

# BANK ARCHIV

Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen

36. Jahrgang

Heft 4

April 1988

Rechtsprechung

## OGH-Entscheidungen

80.

**Ein Pfandbesteller erwirbt gemäß § 1358 ABGB bei Zahlung die Rechte aus einer denselben Anspruch sichernden Garantie. § 1359 ABGB ist analog auch auf das Verhältnis zu einem Garanten anzuwenden; nach § 896 ABGB haben mehrere Sicherungsgeber die Belastung gleichteilig zu tragen. Dies gilt unabhängig vom Zeitpunkt der Begründung der einzelnen Sicherheiten (Ergänzung zu SZ 57/114).**

OGH 9. 12. 1987, 1 Ob 681/87

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Erstbeklagte betrieb einen Weinhandel. Der Kläger war ebenfalls Weinhändler. Zwischen ihm und der Familie der Erstbeklagten bestanden geschäftliche Kontakte. Nach dem Tod des Ehemannes der Erstbeklagten im Jahre 1968 geriet ihr Unternehmen in eine finanzielle Krise. Der Kläger half mit Darlehen und beratender Tätigkeit. Am 14. 3. 1973 räumte die X.-Bank der Erstbeklagten einen Kontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag von S 3 Mio ein. Dieser Kredit wurde auf Liegenschaften der Beklagten sicher gestellt. Nach Verheiratung der Zweitbeklagten zog sich der Kläger aus dem Unternehmen der Erstbeklagten zurück. Die Forderung des Klägers gegen die Erstbeklagte wurde am 20. 12. 1973 einvernehmlich mit S 1.230.760,— und die Zinsforderung bis 31. 12. 1972 mit S 450.000,— festgestellt. Zur Abdeckung dieser Forderung übereigneten die Beklagten mehrere Grundstücke bzw Grundstücksanteile im vereinbarten Wert von S 1.288.090,— an den Kläger. Der Restbetrag sollte von der Erstbeklagten bis 31. 12. 1975 bezahlt werden. Am 1. 4. 1974 verpfändete der Kläger zugunsten des der Erstbeklagten gewährten Kontokorrentkredites ein Überbringersparbuch mit einem damaligen Stand von S 1.321.218,70. Die Zweitbeklagte richtete am 29. 9. 1978 an die X.-Bank ein Schreiben, mit dem sie die Erfüllung aller Forderungen und Ansprüche der X.-Bank aus Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aus dem der Erstbeklagten gewährten Kontokorrentkredit garantierte. Sie verpflichtete sich, auf erste Aufforderung unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung einen Betrag von bis zu S 1.800.000,— an die X.-Bank zu überweisen.

In der Folge wurden die der X.-Bank verpfändeten Grundstücke verkauft und Erlöse gegen Freilassung zur Abstattung des Kontokorrentkredits bezahlt. Dem Kläger wurden einige Jahre hindurch von der X.-Bank die Zinsen aus dem von ihm zum Pfand gegebenen Sparbuch ausbezahlt. Der der Erstbeklagten gewährte Kontokorrentkredit stand am 30. 6. 1983 mit dem Betrag von S 1.807.350,— offen. Das vom Kläger als Pfand übergebene Sparbuch wurde am 1. 9. 1983 von der X.-Bank realisiert. Das Realisat betrug S 1.787.644,81. Davon entfielen auf das Kapital S 1.751.217,81, auf Zinsen S 36.372,90, der Rest auf diverse Spesen.

Der Kläger begehrt, gestützt auf die Bestimmung des § 1358 ABGB und dem von der Zweitbeklagten abgeschlossenen Garantievertrag, von den beklagten Parteien zur ungeteilten Hand die Bezahlung des Betrages von S 1.787.644,81 sA. Die zur Bereinigung der seinerzeitigen Rechtsbeziehung am 20. 12. 1973 getroffene Vereinbarung habe mit dem Verpfändungsvertrag nichts zu tun.

Die Beklagten wendeten ein, der Kläger habe anlässlich seines Ausscheidens als stiller Gesellschafter die Hälfte des gewährten Kontokorrentkredits zur Zahlung übernommen und aus diesem Grund sein Sparbuch verpfändet. Anlässlich der Lösung des Beteiligtenverhältnisses hätten die Streitparteie eine Generalklausel vereinbart, unter die auch eine allfällige Regreßforderung des Klägers gefallen wäre. Die Zweitbeklagte wendete weiters ein, ein Rückgriff des Pfandbestellers gegen einen Bürgen bestehe gemäß § 1358 ABGB nicht; auf keinen Fall könne der Kläger aber gegen die Zweitbeklagte mehr als die Hälfte der eingelösten Forderung geltend machen. Die Zweitbeklagte habe auf Grund ihrer Bürgschaft (nach den Ausführungen in der Berufung: Garantie) aus Erlösen von Liegenschaftsverkäufen Zahlungen an die X.-Bank in der Gesamthöhe von S 1.068.000,— geleistet. Dieser Betrag werde aufrechnungsweise eingewendet.

