

entgegen. Bei Zuwarten mit der Klage hätte die klagende Partei die Frist des § 3 AnfO versäumt.

Anfechtungsgegner ist nicht der Schuldner, sondern derjenige, zu dessen Gunsten die anfechtbare Rechtshandlung gesetzt wurde und der aus dieser einen Vorteil erlangt hat (EvBl 1978/158; JBl 1979, 603; ÖBA 1987, 838 ua). Aus diesem Grund war das gegen die Erstbeklagte gerichtete Begehren abzuweisen.

Der Zweitbeklagte ist hingegen passiv legitimiert, doch ist zu berücksichtigen, daß bei Anfechtungsklagen außerhalb eines Konkurses das Begehren gemäß § 12 AnfO auf Leistung oder Duldung zu lauten hat. Die Erhebung einer Rechtsgestaltungs- oder Feststellungsklage ist unzulässig (JBl 1979, 603). Daher war gegenüber dem Zweitbeklagten dem Leistungsbegehren stattzugeben, das auf Unwirksamklärung der Rechtshandlung gerichtete Begehren aber abzuweisen.

### 243.

#### §§ 914 f, 880a, 1346 ABGB. Zum Vorliegen eines echten Garantievertrages oder einer Bürgschaft. Die Garantie bedarf nicht der Schriftform.

OGH 2. 5. 1990, 1 Ob 702/89

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Beklagte ist seit 27. 3. 1985 Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der R. GesmbH (im folgenden Gemeinschuldnerin). Als solcher bemühte er sich zur Abwicklung offener Aufträge um eine Fortführung des Betriebes der Gemeinschuldnerin. Dazu benötigte er Maschinen und Anlagen, die von der Klägerin geleast waren. Der Beklagte kam nach genauer wirtschaftlicher Kalkulation und Besprechung mit dem früheren Berater der Gemeinschuldnerin Dr. S. zum Ergebnis, daß eine Betriebsfortführung sinnvoll sei, wobei diese zunächst bis 15. 8. 1985 vorgesehen war. Aus der Inanspruchnahme der Leasingobjekte ergaben sich per 19. 7. 1985, einschließlich der Leasingentgelte für Juli 1985, Masseforderungen der Klägerin von insgesamt S 1,048.737,83. Die Klägerin urgierte die Überweisung des Betrages mit Schreiben vom 16. 7. 1985. Darauf reagierte der Beklagte als Masseverwalter mit Schreiben vom 17. 7. 1985, mit dem er den Erhalt dieses Schreibens der Klägerin vom 16. 7. 1985 bestätigte und im wesentlichen mitteilte, es sei ihm derzeit unmöglich, den gesamten Betrag zu überweisen, er werde aber dafür Sorge tragen, daß nach Möglichkeit die Überweisung bis spätestens 20. 8. 1985 erfolgen werde; dieses Schreiben übermittelte die Klägerin am 22. 7. 1985 ihrem Rechtsvertreter Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. Am 19. 7. 1985 kam es auf Initiative von Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. zu einem Telefonat zwischen ihm und dem Beklagten. Über dieses Telefonat verfaßte Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. einen Aktenvermerk: „... Ich teile mit, daß ein Zuwarten der A. [1] unzumutbar ist, insbesondere wenn keine Sicherheit für die Bezahlung besteht. Dr. S. [2] ‚garantiert‘ die Zahlung.

[1] Klagende Partei.

[2] Beklagter Masseverwalter.

