB spricht allerdings ebenso wie § 129 Abs. 3 HGB nur von Aufrechnungsrechten des *Gläubigers*. Inwieweit sich der Bürge auf *dem Gläubiger* zustehende Aufrechnungsrechte berufen kann, soll etwas später kurz überlegt werden.

Jedenfalls abzulehnen ist aber m. E. die von *Ehrenzweig* [31] vertretene und auch bei *Mayrhofer* [32] noch an einer Stelle auffindbare Ansicht, daß der Bürge mit einer Forderung des Hauptschuldners wirksam aufrechnen könne. So weit geht seine Befugnis sicherlich nicht, da sein Interesse durch die Zuerkennung einer aufschiebenden Einrede genügend gewahrt ist [33]. Diese Einrede schmälert die Rechtsposition des Hauptschuldners nicht im gleichen Maße wie die Vornahme der Aufrechnung selbst, die womöglich gegen dessen Willen erfolgt (so etwa bei einer vom Hauptschuldner bestrittenen Forderung des Gläubigers). Anderes könnte auch hier nur dann gelten, wenn der Bürge das Aufrechnungs-

[28] Für die Möglichkeit wirksamer Ausübung durch den Bürgen etwa *Ehrenzweig*: System, S. 111; unentschieden *Gschneider / Faistenberger / Barta / Eccher*: Schuldrecht AT³, S. 271.

[29] So schon *Rappaport*: Einrede, S. 67; *Ohmeyer*: Einreden des Bürgen, S. 209 und S. 229; ausführlich *Bydlinski, P.*: Übertragung, S. 72 ff., 85.

[30] Vgl. bloß *Reinicke / Tiedtke*: Gesamtschuld, S. 139 m. w. N.

[31] System, S. 111.

[32] Schuldrecht, S. 595; unklar S. 122, wo vor allem die Hinweise in FN 16 auf dilatorische Behelfe hindeuten.

[33] In diesem Sinn schon *Ohmeyer*: Einreden des Bürgen, S. 210f.

recht, d. h. die Forderung, vom Hauptschuldner erworben hat.

Nicht folgen kann ich *Mayrhofer* auch für den Fall, daß sich der Bürge einmal auf die Aufrechenbarkeit berufen hat und der Gläubiger in der Folge seine Verpflichtung durch Leistung tilgt. Nach *Mayrhofer* [34] soll das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen bestehen bleiben. Seine Begründung bleibt aber eher unklar; dies wohl deshalb, weil nicht eindeutig feststeht, ob *Mayrhofer* dem Bürgen bloß einen dilatorischen Behelf oder ein rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht gewährt. Nimmt man ein bloß aufschiebendes Leistungsverweigerungsrecht an, so fällt dieses dahin, sobald die Aufrechnungslage nicht mehr gegeben ist. Dies sagt etwa § 770 BGB ganz ausdrücklich. Wenn *Mayrhofer* meint, daß die Gutstehung des Bürgen wegen der Aufrechnungslage zur Sicherung der Zahlung nicht mehr erforderlich sei, bleibt einmal unverständlich, warum es dann darauf ankommen soll, daß sich der Bürge schon auf Aufrechnungsrechte des Hauptschuldners berufen hat; zum zweiten ist eine Mehrheit von Sicherheiten nichts Außergewöhnliches.

Meint man hingegen tatsächlich, daß der Bürge Aufrechnungsrechte des Hauptschuldners *ausüben* kann, erfolgte eine spätere Zahlung durch den Gläubiger rechtsgrundlos. Der Bürge würde schon wegen Wegfalls der Forderung (infolge Aufrechnung) nicht mehr haften; eines Leistungsverweigerungsrechts bedürfte er dann von vornherein nicht.

Mayrhofer's letztes Argument schließlich, ein Gläubiger dürfe sich nach § 1360 ABGB zu Lasten eines Bürgen auch nicht eines Pfandes begeben, weshalb die Nichtaufrechnung (und Zahlung) durch den Gläubiger gleich zu behandeln sei, ist einmal nur für Situationen diskutabel, in denen die Aufrechnungslage bei Übernahme der Bürgschaft schon bestanden hat (vgl. § 1360 ABGB am Anfang). Zum zweiten weist das Aufrechnungsrecht – schon

von seinem Zweck her (z. B. auch Zahlungsfunktion) – deutliche Unterschiede zu anderen Sicherungsrechten auf: Die Zahlung einer eigenen, tatsächlich bestehenden und fälligen Verpflichtung ist wohl anders als die freiwillige Rückgabe einer Pfandsache zu bewerten. Überdies würde eine Analogie zu § 1360 ABGB niemals zum Aufrechterhalten der Aufrechnungseinrede aus dem Verhältnis Gläubiger–Hauptschuldner führen – das Aufrechnungsrecht ist mit der Zahlung jedenfalls erloschen –, sondern Schadenersatzansprüche des Bürgen gegen den Gläubiger begründen, die nun dem Begehren aufrechnungsweise entgegengehalten werden könnten [35]. Dieser letzte Einwand ist allerdings primär ein Argument gegen den konstruktiven Weg zu *Mayrhofer's* Lösung [36].

4.4 Aufrechnungsrechte des Gläubigers

Deutlich problematischer als das Recht des Bürgen, sich auf Aufrechnungsrechte *des Hauptschuldners* zu berufen, ist die schon erwähnte, in § 770 Abs. 2 BGB getroffene Regelung, daß der Bürge seine Leistung auch dann verweigern könne, wenn (bloß) dem *Gläubiger* ein Aufrechnungsrecht zusteht (entsprechend wieder § 129 Abs. 3 HGB [37]). Da der Bürge wie der Hauptschuldner verpflichtet ist, kann er sich m. E. ohne besondere gesetzliche Regelung keinesfalls auf Aufrechnungsrechte nur des Gläubigers berufen. Ein solches einseitiges Aufrechnungsrecht besteht vor allem bei bloß einseitigem Aufrechnungsverzicht. Der Gläubiger hat ja die freie Wahl, ob er seine Forderung geltend macht und zahlt oder ob er aufrechnet. Ihn trifft daher m. E. trotz § 1360 ABGB insoweit keine Pflicht, bei seiner Entscheidung Interessen des Bürgen zu berücksichtigen. Nach österreichi-

[34] Schuldrecht, S. 122. A. A. etwa *Pecher* in Münch-Komm² III/2, Rz. 7 zu § 770 BGB unter Berufung auf RG in JW 1912, S. 749.

[35] Zu den Rechtsfolgen des § 1360 ABGB siehe bloß *Mader* in Schwimann, Praxiskommentar, Rz. 3 zu § 1360.

[36] Zum Fehlen besonderer Sorgfaltspflichten des aufrechnungsberechtigten Gläubigers gegenüber dem Bürgen siehe auch sofort unter Pkt. 4.4.

[37] Nur mit Aufrechnungsrechten des Gläubigers, nicht aber mit solchen des Schuldners beschäftigt sich der OGH in einer Entscheidung zu § 129 HGB (SZ 47/9 = JBl 1975, S. 655 = GesRZ 1975, S. 31).

schem bürgerlichen Recht ist eine solche Einrede dem Bürgen daher trotz § 129 Abs. 3 HGB [38] nicht zu gewähren. Dies gilt umso mehr, als sogar für das deutsche Recht trotz eindeutigen Wortlauts von vielen vertreten wird, daß § 770 Abs. 2 BGB und § 129 Abs. 3 HGB für den Fall, daß *bloß der Gläubiger* aufrechnen könne, nicht anwendbar seien [39].

