

Peter Bydlinki^{*)}

Die Besicherung vernichtbarer Forderungen

Überlegungen aus Anlaß der E des OGH 1 Ob 536/87

Ausgehend von einer aktuellen Entscheidung des OGH (1 Ob 536/87 vom 27.4.1987, abgedruckt in diesem Heft, S. 917) geht der Autor einigen (auch prozessualen) Aspekten der Frage nach, inwieweit sich ein Sicherungsgeber auf rechtsvernichtende Gestaltungsrechte des Hauptschuldners berufen kann. Primär wird dabei der von der beklagten Pfandbestellerin erhobene Einwand, das gesicherte Darlehensgeschäft sei wucherisch gewesen, untersucht. Hierbei werden mehrere Stadien unterschieden: Von besonderer Schwierigkeit ist dabei die auch in der Entscheidung gegebene Situation, daß der Hauptschuldner schon rechtskräftig zur Leistung verurteilt wurde, die Forderung des Gläubigers aber wegen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners nicht einbringlich ist, weshalb nun der Sicherungsgeber belangt wird.

Suchwörter: Arten der Nichtigkeit, Einreden, Gestaltungsrechte, Kreditsicherheiten, Rechtskraftwirkungen, Wucher, wucherisches Darlehen

1. Der in concreto zu beurteilende Sachverhalt

Der Entscheidung des OGH [1], die Anlaß dieses Aufsatzes war, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Kreditnehmer hatte vom nunmehrigen (privaten) Kläger ein Darlehen aufgenommen, zu dessen Besicherung seine Ehegattin ein Pfand bestellt hatte. Infolge Verzuges mit der Rückzahlung wurde der Darlehensnehmer rechtskräftig zur Zahlung der Valuta sowie der vereinbarten Zinsen verurteilt. Da dieser aber wenig später in Konkurs fiel, klagte der Kreditgeber die Pfandbestellerin, die in diesem Prozeß einwandte, das Darlehen sei wucherisch gewesen. Sie unterlag in allen drei Instanzen.

2. Das allgemeine Problem

Die eben geschilderte konkrete Sachverhaltskonstellation dürfte für Banken zwar nicht

einschlägig sein, da diese wohl kaum wucherische Darlehen geben. Das hier an einer Wuchersituation aufgezeigte Problem ist allerdings auf einer *allgemeineren Ebene* – und damit auch für Kreditinstitute – ebenfalls von Bedeutung. Es ist nämlich zu klären, inwieweit sich ein Sicherungsgeber trotz rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners auf dem Anspruch des Gläubigers entgegenstehende (Gestaltungs-)Rechte berufen kann. Das Problem stellt sich also unabhängig davon, ob ein Pfandschuldner oder ein Bürge Einwendungen geltend machen will, ebenso davon, ob es um Anfechtungs-, Rücktritts-, Kündigungs-, Gewährleistungs- oder sonstige rechtsvernichtende Gestaltungsrechte geht.

Zunächst kann ich auch hier [2] mein Bedauern darüber nicht unterdrücken, daß das Höchstgericht meine etwa 5 Monate vor Fällung der Entscheidung erschienene Arbeit [3] nicht berücksichtigt hat. Das betrifft insbesondere die vom OGH – allerdings bloß obiter – aufgestellte Behauptung, daß eine selbständige Abtretung von (gerichtlich geltend zu machenden) Gestaltungsrechten

[2] Vgl. schon ÖBA 1987, S. 119.
[3] P. Bydlinki: Übertragung.

nicht möglich sei. An dieser Stelle möchte ich nur auf mein ausführlich begründetes Ergebnis verweisen, daß *einer Übertragung rechtsvernichtender Gestaltungsrechte des Hauptschuldners auf Sicherungsgeber jedenfalls keine Einwände entgegenstehen* [4]. Dies gilt für gerichtlich geltend zu machende [5] ebenso wie für andere.

Dieses Problem war jedoch, wie schon angedeutet, deshalb nicht entscheidungsrelevant, weil die beklagte Pfandbestellerin im vorliegenden Fall nicht einmal behauptet hatte, sie hätte vom Hauptschuldner rechtsvernichtende Gestaltungsrechte erworben.

