

145.

§§ 914 f, 1346 f ABGB. Hat der Gutsteher kein eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundgeschäft, ist in aller Regel anzunehmen, daß eine Bürgschaft beabsichtigt ist. Kann allerdings der Gutsteher nicht erwarten, daß der Schuldner seine Verpflichtung erfüllen wird, liegt Schuldbeitritt vor; dieser bedarf für seine Wirksamkeit nicht der Einhaltung der Schriftform.

OGH 19. 7. 1988, 1 Ob 633/88

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Befestigung eines Rechtes durch Verpflichtung eines Dritten gegenüber dem Gläubiger kann nach der Systematik des ABGB entweder durch den Beitritt als Mitschuldner oder durch Bürgschaft erfolgen (§ 1344 ABGB). Der Unterschied zwischen Bürgschaft und der Verpflichtung als Mitschuldner liegt zunächst in der mangelnden Subsidiarität der letzteren. Auch die Verpflichtung des Beitretenden ist aber insoweit akzessorisch, als sie nur entsteht, wenn die Schuld, der er beiträgt, besteht; in ihrem Fortbestand ist sie aber als Solidarschuld eine selbständige Schuld, die ein selbständiges rechtliches Schicksal haben kann (JBI 1983, 537; SZ 49/53; Koziol, JBI 1964, 306; Mader in Schwimann, ABGB, Rz 2 zu § 1347). Im Einzelfall kann die Abgrenzung, ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt vorliegt, schwierig sein. Sie ist dann unter Heranziehung der Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB unter Bedachtnahme auf Sinn und Zweck des Geschäftes sowie die Übung des redlichen Verkehrs vorzunehmen (WBI 1987, 121). Unter Bedachtnahme auf diese Kriterien ist zu prüfen, ob die Parteien nur die Haftung oder aber die Verpflichtung selbst verstärken wollten (*Ehrenzweig/Mayrhofer*, System³ II/1 [1986], 115). In aller Regel kann die Abgrenzung wie folgt vorgenommen werden: Hat der Gutsteher kein eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner, kann angenommen werden, daß wohl nur eine Sicherung der Verbindlichkeit, also eine Bürgschaft, beabsichtigt ist; hat der Gutsteher hingegen ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundverhältnis zwischen Gläubiger und dem bisherigen Schuldner und ist dies dem Gläubiger bekannt, kann angenommen werden, daß die Parteien einen Schuldbeitritt vereinbaren wollten (WBI 1987, 121; SZ 49/53; EvBl 1960/116; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 2 zu

§ 1347; *Ertl* in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1405; *Mader* in Schwimann, ABGB, Rz 3 zu § 1347 ABGB; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts¹⁴ I [1987] 612; *Mühl* in Soergel, BGB¹¹, vor § 765 Rz 51; *Brändl* in Staudinger, BGB^{10/11}, vor § 765 Rz 53). Der Begriff des eigenen wirtschaftlichen Interesses ist aber, wie *Mühl* in Soergel, BGB, vor § 765 Rz 52, aufzeigt, nur von beschränktem Wert und nicht stets als Abgrenzungskriterium geeignet. Es kann nur dazu beitragen, den hypothetischen Parteiwillen zu erforschen und die Tendenz des Rechtsgeschäftes festzustellen. Das eigene wirtschaftliche Interesse des Beitretenden ist nur einer von mehreren für die Auslegung maßgeblichen Faktoren, neben dem insbesondere die Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen ist (*Mormann* in BGB-RGRK¹², vor § 765 Rz 4; *Larenz*, Schuldrecht I, 612).

Die Übernahme einer Verpflichtung, um Verwandten zu helfen, beinhaltet regelmäßig kein eigenes wirtschaftliches Interesse; dies schließt aber die Annahme der Begründung einer Mitschuldnerschaft nicht aus. Im vorliegenden Fall war klar, daß Josef S. die durch die Vertretungstätigkeit des Klägers entstehenden Kosten wegen des verhängten Konkurses jedenfalls in absehbarer Zukunft nicht zahlen konnte. Die Erklärung der Beklagten, die Haftung für die Vertretungskosten zu übernehmen, kann dann aber nicht als Bürgschaft, sondern nur als Begründung einer selbständigen und nach den Umständen des Falles zumindest vorerst sogar alleinigen Verpflichtung verstanden werden. Kann der Gutsteher nach den Umständen des Falles nicht erwarten, daß der Schuldner seine Verpflichtung erfüllen wird, liegt nicht Bürgschaft, sondern Schuldübernahme vor (vgl. *Mühl* in Soergel, BGB, vor § 765 BGB Rz 52), zumindest aber Schuldbeitritt.