War Gedanke des § 770 Abs. 2 BGB sowie der handelsrechtlichen Regelung, daß der Gläubiger den Bürgen (bzw. den OHG-Gesellschafter) jedenfalls dann „schonen“ sollte, wenn er seine Interessen auch durch bloße Abgabe einer (Aufrechnungs-)Erklärung verfolgen könnte [40], dürfte eine taugliche – wenn auch nicht unbedingt voll überzeugende –

ratio gegeben sein [41]. Interessen des Bürgen hat das Gesetz öfters im Auge. Solange nicht davon schutzwürdige Interessen des Gläubigers betroffen sind, bestehen gegen solche Regelungen auch keine ernsthaften Einwände. Jedenfalls kann man nicht aus dem Grundprinzip der Akzessorietät der Bürgschaft die Unwirksamkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ableiten [42].

4.5. Aufrechnungs- und Anfechtungsrechte des Bürgen

Nun sollen zwei Einreden angesprochen werden, die sich aus dem Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger ergeben können. Es geht wiederum um *Aufrechnungs-* und *Anfechtungsrechte*, diesmal aber um die Frage, ob und inwieweit der Bürge die gesicherte Forderung durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden *eigenen* Gegenforderung oder seine Haftung durch Anfechtung des Bürgschaftsvertrages beseitigen kann.

4.5.1. Aufrechnungsrechte

Für die Aufrechnung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger gelten an sich die allgemeinen Regeln der Kompensation. Aus welchen Gründen der Bürge eine Gegenforderung besitzt, ist gleichgültig, solange kein gesetzli-

[38] § 129 HGB ist also für das Bürgschaftsrecht insoweit analogiefähig, als es sich um Rechte des Hauptschuldners handelt (Abs. 2); die Zuerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts für solche Fälle entspricht einer differenzierten Akzessorietätssicht. Keine Analogie ist hingegen zu Einreden von OHG-Gesellschaftern zu ziehen, die aufgrund von Befugnissen des Gläubigers zustehen (Abs. 3). Zur Verschiedenbehandlung von § 770 Abs. 2 BGB und § 129 Abs. 3 HGB vgl. bloß *Reinicke / Tiedtke: Gesamtschuld*, S. 138 (m. w. N. in FN 23).

[39] Zu § 770 Abs. 2 BGB etwa *Brändl* in Staudinger^{10/11}, Rz. 6 zu § 770 m. w. N. (ausdrücklich a. A. nun *Horn* in der 12. Auflage, Rz. 5); *Weismann: Aufrechnung*, S. 41 f.; zu § 129 Abs. 3 HGB etwa BGH in BGHZ 42, S. 396; *Schlüter: Einrede der Aufrechenbarkeit*, S. 517 ff. m. w. N. Siehe schließlich auch die Bedenken in den Gesetzesmaterialien selbst (Protokolle bei Mugdan II, S. 1024 f.). Zu weit geht allerdings *Zimmermann: Aufrechenbarkeit*, S. 495 ff., der diese Bestimmung so lesen will, als ob „Gläubiger“ und „Hauptschuldner“ vertauscht wären. Das ist schon aus methodischen Gründen abzulehnen. Meint man, daß § 770 Abs. 2 BGB nur den Fall *beidseitiger* Aufrechnungsbefugnis erfassen wollte, kann man die Norm insoweit reduzieren, nicht aber vollständig gegen ihren klaren Wortlaut verstehen. Nach einer solchen Reduktion wäre allerdings die Situation, daß bloß der Gläubiger aufrechnungsbefugt ist, unregelt, weshalb dafür mit allen methodischen Instrumenten eine Lösung gesucht werden kann. Gleiches gilt für den jedenfalls unregelmäßig Fall eines einseitigen Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners. Zum österreichischen Recht jüngst *Koppensteiner* in Straube, HGB, Rz. 9 zu § 129.

[40] Deutlich in diesem Sinn etwa *Horn* in Staudinger¹², Rz. 5 zu § 770.

[41] Den Materialien zum BGB ist nichts Eindeutiges zu entnehmen. In den Protokollen (bei Mugdan II, S. 1025) wird zwar einerseits gesagt, daß es der Billigkeit entspreche, wenn der Gläubiger, der sich durch Aufrechnung befriedigen kann, nicht sofort gegen den Bürgen vorgehen könne. Überdies spiegle diese Lösung die bisherige Rechtslage wider (so auch die Denkschrift, abgedruckt bei Mugdan II, S. 1262). Andererseits wurde für den später angenommenen Zusatzantrag, daß die Forderung des Hauptschuldners ausdrücklich als „fällige“ bezeichnet werden müsse, angeführt, das Recht des Bürgen könne nicht weiter gehen als das des Hauptschuldners. Diese Bemerkung zeigt deutlich, daß sich die Gesetzesverfasser des Problems eines *bloß dem Gläubiger* zustehenden Aufrechnungsrechts nicht bewußt waren (darauf weist auch *Zimmermann: Aufrechenbarkeit*, S. 498 hin).

[42] Entsprechende Erwägungen bei *Reinicke / Tiedtke: Gesamtschuld*, S. 138, die aber selbst (mit reichen Nachweisen in FN 23) dem Bürgen, nicht jedoch dem OHG-Gesellschafter die Berufung auf Aufrechnungsrechte bloß des Gläubigers gestatten.

ches oder vertragliches Kompensationsverbot besteht [43]. Im gegebenen Zusammenhang wäre etwa von Bedeutung, daß der Bürge die Forderung des Hauptschuldners zediert erhalten hat oder ihr zumindest beigetreten ist. Auch ein solcher *Forderungsbeitritt* ist m. E. gültig, da er die Rechtsstellung des Schuldners ebensowenig beeinflußt wie eine „normale“ Zession [44]. Schließlich könnten dem Bürgen aufgrund schuldhaften Verhaltens des Gläubigers bei Abschluß oder in der Abwicklung des Bürgschaftsvertrages Schadenersatzansprüche zustehen. Wann das der Fall ist, soll hier allerdings nicht untersucht werden [45].

4.5.2. Anfechtungsrechte

Für die Frage der Anfechtbarkeit des Bürgschaftsvertrages sind neben den allgemeinen Regeln der §§ 870 ff. ABGB einige Besonderheiten zu beachten (die folgenden Überlegungen gehen von einer durch *Gläubigervertrag* zustande gekommenen Bürgschaft aus): Zunächst ist zu klären, ob die Bürgschaft (für den Gläubiger) ein *entgeltliches* oder ein *unentgeltliches* Geschäft ist. Davon hängt ja ab, ob u. U. auch Motivirrtümer Beachtung finden.