Das *Erstgericht* sprach aus, daß die Klagsforderung mit S 1.787.644,81 sA zu Recht, die mit S 1.068.000,— eingewendete Gegenforderung nicht zu Recht bestehe. Auf Grund dieses Ausspruches gab es dem Klagebegehren statt. Es stellte fest, mit der in der Vereinbarung vom 10. 12. 1983 enthaltenen Generalklausel sollten nach dem Willen der Parteien, der sich auch auf Grund von Zeugenaussagen und der Vernehmung der Parteien ergebe, alle Forderungen des

Klägers gegen die Beklagten aus diesen (= den dort geregelten) Rechtsverhältnissen erledigt und verglichen werden; davon nicht umfaßt sei eine eventuelle Forderung des Klägers gegen die Beklagten auf Grund des bestellten Pfandes gewesen. Die Rechtsbeziehungen der Streitparteie auf Grund der Pfandbestellung durch den Kläger seien unabhängig von der seinerzeitigen Beteiligung oder Darlehensgewährung des Klägers gewesen. Zwischen den Parteien habe keine Vereinbarung bestanden, daß durch die Bestellung des dem Kläger gehörigen Sparbuches als Pfand für die Forderung der X.-Bank gegen die Erstbeklagte eine eigene Schuld des Klägers besichert werden sollte. Tatsächlich habe nur die erstbeklagte Partei eine solche Verbindlichkeit gegenüber der X.-Bank gehabt.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung der Erstbeklagten nicht Folge und bestätigte das gegen sie gerichtete Urteil als Teilurteil. Der Berufung der Zweitbeklagten gab es Folge. Es hob den sie betreffenden Teil des Urteilsspruches unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes.

Die *Revision* der Erstbeklagten ist nicht, der Rekurs des Klägers im Ergebnis teilweise berechtigt.

Die Bestimmung des § 1358 ABGB findet immer dann Anwendung, wenn eine materiell fremde Schuld bezahlt wird, für die der Zahlende persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftete (EvBl 1972/86; SZ 35/18; EvBl 1951/39 ua; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 1358; *Harrer\**) in Schwimann, ABGB, Rz 1 zu § 1358; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>1</sup> [1986] 113). Hat der bloß dinglich haftende Pfandschuldner den Gläubiger befriedigt, so tritt er daher gemäß § 1358 ABGB in dessen Rechte gegen den persönlichen Schuldner ein (*Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 465; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1358).

Für die Frage der Haftung der Zweitbeklagten ist entscheidend, ob Garantieverklärungen Sicherungsmittel iSd § 1358 ABGB sind, die mit der Hauptforderung übergehen (*Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 465; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 1358), und ob die Vorschrift des § 1359 ABGB analog auf das Verhält-

\*) Richtig: *Mader*.

nis einlösender Pfandschuldner zu Garanten anzuwenden ist.

Eine dreipersonale Garantie liegt vor, wenn die Verpflichtung des Garanten gegenüber dem Begünstigten ihren Rechtsgrund in seinen Beziehungen zu einem Dritten findet (*Koziol*, Der Garantievertrag [1981] 26, 32; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> I [1987] 299). Im Gegensatz zur Bürgschaft ist die dreipersonale Garantie nicht akzessorisch (*Koziol*, Garantievertrag 7, 32). Die Garantie dient daher nicht bloß der Sicherung der Einbringlichkeit der bestehenden Forderung, sondern auch der Absicherung ihres Bestehens (*Koziol*, Garantievertrag 7). Den Interessen des Begünstigten würde es auch nicht entsprechen, wenn seine Ansprüche gegen den Garanten von dessen Deckungsverhältnis mit dem Dritten abhängen. Die Übernahme der Haftung für die Leistung eines Dritten durch einen Garantievertrag ist daher in beiden Richtungen von den zugrundeliegenden Rechtsverhältnissen losgelöst (SZ 54/189; SZ 50/32; SZ 48/130; *Koziol*, Garantievertrag 32; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I 299; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1346; *Schinnerer/Avancini*, Bankverträge<sup>3</sup> II [1978] 291 f; *Canaris* in Großkommentar HGB<sup>3</sup> III/3, 2. Bearbeitung [1981], Rz 1134).