Die selbstschuldnerische Verpflichtung bedarf, anders als die Übernahme einer Bürgschaft, nach ständiger Rechtsprechung für ihre Wirksamkeit nicht der Einhaltung der Schriftform (WBI 1987, 121; SZ 49/53; JBI 1952, 209; *Gamerith* in Rummel, ABGB, Rz 9 zu § 1346; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, System II/1, 115; *Ohmeyer/Klang* in Klang² VI 209 FN 17). Der gegenteiligen Ansicht von *Ertl* in Rummel, ABGB, Rz 4 zu § 1405 ABGB, wonach für Beitrittserklärungen, die der Gutstehung dienen, die Formvorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB anzuwenden ist, ist nicht beizupflichten. Der Formvorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB kommt eine Warnfunktion zu. Für

die Bürgschaft ist kennzeichnend, daß der Bürge auf die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners vertraut. Die vom Gesetz geforderte Schriftlichkeit soll ihn vor der Übernahme einer Bürgschaftsverpflichtung, zu der er sich im Vertrauen darauf, ohnehin nicht zahlen zu müssen, leichtfertig bereit finden mag, schützen. Diese Gefahr ist bei anderen Gutstehungserklärungen, insbesondere in Form der Schuldübernahme, geringer, weil hier dem Übernehmer bewußt sein muß, daß er eine auf eigene Leistung gerichtete Verpflichtung begründet (*Ehrenzweig/Mayrhofer*, System II/1, 114; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil² [1986] 273; *Mormann* in BGB-RGRK, vor § 765 BGB Rz 3; *Brändl* in Staudinger, BGB, vor § 765 BGB Rz 53; *Pecher* in Münchener Kommentar², vor § 765 Rz 2). Bei der gegebenen Sachlage mußte auch der Beklagten klar sein, daß die Zahlungspflicht jedenfalls in erster Linie sie trifft, da ihr Sohn aus Massemitteln Zahlung nicht leisten durfte.

Anmerkung:

1. Während sich der OGH in ÖBA 1988, 1235 (mit Anm von *P. Bydlinki*) mit der Unterscheidung des Schuldbeitritts von der Erfüllungsübernahme zu befassen hatte, steht in der nun zu besprechenden Entscheidung die *Abgrenzung der (kumulativen) Schuldübernahme von der Bürgschaft* in Frage (zum selben Problem im deutschen Recht jüngst OLG Hamm in NJW 1988, 3022). Da sich der OGH — wie die beiden Unterinstanzen — für (kumulative) Schuldübernahme entscheidet, muß er sich ferner mit den Formerfordernissen beschäftigen; im Anschluß an die hA bejaht er dabei die *Formfreiheit* einer solchen selbstschuldnerischen Verpflichtung.

Der konkret zu beurteilende Sachverhalt weist keinen Bankbezug auf, weshalb er auch nicht abgedruckt wurde. (Die in der Entscheidung behandelten Probleme können aber auch im Verkehr mit Banken Bedeutung erlangen.) Zum besseren Verständnis soll er hier kurz zusammengefaßt werden: Es ging um die mündliche Erklärung einer Mutter (der Beklagten) gegenüber einem Rechtsanwalt (dem Kläger), die Haftung für die Kosten der Strafverteidigung ihres (in Konkurs befindlichen) Sohnes zu übernehmen.