Meist war die Beistellung von Sicherheiten geradezu Bedingung für den Abschluß des Kreditvertrages. Ohne Bürgschaft hätte der Gläubiger das Darlehen niemals ausgezahlt. In solchen Fällen ist an der Entgeltlichkeit nicht zu zweifeln. Bei nachträglichen Bürgschaften gilt meist gleiches; so etwa dann, wenn der Gläubiger ohne nachträgliche Beibringung von Sicherheiten den Kredit fällig gestellt hätte, ihn wegen der Bürgschaft aber nicht kündigt. Unentgeltlichkeit ist zwar auch

denkbar, wird aber wohl nicht allzu häufig sein, weshalb sie hier vernachlässigt werden soll.

Für die Voraussetzungen etwa der Irrtumsanfechtung nach § 871 ABGB ist festzuhalten, daß diese grundsätzlich im Verhältnis Gläubiger–Bürge vorliegen müssen [46]. Nur im Fall des § 875 Satz 2 ABGB könnte ein vom Hauptschuldner herbeigeführter Willensmangel zur Anfechtung der Bürgschaftserklärung berechtigen [47].

Beispielhaft möchte ich folgenden Fall herausgreifen: Einem noch un schlüssigen Bürgen wird *vom Gläubiger selbst* versichert, mit den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners stehe es ohnehin zum besten, die Bürgschaftsübernahme sei an sich bloß eine Formalität. Später stellt sich heraus, daß der Hauptschuldner schon im Augenblick der Darlehensaufnahme, somit auch bei Abgabe der Bürgschaftserklärung, in finanziellen Schwierigkeiten war. Abgesehen vom seltenen Fall listiger Irreführung – die darüber hinaus kaum bewiesen werden kann – ist eine Anfechtung der Bürgschaft wegen veranlaßten Geschäftsirrtums (§ 871 ABGB) zu denken. Dafür wäre allerdings Voraussetzung, daß die gute finanzielle Lage des Hauptschuldners im Augenblick der Verbürgung Vertragsinhalt geworden ist. Ist dem Gläubiger ersichtlich, daß sich der Bürge nur aufgrund dieser positiven Auskunft zur Gutstehung entschließt, wird man das wohl annehmen können. Gesichert sollte dann eben nur das – vermeintlich geringe – Risiko späterer Vermögensverschlechterung des Kreditnehmers werden. *Im Regelfall* ist die richtige Einschätzung der finanziellen Lage des Hauptschuldners jedoch das geschäftstypische Risiko des Bürgen, wes-

[43] Daß die Verpflichtung des Bürgen bloß eine formell eigene, materiell aber fremde ist, kann m. E. nicht gegen das Vorliegen der Aufrechnungsvoraussetzung der *Gegenseitigkeit* ins Treffen geführt werden.

[44] *Selb*: Mehrheiten, S. 246 ff.; *Bydlinski, P.*: Übertragung, S. 57.

[45] Zu Aufklärungspflichten des Gläubigers siehe OGH in SZ 56/81 = EvBl 1983/128; SZ 57/70; RdW 1986, S. 40; WBl 1987, S. 211. Vgl. auch *Zawischa*: Sorgfaltspflicht, S. 153; *Ohmeyer*: Sorgfaltspflicht, S. 161.

[46] Zur Irrtumsanfechtung in dreipersonalen Verhältnissen, insbesondere einer Schuldübernahme, siehe *Bydlinski, P.*: Übertragung, S. 57 ff.; zur Anfechtung einer Bevollmächtigung *Welser*: Vertretung, S. 202 ff.; jüngst ausführlich *Stüsser*: Anfechtung der Vollmacht.

[47] Welche Folgen das für die gesicherte Forderung bzw. den Darlehensvertrag insgesamt, aber auch für das Verhältnis Bürge–Hauptschuldner, hat, soll hier nicht untersucht werden.

halb ein diesbezüglicher Irrtum allein seiner Sphäre zugerechnet wird.

Entscheidend dürfte die korrekte Einordnung des Irrtums jedoch im Ergebnis nur dann sein, wenn der Gläubiger nachweisen kann, daß er trotz Beachtung aller Sorgfalt die Unrichtigkeit seiner Information nicht erkennen konnte. In allen anderen Fällen, also bei nachgewiesenem oder bei nach § 1298 ABGB vermutetem Verschulden, käme man über die Haftung aus culpa in contrahendo zum selben Ergebnis. Den Gläubiger trifft zwar an sich [48] keine Pflicht, über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners Informationen zu erteilen. Tut er dies aber (eventuell auf näheres Befragen des Bürgen), muß er dabei sorgfältig vorgehen. Bei schuldhaft unrichtiger Auskunft ist der Bürge danach – vorbehaltlich eines etwaigen Mitverschuldens – so zu stellen, als ob er auf die unrichtige Information nicht vertraut hätte. Dann hätte er jedoch regelmäßig keine Bürgschaftserklärung abgegeben. Wegen des dem Gläubiger ersichtlichen Risikos für den Bürgen ist ein strenger Sorgfaltsmaßstab gerechtfertigt. Hat der Gläubiger keine sicheren Informationen, soll er solche Erklärungen eben nicht abgeben.

5. Zur Abdingbarkeit einzelner Einreden

Die Abdingbarkeit einem Bürgen nach den gesetzlichen Regelungen zustehender Einwendungen könnte an sich Gegenstand einer eigenen größeren Arbeit sein. Hier soll daher nur auf die eben behandelten Einrederechte, auf einige grundsätzliche Fragen des Abgehens vom (dispositiven) Gesetzesrecht sowie auf in der Praxis häufig vorkommende Klauseln eingegangen werden [49].

5.1. Haftung ohne Verpflichtung des Hauptschuldners

Wird im Bürgschaftsvertrag vereinbart, daß der Bürge auch dann haften soll, wenn der

Hauptschuldner aus welchem Grund immer *nicht* verpflichtet ist, kann dies zunächst im Sinne der früheren Überlegungen als Haftung für den gesetzlichen Rückforderungsanspruch verstanden werden. Sollte hingegen unzweifelhaft gemeint sein, daß der Bürge für die *unwirksame Vertragsverpflichtung* eintreten soll – was erst durch Auslegung der Bürgschaftsvereinbarung nach den §§ 914 f. ABGB geklärt werden muß –, läge eine wirksame *Bürgschaft* sicherlich nicht mehr vor; diese ist ja bis auf die Ausnahme des § 1352 ABGB *zwingend* vom Bestehen der Hauptverpflichtung abhängig. Wollten die Parteien – und insbesondere der sogenannte „Bürge“ – die über die Verpflichtung des Hauptschuldners hinausgehende Haftung tatsächlich, könnte ein bloß falsch bezeichneter *Garantievertrag* gegeben sein. Zum gleichen Ergebnis würden Konversionsüberlegungen führen.

Wie der in der Rechtsprechung und Lehre einhellig anerkannte Garantievertrag zeigt, widerspricht auch eine solche weitgehende Haftung des Sicherungsgebers an sich nicht dem zwingenden Recht. Dennoch kann in concreto eine solche Erweiterung der Haftung unwirksam sein. Zu denken wäre vor allem an die Bestimmungen der im Zuge des Konsumentenschutzgesetzes in das ABGB aufgenommenen §§ 864 a und 879 Abs. 3 ABGB, auf die ich in der Folge noch etwas näher eingehen möchte.