Ob Rechte aus dem Garantievertrag bei Einlösung nach § 1358 ABGB mit der eingelösten Hauptforderung übergehen, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. *Schinnerer/Avancini*, Bankverträge II 294 vertreten die Ansicht, daß der zahlende Garant zwar die Hauptforderung des Gläubigers, nicht aber Rechte aus einer weiteren für den Gläubiger erstellten Garantie erwirbt. *Koziol*, Garantievertrag 69 ff differenziert bei der Frage des Überganges von Rechten aus einer Garantieerklärung zwischen der rechtsgeschäftlichen Abtretung der Hauptforderung und dem gesetzlichen Übergang der Forderung nach § 1358 ABGB auf den, der für eine materiell fremde Schuld haftete und sie bezahlte. Ein automatischer Übergang mit der Hauptforderung nach § 1394 ABGB kommt für *Koziol*, Garantievertrag 69 FN 11 schon deshalb nicht in Betracht, weil die Garantie nicht akzessorisch sei und daher kein „Nebenrecht“ bilde (*Schinnerer/Avancini*, Bankverträge II 294 FN 75; vgl § 401 BGB; *Heinrichs* in Palandt<sup>46</sup> 443; *Roth* in Münchener Kommentar<sup>2</sup> Rz 11 zu § 401 BGB; *Zeiss* in Soergel<sup>11</sup> Rz 3 zu § 401 BGB; *Kaduk* in Staudinger<sup>10,11</sup> Rz 61 zu § 401 BGB; aA *Canaris* in Großkommentar III/3 Rz 1150 gestützt auf

die Rechtsähnlichkeit von Garantie und Bürgschaft).

Da *Koziol*, Garantievertrag 68 wegen des ganz besonderen Vertrauensverhältnisses bei Abgabe eines Garantievertrages das Recht des Begünstigten als höchstpersönliches beurteilt, hält er sogar die gesonderte Abtretung der Rechte aus einem dreipersonalen Garantievertrag, somit auch die Abtretung anlässlich der Übertragung der Hauptforderung, für unzulässig. Die Gefahr, daß der Zessionar unberechtigterweise die Garantie in Anspruch nehme, wenn der Schuldner nicht zahle, sei hier gegeben. Anders beurteilt er den Fall der Bezahlung der Hauptschuld durch einen Bürgen oder Pfandbesteller (Garantievertrag 71 f). Er räumt zwar ein, daß höchstpersönliche Rechte nach § 1358 ABGB nicht berührt werden und eine Legalzession auch nicht in Betracht zu kommen scheine, weil das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie nicht unlösbar mit der Forderung des Begünstigten gegen den Schuldner verknüpft sei, es somit kein akzessorisches Nebenrecht darstelle; trotz dieser gewichtigen Bedenken sei jedoch davon auszugehen, daß der zahlende Bürge oder Pfandbesteller auch die Garantierechte des Gläubigers bzw das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie erwerbe. Gegen die Zedierbarkeit des Rechtes auf Inanspruchnahme der Garantie sei eingewendet worden, daß wegen der Abstraktheit der Garantieverpflichtung die Gefahr bestehe, daß der Garant auch bei Fehlen einer materiellen Berechtigung des Begünstigten in Anspruch genommen werde; dem Begünstigten werde daher eine besondere Vertrauensposition eingeräumt, die höchstpersönlich sei. Diese Argumente trügen aber in den Fällen der Zahlung durch einen Bürgen oder Pfandbesteller nicht. Diese könnten vom Gläubiger nur dann in Anspruch genommen werden, wenn seine Hauptforderung gegen den Schuldner einredfrei bestehe. Hätten Bürgen oder Pfandbesteller bezahlt, so sei damit auch gesichert, daß dem Begünstigten tatsächlich ein Anspruch zustehe, so daß keine Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme der Garantie bestehe; die Risiken der Abstraktheit der Garantie könnten sich dann nicht auswirken. Es bestehe auch keine Gefahr, daß Bürgen oder Pfandbesteller im Vertrauen auf die Garantie ohne Rücksicht auf das Bestehen der Hauptverbindlichkeit an den Begünstigten zahlten. Erstens würden sie sich dem Einwand des Garanten aussetzen, daß sie mangels Bestehens einer Hauptforderung diese auch nicht nach § 1358 ABGB erwerben könnten und daher