3. Die relative Nichtigkeit wucherischer Verträge

3.1. Die Ansicht des OGH

Der OGH geht in der vorliegenden Entscheidung davon aus, daß der Beklagten keinerlei Einwendungen gegen das Begehren des klagenden Gläubigers zustehen. Dies leitet er primär aus der zitierten, ganz herrschenden Ansicht ab, daß Wucher einen Vertrag bloß *relativ nichtig* mache, wodurch der Benachteiligte im Ergebnis ein Anfechtungsrecht erhalte. Ohne Anfechtung sei der Vertrag aber als vollgültig zu behandeln. Bei absoluter Nichtigkeit würde das Höchstgericht – wie es selbst sagt – jedoch gegenteilig entscheiden: Auf absolute Nichtigkeit könnte sich jedermann und damit auch ein Sicherungsgeber berufen, auf ein noch nicht ausgeübtes Gestaltungsrecht hingegen bloß der Gestaltungsberechtigte.

3.2. Keinerlei Rechte des Sicherungsgebers!

Richtig ist daran jedenfalls, daß nur der Inhaber des Gestaltungsrechts dieses auch wirksam *ausüben* kann. Damit ist aber noch nicht schon vorweg jedem Dritten die *Berufung* auf das Vorliegen eines solchen Rechts abgeschnitten. Ansonsten wäre der Unterschied wohl doch etwas zu scharf; man

[4] P. Bydlinki: Übertragung, insbesondere S. 32 ff.
[5] Zu den dort zusätzlich zu beachtenden Argumenten P. Bydlinki: Übertragung, S. 34 ff.

braucht nur an Sachverhalte zu denken, in denen Verträge auf ganz ähnliche Weise angebahnt werden, aber einmal wegen Dissenses absolut nichtig, das andere Mal infolge Irrtums bloß anfechtbar sind [6]. Der vorliegende Sachverhalt ist ein gutes Beispiel dafür, daß Dritte auch ohne absolute Nichtigkeit unter Umständen – unabhängig von der Ausübung des Rechts durch den an sich Berechtigten – eines Schutzes bedürfen. Im Regelfall hat ein Gestaltungsberechtigter zwar meist gute Gründe, wenn er sich entschließt, ein ihm an sich zustehendes (rechtsvernichtendes) Gestaltungsrecht nicht auszuüben: Der Vertrag erscheint ihm nachträglich trotz anfänglichen Irrtums doch als günstig, er möchte die Geschäftsverbindung mit seinem Vertragspartner nicht gefährden usw. Diese Entscheidung muß auch ein Sicherungsgeber, der von vornherein ja niemals mit einem Wegfall seiner Verpflichtung durch Beseitigung der gesicherten Forderung ohne Tilgung rechnete – oder zumindest nicht damit rechnen durfte –, hinnehmen. Von der Interessenlage anders liegen allerdings die Fälle, in denen der Gestaltungsberechtigte bloß aus Gründen, die außerhalb der Vertragsbeziehung stehen, die Geltendmachung unterläßt. Ein solcher Fall liegt möglicherweise auch hier vor: Der Gestaltungsberechtigte ist in derart großen finanziellen Schwierigkeiten, daß ihm ohnehin „schon alles egal“ ist. Er unterläßt die Geltendmachung also nicht aus besonderen Eigeninteressen, sondern wegen des Fehlens jeglichen Interesses und damit im Ergebnis zu Lasten des Sicherungsgebers. Kann diesem auch in solchen Fällen noch geholfen werden?

3.3. Ausnahme für das Wucherdarlehen!

Alle diese Schwierigkeiten könnte man einmal dadurch überwinden, daß man an das Vorliegen des Wuchertatbestandes die Rechtsfolge der *absoluten Nichtigkeit* knüpft. Daß dafür trotz der einhellig entgegenstehenden Meinung zumindest für das

[6] Zur oft schwierigen Abgrenzung von Dissens und Irrtum Iro: Konkurrenz, S. 325.