5.2. Ausschluß der Berufung auf Gestaltungsrechte des Hauptschuldners

Die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit, also die Berufung auf *dem Hauptschuldner* gegen den Gläubiger zustehende Einrederechte, die im österreichischen bürgerlichen Recht nicht ausdrücklich geregelt sind, können m. E. abbedungen werden. Einmal ist dies zu § 770 BGB einhellig anerkannt [50], zum anderen handelt es sich hierbei um Einreden, die keine zentralen Interes-

[48] Zu Sonderkonstellationen, in denen den Gläubiger eine „Warnpflicht“ trifft, vgl. etwa OGH in SZ 56/81; SZ 57/70; RdW 1986, S. 40.

[49] Die Berufung auf Rechtsmißbrauch (§ 1295 Abs. 2 ABGB) hat auch hier nach den allgemeinen Regeln Beachtung zu finden.

[50] *Pecher* in MünchKomm² III/2, Rz. 11 zu § 770 BGB; BGH in NJW 1984, S. 2455; gewisse Grenzen sind allerdings der Verzichtbarkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetzt: BGH in NJW 1981, S. 761.

sen des Bürgen schützen wollen, sondern ihm nur aus Gründen der Vereinfachung der Abwicklung des gesamten Rechtsverhältnisses zugestanden werden. Ferner liegt im Verzicht auf solche Einwendungen keine Verletzung des Akzessorietätsprinzips [51]. Nicht ausgeschlossen ist durch eine solche Abdingung allerdings, daß der Bürge vom Hauptschuldner erworbene Gestaltungsrechte geltend macht [52].

5.3. Aufrechnungsverbot

Auch die Aufrechnung mit *eigenen* Forderungen kann dem Bürgen durch Vereinbarung grundsätzlich untersagt werden; damit wird die Aufrechnung nicht bloß rechtswidrig – was der Ausdruck „Verbot“ nahelegen könnte –, sie ist vielmehr *unmöglich*. Soll das Aufrechnungsverbot jedoch bloß für den Bürgen gelten, könnte bei Hinzutreten weiterer Umstände Sittenwidrigkeit gegeben sein [53]. Ist der Bürge Verbraucher und der Gläubiger Unternehmer, so sind jedenfalls die Grenzen des § 6 Abs. 1 Z. 8 KSchG zu beachten: Der Bürge kann also trotz des Verbots aufrechnen, wenn der Gläubiger zahlungsunfähig ist oder wenn die Forderung des Bürgen – etwa aufgrund einer Schädigung durch den Gläubiger im Rahmen der Geschäftsbeziehung – in rechtlichem Zusammenhang mit seiner Bürgschaftsverpflichtung steht, schon gerichtlich festgestellt oder vom Gläubiger anerkannt worden ist.

[51] Aus Akzessorietätsgründen unwirksam wäre aber selbstverständlich eine Klausel, die dem Bürgen auch die Berufung auf die vom Hauptschuldner *schon erklärte* Aufrechnung versagt. Bestand die Forderung tatsächlich, hat der Zugang der Aufrechnungserklärung ja zur Tilgung geführt: Vgl. *Maythofer*: Schuldrecht, S. 123f.

[52] Schließlich kann der – wohl sehr seltenen – Gefahr, daß der Bürge wegen der Zahlungsunfähigkeit sowohl des Hauptschuldners als auch des Gläubigers seine Leistung nicht (zurück-)erhält, dadurch begegnet werden, daß dem Bürgen in solchen Fällen schon vor Zahlung ein Anspruch gegen den Hauptschuldner auf Übertragung des betreffenden Gestaltungsrechts gegeben wird (ebenso zu einer ähnlichen Interessenlage *Bydlinski*: P.: Übertragung, S. 77, 95).

[53] Vgl. *Rummel*: in Rummel, ABGB, Rz. 29 zu § 1440 a. E.; *Kramer*: Normative Kraft, S. 508.

5.4. Die Problematik der Abdingung von Einreden in Vertragsformblättern im allgemeinen

Nun möchte ich mich einem vor allem für die Kreditwirtschaft besonders bedeutsamen Problemkreis zuwenden. In der Praxis schließt ein Kreditinstitut als Darlehensgeber mit dem Bürgen weder einen individuell ausgehandelten Bürgschaftsvertrag ab noch erfolgt eine bloße Berufung auf das gesetzliche Bürgschaftsrecht. Vielmehr legt die Bank einen *ausformulierten Vertragstext* vor [54]. Der Bürge hat nun die Möglichkeit, diesen Text wie vorgelegt als seine Erklärung zu unterfertigen oder von einer Haftung als Bürge überhaupt Abstand zu nehmen. Da im zweiten Fall der Kredit regelmäßig nicht gewährt werden würde, unterschreibt der Bürge oft nolens volens doch. Die Bürgschaftserklärung enthält nun eine Reihe von Klauseln, die – was selten ist – bloß die technische Art der Abwicklung betreffen und damit für die beteiligten Interessen neutral sind oder – was den Regelfall darstellt – *zugunsten des Gläubigers* vom dispositiven (bzw. objektiven) Recht abweichen. Für den Bürgen im Vergleich zum Gesetz vorteilhafte Klauseln habe ich trotz Durchsicht mehrerer Bürgschaftsformulare auch bloß vereinzelt *nicht* finden können.

Im Streitfall beruft sich der Gläubiger auf die in concreto passende Klausel – er hat sich ja für beinahe alle denkbaren Eventualitäten abgesichert –, wogegen der Bürge die Unwirksamkeit dieser Vertragsbestimmung einwendet. In vielen Entscheidungen [55] untersucht nun das Gericht bloß die in concreto strittige Klausel, die es oft nach ausführlichen Erwägungen als gerade noch akzeptabel beurteilt (weshalb der Klage stattgegeben wird) oder als schon über das Tolerierbare hinausgehend ansieht (weshalb u. U. der Bürge obsiegt). Ausgehend von diesem Befund möchte ich in aller Kürze folgende Fragen ansprechen:

[54] Zum Problem im deutschen Recht siehe nur *von Westphalen*: Bürgschaftsformulare, S. 1589.

[55] Siehe etwa OGH in RdW 1983, S. 72; JBl 1986, S. 373; RdW 1986, S. 268.

1. Ist es richtig, bloß die in concreto relevant gewordene Klausel zu untersuchen oder mußte nicht vielmehr der Bürgschaftsvertrag als *Gesamtheit* betrachtet werden, was dazu führen könnte, daß die Kumulation mehrerer je für sich noch tragbarer Klauseln Unwirksamkeit herbeiführen könnte?

2. Welche Reichweite hat eine dabei festgestellte Unwirksamkeit: Sind bloß *einzelne Klauseln* zum Teil oder zur Gänze, *alle vom dispositiven Recht abweichenden Bestimmungen* oder gar der *gesamte Bürgschaftsvertrag* ungültig?

M. E. ist bei der *Geltungskontrolle* anders zu entscheiden als bei der *Inhaltskontrolle*. Für die Frage nach dem Inhalt der Bürgschaftserklärung, also bei der Beurteilung einer Bürgschaft am Maßstab des § 864a ABGB, muß jeweils auf jede Klausel für sich geblickt werden. Jede *einzelne* Klausel ist daraufhin zu untersuchen, ob sie für einen Bürgschaftsvertrag ungewöhnlich sowie für den Bürgen nachteilig ist und ob dieser mit ihr nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen brauchte.