Ich kündige ihm an, mit der A. zu sprechen, wenn er tatsächlich garantiere, so würde ich der A. ein Zuwarten empfehlen.“ Vom Gespräch mit dem Beklagten berichtete Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. einer Abteilungsleiterin der Klägerin, darauf bestand bei der Klägerin die Bereitschaft, daß ihre Masseforderungen bis Juli 1985 von S 1,048.737,83 sowie die vollen Leasingentgelte für August 1985 von S 237.305,64 erst bis 20. 8. 1985 bezahlt würden. Demgemäß schrieb Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. am 22. 7. 1985 namens der Klägerin an den Beklagten: „Ich nehme Bezug auf das mit Ihnen am 19. 7. 1985 geführte Telefongespräch, in welchem ich Ihnen mitteilte, daß meiner Klientin ein weiteres Zuwarten mit der Klagsführung wegen der offenen Masseforderung nicht zumutbar ist. Zuzufolge Ihrer Mitteilung, daß — wegen der teilweisen Bevorschussung durch die Banken bzw. längerer Zahlungsziele — gegenwärtig die Liquidität der Konkursmasse die Zahlung einfach nicht zulasse, Sie persönlich aber als Masseverwalter die Zahlung der Masseforderungen meiner Klientin garantieren könnten, habe ich mit meiner Klientin die Angelegenheit erörtert. Diese stimmt nun einer Zahlung sämtlicher Masseforderungen bis zum 20. 8. 1985 zu, da Sie, sehr geehrter Herr Kollege, die Leistung dieser Zahlung mir gegenüber ausdrücklich und vorbehaltlos garantiert haben. Ihre Erklärung bezog sich auf die rückständigen Masseforderungen von gegenwärtig S 1,048.737,83 — siehe das Schreiben meiner Mandantin vom 16. 7. 1985 — sowie die mit August fällig werdende Masseforderung von S 237.305,64 . . .“ Der Beklagte teilte Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. mit Schreiben vom 29. 8. 1985 mit, daß die Mittel bis Ende September zur Verfügung stehen dürften, sodaß er „unter gleichzeitiger Bestätigung des Briefes der Kollegen G./P.“ (vom 22. 7. 1985) um Frist bis zum 30. 9. 1985 ersuche.

Aus Leasingentgelten resultiert eine restliche offene Masseforderung von S 303.747,86, nachdem die Klägerin aus der Masse am 10. 10. 1985 S 761.674,56, am 29. 12. 1986 S 100.000,— und am 29. 6. 1987 S 100.000,— bezahlt erhalten hatte.

Die Klägerin beehrte vom Beklagten die Bezahlung des Betrages von S 324.368,91 sA.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Nach seinen wesentlichen Feststellungen sei der Beklagte schon seit 20 bis 25 Jahren verschiedentlich als Masseverwalter tätig gewesen und habe noch nie eine persönliche Haftungserklärung für Konkurs- oder Masseforderungen abgegeben. Der Beklagte habe beim Telefonat vom 19. 7. 1985 den Stand des Konkursverfahrens dahin geschildert, daß sich der Konkurs gut entwickle, die Masse derzeit jedoch nicht liquid sei. Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. habe den Beklagten gefragt, ob er „garantieren“ könne, daß die Klägerin ihr Geld bekommen werde. Der Beklagte, der sich aus der Betriebsfortführung einen Überschuß von etwa S 2,000.000,— erwartet habe, habe dies in seiner Eigenschaft als Masseverwalter bejaht und singgemäß vermeint, daß die Masseforderungen wohl zur Gänze berichtigt werden könnten und die Klägerin ihr Geld demnach sicherlich bekommen werde, er eine Zahlung der offenen Masseforderungen aber erst für den 20. 8. 1985 zusagen könne. Daraufhin habe Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. dem Beklagten angekündigt, mit der Klägerin zu

sprechen, um ihr ein Zuwarten zu empfehlen. Daß bei diesem Telefonat zwischen Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. und dem Beklagten von einer persönlichen, masseunabhängigen Haftung des Beklagten für die Begleichung der Masseforderung der Klägerin die Rede gewesen sei, könne nicht festgestellt werden. Jedenfalls sei bei diesem Telefonat beiden klar gewesen, daß der Beklagte seine damaligen Erklärungen in seiner Funktion als Masseverwalter getätigt habe und keine wie immer geartete persönliche Haftung oder Garantie habe übernehmen wollen. Die positiven Erwartungen des Masseverwalters hätten sich jedoch nicht erfüllt.

Rechtlich vertrat der Erstrichter im wesentlichen die Auffassung, daß eine persönliche Haftungs- oder Garantieübernahme des Beklagten nicht vorliege.