2. Der OGH spricht zumeist von *Schuldbeitritt*. An manchen Stellen hält er es aber offenbar auch für möglich, daß eine *privative* Schuldübernahme erfolgt ist; einmal sagt er gar, die Erklärung der

Beklagten könne als Begründung einer „zumindest vorerst sogar alleinigen Verpflichtung“ verstanden werden. Da nach ihm die Beklagte bei Annahme einer *alleinigen* Zahlungsverpflichtung oder einer *privativen* Schuldübernahme aber jedenfalls haftet, behandelt er nur den kritischen Fall der kumulativen Schuldübernahme, also des Schuldbeitritts. Die „vorerst alleinige Zahlungsverpflichtung“ erwägt der OGH offenbar wegen des Konkurses des Sohnes der Beklagten, vielleicht auch wegen des verwendeten Wortes „Übernahme“. Nach den Feststellungen kam es aber erst *nach* der Vereinbarung zwischen Sohn und Kläger zur Konkursöffnung. Der Sohn bleibt somit als Hauptschuldner jedenfalls voll zahlungspflichtig; daß der Kläger während des Konkurses nur eine Quote geltend machen kann, führt also noch nicht zur alleinigen Zahlungsverpflichtung der Beklagten.

Für eine *privative* Schuldübernahme bietet der (knappe) Sachverhalt ebenfalls keinerlei Anhaltspunkte. Tatsächlich kann es daher nur um die Frage gehen, ob die Erklärung der Beklagten als Bürgschaftsverpflichtung oder als Schuldbeitritt zu verstehen war. Dabei liegt die wesentliche Besonderheit des Falles in der Tatsache, daß die Beklagte ihre Erklärung zu einem Zeitpunkt abgegeben hat, in dem die (zumindest vorläufige) Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners schon feststand.

3. Ausgehend von der in der Entscheidung nachgewiesenen hA ist die *Unterscheidung zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft* vor allem wegen der unterschiedlichen Formerfordernisse von überragender Bedeutung: Eine bloß mündlich erklärte Bürgschaft verpflichtet zu nichts, der Schuldbeitritt soll hingegen voll wirksam sein. (Daß die Beklagte zu keiner Unterschrift aufgefordert wurde, ist bei doch unsicherer Sach- und Rechtslage für den klagenden Anwalt sicherlich kein Ruhmesblatt, wenn er im Ergebnis auch erfolgreich blieb.) Die Unterschiede in den Rechtsfolgen, so hinsichtlich der Notwendigkeit einer Vorausmahnung des Haupt- bzw Urschuldners und des Fortbestehens der einen Verpflichtung bei Wegfall der anderen, treten demgegenüber deutlich in den Hintergrund. Wäre auch der Schuldbeitritt formpflichtig, könnte man sich die oft sehr schwierige Abgrenzung zur Bürgschaft (vgl. bloß *Ertl* in Rummel, ABGB, § 1406 Rz 3) ersparen. Deshalb soll zunächst dieser Problemkreis angesprochen werden. Methodisch geht es dabei primär um die analoge Anwendbarkeit des § 1346 Abs 2 ABGB auf den Schuldbeitritt,

da das Gesetz für diese Rechtsfigur keine eigene Formvorschrift enthält.

Eine solche Analogie vertritt etwa — vom OGH zitiert — *Ertl*, der dabei einer — nicht zitierten — Arbeit von *Koziol* (Über den Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechts, JBl 1964, 312) folgt. Die bei beiden Autoren zu findende Begründung, andernfalls könnte gerade wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt die Formvorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB leicht umgangen werden, erscheint jedoch etwas zwiespältig: Einerseits müßte eine sorgfältige Abgrenzung gerade die (verschiedenen?) Gefahren der beiden Verpflichtungsarten und damit auch einen etwaigen Unterschied in der Begründungsform berücksichtigen. Andererseits bestünde die Gefahr der Umgehung durch die Wahl unklarer Formulierungen nicht, wenn ausdrücklich von Schuldbeitritt die Rede und ein solcher auch eindeutig sowie dem Beitretenden erkennbar beabsichtigt war; in solchen Fällen liegt zweifellos auch ohne besonderes eigenes wirtschaftliches Interesse des sich Verpflichtenden ein *Schuldbeitritt* (und keine „bloße“ Bürgschaft) vor. Dennoch könnten auch (oder gerade) in solchen Fällen schutzwürdige Interessen des Beitretenden eine besondere Warnung verlangen. Denkbar wäre aber auch, eine Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB bloß für bestimmte Fallgruppen des Schuldbeitritts zu ziehen. Bei der Bürgschaft wird zwar in keiner Weise — etwa nach dem Zeitpunkt der Verbürgung oder den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners — differenziert: Mit *Koziol* und *Ertl* könnte man die Schriftform jedoch eventuell nur für dem Gläubiger erkennbar der *Gutstehung* dienende Mithaftungserklärungen verlangen, also bloß in jenen Fällen, in denen an sich auch eine Bürgschaft geeignetes Sicherungsmittel gewesen wäre. Diese Abgrenzung (Schuldbeitritt zwecks Gutstehung oder aus anderen Gründen) bringt zwar ebenfalls gewisse Schwierigkeiten mit sich; bei der Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt sind sie aber auch schon bisher bewältigt worden.