Nach diesen Kriterien wäre m. E. eine drucktechnisch nicht hervorgehobene Bestimmung, daß der Bürge bei Ungültigkeit der Verpflichtung des Hauptschuldners ebenso haftet wie bei deren Gültigkeit, schon nach § 864a ABGB gar nicht Erklärungsinhalt geworden. Für die *Ungewöhnlichkeit* ist aber auch auf den besonderen Geschäftstyp abzustellen [56]. So können m. E. Klauseln, die in Bürgschaften gegenüber Banken schon seit Jahrzehnten regelmäßig enthalten (und nicht „versteckt“) sind – Maßstab sind allerdings die Banken in ihrer Gesamtheit, nicht bloß einzelne Institute – nur ausnahmsweise schon nach § 864a ABGB ungültig sein [57]. Die Ungewöhnlich-

keit bezieht sich jedoch nicht bloß auf den *Inhalt* der Klausel, sondern auch auf ihre *Größe* und *Position* im konkreten Formblatt. Damit können auch inhaltlich durchaus gebräuchliche Bestimmungen als überraschend und damit als nach § 864a ABGB von vornherein ungültig beurteilt werden [58]. Dies wird man bei Bürgschaftsformularen, in denen alle Bestimmungen die gleiche (gut lesbare) Größe aufweisen, jedoch in der Regel nicht annehmen können. Wohl aber kann sich die Nachteiligkeit für den Bürgen bei der Prüfung nach § 879 Abs. 3 ABGB auswirken. Schließlich könnte man erwägen, bei inhaltlich besonders krasser Ungewöhnlichkeit – beurteilt am konkreten Geschäftstyp – als „Gültigkeitserfordernis“ eine besondere drucktechnische Hervorhebung zu verlangen.

Bei der Beurteilung nach § 879 Abs. 3 ABGB ist nun trotz des Wortlauts, der bloß von *einer* Vertragsbestimmung spricht, m. E. eine *Gesamtschau* die einzig angemessene Vorgangsweise. Wie schon erwähnt, hat der Verwender des betreffenden Vertragsformblattes – soweit seine juristische Phantasie reicht – von vornherein für beinahe alle Eventualitäten vorgebaut. Selbstverständlich können sich je nach Entwicklung der Geschäftsbeziehung aber nur *einzelne* Klauseln aktualisieren. Die Nachteiligkeitsprüfung muß daher auf den Vertragsabschlußzeitpunkt, an dem die *tatsächliche* künftige Entwicklung noch nicht vorhersehbar war, bezogen werden [59]. Damit ist klar, daß *alle* Klauseln – oder jedenfalls alle diejenigen, die sachlich in irgendeiner Weise zusammengehören [60] – für die Frage, ob der Bürge durch die Vertragsformulierungen gröblich

[56] Vgl. *Rummel*: in *Rummel*, ABGB, Rz. 5 zu § 864a.

[57] Siehe zum Problem *Avancini*: in *Krejić*, KSchG-Handbuch, S. 612, aber auch *Krejić*, ebenda, S. 113f. Erst jüngst (WBl 1987, S. 241 m. w. N.) stellte der OGH wieder auf die Branchenüblichkeit sowie den Erwartungshorizont des angesprochenen Personenkreises ab.

[58] Vgl. dazu jüngst *Koziol*: Fakultativklausel, S. 327 m. w. N. Siehe auch *Rummel*: in *Rummel*, ABGB, Rz. 5 zu § 864a: Objektiv nicht ungewöhnliche Klauseln werden dann nicht Vertragsinhalt, wenn der Aufsteller in concreto damit rechnen mußte, daß sie für seinen Vertragspartner überraschend sind.

[59] So ausführlich zur Nachteiligkeit des § 864a ABGB, aber auch zu § 879 Abs. 3 ABGB, *Welser*: Konsumenschutzgesetz, S. 450.

[60] Eine differenzierte Prüfung nach einzelnen Sachbereichen findet auch beim sogenannten „Gruppenvergleich“ zwischen Kollektivvertrag und Einzelarbeitsvertrag nach § 3 Abs. 2 ArbVG statt.

benachteiligt [61] ist, berücksichtigt werden müssen [62]. Dies auch deshalb, weil es nicht auf die technische Art der Formblattgestaltung ankommen kann; im Ergebnis muß es ja zweifellos gleichgültig sein, ob mehrere Regelungen in *einem* Vertragspunkt getroffen wurden oder ob im Formular sachlich zusammenhängende Klauseln an verschiedenen Stellen abgedruckt sind.

Der Rechtsanwender wird sich bei Beurteilung von Klauseln am Maßstab des § 879 Abs. 3 ABGB somit in die Lage des das Formblatt unterfertigenden Bürgen bei *Abgabe seiner Erklärung* hineindenken müssen und dabei festzustellen haben, welche Rechtsfolgen dem Bürgen nach dem Wortlaut des Formulars drohen. Alles, was mit dem nun tatsächlich eingetretenen Risiko in Verbindung steht, ist dabei zu berücksichtigen. Nicht ausschlaggebend ist daher etwa, daß der Gläubiger von einzelnen ihm nach der Vereinbarung zustehenden Rechten keinen Gebrauch gemacht hat. Da es in Bürgschaftsformblättern fast ausschließlich um Fragen geht, die (direkt oder indirekt) die Haftung des Bürgen betreffen, wird kaum eine nachteilige Klausel zu finden sein, die bei der Beurteilung unberücksichtigt zu bleiben hat.

M. E. sind daher nicht wenige Klauseln eines mir vorliegenden Bürgschaftsformulars, das ohne besondere drucktechnische Hervorhe-

bung etwa 20 mehr oder weniger ausführliche Punkte enthält, von denen unter anderen folgende zu Lasten des Bürgen vom dispositiven (bzw. objektiven) Recht abweichen, jedenfalls [63] nach § 879 Abs. 3 ABGB nichtig: Der Bürge (und Zahler) haftet auch für die Kosten der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner [64]; er hat jederzeit auf Verlangen des Gläubigers Sicherstellung durch Erlegung eines Barbetrages oder auf andere dem Gläubiger genehme Weise zu leisten, wenn der Gläubiger – nach dem Wortlaut nicht einmal substantiierte – Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers hat; er darf im Vergleich zu seinem Vermögen bedeutende Schenkungen unter Lebenden nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Gläubigers vornehmen [65] – keinerlei Regel besteht darüber, wann eine solche Zustimmung zu erteilen ist (das liegt offenbar im freien Ermessen des Gläubigers); der Gläubiger ist berechtigt, vom Kreditnehmer (= Hauptschuldner) angebotene Zahlungen zurückzuweisen, wenn er befürchtet, daß die Zahlung anfechtbar ist [66]; durch die Freigabe sonstiger Sicher-

[61] Zum Begriff der gröblichen Benachteiligung etwa *Krejci*; in Rummel, ABGB, Rz. 242 zu § 879; *Krejci*; in *Krejci*, KSchG-Handbuch, S. 153ff., der für den Fall einer Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht grundsätzlich jede Unangemessenheit ausreichen läßt; ähnlich jüngst OGH in JBl 1986, S. 374. Zu Abweichung vom dispositiven Recht vgl. auch OGH in SZ 56/62 = JBl 1983, S. 534 = EvBl 1983/125; SZ 57/41 = JBl 1985, S. 233 = EvBl 1984/110. Existieren für bestimmte Bereiche keine gesetzlichen Regeln, wird für die Frage der gröblichen Benachteiligung – also der krassen Abweichung vom objektiven Recht – der konkrete Vertragszweck die entscheidende Rolle spielen. Eine solche wesentliche Benachteiligung liegt jedenfalls dann vor, wenn die Klausel das Erreichen des konkreten Vertragszwecks gefährdet (so ausdrücklich § 9 Abs. 2 Z. 2 ABGB).