Das *Gericht zweiter Instanz* gab der Berufung der Klägerin, die das Urteil des Erstgerichtes lediglich in Ansehung eines Betrages von S 303.747,86 sA angefochten hatte, aus rechtlichen Erwägungen nicht Folge. Eine Haftungserklärung des Beklagten mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt ändere dann nichts am Verfahrensausgang, wenn man sie als Bürgschaft qualifiziere, weil es an der erforderlichen Schriftform (§ 1346 Abs 2 ABGB) fehle. Diese Schutzvorschrift käme auch dem Beklagten zugute, weil er als Masseverwalter nicht Kaufmann sei. Eine Garantie des Beklagten komme deshalb nicht in Betracht, weil ihm wohl auch die Klägerin nicht unterstelle, daß sein Leistungsversprechen auch für den Fall gelten solle, daß die von der Gemeinschuldnerin eingeforderten Leasingraten nicht zu Recht bestehen; außerdem sei im Zweifel gemäß § 915 ABGB eine Bürgschaft als geringere Last anzunehmen, namentlich dann, wenn auf Seiten des Begünstigten nur ein Interesse an der Abdeckung des Risikos der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bestehe. Schließlich verneint die zweite Instanz auch noch eingehend begründet das allfällige Vorliegen eines Schuldbeitrittes des Beklagten aus hier nicht relevanten Erwägungen.

Die *Revision* der Klägerin ist berechtigt.

Der Erstrichter traf unter anderem die Feststellung, Rechtsanwalt Dr. P. habe im Zuge des Telefongesprächs am 19. 7. 1985 den Beklagten gefragt, ob er „garantieren“ könne, daß die Klägerin ihr Geld bekomme, was der Beklagte „in seiner Eigenschaft als Masseverwalter“ bejaht habe. Nicht festgestellt werden könne, daß beim Telefonat zwischen Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. und dem Beklagten am 19. 7. 1985 von einer persönlichen, masseunabhängigen Haftung des Beklagten für die Begleichung der Masseforderungen der Klägerin die Rede gewesen sei. Jedenfalls sei bei diesem Telefonat beiden klar gewesen, daß der Beklagte seine damaligen Erklärungen „in seiner Funktion als Masseverwalter“ getätigt habe und keine wie immer geartete persönliche Haftung oder Garantie habe übernehmen wollen. Auf diese Feststellungen, deren Richtigkeit in der Berufung bekämpft, die jedoch vom Berufungsgericht aus rechtlichen Erwägungen nicht überprüft wurden, kommt es aber aus folgenden Überlegungen nicht an. Unbestritten ist, daß Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. am 22. 7. 1985, somit nach dem Telefonat vom 19. 7. 1985, namens der Klägerin an den Beklagten schrieb: „... Zufolge Ihrer Mittei-