Wucherdarlehen einiges spricht, möchte ich nun kurz aufzeigen. Zum ersten gestehen sogar die Vertreter der Ansicht relativer Nichtigkeit zu, daß die Formulierung des § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB für absolute Nichtigkeit spricht. § 879 ABGB unterscheidet ja nicht. Daher wird sogar gesagt, daß Wucher *trotz entgegenstehenden Wortlauts* des Gesetzes [7] zu bloß relativer Nichtigkeit führe [8].

Auch der vom OGH zitierte § 8 des WucherG deutet m. E. nicht klar in Richtung bloß relativer Nichtigkeit: Der Ausspruch des Strafgerichtes über das Vorliegen von Nichtigkeit wegen Wuchers ist schon dem Wortlaut nach nicht unbedingt als Rechtsgestaltung zu verstehen; auch bloße Feststellung der Nichtigkeit scheint möglich. Ferner ist fraglich, ob mit einer Verfahrensvorschrift, die § 8 WucherG an sich ist, das hier behandelte Problem gelöst werden sollte [9].

M. E. gibt das geltende WucherG jedenfalls für das wucherische Darlehen vielmehr deutliche Hinweise auf *absolute* Nichtigkeit. Einmal übernimmt § 1 WucherG den Wortlaut des § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB. Zum zweiten – und ganz entscheidend – normiert § 7 WucherG die Rechtsfolgen der Nichtigkeit wucherischer Kreditverträge, ohne eine Rechtsgestaltung zu verlangen. Dabei werden die Rechtsfolgen dieser Nichtigkeit durch den 1979 mit dem KSchG neu geschaffenen § 7 Abs. 2 WucherG für das Wucherdarlehen in ganz besonderer Weise geregelt: Neben konkreten Berechnungsmodalitäten für die vom Bewucherten geschuldeten Zinsen tritt die Regel, daß der bewucherte Schuldner – trotz Nichtigkeit des Vertrages – zur Rückzahlung der Valuta und der Zinsen die im Vertrag vereinbarten Fristen in Anspruch nehmen darf. Dadurch wird *im Ergeb-*

[7] Wie § 879 Abs. 2 Z. 4 ABGB auch § 1 WucherG.

[8] Vgl. etwa *Koziol/Welser: Grundriß* 1, S. 134 f. In der 8. Auflage (1987) findet sich diese Formulierung nicht mehr.

[9] Dafür z. B. OGH in ZBl 1928/120; ferner *Gschmitzer*: in *Klang* II/2, S. 205 f.; *Ehrenzweig: System* II/1, S. 173, beide unter Berufung auf die Materialien, aber auch mit Nachweisen der Gegenmeinung.

nis [10] bloße *Teilnichtigkeit* angeordnet. Damit ist aber auch das Argument ausgeräumt, daß es einem Bewucherten lieber sein könnte, den wucherischen Vertrag und die daraus resultierende Leistung zu behalten als rückabzuwickeln, weshalb es seinen Interessen entsprechen könne, in einem solchen Fall die Aufgreifung des Wuchers zu unterlassen. Auch bei Annahme absoluter (Teil-) Nichtigkeit muß er nicht befürchten, das Darlehen sofort zurückzahlen zu müssen. Er erlangt vielmehr bloß eine Begünstigung im Vergleich zum Vertrag, da er nur die in § 7 Abs. 2 WucherG geregelten Zinsen und nicht die höheren vertraglichen zu leisten hat.