[62] Zu einer etwas anderen Konstellation, nämlich einer Vertragsklausel, die sowohl benachteiligende als auch begünstigende Bestimmungen enthält, siehe jüngst OGH in EvBl 1987/41.

[63] Sofern nicht schon einzelne Klauseln unter § 864 a ABGB fallen und damit gar nicht Vertragsinhalt werden.

[64] Ohne besondere Vereinbarung würde die Bürgschaft diese Kosten nur ganz ausnahmsweise (so etwa bei reiner Ausfallsbürgschaft) erfassen: *Gschntzer*; JBl 1957, S. 160; *Mayrhofer*; Schuldrecht, S. 129 m. w. N. Auch bei der Befürwortung einer Analogie zu § 16 GBG (bzw. zu § 216 EO) dürfte das Ergebnis nicht anders ausfallen. M. E. ist § 16 GBG primär auf den Fall zu beziehen, daß Personalschuldner und Realschuldner ein und dieselbe Person ist. Für Kosten, die gegen einen vom Pfandbesteller verschiedenen Personalschuldner aufgelaufen sind, haftet nach dem Grundgedanken des § 216 EO das Pfand bestenfalls dann, wenn die Prozeßführung gegen den persönlichen Schuldner zur Rechtsverfolgung *erforderlich* war (in diesem Sinne zu § 216 EO *Heller / Berger / Stix*; Exekutionsordnung, S. 1489f. mit Nachweisen auch der Rechtsprechung). Dies wäre etwa bei Vereinbarung bloßer Ausfallhaftung der Fall. Ansonsten kann der Gläubiger bei Verzug des Schuldners ja sofort gegen den Pfandbesteller vorgehen.

[65] Auf das Verhältnis des Bürgenvermögens zum Haftungsumfang wird hingegen nicht abgestellt.

[66] Ein Zurückweisungsrecht würde ohne besondere Vereinbarung nur dann bestehen, wenn die Zahlung *tatsächlich* anfechtbar wäre; insofern würde der

heiten durch den Gläubiger wird die Haftung in keiner Weise berührt, noch können dem Bürgen daraus Schadenersatzansprüche entstehen [67]; *ganz kraß*: ein vom Hauptschuldner abgegebenes Schuldanerkenntnis ist für den Bürgen verbindlich; *noch krasser*: die vom Gläubiger über die Geschäftsverbindung mit dem Hauptschuldner geführten Handelsbücher sowie die Auszüge haben dem Bürgen gegenüber auf Dauer volle Beweiskraft. Das alles und noch einiges mehr ist *kumulativ* – vom Gläubiger formuliert – in *einem* Bürgschaftsvertrag enthalten! Auch nur eine Klausel *zugunsten* des Bürgen findet sich hingegen nicht.

Einzelne dieser Bestimmungen könnten u. U. durch Auslegung (vor allem nach § 915 ABGB) etwas „entschärft“ werden [68]. Dennoch bleibt jedenfalls Gravierendes übrig. Auch „unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles“, wie § 879 Abs. 3 ABGB formuliert, können solche eklatanten Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der Bürgschaft nicht toleriert werden. Selbstverständlich bestehen (zum Teil vielleicht sogar sachgerechte) Interessen des Gläubigers an besonderer Begünstigung. Diese können aber – insbesondere dann, wenn der Bürge ein Verbraucher ist – nicht eine Reihe vom Gesetz als schutzwürdig anerkannter Interessen des Bürgen vollständig verdrängen.

Eine für die Inhaltskontrolle notwendige Gesamtbetrachtung des Vertragswerks, bei der

zu klären ist, ob es zu Lasten des Bürgen massive Abweichungen vom objektiven Recht enthält, die auch durch die besonderen Umstände des Falles nicht gerechtfertigt sind, führt daher zu folgendem Ergebnis: Da die Eingehung einer Bürgschaft vom Bürgen beabsichtigt war, fällt der Bürgschaftsvertrag selbst nicht zur Gänze dahin. Bestehen bleiben auch die „neutralen“ Klauseln, ebenso andere, die vom Gesetz selbst als Abweichung vom Grundtypus der Bürgschaft anerkannt sind, so die Haftung als „Bürge und Zahler“ (§ 1357 ABGB); sonstige nachteilige nur dann, wenn sie mit dem tatsächlich verwirklichten Risiko überhaupt nichts zu tun haben. Alle übrigen Abweichungen vom dispositiven (bzw. objektiven) Recht sind *zur Gänze unwirksam*, sofern sich nicht eine (sogenannte „geltungserhaltende“) Reduktion [69] aller Nebenabreden auf ein *zweifelsfrei zulässiges Maß* [70] anbietet. Dies ist schon aus Präventionserwägungen geboten: Der Verfasser solcher Vertragsformblätter soll sich bei Abfassung der einzelnen Klauseln im Bereich des ohne Zweifel Akzeptablen bewegen – selbstverständlich ohne daß er deshalb Interessen des Vertragspartners besonders wahren müßte. Den Versuch des Durchsetzens für ihn außergewöhnlich günstiger – und damit für den Bürgen außergewöhnlich nachteiliger – Bedingungen macht er aber auf eigene Gefahr.

Damit sollteargetan werden, daß eine Reduktion aller Klauseln durch den Rechtsanwender auf ein gerade noch vertretbares Maß nicht angezeigt ist [71]. Noch deutlicher ist die nachträgliche Streichung oder Reduzierung bloß *einzelner* Klauseln abzulehnen; einerseits ist die gröbliche Benachteiligung für den Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung zu

Schuldner nicht das anbieten, was er schuldet, nämlich die Verschaffung der Leistung *auf Dauer*. Dazu ausführlich und überzeugend *Koziol*: *Kreditsicherheiten*, S. 517, insbesondere S. 519 ff.

[67] Anderes sehen die §§ 1360, 1364 Satz 2 ABGB vor.

[68] So könnte die Klausel über die anfechtungsbedrohte Zahlung u. U. so verstanden werden, daß ein Zurückweisungsrecht des Gläubigers dann bestehen soll, wenn die spätere Anfechtung der Zahlung nach Lage der Dinge mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Damit läge keine besondere Benachteiligung des Bürgen mehr vor. Da die Sicherungsrechte den Gläubiger gerade auch bei Schuldnerinsolvenz schützen sollen, würde eine Bürgschaft nach Anfechtung ja wieder voll aufleben: *Koziol*: *Kreditsicherheiten*, S. 517, insbesondere S. 522; zuletzt ebenso OGH in SZ 58/114 und wohl auch *König*: *Anfechtung*, Rz. 389.