lung, daß — wegen der teilweisen Bevorschussung durch die Banken bzw längerer Zahlungsziele — gegenwärtig die Liquidität der Konkursmasse die Zahlung einfach nicht zulasse, *Sie persönlich aber als Masseverwalter die Zahlung der Masseforderungen meiner Klientin garantieren* könnten, habe ich mit meiner Klientin die Angelegenheit erörtert. Diese stimmt nun einer Zahlung sämtlicher Masseforderungen bis zum 20. 8. 1985 zu, da Sie . . . die Leistung dieser Zahlungen *mir gegenüber ausdrücklich und vorbehaltlos garantiert haben*. Ihre Erklärung bezog sich auf die rückständigen Masseforderungen von gegenwärtig S 1,048.737,83 . . . sowie die mit August fällig werdende Masseforderung von S 237.305,65. . .“ Der Beklagte teilte Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. mit Schreiben vom 29. 8. 1985 mit, daß die Mittel bis Ende September zur Verfügung stehen dürften, sodaß er „unter gleichzeitiger *Bestätigung des Briefes* der Kollegen G./P.“ (vom 22. 7. 1985) um Frist bis zum 30. 9. 1985 ersuche. Damit hat der Beklagte — anders konnte seine Erklärung vom Adressaten Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P. nicht verstanden werden — ausdrücklich sein Einverständnis auch mit dem Inhalt des Briefes der Klägerin vom 22. 7. 1985 erklärt und nicht nur dessen Empfang bestätigt. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, dem Schreiben vom 22. 7. 1985 zu widersprechen, wenn die darin ihm zugeschriebene Erklärung von ihm nicht abgegeben worden wäre. Dies hat der Beklagte nicht getan, sondern im Gegenteil den Inhalt des Briefes Dris. P. bestätigt, wie er auch den dann folgenden weiteren Schreiben der Klägerin, in denen neuerlich auf seine Garantie hingewiesen wird, nicht widersprach. Gemäß § 914 ABGB ist zwar bei der Auslegung von Verträgen nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen. Wie bei der Auslegung von Gesetzen hat jedoch auch bei der Vertragsauslegung die wörtliche Auslegung am Anfang des Interpretationsvorganges zu stehen, zunächst ist somit vom Wortsinn auszugehen (SZ 60/216; *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup>, § 914 ABGB Rz 4; *Koziol/Welser*, Grundriß<sup>8</sup> I 87 f). Der vom Beklagten bestätigte Brief des Klagevertreters vom 22. 7. 1985 beinhaltet aber ausdrücklich zwei völlig eindeutige Ausdrücke, nämlich „. . . Sie persönlich . . . die Zahlung der Masseforderungen . . . garantieren könnten“ und „. . . Sie . . . die Leistung dieser Zahlungen mir gegenüber ausdrücklich und vorbehaltlos garantiert haben . . .“ und hatte damit eine Garantie, deren Wesen dem Beklagten als Rechtsanwalt bekannt sein mußte, zum Inhalt. Maßgebend ist weder allein der Wille des Erklärenden noch die subjektive Auslegung des Erklärungsempfängers, sondern vielmehr der objektive Erklärungswert der Willensäußerung (SZ 49/64, SZ 48/44 uva; *Koziol/Welser*, Grundriß I 87). Dieser objektive Erklärungswert spricht hier abgesehen von der Wortwahl angesichts des auch vom Berufungsgericht als maßgebend erkannten Umfangs des Einredeverzichts — Loslösung von Umständen, die der Zahlungsverpflichtung im Wege stehen könnten — und des ausdrücklich genannten Betrages, für den garantiert wird, eindeutig für eine Garantieerklärung des Beklagten; dessen Zahlungsverpflichtung war nach dem Inhalt des maßgeblichen Schreibens des Klagevertreters vom 22. 7. 1985 von der Leistungsfähigkeit der Konkursmasse und den allfälligen Ergebnissen einer Betriebsfortführung des gemein-

schuldnerischen Unternehmens durch den Beklagten unabhängig.

Unter einem im Gesetz nicht geregelten echten Garantievertrag versteht man einen Vertrag, durch den sich jemand einem anderen gegenüber (beschränkt oder unbeschränkt) verpflichtet, für den Erfolg eines Unternehmens einzustehen oder für den Schaden, der durch ein Unternehmen entsteht, aufzukommen (JBl 1986, 46; SZ 53/164, SZ 50/93 ua; *Koziol/Welser*, Grundriß I 298). Zum Unterschied von der Bürgschaft bedarf der (echte) Garantievertrag nach herrschender Auffassung zu seiner Gültigkeit auch nicht der Schriftform (*Koziol/Welser*, Grundriß I 299 mwN in FN 11). Damit bestehen aber keine Bedenken, daß die vom Beklagten in seinem Brief vom 29. 8. 1985 bestätigte Erklärung inhaltlich eine Garantie ist und deshalb den Beklagten der Klägerin gegenüber verpflichtet, für deren noch unberichtete Masseforderung persönlich aufzukommen. Daß der Beklagte die Garantieverpflichtung „als Masseverwalter“ übernahm, ändert an seiner persönlichen Haftung nichts. Die rein hypothetischen Erwägungen des Berufungsgerichts, daß dem Beklagten kein Leistungsversprechen für eine möglicherweise nicht bestehende Verbindlichkeit zugemutet werden könne, sind deshalb nicht zielführend, weil der Bestand der Masseforderung der Klägerin zum Zeitpunkt der Garantieerklärung ja unbestritten ist und die Haftungserklärung des Beklagten daher keineswegs auf eine gar nicht bestehende Forderung bezogen wird. Der Höhe nach entspricht der Zuspruch des Klagsbetrages der vom Beklagten zugestandenen und unbestritten festgestellten offenen Masseforderung der Klägerin von S 303.747,86.