Aufgrund dieser Überlegungen vermag ich nicht zu erkennen, in welchen Fällen es den Interessen des Hauptschuldners widerspräche, daß ein Dritter – insbesondere ein Sicherungsgeber – unter Berufung auf Wucher nur die gesetzlichen Zinsen zurückzahlen möchte. (Daß sich die beklagte Pfandbestellerin niemals unter Berufung auf Wucher der gesamten Rückzahlungspflicht entziehen könnte, hat der OGH klar erkannt: Nach § 7 Abs. 1 letzter Satz WucherG haftet die Sicherheit ja auch für den Bereicherungsanspruch; diese Regel ist m. E. einer Verallgemeinerung fähig [11].) Sogar die Geltendmachung der Nichtigkeit durch den Wucherer selbst – eine Möglichkeit, deren Verhinderung von den Vertretern der h. A. durch ihre Lösung bloß relativer Nichtigkeit primär bezweckt wird, da sie ihnen als völlig unannehmbar erscheint – wäre beim Wucherdarlehen für den Kreditnehmer niemals von Nachteil, weshalb ein gewichtiges Argument gegen absolute Nichtigkeit hier gerade nicht zieht [12]. Der Hauptschuldner hat durch die Nichtigkeit vielmehr immer nur vermögensmäßige Vorteile; auch ein Regreßanspruch des Sicherungsgebers würde sich verringern. Will der Hauptschuldner trotz Wuchers die

[10] Nicht aber in der gewählten Konstruktion: *Krejić* in *Krejić, KSchG-Handbuch*, S. 184 f.

[11] Dazu *P. Bydlinski*: Einreden des Bürgen, S. 690.

[12] Anderes gilt weiterhin für sonstige wucherische Geschäfte, so etwa für Kauf und Tausch.

vereinbarten Zinsen zurückzahlen, kann er dies selbstverständlich auch ohne Verpflichtung tun. Diese Lösung würde jedoch von vornherein verhindern, daß ein Hauptschuldner die Geltendmachung des Wuchers bloß „zu Lasten Dritter“ unterläßt, da aufgrund seiner schlechten Vermögenssituation auch der Regreßanspruch nicht mehr eingebracht werden kann.

Die rechtliche Beurteilung des wucherischen *Darlehens* hat sich also m. E. durch die Einführung des § 7 Abs. 2 WucherG im Jahre 1979 entscheidend geändert: Jedenfalls seit diesem Zeitpunkt dürften solche Verträge *absolut nichtig* sein.

4. Berufung auf Gestaltungsrechte des Hauptschuldners?

4.1. Der Grundsatz

Geht man allerdings mit dem OGH und der ganz h. A. von der Prämisse bloß relativer Nichtigkeit jedes wucherischen Vertrages aus, so ist für diesen Fall – wie auch bei Vorliegen anderer rechtsvernichtender Gestaltungsrechte – zu überlegen, ob sich ein Sicherungsgeber auf das Bestehen dieser Gestaltungsrechte beim *Hauptschuldner* berufen kann. Diese Frage habe ich ebenfalls schon etwas näher untersucht und für das österreichische Recht insbesondere aus § 129 HGB gefolgert, daß eine solche Berufung (mittels aufschiebender Einrede) bestenfalls solange in Betracht kommt, als dem Hauptschuldner das Gestaltungsrecht noch zusteht, das heißt, solange es dieser noch selbst ausüben könnte [13]. Im vorliegenden Fall wurde der Hauptschuldner aber schon rechtskräftig zur Rückzahlung der gesamten

vereinbarten Zinsen verurteilt, weshalb diese Möglichkeit nicht mehr in Betracht kommt.

4.2. Rechte nach rechtskräftiger Entscheidung im Prozeß gegen den Hauptschuldner

Da dem Sicherungsgeber dilatorische Einrederechte also nicht mehr zustehen, ist noch zu prüfen, ob er vom Hauptschuldner (bzw. vom Masseverwalter [14]) die *Übertragung* des rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts verlangen kann. Daß der Hauptschuldner den Prozeß gegen den Gläubiger schon rechtskräftig verloren hat, ist m. E. kein diesem Lösungsversuch entgegenstehendes Hindernis, da das ergangene Urteil keine Rechtskraftwirkungen gegen den Sicherungsgeber entfaltet. Von manchen wird zwar vertreten, daß der rechtskräftig verurteilte Hauptschuldner selbst, der ein ihm seinerzeit zur Verfügung stehendes Gestaltungsrecht im Prozeß nicht oder erfolglos geltend gemacht hat, unter Berufung auf dieses Recht keine wirksame Rechtsgestaltung vornehmen kann. Auch das ist jedoch nicht unstrittig [15]. Rechtskräftig abgesprochen wurde im Prozeß aber jedenfalls bloß über den Leistungsanspruch gegen den Hauptschuldner – dieser wird im Spruch der Entscheidung als zu Recht bestehend erkannt, weshalb abgesehen von der Wiederaufnahmeklage (§ 530 ZPO) eine gegenteilige Entscheidung nicht mehr ergehen kann [16] –, nicht aber über die (mehr oder weniger selbständige) Verpflichtung des Sicherungsgebers.