[69] Zur Diskussion dieses Problems im deutschen Rechtsbereich siehe bloß *Kötz*: in *MünchKomm² I*, Rz. 8 ff. zu § 6 ABGB.

[70] Zu dieser Problematik etwa *Bydlinski*, *F.*: *Versorgungsbedingungen*, S. 126 ff. = *derselbe*: in *Aicher*, *Energieversorgung*, S. 148 f.; OGH in SZ 56/62; SZ 57/41.

[71] Dazu tendiert etwa *Welsch*: *Beschränkung der Vertragsfreiheit*, S. 84 f. bei seinen Ausführungen zu § 6 KSchG.

beurteilen [72]; damit gibt es aber keine Kriterien für die Auswahl der zu entfernenden (bzw. zu mildernden) Bestimmungen [73]. Andererseits sind im Streitfall bloß eine oder mehrere ganz bestimmte Klauseln von Bedeutung, weshalb im Ergebnis nur die Gültigkeit dieser Vertragspunkte in Frage steht.

In einem zwischen Gläubiger und Bürgen geführten Prozeß sollte der erkennende Richter daher wie folgt vorgehen: Zunächst ist die *in concreto strittige Klausel* zu untersuchen. Führt die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB zu einem positiven Ergebnis, ist nach der gröblichen Nachteiligkeit *dieser* Klausel zu fragen (§ 879 Abs. 3 ABGB). Wird sie festgestellt und fällt die Bestimmung wegen der Unmöglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion zur Gänze dahin – etwa wenn eine Abschwächung nicht denkbar ist –, entstehen keine weiteren Probleme. Ist die Klausel für den Bürgen allerdings bloß schlicht nachteilig oder besteht die Möglichkeit einer Reduktion, sind auch die übrigen Bestimmungen des Bürgschaftsvertrages zu berücksichtigen; im ersten Fall ist zu fragen, ob die an sich anwendbare Klausel in Verbindung mit anderen den Bürgen gröblich benachteiligt; wenn dies zu bejahen ist sowie im zweiten Fall kann die Reduktion je nach der Nachteiligkeit der übrigen Bestimmungen nur gering oder sehr weitgehend (bis hin zur vollständigen Streichung) ausfallen.

5.5. Zur Gültigkeit dreier konkreter Klauseln

Zum Abschluß möchte ich beispielhaft drei der erwähnten Klauseln allein für sich – also ohne Berücksichtigung sonst für den Bürgen nachteiliger Bestimmungen – etwas näher behandeln.

5.5.1. Sicherstellungspflichten des Bürgen

Zunächst zum Recht des Gläubigers, vom Bürgen jederzeit Sicherstellung (primär durch Erlag eines Barbetrages) zu begehren, wenn ihn Zweifel an der Zahlungsfähigkeit

des Hauptschuldners plagen: In einer Entscheidung [74], die einen Sachverhalt vor Inkrafttreten des KSchG betraf, hat der OGH ausgesprochen, daß durch bloßen Verweis auf AGB die Verpflichtung zur jederzeitigen Bestellung weiterer Sicherheiten wegen mangelnder Deutlichkeit nicht Vertragsinhalt geworden sei. Das Höchstgericht nahm ferner an, daß die Pflicht eines Bürgen zur Bestellung eines Pfandes darüber hinaus ungewöhnlich ist. Der vorliegende Sachverhalt weicht nun vom entschiedenen einmal dadurch ab, daß die Verpflichtung zur Bestellung weiterer Sicherheiten im Bürgschaftsvertrag selbst enthalten ist. Das allein schließt allerdings weder eine Ungültigkeit nach § 864a noch nach § 879 Abs. 3 ABGB aus. Ferner soll der Gläubiger bloß bei Zweifeln über die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners Sicherstellung verlangen können. Zumindest nach § 915 ABGB sind darunter nur *begründete* Zweifel zu verstehen. Wenn es nach dem OGH nun schon ungewöhnlich ist, daß vom Bürgen *überhaupt* dingliche Sicherheiten verlangt werden können, ist die Verpflichtung zur Erlegung von *Bargeld* umso ungewöhnlicher; die Hingabe anderer Sicherheiten hängt nach der Klausel ja von der Zustimmung des Gläubigers ab. Schließlich soll die Bürgschaft doch ganz grundsätzlich das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners sichern; die Verwirklichung dieses Risikos schon vor Fälligkeit begründet daher m. E. keine besondere Schutzwürdigkeit des Gläubigers (auf drohende Zahlungsunfähigkeit *des Bürgen selbst* wird hingegen nicht abgestellt); auch hat der Gläubiger regelmäßig die Möglichkeit, in solchen Fällen den Kredit fällig zu stellen, was nach den üblichen Bürgschaftsverträgen zu einer sofortigen Zahlungspflicht des Bürgen führen würde. Die Klausel eröffnet dem Gläubiger nun die Möglichkeit, auf Risiko allein des Bürgen den Kredit weiterlaufen zu lassen oder gar zu verlängern. Da den nicht sonderlich schutzwürdigen Interessen des Gläubigers bedeutende Nachteile des Bürgen gegenüberstehen – er müßte ja u. U. lange vor der Fälligkeit *Bargeld*

[72] *Welser*: Konsumentenschutzgesetz, S. 450.

[73] Bloß für einander ausschließende Sachverhaltskonstellationen getroffene Regelungen können je für sich beurteilt werden.

[74] SZ 51/9 = JBl 1979, S. 31 = EvBl 1979/2.

zur Verfügung stellen, das er nun nicht einsetzen könnte –, ist m. E. auch eine *gröbliche Benachteiligung des Bürgen* gegeben. Schlichte Nachteiligkeit im Vergleich zum dispositiven Recht ist unschwer festzustellen. Da in einem *Bürgschaftsformular* die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung durch Barerlag auch ungewöhnlich, nämlich für den Bürgen nicht zu erwarten ist – etwas anderes könnte gelten, wenn *daneben* ein eigener Pfandbestellungsvertrag abgeschlossen worden wäre –, dürfte die Klausel schon nach § 864a ABGB ungültig sein. Jüngst hat der OGH gleiches in einem Fall ausgesprochen, wo der Verweis auf die AGB dazu geführt hätte, daß die Verpflichtung des Bürgen auch auf eine Bürgschaftsschuld des Hauptschuldners ausgedehnt worden wäre [75].