#### Anmerkung:

1. Die Entscheidung zeigt, daß auch ein routinierter Masseverwalter bei der Abgabe von „Zusagen“ an ihn bedrängende Gläubiger (während der Fortführung des gemeinschuldnerischen Unternehmens) nicht vorsichtig genug sein kann. Der hier persönlich beklagte Rechtsanwalt hat sicher nicht alle Vorsicht beachtet. Ob er zu Recht zur Zahlung verurteilt wurde, erscheint allerdings sehr fraglich. Gegen zwei zentrale Argumentationslinien des OGH bestehen starke Bedenken.

2. Die erste Kritik richtet sich dagegen, daß das Höchstgericht trotz folgender Feststellungen des Erstgerichts zur Verurteilung des Beklagten (aufgrund seiner Garantiezusage) gelangt: Bei dem Telefonat sei sowohl dem Beklagten als auch dem Rechtsbeistand des Klägers klar gewesen, daß der Beklagte Erklärungen nur als Masseverwalter abgegeben habe und keine persönliche Haftung habe übernehmen wollen.

Der OGH meint, daß es wegen des späteren Briefwechsels auf die Richtigkeit dieser Feststellungen nicht ankomme. Darin habe der Beklagte nämlich ausdrücklich sein Einverständnis (zur Haftung) erklärt. Nach Treu und Glauben hätte er widersprechen müssen, wenn er seinerzeit (im Telefonat) keine persönliche Haftung übernommen hätte.

Dabei wird verkannt, daß die Erklärung im Antwortbrief des Beklagten ohne jeden Zweifel eine bloße *Wissenserklärung* darstellt: Es wird ja bloß bestätigt, was vorher

telefonisch (angeblich) erklärt wurde. Ist die Bestätigung unrichtig, kann dies bestenfalls Schadenersatzpflichten auslösen (*P. Bydlinski*, ÖBA 1989, 1025). Der Beweis der Unrichtigkeit bleibt dem Erklärenden jedoch immer möglich (vgl. bloß *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> I 274 zum deklaratorischen Anerkenntnis). War die Feststellung erkennbar mangelnden Bindungswillens der mündlichen Erklärung des Beklagten aber zutreffend, so ist der Beweis der Unrichtigkeit als gelungen anzusehen. Allein aus der Wissenserklärung kann der Beklagte jedoch nicht *rechtsgeschäftlich* verpflichtet sein.

3. Läßt man diesen Aspekt einmal beiseite (und orientiert man sich an den im Briefwechsel verwendeten und vom Beklagten „akzeptierten“ Formulierungen), gelangt man zur vom OGH angesprochenen Frage nach der *Art* der übernommenen Haftung: Bürgschaft oder Garantie? Dieser Bereich ist der bankrechtlich interessante. Abgesehen davon, daß sich das Problem überhaupt nur dann stellt, wenn man — auch mE zu Unrecht (überzeugend bereits *Koziol*, Der Garantievertrag [1981] 39 ff) — das Schriftlichkeitsgebot des § 1346 Abs 2 ABGB nicht auf die Garantie überträgt, sind dem OGH beim Versuch der Qualifikation im konkreten Fall Begründungsmängel vorzuwerfen. Ganz generell besteht die Gefahr, mündliche, verbindlich gemeinte Haftungserklärungen durch entsprechende Deutung „retten“ zu wollen. Tatsächlich kann aber nur ein Weg korrekt sein: Auslegung der Erklärung nach den §§ 914 f ABGB und Messung des Auslegungsergebnisses am Formgebot. Bei der Auslegung selbst — also der Ermittlung des Erklärungsinhalts — darf der Formaspekt hingegen nicht beachtet werden; nur dann können ja die Formzwecke (zB Schutz des Bürgen vor Übereilung) voll greifen.

Der OGH begeht hier vor allem einen anderen Fehler. Er beruft sich auf die Formfreiheit der Garantie und sagt sofort anschließend: „*Damit* (!) bestehen aber keine Bedenken, daß die vom Beklagten . . . bestätigte Erklärung *inhaltlich* (!) eine Garantie ist . . .“ Diese Ableitung ist nun ohne jeden Zweifel verfehlt. Man darf doch nicht aus der Formfreiheit eines bestimmten Rechtsgeschäftstyps schließen, daß in einem konkreten Fall (inhaltlich!) eine Verpflichtung dieser Art vorliegt! Der *Inhalt* einer bestimmten Erklärung kann wie gesagt bloß durch Interpretation nach den §§ 914 f ABGB festgestellt werden.