Zu Recht sieht der OGH die *Warnfunktion* als Formzweck des § 1346 Abs 2 ABGB an. Während nach ihm ein Bürge auf die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners vertraue, sei dem „Übernehmer“ bewußt, daß er eine auf eigene Leistung gerichtete Verbindlichkeit begründe, weshalb die Gefahr leichtfertiger Verpflichtung geringer sei. ME wird dem juristischen Laien damit zuviel an Rechtskenntnissen unterstellt. Der sich Mitverpflichtende denkt auch bei durch-

schnittlicher „laienhafter Sorgfalt“ nur daran, daß er „drankommen“ könnte, rechnet also unabhängig von der in concreto gewählten Formulierung nicht mit primärer (faktischer) Inanspruchnahme. Man denke nur an ein vom Ehemann angestrebtes Darlehen, für das die Ehefrau bürgt bzw für das sie sich als Mitschuldnerin verpflichtet. In solchen Fällen wird die Formulierung regelmäßig vom Gläubiger gewählt; dessen Erklärung wird von der Ehefrau schlicht akzeptiert. Verlangt der Gläubiger keine Unterschriftsleistung, wäre einem durchschnittlichen privaten Teilnehmer am Wirtschaftsleben wohl nicht einsichtig, daß ihn eine bestimmte Erklärung trotzdem verpflichtet, während eine ähnliche andere wegen Formmangels unwirksam ist. Mit einem besonderen Bewußtsein des Risikos oder zumindest der *eigenen* Verpflichtung, weshalb keine Warnung notwendig sei, ist es mE also nicht weit her. (Anderes würde ich nur dann akzeptieren, wenn dem Beitritt auch eine Gegenleistung des Gläubigers an den Beitretenden gegenübersteht, so wenn die Ehefrau ebenfalls *Partei* des Kreditvertrages wird und damit auch — teilweise — Auszahlung an sich verlangen könnte. Solche Vertragsbeitrittsfälle sollen hier jedoch außer Betracht bleiben.)

All diesen Bedenken könnte man am einfachsten dadurch Rechnung tragen, daß man *auch für den Schuldbeitritt Schriftlichkeit* verlangt. Dieser geringen Belastung des Gläubigers steht eine (ausreichende) Warnung des Beitretenden vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen, für die er keine Gegenleistung erhält und deren Aktualisierungsgefahr ihm nicht ganz evident ist, gegenüber. Daß dies dem Gläubiger, der vielleicht auf die mündliche Erklärung vertraut, nicht von vornherein unzumutbar ist, zeigt gerade die Regelung des § 1346 Abs 2 ABGB. Auch dort wird sein Vertrauen auf die Wirksamkeit einer bestimmten Erklärung ja nicht generell geschützt. Überdies ist das Risiko eines Beitretenden von dem eines *Bürgen und Zahlers* praktisch nicht mehr zu unterscheiden: Die rein formelle Differenzierung zwischen eigener und fremder Verpflichtung ist dem Interzedenten ganz regelmäßig in keiner Weise geläufig und spielt daher für sein „Warnbedürfnis“ keine Rolle. Der Bürge und Zahler haftet nun völlig unbestritten nur bei Einhaltung der von § 1346 Abs 2 ABGB geforderten Form. Daß für den Schuldbeitritt bei praktisch gleichen Gefahren und damit entsprechendem Schutzbedürfnis anderes gelten sollte, ist mE nicht begründbar.