auch die Garantierechte nicht auf sie übergegangen seien, zweitens könnten Bürgen und Pfandbesteller nicht im vollen Umfang Regreß gegen den Garanten nehmen: So wie mehrere Bürgen oder auch Bürgen und Pfandbesteller hafteten auch die Garanten gegenüber Bürgen und Pfandbestellern im Innenverhältnis nur auf einen Anteil; jene hätten daher jedenfalls einen Teil selbst zu tragen. Habe der Begünstigte den Bürgen oder Pfandbesteller in Anspruch genommen, so habe er damit auch eindeutig zu erkennen gegeben, daß er sich im Zeitpunkt der Geltendmachung für berechtigt halte; er hätte dann ebenso auch den Garanten in Anspruch nehmen können. Es sei damit aber auch jene Voraussetzung gegeben, die die Unübertragbarkeit sichern solle: Nur der Begünstigte, dem besonderes Vertrauen geschenkt werde, solle über die Inanspruchnahme entscheiden; der Begünstigte habe nun sogar die akzessorischen Sicherungsrechte geltend gemacht. Die Lage sei hier insofern anders als bei einer rechtsgeschäftlichen Zession einer gesicherten, noch nicht fälligen Forderung, als der Begünstigte im Zeitpunkt der Zession noch nicht mit Bestimmtheit sagen könne, daß im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Garanten auch wirklich die materielle Berechtigung einwandfrei gegeben sei. Damit seien zwar die Bedenken gegen die Übertragung, die wegen der Höchstpersönlichkeit der Rechte auf die Inanspruchnahme der Garantie bestünden, wohl ausgeräumt; offen bleibe aber noch das Problem, daß die Garantie nicht als akzessorisches Nebenrecht der Hauptforderung bezeichnet werden könne und deshalb ein Übergang ipso iure mit der Hauptforderung auf den zahlenden Bürgen bzw Pfandbesteller auszuschneiden scheine. Dies würde aber zu einem höchst unbefriedigenden Ergebnis führen. Dann, wenn der Garant gezahlt habe, gingen auf ihn die Forderung des Begünstigten gegen den Hauptschuldner und die Sicherungsrechte, also Bürgschaften und Pfandrechte, über, so daß er auch gegen diese Regreß nehmen könne. Es wäre ungerechtfertigt, daß im umgekehrten Fall, wenn der Begünstigte mehr oder weniger zufällig zunächst den Bürgen belangt habe, diesem keine Regreßmöglichkeit gegen den Garanten offen stehen solle. Ein ausgeglichenes Ergebnis könne demnach nur erzielt werden, wenn auch dem Bürgen gegen den Garanten ein Rückgriff eröffnet werde. Dafür spreche ferner, daß die Garantie dann, wenn das Hauptschuldverhältnis tatsächlich bestehe, keine andere Funktion habe als die Bürgschaft. Daß die Hauptschuld bestehe, sei gerade in den Fällen der Inanspruchnahme des

Bürgen oder Pfandbestellers durch den Begünstigten gesichert.

Anders als im deutschen Recht, wo der Übergang von Nebenrechten im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Abtretung geregelt (§ 401 BGB) und ausdrücklich angeordnet wird (§ 412 BGB), daß diese Regelung bei Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes entsprechend zu gelten hat, stellt sich die österreichische Rechtslage dar. Im § 1394 ABGB wird nur allgemein angeordnet, daß die Rechte des Übernehmers mit den Rechten des Überträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben sind. Daraus wird in Lehre und Rechtsprechung der Schluß gezogen, daß auch sogenannte Nebenrechte, die ausschließlich dem Zweck der Hauptforderung, ihrer Sicherung oder Durchsetzung dienen, mit der Abtretung ohne besondere Vereinbarung übergehen (JBl 1987, 522; *Ertl* in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1394; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht I 498 f; *Honsell* in Schwimann, ABGB, Rz 2 zu § 1394; *Wolff* in Klang<sup>2</sup> VI 309). Für den Fall der Begleichung einer formell eigenen, materiell aber fremden Schuld bestimmt § 1358 zweiter Satz ABGB, daß der befriedigte Gläubiger verbunden ist, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel auszuliefern. Daß unter den Begriff Sicherungsmittel nur akzessorische Rechte fielen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen (vgl *Bydlinski* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 653). Zweck der dreipersonalen Garantie ist gerade die Sicherung des Gläubigers. Der Gläubiger soll in die Lage versetzt werden, sich bei Eintritt des in der Garantie umschriebenen Ereignisses unmittelbar an den Garanten zu halten (RdW 1987, 194; *Canaris*, Großkommentar III/3 Rz 1125). Die dreipersonale Garantie fällt daher unter den Begriff Sicherungsmittel iSd § 1358 ABGB. Gegenstand der Abtretung sind gemäß § 1393 ABGB alle veräußerlichen Forderungsrechte. Das Gesetz bringt das dadurch zum Ausdruck, daß es von Rechten, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, spricht. Dies wird von Rechtsprechung und Lehre dahin verstanden, daß, von ausdrücklichen gesetzlichen Verboten abgesehen, Rechte dann nicht abgetreten werden können, wenn sie von einem anderen nicht ausgeübt werden können oder doch ohne Änderung des Inhaltes auf einen anderen nicht übertragen werden können (JB 247 alt; *Ertl* in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1393; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht I 472 f; *Wolff* in Klang VI 293). Das kann von einer Garantie jedenfalls dann nicht gesagt werden, wenn der In-