In der Sache spricht aber auch bei Anwendung des § 914 ABGB entgegen dem Höchstgericht mehr *für Bürgschaft* als für eine abstrakte Garantiehafung. Es ist zwar richtig, bei der Auslegung mit dem Wortlaut zu beginnen; dabei darf man aber auch dann nicht stehenbleiben, wenn der Erklärende rechtskundig ist. (Hier darf ferner nicht vernachlässigt werden, daß die Worte — bereits im Telefonat! — vom Vertreter der Klägerin gewählt wurden und der Beklagte bloß bestätigte; dieser durfte also uU von einer untechnischen Verwendung des Wortes „Garantie“ ausgehen — und mußte *dies* wohl auch kaum aufklären. Überdies hatte nach den Feststellungen der Rechtsvertreter der Klägerin selbst in einem nach dem Telefonat angelegten Aktenvermerk das Wort „garantiert“ zwischen Anführungszeichen gesetzt.) Bei der grammatikalischen Interpretation fällt bereits auf, daß sich außer dem Wort „Garantie“ im Brief keine Hinweise auf eine abstrakte, vom gesicherten Grundverhältnis los-

gelöste Haftung finden. Schließlich ist anerkannt, daß eine Falschbezeichnung nicht schadet, wenn die Beteiligten einvernehmlich etwas anderes wollten (siehe bloß die bei *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup>, § 871 Rz 6 nachgewiesene Rechtsprechung und Lehre).

Zur Ermittlung des erkennbar Gemeinten sind die Umstände, unter denen eine bestimmte Äußerung gemacht wurde, von wesentlicher Bedeutung (dazu etwa *Rummel* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 914 Rz 7 mit reichen Nachweisen aus der Rechtsprechung). Diese sprechen nun ganz massiv für akzessorische Haftung (in Form einer Bürgschaft). In concreto waren die von der Klägerin geltend gemachten Forderungen dem Grunde und der Höhe nach völlig unstrittig. Auch sonst bestand keinerlei Anlaß, eine abstrakte Zahlungsverpflichtung zu begründen: Der Schuldner befand sich nicht im Ausland, es ging um bereits bestehende Forderungen und in der Sache um Stundung, nicht um die Entstehung einer Geschäftsbeziehung, bei der mögliche Ansprüche vereinfacht und ohne langen Rechtsstreit sollten geltend gemacht werden können usw. Der OGH hält dem Berufungsgericht am Ende der Entscheidung also ganz zu Unrecht vor, dessen in der Sache gleichgerichtete Überlegungen seien nicht zielführend. Nicht zielführend angeblich deshalb, „weil der Bestand der Masseforderungen ja unbestritten ist und die Haftungserklärung des Beklagten daher keineswegs auf eine gar nicht bestehende Forderung bezogen wird“. Damit verkennt das Höchstgericht bereits die Fragestellung. Es geht eben gerade darum, wie in der konkreten Situation eine solche Haftungserklärung verstanden werden durfte. Und da hat das Berufungsgericht völlig recht: Geht es ausschließlich um genau feststehende Forderungen, käme niemand auf die Idee, eine von diesen Verbindlichkeiten losgelöste Sicherheit zu begründen. Dafür wäre kein Grund zu sehen. Eine Sondersituation, die eine abstrakte Garantiehaftung als sinnvoll erscheinen läßt, besteht nicht. Es ging vielmehr allein um die *Absicherung gegen Zahlungsunfähigkeit*. Dann liegt es aber nahe, im Zweifel von jener Sicherungsform auszugehen, die das Gesetz für solche Fälle vorgesehen und näher ausgestaltet hat: von einer Bürgschaft.

Entgegen dem OGH spricht es auch keineswegs „eindeutig für eine Garantieerklärung“, daß die Zahlungsverpflichtung nach der Korrespondenz von der Leistungsfähigkeit der Konkursmasse und den allfälligen Ergebnissen einer Betriebsfortführung unabhängig war. Damit werden die Verpflichtungen eines Bürgen verkannt: Eine Bürgschaft würde bei negativer Entwicklung der Masse doch ebenfalls voll greifen, da diese Sicherungsform gerade (auch) vor *Zahlungsunfähigkeit* des Hauptschuldners Schutz bieten soll!