Eine andere Lösung wäre nur bei Annahme einer *Rechtskrafterstreckung* vertretbar; dabei könnte hier an die *Erstreckung kraft*

[14] Die dann bedeutsame Reichweite des § 14 KO kann hier nicht untersucht werden.

[15] Zu diesem Problem ausführlich *Fasching: Kommentar* III, Anm. 42 zu § 411 ZPO m. w. N. auch der Gegenmeinung.

[16] Vielleicht müßte man daher auch präziser sagen, daß das Gestaltungsrecht selbst (mangels Erfassung im Spruch) – jedenfalls sofern es außergerichtlich geltend gemacht werden kann – nicht beseitigt wird, aber seine spätere Ausübung aus prozessualen Gründen nicht mehr zu beachten ist bzw. gerichtliche Ausübung unmöglich wird.

[13] *P. Bydlinski*: Einreden des Bürgen, S. 690; vgl. auch *denselben*: *Übertragung*, S. 86 ff. Eine mechanische Analogie für alle rechtsvernichtenden Gestaltungsrechte ist allerdings nicht zulässig; keine dilatorische Einrede gewährt etwa ein ordentliches Kündigungsrecht des Hauptschuldners, ebensowenig vertragliche Rücktrittsrechte oder das Wandlungsrecht (*P. Bydlinski*: *Übertragung*, S. 193 f., 140 f., 162 ff.). – Für den Fall, daß dem sichernden Ehegatten der Streit verkündet wurde (§ 21 ZPO), ist Abs. 3 des neuen § 98 EheG zu beachten.

Einzelrechtsnachfolge gedacht werden [17]. Diese ist aber *nur bei Anspruchsidentität* anzunehmen, so etwa wenn der rechtskräftig abgewiesene Kläger seine (materiell vielleicht bestehende) Forderung an einen Dritten zediert, der sie nun seinerseits klageweise geltend machen möchte. Daß *dieser Anspruch* nicht besteht, ist rechtskräftig geklärt, weshalb die Klage des Zessionars wegen rechtskräftig entschiedener Streitsache zurückzuweisen wäre. Das Bestehen des rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts war nun aber im Vorprozeß bestenfalls *Vorfrage*, sofern es dort überhaupt zur Sprache gekommen ist [18]. Beurteilungen von Vorfragen sind jedoch anerkanntermaßen nur ganz ausnahmsweise, nämlich bloß aufgrund eines Zwischenantrags auf Feststellung (§§ 236, 259 ZPO) von der Rechtskraft erfaßt [19]. Damit ist m. E. die *Möglichkeit* der Ausübung des rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts nach Übertragung vom rechtskräftig (zur Leistung!) verurteilten Hauptschuldner auf den Sicherungsgeber anzuerkennen.

Gerade für eine Konstellation wie die möglicherweise vorliegende habe ich auch einen *Anspruch* des Sicherungsgebers gegen den Hauptschuldner auf Übertragung des Gestaltungsrechts bejaht [20]. Es besteht ja kein Grund, den Gläubiger, der an sich dem Gestaltungsrecht unterworfen ist, nur deswegen zu begünstigen, weil der Hauptschuldner wegen seiner Vermögenslosigkeit keinerlei Interesse mehr am Ausgang des gegen ihn geführten Prozesses hat. Dieser läßt im krassesten Fall gegen sich ein Versäumungsurteil ergehen, obwohl er nachweislich im Recht ist. Kann also der Sicherungsgeber das Bestehen eines rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts beweisen, ist ihm bei solchen Konstellationen

[17] Diese hat der OGH prinzipiell anerkannt: Judikatenbuch 63 neu = SZ 28/265 = IBl 1956, 126 = EvBl 1956/88. Zum Problem mit reichen Nachweisen *Fasching* Kommentar III, Anm. 47 ff., insbesondere 48 zu § 411 ZPO.