halt des Rechtes durch eine Abtretung eine Änderung zum Nachteil des Garanten nicht erfährt. Ein solcher Nachteil ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Die Rechte der X.-Bank auf Grund der von der Zweitebeklagten abgegebenen Garantie waren daher rechtsgeschäftlich abtretbar (*Honsell* in *Schwimann*, ABGB, Rz 7 zu § 1393; vgl. NJW 1984, 2030, 2031; *Canaris*, Großkommentar III/3 Rz 1149; *von Westphalen*, Die Bankgarantie [1982] 198).

Ausgehend von der kraft Gesetzes erfolgten Abtretung der Rechte aus der Garantie an den Kläger ist weder den Ausführungen der Zweitebeklagten, ein Pfandbesteller habe überhaupt kein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen und damit auch nicht gegen den Garanten, noch denen des Klägers, die Vorschrift des § 1359 ABGB sei im Verhältnis zwischen dem einlösenden Pfandschuldner zum Garanten nicht anzuwenden, zu folgen. Nach § 1359 ABGB haftet, wenn mehrere Personen für den nämlichen ganzen Betrag Bürgschaft geleistet haben, jeder für den ganzen Betrag. Hat aber einer von ihnen die ganze Schuld abgetragen, so gebührt ihm gleich dem Mitschuldner (§ 896 ABGB) das Recht des Rückersatzes gegen die übrigen. Der OGH hat in seiner Entscheidung SZ 57/114 unter Ablehnung der älteren Lehre (*Ehrenzweig*, System<sup>2</sup> I/2, 514 und II/1, 126) ausgesprochen, daß dem Gesetz eine Rangordnung für den Regreß, die dazu führte, daß die Haftung des Bürgen subsidiär zu der des Pfandschuldners werde, nicht entnommen werden könne. Bei der Bestimmung des § 1359 ABGB, die nur vom Bürgen spreche, handle es sich um einen speziellen Anwendungsfall des § 896 ABGB. Da das Gesetz Bürgschaft und Pfand als gleichwertige Sicherungsmittel behandle, § 896 ABGB keinen Unterschied zwischen einzelnen Zahlern mache und auch sonst im Gesetz eine Rangordnung der Sicherungsmittel für den Regreß nicht zu entnehmen sei und die rechtspolitischen Erwägungen für diesen Regreß sowohl für Pfand als auch für Bürgschaft dieselben seien, wurde zumindest für den Fall der gleichzeitigen Übernahme von Bürgschaft und Pfandrecht durch verschiedene Personen die analoge Anwendung des § 1359 ABGB bejaht. Diese Grundsätze sind auch auf das Verhältnis des Pfandschuldners zu einem Garanten anzuwenden. Die in der Entscheidung SZ 57/114 dargelegten Gründe entsprechen der neueren österreichischen Rechtslehre, wonach in der Bestimmung des § 1359 ABGB ein allgemeines Regelungsprinzip zu erblicken ist, das in analoger

Weise auf jedes Verhältnis mehrerer Sicherungsgeber einer Schuld, in welcher rechtlichen Konstruktion auch immer diese Sicherung ausgeformt sein mag, Anwendung findet (*Koziol*, Garantievertrag 75 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I 297; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht I 145). Diese Rechtsansicht beginnt sich auch in der Bundesrepublik Deutschland bei diffizilerer Regelung in den Bestimmungen der §§ 774, 1143 und 1225 BGB immer mehr durchzusetzen (*Schlechtriem*, Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld, von Caemmerer-FS [1978] 1013 ff; *Selb.* Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern [1984] 235 f; *Eickmann* in *Münchener Kommentar*<sup>2</sup>, Rz 21 zu § 1143 BGB; *Damrau* in *Münchener Kommentar*<sup>2</sup>, Rz 10 zu § 1225 BGB mwN in FN 16; *Pecher* in *Münchener Kommentar*<sup>2</sup>, Rz 25 zu § 774 BGB mwN in FN 107; *Hüffer*, AcP 171, 472, 485). Erblickt man aber in der Bestimmung des § 1359 ABGB ein allgemeines Regelungsprinzip, sind die dort niedergelegten Wertungsgrundsätze auch zur Schließung der Gesetzeslücke, wie der Ausgleich zwischen anderen Sicherungsmitteln als Bürgen zu erfolgen hat, analog anzuwenden.