Nur Hilfscharakter möchte ich einer abschließenden Erwägung zuerkennen: In Fällen wie diesem, wo es aufgrund undeutlicher Erklärungen bereits fraglich ist, ob von dritter Seite überhaupt eine Haftung übernommen wurde, sollte man besonders genau abwägen, bevor man das Vorliegen der *schärfsten* aller Arten persönlicher Kreditsicherung annimmt.

Gelangt man somit (allenfalls) zu einer Bürgenhaftung, kann man dem Beklagten den Schutz des § 1346 Abs 2 ABGB auch nicht deshalb nehmen, weil er als Anwalt

rechtskundig ist. Die Ausnahme des § 350 HGB kann zwar aufgrund seiner ratio im Analogiewege vorsichtig über den Bereich sogenannter „Handelsbürgschaften“ ausgedehnt werden; vorher wäre § 1346 Abs 2 ABGB teleologisch zu reduzieren (vgl. *P. Bydliniski*, ÖBA 1989, 436 und JBl 1990, 328). Für die strengere Behandlung von Juristen findet sich jedoch kein gesetzlicher Anhaltspunkt. So ist auch bei ihnen die Gefahr (konkreter) über-eilter Haftungsübernahmen denkbar; dies sogar dann, wenn ihnen die Risiken der Bürgenhaftung an sich durchaus geläufig sind.

4. Mein Resümee ist ein doppeltes: Erstens ist die hier besprochene Entscheidung unrichtig; dies gilt für Begründung und Ergebnis. Zweitens zeigt sich überraschend schnell erneut, daß gerade das Beharren auf unterschiedlichen Formvorschriften für ähnlich riskante und voneinander häufig kaum zu unterscheidende Sicherungsformen (Bürgschaft, Garantie und Schuldbeitritt) weit über das Formproblem hinaus für Fehlerquellen sorgt (vgl. JBl 1990, 322, 327 f).

Univ.-Doz. Dr. *Peter Bydliniski*, Wien

244.

**§§ 14, 22 DevG; §§ 81, 83 EO; Art 2 des österreichisch-deutschen Vollstreckungsvertrages, BGBl 1960/105. Kosten, die durch das ungerechtfertigte Einschreiten des Verpflichteten bei einem deutschen Gericht veranlaßt wurden, sind keine Kosten des Verfahrens zur Durchsetzung des Anspruchs auf Zahlung aus einem devisenrechtlich nichtigen Darlehensvertrag; ihre Geltendmachung widerspricht nicht der öffentlichen Ordnung.**

OGH 28. 3. 1990, 3 Ob 37/90

Aus den Entscheidungsgründen:

Das Landgericht Passau wies in Sachen der betreibenden Bank als Klägerin und des Verpflichteten als Beklagten mit Schlußurteil vom 13. 1. 1988 den Antrag des Beklagten auf Aufhebung des dortigen Urkundenvorbehaltsanerkennnisurteiles vom 16. 4. 1985 wegen seines vorherigen förmlichen Verzichtes auf die Durchführung des Nachverfahrens zurück und trug ihm die Tragung der weiteren Kosten des Rechtsstreits auf. Mit den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 24. 2. 1988 und vom 8. 3. 1988 setzte das Landgericht Passau die vom Beklagten der Klägerin nach dem Schlußurteil zu erstattenden Kosten mit DM 9.997,80 sA und DM 18.436,— sA fest.

Auf Grund der mit der Rechtskraftbestätigung versehenen vollstreckbaren Ausfertigungen dieser Kostenfestsetzungsbeschlüsse wurde der betreibenden Bank am 21. 4. 1988 wider den Verpflichteten die Fahrnisexekution bewilligt.

Dem Rekurs des Verpflichteten gegen den ihm am 9. 5. 1988 zugestellten Exekutionsbewilligungsbeschluß gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge; sein Revisionsrekurs wurde zu 3 Ob 146/88 vom OGH am 16. 11. 1988 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung zurückgewiesen, daß nicht schon bei der Bewilligung der Fahr-