[18] Bei der vorliegenden Wucherkonstellation war das nicht der Fall.

[19] Vgl. etwa OGH in SZ 25/121; *Fasching* Kommentar III, Anm. 26 zu § 411 ZPO.

[20] *P. Bydlinski* Übertragung, S. 77, 83, 95.

der Hauptschuldner zur Übertragung dieses Rechts verpflichtet. Gegen die Möglichkeit wirksamer Übertragung spricht auch nicht die *Präklusionswirkung* der rechtskräftigen Entscheidung im Prozeß Gläubiger-Hauptschuldner. Diese verwehrt es ja nur dem Hauptschuldner, unter Berufung auf das Vorliegen von Wucher vom Gläubiger später Rückzahlung der aufgrund des Urteils erbrachten Leistung zu verlangen [21].

Überträgt somit der Hauptschuldner (oder dessen Masseverwalter) noch während des zwischen Gläubiger und Sicherungsgeber laufenden Verfahrens freiwillig oder aufgrund eines Urteils das rechtsvernichtende Gestaltungsrecht (analog den Zessionsregeln, also durch schlichte Willenseinigung), kann der Sicherungsgeber durch Ausübung dieses Rechts den Anspruch des klagenden Gläubigers abwehren, soweit die Gestaltung tatsächlich rechtsvernichtende Wirkungen entfaltet (vgl. etwa die Einschränkung des § 7 WucherG, wonach die Sicherheiten weiterhin, wenn auch nur für den Bereicherungsanspruch des Wucherers – einschließlich Zinsen – haften). Muß der Sicherungsgeber allerdings prozessieren, um das Gestaltungsrecht zu erhalten, kann dies zu einem Wettlauf mit der Zeit werden. Der Richter hat zwar nach § 190 ZPO die *Möglichkeit*, den Leistungsprozeß des Gläubigers gegen den Sicherungsgeber bis zur Entscheidung im Verfahren über die Übertragung des Gestaltungsrechts (Klage des Sicherungsgebers gegen den Hauptschuldner) zu unterbrechen, verpflichtet dazu ist er aber nicht. Wird nicht unterbrochen und hat der Sicherungsgeber das Gestaltungsrecht bis zum Ende der mündlichen Verhandlung im Leistungsprozeß noch nicht erlangt, ist er daher zu verurteilen. Damit ist auch der vorliegenden Entscheidung beizupflichten, sofern man mit der h. A. bloß relative Nichtigkeit des wucherischen Geschäftes annimmt. Die beklagte Pfandschuldnerin hatte das Gestaltungsrecht ja offenbar bis zum Schluß des Prozesses nicht erhalten; jedenfalls fehlen diesbezügliche Behauptungen.

[21] Vgl. bloß *Fasching* Zivilprozessrecht, Rz. 1534 ff.

4.3. Situation nach rechtskräftiger Verurteilung des Sicherungsgebers

Wurde der Sicherungsgeber einmal rechtskräftig zur Leistung verurteilt und erhält er erst in der Folge das rechtsvernichtende Gestaltungsrecht, ist zunächst an die Möglichkeit einer Wiederaufnahmeklage (§ 530 ZPO) zu denken. Deren Voraussetzungen liegen aber nicht vor, da es sich hier um „nova producta“ und nicht um „nova reperta“ handelt [22]. Der Beklagte kann ja nun aufgrund der Übertragung des Rechts auf *neue Tatsachen* verweisen, die im Prozeß noch nicht geltend gemacht werden konnten. Damit ist aber der Tatbestand des § 530 ZPO nicht erfüllt [23].