Für den Umfang des nach § 896 ABGB zu beurteilenden Ausgleichsanspruches ist es ohne Bedeutung, daß die Garantieerklärung unabhängig von und zeitlich nach der Begründung des Pfandrechtes abgegeben wurde. Auch später begründete Sicherungsmittel gehen auf den Zahler einer fremden Schuld über (*Ohmeyer/Klang* in *Klang*<sup>2</sup> VI 231, 233; vgl. JB 222 alt; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht I 144; *Schlechtriem*, von Caemmerer-FS 1032). Der sich zeitlich später Verpflichtende mag zwar seine Sicherung so ausgestalten können, daß sie im Innenverhältnis nicht als teilweise Entlastung bereits bestehender Sicherheiten wirkt (zB Verpflichtung als Ausfallsbürge: *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht I 145); der Gläubiger könnte wohl auch einem zeitlich vorrangigen Bürgen gegenüber ohne Rechtsfolgen auf die spätere Sicherheit verzichten. Weder eine solche Subsidiarität noch ein Verzicht auf die später abgegebene Garantieerklärung liegen hier aber vor. Es kommt dann allein darauf an, daß beide Verpflichtungen im Zeitpunkt der Zahlung durch den Kläger bestanden.

Wenn der Kläger in seinem Rechtsmittel ausführt, § 1359 ABGB sei jedenfalls nicht auf denjenigen anzuwenden, der mit seiner Bürgschaft nur für einen Teil der Hauptschuld Sicherheit leistete, übersieht er, daß auch die Zweitebeklagte nur

mit S 1,800.000,— haftete. Im deutschen Recht wird die Frage verschieden beantwortet, ob der Ausgleich mehrerer Sicherungsgeber nach Kopfteilen (so *Damrau* in Münchener Kommentar Rz 10 zu § 1225 BGB) oder im Verhältnis der jeweiligen Haftungshöchstsummen (so *Schlechteriem*, von Caemmerer-FS 1040 f) zu erfolgen hat. Da es nach der Vorschrift des § 896 ABGB vor allem auf das besondere Verhältnis ankommt, kann nach österreichischem Recht nur die Höhe der jeweils im Zeitpunkt des Rechtsüberganges bestehenden Haftungsbeträge ausschlaggebend sein. Nach dem vorliegenden Sachverhalt blieb nach Einlösung des verpfändeten Sparbuches eine Kreditrestschuld von S 56.132,19 bestehen, für die nunmehr die bestehende Garantieerklärung einzige Sicherheit für den Kreditgeber blieb. In diesem Umfang kam ein Rechtsübergang nach § 1358 ABGB nicht in Betracht. Andere Sicherheiten kommen in erster Linie der Restforderung des Gläubigers zugute. Diese genießt den Vorrang der gemäß § 1358 ABGB abgetretenen Teilforderung gegenüber (JBI 1986, 512; JBI 1953, 411; *Ohmeyer/Klang* in Klang VI 231 FN 26; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht I 141; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 4 zu § 1358; *Mader* in Schwimann, ABGB, Rz 5 zu § 1358). Für den Kläger verblieb daher vor Berechnung des sich aus § 896 ABGB ergebenden Ausgleichsanspruches höchstens ein Garantiebetrug von S 1,743.867,81. Die Geltendmachung des nach § 1358 ABGB übergegangenen Sicherungsmittels kann nicht zu einem höheren Betrag führen als der sich aus den §§ 896, 1359 ABGB ergebende Ausgleichsanspruch. Der Höhe nach sind beide Ansprüche immer ident (SZ 9/94). Auf Grund des im Verhältnis der Haftungsbeträge für die eingelöste Schuld maßgebenden Aufteilungsverhältnisses von S 1,787.644,81 zu S 1,743.867,61, d. s. 50,62% zu 49,38%, ergibt sich, daß der Kläger auf keinen Fall gegen die Zweitbeklagte einen höheren Ausgleichsanspruch als S 882.739,01 haben kann. Der Differenzbetrag von S 904.905,80 kann daher sofort mittels Teilurteiles abgewiesen werden.