Wollte man jedoch mit der hA auf der Formfreiheit des Schuldbeitritts beharren, müßte man die aufgezeigten Gefahren schon bei der Auslegung der betreffenden Erklärung berücksichtigen; dabei dürfte im Zweifel Schuldbeitritt nur dann angenommen werden, wenn die eigene (primäre) Verpflichtung dem „Gutsteher“ deutlich erkennbar war. Notwendig erscheint mir jedoch, das von der ganz hA bei der Interpretation herangezogene „eigene wirtschaftliche Interesse am Grundgeschäft“ jedenfalls auch bei der Formfrage zu berücksichtigen. (Ähnliches erwägt offenbar auch das OLG Hamm in NJW 1988, 3022, das wegen der Schutzfunktion der Formvorschrift besondere Zurückhaltung bei der Annahme formfrei wirksamer Schuldbeitrittserklärungen verlangt und daher sogar ein wirtschaftliches Eigeninteresse allein nicht ausreichen läßt.) Präzise gesagt geht es auch nicht bloß darum, ob der Gutsteher ein solches Interesse hat oder nicht, sondern inwieweit dies dem Erklärungsempfänger, also dem Gläubiger, erkennbar ist (Vertrauenseheorie). Dieses Kriterium will ja danach unterscheiden, ob der Gutsteher selbst vom Gläubiger eine „Gegenleistung“ (in einem wirtschaftlichen Sinn gemeint) erhält oder nicht. Je nachdem kann man ihn strenger behandeln oder muß man ihn stärker schützen. Auch diese Differenzierung hat jedoch mit Sicherheit die Formproblematik im Auge; die sonstigen Unterschiede zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft sind ja selten von Bedeutung.

Die einem Bürgen drohenden besonderen Gefahren sind darin zu sehen, daß er *unüberlegt*, nämlich unter ungenügender oder falscher Einschätzung seines Risikos — er rechnet oft damit, ohnehin nicht belangt zu werden, oder doch zumindest mit erfolgreichen Rückgriffsmöglichkeiten (etwa nach § 1358 ABGB) —, verbindliche Verpflichtungserklärungen abgibt. *Davor* soll das Erfordernis der Schriftlichkeit einer Bürgschaftserklärung schützen. Genau die gleichen Risiken bestehen nun aber bei Interzession durch Schuldbeitritt: Der Beitretende erwartet ebenfalls Zahlung durch den Urschuldner oder jedenfalls die Befriedigung seiner Regreßansprüche (aufgrund des konkreten Innenverhältnisses, zB nach § 1014 ABGB, oder gemäß § 896 ABGB). Hält man die dargestellte — in § 1346 Abs 2 ABGB zum Ausdruck kommende — Wertung für entscheidend, muß sie mE auch dann greifen, wenn aufgrund eindeutiger (ausdrücklicher) Vereinbarung mit Sicherheit ein *Schuldbeitritt* vorliegt, der Beitretende aber keinerlei eigenes wirtschaft-

liches Interesse am Grundgeschäft hat. Besteht nicht einmal die Möglichkeit, daß er für seine Verpflichtung vom Gläubiger zumindest mittelbar etwas bekommt, soll seine Erklärung erst nach ausreichender Warnung wirksam sein. Diesen Zweck verfolgt das Schriftlichkeitserfordernis des § 1346 Abs 2 ABGB; seine analoge Anwendbarkeit auf solche Schuldbeitrittsfälle ist daher wohlbegründet.

Daß der Kläger ohne wirksame Verpflichtung der Beklagten deren Sohn nicht weiter verteidigt hätte, darf hingegen nicht berücksichtigt werden. Einmal ist dies kein wirtschaftlicher Vorteil für die Beklagte; zum zweiten hat der Kläger seine Leistung zunächst bloß *im Glauben* an eine wirksame Verpflichtung der Beklagten erbracht, ebenso wie ein Kreditinstitut ein Darlehen fallweise in der später als unrichtig erkannten Annahme auszahlt, es bestehe eine wirksame Bürgschaft. Ob die Beklagte verpflichtet ist, kann sich also nicht allein aus der Tatsache ergeben, daß der Kläger bei Kenntnis einer etwaigen Unwirksamkeit nicht geleistet hätte.