Erlangt der Sicherungsgeber das Gestaltungsrecht während des gegen ihn laufenden Zwangsvollstreckungsverfahrens, hat er allerdings die Möglichkeit einer Oppositionsklage (§ 35 EO). Voraussetzung dafür ist eben gerade eine Sachverhaltsänderung nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz durch das Entstehen rechtshemmender bzw. rechtsaufhebender Tatsachen – hier den Erwerb des Gestaltungsrechts [24]. Solche Tatsachen können auch niemals von der Präklusionswirkung der Rechtskraft erfaßt sein, da sie seinerzeit noch gar nicht vorhanden waren [25].

Wird dem Sicherungsgeber das Gestaltungsrecht allerdings erst nach erfolgreicher Exekution durch den Gläubiger (bzw. freiwilliger Zahlung der Judikatschuld) übertragen oder strengt er aus anderen Gründen keine Oppositionsklage an, hat er immer noch die Möglichkeit einer Leistungsklage gegen den Gläubiger, verbunden mit der Geltendmachung des rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts. Da über das Vorliegen von Wucher im Verhältnis zum Sicherungsgeber noch nicht rechtskräftig abgesprochen wurde,

[22] Zu diesen Begriffen siehe bloß *Fasching*, Zivilprozessrecht, Rz. 1722 f.

[23] Vgl. OGH in ZBl 1931/297 = GZ 1931, S. 286.

[24] § 35 Abs. 1 EO, dazu *Heller / Berger / Strix* Exekutionsordnung I, S. 397.

[25] Siehe nur *Fasching* Kommentar III, Anm. 40 zu § 411 ZPO.

führt die Ausübung des Gestaltungsrechts zur rückwirkenden Vernichtung (eines Teils) des Anspruchs des Gläubigers, wodurch Bereicherungsansprüche des Sicherungsgebers entstehen [26].

4.4. Weitere Möglichkeiten des Sicherungsgebers

Traut ein Sicherungsgeber allerdings der Reichweite der eben angesprochenen prozessualen Institute (im Verhältnis Gläubiger – Sicherungsgeber) nicht und ist abzusehen, daß er das Gestaltungsrecht nicht mehr rechtzeitig erhalten wird und daher die Verurteilung droht, kann ihm geraten werden, die eingeklagte Leistung *außergerichtlich* (unter Vorbehalt) zu erbringen. Dadurch entginge er allen prozessualen Folgen einer rechtskräftigen Entscheidung; er könnte dann bei nachträglichem Erhalt des Gestaltungsrechts dieses ausüben und das Geleistete nach Bereicherungsrecht zurückverlangen. Unzweifelhaft ist dieses Ergebnis, wenn der Gläubiger – wie wohl regelmäßig – die Leistung annimmt; umstritten ist nur die Frage, ob der Gläubiger eine Leistung unter Vorbehalt zurückweisen kann, ohne in Annahmeverzug zu geraten. Ich würde ein solches Recht des Gläubigers eher ablehnen, da er regelmäßig keinen Anspruch auf ein mit der Leistung verbundenes (deklaratorisches) Anerkenntnis durch den Schuldner hat [27]. Im übrigen leistet der Schuldner vor Ausübung des rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts auf eine bestehende Verpflichtung hin, weshalb auch vorbehaltlose Zahlung nicht zur Anwendung des § 1432 ABGB führen würde.

5. Anhang: Wucherische Sicherungsgeschäfte!

Nicht vertiefen, sondern nur aufzeigen möchte ich hier auch eine weitere, vom Höchstgericht im letzten Satz der Entscheidung angeschnittene Frage. Die Problematik

[26] Zu nachträglichen Tatsachenänderungen auf seiten des zunächst rechtskräftig abgewiesenen Klägers ebenso OGH in ZBl 1931/297 = GZ 1931, S. 286.