Über den verbleibenden Betrag von S 882.739,01 kann derzeit noch nicht abgesprochen werden. Die Annahme des Berufungsgerichtes, die Zweitbeklagte habe im Rahmen ihres Ausgleichsanspruches Kreditrückzahlungen vor Übernahme der Garantie als Hypothekarschuldnerin geltend gemacht und die Garantie sei nur an die Stelle der aufgegebenen Hypothekarhaftung getreten,

steht mit dem Akteninhalt nicht im Einklang. Die Zweitbeklagte machte vielmehr ausdrücklich geltend, sie habe auf Grund ihrer Bürgschaft (im Berufungsverfahren: ihrer Garantie) Zahlungen an die Kreditgläubigerin geleistet. Einer Prüfung, ob sie auf Grund anderer Sicherheiten (Hypotheken) Zahlungen geleistet hat, bedarf es daher nicht. Das Vorbringen der Zweitbeklagten ist allerdings in sich widerspruchsvoll. Wären auf Grund der abgegebenen Garantie bereits Zahlungen geleistet worden, so hätte sich die Garantiesumme ohne Vertragsänderung um diesen Betrag und damit die Haftung des Klägers und der Zweitbeklagten für dieselben Beträge gemindert. Die Einwendung der Zweitbeklagten kann aber auch dahin verstanden werden, daß die gesamte Garantiesumme zum Zeitpunkt der Einlösung der Forderung durch den Kläger nicht mehr aufrecht bestand. Sollte dies zutreffen, würde sich auch die von der Zweitbeklagten zu leistende Ausgleichszahlung weiter vermindern: Auf keinen Fall können allerdings die von der Zweitbeklagten auf Grund der Garantie geleisteten Zahlungen der Regreßforderung des Klägers als Gegenforderung entgegengehalten werden; solche Zahlungen könnten nur den Ausgleichsanspruch des Klägers und damit auch seinen Regreßanspruch mindern.

#### Anmerkung:

1. Etwas vereinfacht stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar: Für die Verpflichtung der Hauptschuldnerin (Erstbeklagten) gegenüber einer Bank haftete sowohl ein Pfand (des Klägers) als auch die Zweitbeklagte als Garantin. Nach Pfandverwertung will der Pfandbesteller im vorliegenden Verfahren (auch) gegen die Garantin Regreß nehmen.

Der OGH hat dem Kläger gegen die Garantin über die §§ 1358, 1359 und 896 ABGB einen *anteiligen* Rückgriffsanspruch gewährt. Diesem Ergebnis ist zu folgen. Dennoch fordert die Entscheidung zu einigen Bemerkungen heraus.

2. Zunächst war zu klären, ob über § 1358 ABGB auch Garantierechte erworben werden. Der OGH referiert vor allem die Ausführungen von *Koziol* (Der Garantievertrag [1981]) sehr ausführlich und weist auch ausdrücklich auf dessen unterschiedliche Behandlung von Legalzession und rechtsgeschäftlicher Übertragung hin. (Daran schließen sich allerdings ganz abrupt und ohne erkennbaren Zusammenhang Erwägungen zum Übergang von Nebenrechten nach deut-

schem und österreichischem Recht an, ohne daß eine Auseinandersetzung mit den Ansichten *Koziols* erfolgt wäre.) Tatsächlich vermengt das Höchstgericht aber dann doch wieder die Argumente aus diesen beiden Bereichen.

*Koziol* (Garantievertrag 66) differenziert mit der hA zwischen dem *Zahlungsanspruch* aus der Garantie und dem *Recht, die Garantie in Anspruch zu nehmen*. Diese zweite Befugnis, die man zu den Gestaltungsrechten zählen kann, ist nach ihm nun — vereinfacht gesagt — wegen der durch die Abstraktheit drohenden Gefahren und dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Garanten (bzw dem Garantierauftraggeber) und dem Begünstigten ohne Einverständnis der zu schützenden Personen *unübertragbar*.

Unklarheiten dürften dadurch entstanden sein, daß *Koziol* das Recht zur Inanspruchnahme aus den genannten Gründen als *höchstpersönlich* bezeichnet (Garantievertrag 68). Tatsächlich würde „echte“ Höchstpersönlichkeit wegen § 1393 ABGB jede Übertragung, also sowohl die gesetzliche als auch die rechtsgeschäftliche Abtretung, verhindern. Offenbar aus diesem Grund beschäftigt sich der OGH auch mit der vertraglichen Übertragbarkeit.