4. Bei der *Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt* führt der OGH im konkreten Fall die Erklärung der Haftungsübernahme durch die Beklagte *in Kenntnis des Konkurses ihres Sohnes* für die Annahme eines Schuldbeitritts ins Treffen. Daß im Zweifel keine Bürgschaft vorliegen soll, wenn der Gutsteher nach den Umständen des Falles Erfüllung durch den Hauptschuldner nicht erwarten kann (so der OGH im Anschluß an *Mühl* in *Soergel*, der seinerseits bloß den Tenor einer Entscheidung unkommentiert wiedergibt) — und, so muß man wohl ergänzen, dies dem Gläubiger erkennbar ist —, bedürfte zumindest näherer Begründung. Wäre von Bürgschaft die Rede gewesen, hätte wohl auch in dieser Konstellation niemand am Erklärungsinhalt „Bürgschaft“ und damit an Formpflicht gezweifelt. Diese Sicherungsform ist für den Gläubiger grundsätzlich ja nicht schlechter als ein Schuldbeitritt. (Im Unterschied zum deutschen Recht, wo § 771 BGB Vorausklage sowie erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner verlangt und bloß § 773 Abs 1 BGB davon gewisse Ausnahmen macht — so zB im Konkursfall —, genügt nach § 1355 ABGB erfolglose Vorausmahnung.) Es geht also wieder bloß um ein etwaiges Formerfordernis.

Da es allein für die behandelte Abgrenzungsfrage (Bürgschaft oder Schuldbeitritt) nicht von Bedeutung ist, in welcher Form die Erklärung der

Beklagten tatsächlich abgegeben wurde, hilft vielleicht folgendes Gedankenexperiment weiter (durch diese Überlegung entgeht man auch der Gefahr, eine wegen Formmangels unwirksame Bürgschaft unbewußt in einen Schuldbeitritt „umzudeuten“): Nehmen wir an, die Erklärung sei schriftlich erfolgt. Welche Gründe sprechen dann gegen die Annahme einer Bürgschaft?

Nach § 914 ABGB ist zunächst vom Wortlaut der Erklärung, dann von der Parteienabsicht und schließlich von der redlichen Verkehrsübung auszugehen. Anerkanntermaßen hat die Auslegung dabei aus dem Empfängerhorizont zu erfolgen. Dem Sachverhalt ist zwar nicht zu entnehmen, wer die Wortfolge „Übernahme der Haftung für die Kosten der Verteidigung“ (oder ähnlich) gewählt hat. Dies wäre aber ohnehin erst im Rahmen des § 915 ABGB von Bedeutung. Nach § 914 ABGB ist allerdings zu beachten, daß von einem Vertreter eines der klassischen juristischen Berufe ohne Zweifel erwartet werden kann, ihm sei die Unterscheidung von „Schuld“ und „Haftung“ bekannt. Dieses Wissen gehört sogar zum Grundrepertoire eines Studenten. Wird ohne jeden Zusatz bloß die Übernahme einer *Haftung* erklärt, spricht dies also zumindest eher gegen Schuldbeitritt und für Bürgschaft, die in der Sicherstellung einer fremden Schuld besteht. Auch aus dem Parteiwillen ist kein Argument gegen die Annahme einer Bürgschaft zu gewinnen: Eben- sowenig, wie sich durch nachfolgenden Konkurs am Umfang einer vorher erklärten Bürgschaft etwas ändert, existieren gegen eine Bürgschaftsverpflichtung nach Konkurseröffnung in Höhe der geschuldeten Beträge irgendwelche Bedenken. Akzessorietätsüberlegungen hindern die Verpflichtung auf den vollen Betrag ja nicht; über- dies müßten diese dann ebenso bei einem Schuld- beitritt nach Konkurseröffnung zu beachten sein. Ferner sollte nach den Absichten der Partei- en gerade dieses besonders kritische — im kon- kreten Fall ja schon verwirklichte — Risiko abge- deckt werden. Daß dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, ohne Auswirkungen auf die Verpflichtung der Beklagten mit dem Sohn Vereinbarungen in bezug auf dessen Schuld treffen zu können, ergibt sich aus dem Sachver- halt ebenfalls nicht. Auch der Übung des redli- chen Verkehrs ist für Fälle wie den hier ent- schiedenen wohl überhaupt nichts zu entnehmen.