[27] Im Ergebnis ebenso *Kerschauer* in Rummel, ABGB, Rz. 3 zu § 1412 mit Nachweisen der Gegenmeinung.

dürfte aber einen kurzen Hinweis lohnen. Der OGH stellt schlicht (und richtig) fest, daß die Beklagte nicht behauptet habe, daß der *Verpfändungsvertrag selbst* wegen Wuchers nichtig sei. Kann ein Verpfändungsvertrag (oder überhaupt jede Sicherheitenbestellung durch einen Dritten) nun überhaupt wucherisch sein? Dagegen spricht vor allem, daß keine Gegenleistung des Gläubigers zu sehen ist, an der das eklatante Mißverhältnis gemessen werden könnte. Überdies geht es in diesem Verhältnis gar nicht um den Austausch von Leistungen: Der Sicherungsgeber übernimmt bloß ein Risiko (dessen nähere Bewertung ebenfalls nicht gerade einfach ist); er erhält vom Gläubiger überhaupt nichts; die vom Gläubiger dem Hauptschuldner zu erbringende oder schon erbrachte Gegenleistung ist wohl nur für das Verhältnis dieser Personen zueinander von Bedeutung. Aufgrund der genannten Besonderheiten reiht eine Ansicht solche Geschäfte unter die „entgeltfremden“ ein [28].

Dennoch wird es auch für Sicherungsgeber Zwangslagen geben, in denen die Rechtsordnung Schutz gewähren sollte. Dies gilt insbesondere für die vielen „Ehegattenfälle“, wo also ein Ehegatte Ansprüche gegen den anderen besichert. Bei solchen Konstellationen wird die Leistung des Gläubigers häufig auch – zumindest mittelbar – dem Sicherungsgeber zugutekommen; nur deshalb wurde oft die Haftung überhaupt übernommen. Möglicherweise kann in solchen Fällen nur die Bewertung des Gesamtsachverhalts akzeptable Ergebnisse bringen. Vermutlich besteht aber überhaupt keine Möglichkeit, sich als Sicherungsgeber auf Wucher zu berufen, so daß nur nach der Generalklausel des § 879 Abs. 1 ABGB Sittenwidrigkeit oder nach den Regeln der §§ 870 ff. ABGB ein Willensmangel geltend gemacht werden könnte [29].

[28] Siehe dazu bloß *Reischauer*: in Rummel, ABGB, Rz. 2 zu § 917 m. w. N.

[29] Zur Frage der „Entgeltlichkeit“ des Geschäftes, was die Anwendung des § 871 und nicht des § 901 ABGB zur Folge hätte, *P. Bydlinski*: Einreden des Bürgen, S. 690.

6. Resümee

Wie ich gezeigt zu haben hoffe, ergeben sich insbesondere bei gerichtlich geltend zu machenden Gestaltungsrechten [30] besondere Probleme durch die Anwendung zivilrechtlicher und prozessualer Normen. Überdies ist eine interessengerechte Lösung der aufgezeigten Probleme vor allem dadurch erschwert, daß nicht nur die Positionen des Gestaltungsberechtigten und des Gestaltungsgegners, sondern auch die ganz unmittelbar mitbetroffener Sicherungsgeber berücksichtigt werden müssen. Die Entscheidung und meine ersten Überlegungen dazu sollten weiterer Anstoß zur Behandlung solcher und ähnlicher Probleme sein.

Verzeichnis der zitierten Literatur

P. Bydlinski: Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986).

–: Einreden des Bürgen, ÖBA 1987, S. 690.

Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/1 (1928).

Fasching: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts (1984).

–: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966).

Heller / Berger / Stix: Kommentar zur Exekutionsordnung⁴ I (1969).

Iro: „Konkurrenz von Dissens und Irrtum?“ ZVR 1976, S. 325.

Klang (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch¹ II/2 (1934).

Koziol / Welser: Grundriß des bürgerlichen Rechts⁷ I (1985).

Krejci: KSchG und ABGB, in Krejci (Hrsg.): Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981), S. 85.

Rummel (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II (1984).

[30] Entgegen der h. A. lasse ich für den Wucher (und für relative Nichtigkeit generell) außergerichtliche Geltendmachung ausreichen: *P. Bydlinski*: Übertragung, S. 125 FN 3 m. w. N.