Die Höchstpersönlichkeit im Sinne *Koziols* ist aber nicht derart umfassend. Sie soll nur soweit reichen, wie Benachteiligungen des Garanten (bzw des Auftraggebers) drohen. In den Fällen der §§ 1358 und 1422 ABGB besteht nun kein besonderes Risiko der Inanspruchnahme trotz Fehlens einer materiellen Berechtigung. Dies vor allem deshalb, weil ohne *tatsächliches* Bestehen einer Hauptschuld der Tatbestand dieser Normen nicht erfüllt ist, weshalb der Garant — ungeachtet der Abstraktheit der Garantieverpflichtung — ein etwaiges Fehlen jedenfalls einwenden kann. Ferner ist erfolgreiche Pfandverwertung ohne materielle Berechtigung sehr selten; überdies hat der Gläubiger durch die Verwertung zu erkennen gegeben, daß er sich für berechtigt erachtet, weshalb er auch ebensogut den Garanten hätte belangen können und dies ohne Pfand zweifellos getan hätte.

*Koziol* dürfte somit etwa so zu verstehen sein, daß die Auslegung des Garantievertrages — wegen der ansonsten drohenden Gefahren — regelmäßig *rechtsgeschäftliche* Unübertragbarkeit des Rechts auf Inanspruchnahme ergibt. Diese Befugnis klebt damit aber im Sinne des § 1393 ABGB noch nicht dem Begünstigten derart an,

daß *jeder* Übergang auf andere Personen unmöglich wäre.

3. Was nun die — an sich gar nicht notwendigen — Ausführungen des OGH zur *rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit* anlangt, ist einmal anzumerken, daß sie ziemlich an der Oberfläche bleiben. Daß im vorliegenden Fall keine drohenden Nachteile erkennbar sind, ist auch nur richtig, wenn man ex post beurteilt. Hat man die Übertragbarkeit eines Rechts durch Vertragsauslegung zu klären, ist jedoch wohl eine ex-ante-Sicht die richtige: Die Abtretbarkeit soll ja deshalb ausgeschlossen sein, weil sich gewisse Risiken realisieren *könnten*; ob dies tatsächlich geschieht, kann dann nicht mehr entscheidend sein.

Schließlich tragen die vom OGH zur Untermauerung seiner Ansicht von der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Garantierechte herangezogenen Fundstellen sein Ergebnis nicht. *Canaris* (Rz 1130 aE) und *von Westphalen* (199 f) sprechen sich unter Berufung auf eine Entscheidung des LG Frankfurt (WM 1978, 442) ganz im Gegenteil sogar ausdrücklich — jedenfalls für häufige Konstellationen — *gegen* die Übertragbarkeit des Rechts auf Abruf aus; die vom OGH zitierten Stellen betreffen wohl nur den unproblematischen Zahlungsanspruch (vgl etwa *Canaris*, Rz 1149, der im Anschluß an *Pleyer*, Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM-Sonderbeilage 1973/2, 20 vom „Anspruch aus dem Garantieversprechen“ spricht). Der BGH bezeichnet die Frage in NJW 1984, 2030 bloß als „umstritten“, läßt sie aber ausdrücklich offen. *Honsell* schließlich differenziert nicht zwischen den verschiedenen Befugnissen aus der Garantie und bezieht offenbar selbst in keiner Weise Stellung; die von ihm zitierte Entscheidung HS 10.750 betrifft überdies eine ganz andere Konstellation, nämlich das vertraglich eingeräumte Recht, vom Vertragspartner die Beibringung einer Bankgarantie zu fordern, also nicht die Übertragbarkeit von Garantierechten.

4. In SZ 57/114 hat der OGH — vorsichtig — nur die streitige Regreßlage bei *gleichzeitiger* Sicherheitenbestellung im Sinne einer gleichzeitigen Belastung gemäß § 896 ABGB entschieden. Die vorliegende Entscheidung erweitert die — beifallswerte — Gleichbehandlung von unterschiedlichen Sicherungsgebern in zweierlei Hinsicht: Einmal werden nun neben Pfandbestellern und Bürgen auch Garanten weder bevorzugt noch benachteiligt; zum zweiten wird ausdrücklich nicht nach dem Zeitpunkt der Haftungsverpflichtung

differenziert. Der Regreß ist damit also auch gegen spätere Sicherungsgeber möglich, sofern nicht die Auslegung des zweiten Sicherungsvertrages eine Haftung bloß für den Ausfall ergibt. Dies wird aber im Zweifel nicht anzunehmen sein; nach dem OGH offenbar unabhängig davon, ob der zweite Sicherungsgeber von der früheren Sicherheit Kenntnis hat, da es nach ihm bloß auf das Bestehen im Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers ankommt.

5. Zu dem in der Entscheidung zuletzt angesprochenen Problem des internen Ausgleichs bei Sicherheitsleistung bloß für einen *Teil* der Hauptschuld soll hier nur auf den Aufsatz von *Game-rith* über die Teilbürgschaft (demnächst im ÖBA 1988) verwiesen werden. *Peter Bydlinski*