Dennoch dürfte die Entscheidung des OGH im Ergebnis richtig sein. Einmal könnte die beson- dere Sachverhaltskonstellation — wie es der

OGH versucht — doch für einen Parteiwillen in Richtung einer eigenen Verpflichtung der Be- klagten sprechen: Ihr war klar, daß der Kläger von ihrem Sohn nichts bekommen würde und die Erbringung seiner Leistungen von ihrem Zah- lungsversprechen abhing. Die Beklagte machte daher die Verpflichtung des Sohnes in gewisser Weise, nämlich *wirtschaftlich*, zu ihrer *eigenen*. Hätte noch kein Vertrag zwischen dem Beklagten und dem Sohn bestanden, wäre es ohne Zweifel zu einer — keiner Form unterliegenden — Ver- einbarung bloß zwischen der Beklagten und dem Kläger gekommen. (Aus diesem Grund sind hier auch keine Überlegungen zur Schenkungsform anzustellen: Die Beklagte verpflichtete sich zur Honorierung einer an einen Dritten zu erbringen- den Gegenleistung.)

Diese Überlegungen weisen auch schon den zwei- ten denkmöglichen Begründungsweg: Die nun- mehrige Beklagte bedurfte in dieser Konstellation keiner besonderen Warnung vor den Rechts- folgen ihrer Erklärung. Ihr war vielmehr voll- kommen klar, die finanzielle Belastung endgültig tragen zu müssen. Damit liegt dieser Fall aber wohl deutlich *außerhalb der ratio des § 1346 Abs 2 ABGB*. An solche Fälle wurde von den Gesetzesverfassern mit ziemlicher Sicherheit auch nicht gedacht, da sie alles andere als typisch sind. Um Benachteiligungen des vom Gesetz als typischerweise besonders schutzbedürftig angese- henen Interzedenten zu vermeiden, trägt für das Vorliegen einer solchen „Sonderkonstellation“ selbstverständlich der Gläubiger die Beweislast. Gelingt ihm aber — wie hier — dieser Nachweis, wäre ein Beharren auf dem Formerfordernis nicht mehr gerechtfertigt. Geht man von einem Schuldbeitritt aus, wird man die Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB eben nur im Rahmen ihrer ratio ziehen. Konsequenter wäre allerdings auch im unmittelbaren Anwendungsbereich der Bestim- mung eine teleologische Reduktion vorzuneh- men: Besteht ersichtlich — nicht bloß in concre- to, sondern in einer klar abgrenzbaren Gruppe von Fällen — keinerlei Notwendigkeit einer War- nung, weil der Bürge die ihm drohenden Gefah- ren voll vor Augen hat, hat die „Treue zum gege- benen Wort“ Vorrang vor einer zu weit gerate- nen Formvorschrift.

5. Nochmals soll ganz deutlich gesagt werden, daß die eben unter 4. angestellten Überlegungen, aber auch die Erwägungen des Höchstgerichts in der vorliegenden Entscheidung, *nicht verallge- meinert* werden dürfen. So ist etwa das von der

hA zur Abgrenzung herangezogene Kriterium des eigenen wirtschaftlichen Interesses grundsätzlich zu beachten. Ferner darf nicht vernachlässigt werden, daß Auslegung auch zu einer *unwirksamen Bürgschaft* führen kann. Die Formfrage muß bei der Abgrenzung also zunächst außer acht gelassen werden. Der von den Erklärungen gedeckte Parteiwille — und nur dieser — ist dann an der Formvorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB zu messen. Ansonsten könnte (und müßte) ja jede formungültige Bürgschaft in einen nach hA formfrei wirksamen Schuldbeitritt umgedeutet werden, was aber die Formzwecke völlig durchkreuzen würde.

6. Die eben angestellten Überlegungen sind sicherlich nicht der Weisheit letzter Schluß. Sie dürften aber zumindest die Problematik der Verschiedenbehandlung von Bürgschaft und Schuldbeitritt im Hinblick auf die Formerfordernisse — und allein darum geht es auch schon bei der Abgrenzung von Schuldbeitritt und Bürgschaft in Wirklichkeit — augenscheinlich gemacht haben. Der dieser im Ergebnis überzeugenden Entscheidung des OGH zugrundeliegende Sachverhalt ist allerdings ganz besonders gelagert; aus ihr dürfen daher keine allzu weitreichenden Schlüsse gezogen werden. Insbesondere sprechen mE allgemein die besseren Argumente für eine *analoge Anwendung des § 1346 Abs 2 ABGB auf den Schuldbeitritt*; dies jedenfalls dann, wenn der Beigetretene ohne eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundgeschäft gehandelt hat (ganz ähnlich für den Garantievertrag gegen die hA schon *Koziol, Der Garantievertrag* [1981] 39 ff mwN).

Peter Bydlinski