5.5.2. Verbindlichkeit eines Anerkenntnisses des Hauptschuldners

Vom gleichen Schicksal wird wohl auch die Klausel ereilt, nach der ein anerkenntnis des Hauptschuldners für den Bürgen verbindlich ist. Liegt die tatsächlich bestehende Schuld *unter* dem anerkannten Betrag, scheidet eine Bürgenhaftung für den überschießenden Teil schon aus Akzessorietätserwägungen aus. Einen Garantievertrag wollte der Bürge aber ganz ersichtlich nicht abschließen. War die Klausel hingegen so gemeint, daß sich der Bürge schon jetzt für den Fall eines nachträglichen Anerkenntnisses für die durch (konstitutive [76]) Anerkennung entstandene Forderung verbürgt, läge der Fall einer (gröblichen) Bürgenbenachteiligung vor: Der Bürge müßte *jede* vom Hauptschuldner anerkannte Forderung des Gläubigers befriedigen, dies auch dann, wenn der Kreditnehmer infolge seiner schlechten Vermögensverhältnisse Forderungen ohne nähere Prüfung anerkennt, ein Rückgriffsanspruch des Bürgen aber ins Leere ginge. Da ein Bürge auch grundsätzlich nur davon ausgeht, für eine *materiell bestehende*, nicht aber durch Anerkenntnis oder Vergleich begründete Verpflichtung des Hauptschuld-

ners zu haften – er will eben nur sicherstellen, daß der Gläubiger das, was er geleistet hat, gemäß der vertraglichen Vereinbarung, also etwa vermehrt um Zinsen, zurückbekommt –, ist das Kriterium der Ungewöhnlichkeit ebenfalls erfüllt [77]. Mit einer solchen Haftung muß ein sich als Bürge Verpflichtender nicht rechnen. Ferner besteht kein besonders zu schützendes Interesse des Gläubigers an dieser Klausel: Dem Bürgen wird es ja auch sonst regelmäßig nicht gerade leicht fallen, die Abweichung des anerkannten vom bis dahin tatsächlich geschuldeten Betrag zu beweisen [78]. *Möglich* muß ihm dies aber sein.

5.5.3. Volle Beweiskraft der Handelsbücher und Auszüge

Die Bestimmung schließlich, daß die Handelsbücher des Gläubigers gegenüber dem Bürgen volle Beweiskraft hätten, ist ebenfalls aus mehreren Gründen zu beanstanden; so auch wegen gröblicher Benachteiligung des Bürgen, der jeden irrtümlichen [79] Eintrag, den er in keiner Weise beeinflussen kann, gegen sich wirken lassen müßte und womöglich für bestimmte Beträge nicht einmal einen Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner hätte. Da – anders als im eben behandelten Fall – offenbar auch kein Anerkenntnis des Hauptschuldners vorliegt, kommt eine Haftung für eine nicht tatsächlich bestehende, sondern nur fälschlich in den Geschäftsbüchern des Gläubigers oder in den Auszügen enthaltene Verpflichtung auch wegen des Abhängigkeitsprinzips nicht in Frage. Schließlich und vor allem scheidet die Klausel schon an zwingenden prozessualen Grundsätzen (§§ 178, 182 f., 272 ZPO),

[77] Verneint man dies, da solche Klauseln schon seit längerem regelmäßig verwendet werden (vgl. *Avanci ni*: in Krejci, KSchG-Handbuch, S. 612 und oben bei FN 57 f.), ist Nichtigkeit nach § 879 Abs. 3 ABGB anzunehmen.

[78] Dieses Argument gilt auch für die zuletzt besprochene Bestimmung.

[79] Nach dem Wortlaut sogar jeden bewußt falschen. Dieses Ergebnis könnte aber wohl schon durch Auslegung nach den §§ 914 f. ABGB verhindert werden.

[75] WBl 1987, S. 243.

[76] Bei bloß deklaratorischem Anerkenntnis greift wieder das Akzessorietätsargument.

hier insbesondere am Prinzip der freien Beweiswürdigung [80].

Verzeichnis der zitierten Literatur

- Avancini*: KSchG und Allgemeine Bankbedingungen, in: Krejci, KSchG-Handbuch, S. 601.
- Binder, M.*: Zur Konversion von Rechtsgeschäften (1982).
- Bydlinski, F.*: Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, Neumayer-FS (1985), S. 115 = Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge, in: Aicher (Hrsg.), Rechtsfragen der öffentlichen Energieversorgung (1987), S. 137.
- Bydlinski, P.*: Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986).
- Bydlinski, P.*: Die Besicherung vernichtbarer Forderungen (ÖBA 1987, Heft 12).
- Ehrenzweig*: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/1 (1928).
- Fasching*: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts (1984).
- Gschnitzer*: JBl 1957, 160 (Entscheidungsbesprechung).
- Gschnitzer*: Schuldrecht Allgemeiner Teil (1965).
- Gschnitzer / Faistenberger / Barta / Eccher*: Schuldrecht Allgemeiner Teil² (1986).
- Habel*: in: Hadding/Schneider (Hrsg.), Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil VI: Österreich (1986).
- Heller / Berger / Stix*: Kommentar zur Exekutionsordnung³ II (1972).
- Kerschner / Rummel*: Fälle und Lösungen zum bürgerlichen Recht für Anfänger (1983).
- Klang / Gschnitzer (Hrsg.)*: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² VI (1951).
- König*: Die Anfechtung nach der Konkursordnung (1985).
- Koziol*: Über den Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechts, JBl 1964, S. 306.
- Koziol*: Der Garantievertrag (1981).
- Koziol*: Kreditsicherheiten und Anfechtung der Erfüllung, JBl 1983, S. 517.
- Koziol*: Zur Wirksamkeit der „Fakultativklausel“, RdW 1986, S. 327.
- Koziol / Welser*: Grundriß des bürgerlichen Rechts⁸ I (1987).
- Kramer*: Die normative Kraft des dispositiven Rechts: Am Beispiel der AGB der österr Kreditunternehmungen, ÖJZ 1973, S. 508.
- Krejci*: KSchG und ABGB, in: Krejci, KSchG-Handbuch, S. 85.
- Krejci (Hrsg.)*: Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981).
- Mayrhofer*: Schuldrecht Allgemeiner Teil (1986).
- Mugdan*: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II (1899).
- Münchener Kommentar zum BGB (erscheint derzeit in 2. Auflage).
- Ohmeyer*: Einreden des Bürgen aus dem Rechte des Hauptschuldners, GZ 1927, S. 209 und 229.
- Ohmeyer*: Die Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, ZBl 1927, S. 161.
- Rappaport*: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis (1904).
- Reinicke / Tiedtke*: Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten (1981).
- Rummel (Hrsg.)*: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (1983), II (1984).
- Schlüter*: Die Einrede der Aufrechenbarkeit des OHG-Gesellschafters und des Bürgen, Harry Westermann-FS (1974), S. 517.
- Schwimann (Hrsg.)*: Praxiskommentar zum ABGB V (1987).
- Selb*: Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (1984).
- Staudinger*: Kommentar zum BGB (erscheint derzeit in 12. Auflage).
- Straube (Hrsg.)*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1987).
- Stüsser*: Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht (1986).
- Tiedtke*: Bürgschaft für ein sittenwidriges Darlehen, JZ 1987, S. 853.
- Weismann*: Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP 26 (1899), S. 1.
- Welser*: Vertretung ohne Vollmacht (1970).
- Welser*: Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, S. 449.

[80] Siehe dazu nur die deutlichen Ausführungen von *Fasching*: Zivilprozeßrecht, Rz. 823.

- Welser*: Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, S. 1 und 72.
- Zawischa*: Zur Sorgfaltspflicht des Gläubigers bei Schuldbeitritt und Bürgschaft, AnwBl 1978, S. 153.
- von Westphalen*: Bürgschaftsformulare im Licht des AGB-Gesetzes, WM 1984, S. 1589.
- Zimmermann*: Die Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs 2 BGB, JR 1979, S. 495.