

jüngeren Lehre nach, wie vor geteilt (vgl etwa *Rummel* in *Rummel*, ABGB¹ § 1441 Rz 20 und *Gamerith* in *Rummel*, ABGB¹ § 1351 Rz 6; *Mader* in *Schwimann*, ABGB, § 1351 Rz 7 und *Honsell* in *Schwimann*, ABGB, § 1441 Rz 1 und § 1438 Rz 6; *Gschneider* in *Klang*² VI 520; *Ohmeyer/Klang* in *Klang*² VI 216 und *Wahle* in *Klang*² V 645; *Mayrhofer*, *Schuldrecht* AT 122 und 595; *Faistenberger/Barta/Eccher*, *Schuldrecht* AT 271 und *Reiterer*, *Aufrechnung* 60 ff). Bei diesem Meinungsstreit gelangt der erkennende Senat nach der positiven österreichischen Gesetzeslage zu dem Ergebnis, daß dem Bürgen keinesfalls die Befugnis zugestanden werden kann, die Schuldtilgung mit einer nicht ihm, sondern dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung herbeizuführen, daß ihm aber mangels positiv-rechtlicher Grundlage auch kein Zurückbehaltungsrecht zugebilligt werden kann. Der Bürge eines solchen Hauptschuldners, dem zur Tilgung der verbürgten Schuld eine aufrechenbare Forderung zur Verfügung steht, der aber von dieser Aufrechnungsmöglichkeit nicht Gebrauch macht, ist in einer durchaus vergleichbaren Lage wie jener Bürge, dessen Hauptschuldner über ausreichende liquide Mittel zur Schuldtilgung verfügt, diese aber dennoch nicht bewirkt.

Anmerkung:

1. In der vorliegenden Entscheidung — die einen Sachverhalt ohne Bankbezug betraf — nahm der OGH soweit ersichtlich erstmals zur Frage Stellung, ob ein Bürge den geltend gemachten Anspruch durch Berufung auf das *Bestehen von Aufrechnungsrechten des Hauptschuldners* endgültig oder doch wenigstens vorläufig abwehren kann.

Das *Ergebnis* des Höchstgerichts, der Bürge könne das Aufrechnungsrecht weder unmittelbar ausüben noch wegen seines Bestehens ein Zurückbehaltungsrecht ausüben [2], ist vertretbar, wenn auch nicht voll überzeugend. Die *Begründung* ist aber aus mehreren Gründen jedenfalls unbefriedigend.

2. Der Ansicht, ein Bürge könne ein „fremdes“ Recht — und damit auch das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners — nicht selbst ausüben, ist uneingeschränkt zu folgen [3]; der Gebrauch einer fremden Forderung, der zu ihrem Erlöschen führt, kann nicht gestattet sein. Diese Frage war in concreto aber schon deshalb nicht entscheidungswesentlich, da die *Abgabe einer Aufrechnungserklärung* nicht einmal behauptet worden war und auch im Prozeß keine Aufrechnungseinrede erhoben wurde. Viel heikler ist hingegen der zweite Komplex (der vom OGH gebrauchte Terminus „Zurückbehaltungsrecht“ paßt dafür nicht ganz; es geht um das Vorliegen einer dilatorischen, dh aufschiebenden Einrede des Bürgen).

339.

§§ 1351, 1438, 1441 ABGB. Dem Bürgen kann nicht die Befugnis zugestanden werden, die Schuldtilgung mit einer nicht ihm, sondern dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung herbeizuführen. Es kann ihm auch kein Zurückbehaltungsrecht zugebilligt werden.

OGH 20. 12. 1991, 6 Ob 634/91

Aus den Entscheidungsgründen:

Materiellrechtlich ist zu bemerken, daß der Bürge nicht mit Wirkung für den Hauptschuldner eine nur diesem zustehende Aufrechnungserklärung abgeben kann und eine vom Käufer [1] erklärte Aufrechnung nicht einmal behauptet wurde.

Die Ansichten darüber, ob und mit welcher Wirkung der Bürge dem Gläubiger entgegenhalten kann, daß dem Hauptschuldner eine der verbürgten Schuld aufrechnungsweise gegenüberstehende — konnexe oder nicht-konnexe — Gegenforderung zustehe, sind auch in der

[1] Auch der beklagte Bürge hatte keine Aufrechnung erklärt.

[2] So bereits *Reiterer*, *Die Aufrechnung* (1976) 60 ff, die allerdings de lege ferenda die Anordnung eines Leistungsverweigerungsrechts erwägt.

[3] AA etwa *Ehrenzweig*, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*² II/1 (1928) 111 mit FN 36 bloß mit der „Begründung“: „... denn das ist sein gutes Recht“; ferner *Mayrhofer*, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (1986) 595 (an anderer Stelle, nämlich 122 mit FN 16, wohl für eine aufschiebende Einrede). Insoweit wie der OGH einige der dort nachgewiesenen Autoren und *P. Bydlinski*, *Einreden des Bürgen*, *ÖBA* 1987, 697 f.

3. Zunächst stellt der OGH fest, daß die Meinungen auch in der jüngeren Lehre geteilt sind. Dem folgen mehrere Zitate [4]. Ohne auch nur eine Position näher darzustellen [5], sagt das Höchstgericht unmittelbar anschließend, daß es „bei diesem Meinungsstreit nach der positiven österreichischen Gesetzeslage“ zum Ergebnis gelange, der Bürge könne sich auf die bloße *Existenz* eines Aufrechnungsrechts beim Hauptschuldner in keiner Weise berufen. Mit dem Hinweis auf die „positive Gesetzeslage“ bzw die „positiv-rechtliche Grundlage“ ist offenbar gemeint, das ABGB enthalte keine Regelung des Problems [6], weshalb eine Einrede nicht zustehe.

Das einzige Sachargument lautet: Der Bürge sei in dieser Situation in einer durchaus vergleichbaren Lage wie derjenige, dessen Hauptschuldner trotz ausreichender Mittel die Forderung des Gläubigers nicht befriedigt.

4. Dieses Argument könnte tatsächlich eine Stütze der in der Entscheidung vertretenen Ansicht sein, wenn es auch schon für sich nicht restlos überzeugt: In der hier interessierenden Konstellation würde der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Hauptschuldner nämlich nicht durchdringen; anders in der vom OGH herangezogenen Vergleichssituation. Denkt man an das Prinzip, daß der Bürge nie strenger als der Hauptschuldner haftet, könnte man schon allein deshalb auch zum gegenteiligen Ergebnis gelangen. Dies würde einer differenzierten Sicht der Akzessorietät entsprechen [7]: Der Bürge könnte sich auch auf gewisse — rechtsvernichtende und rechtshemmende — Gestaltungsrechte des Hauptschuldners berufen, solange diese durchsetzbar bestehen. Für dieses Ergebnis spricht eventuell auch ein Vergleich zwischen den schutzwürdigen Interessen des Bürgen und denen des Gläubigers: Da regelmäßig eine *von beiden Seiten mögliche* Aufrechnung zur Debatte steht, könnte der Gläubiger seinen Anspruch befriedigen, ohne den Bürgen in Anspruch zu nehmen [8]. In solchen Fällen wäre eine Beeinträchtigung der Interessen des Bürgen also gar nicht notwendig, um dem Gläubiger zu seinem Recht zu verhelfen. Ferner ist unzweifelhaft, daß den Bürgen *die wirksame Ausübung* des Aufrechnungsrechts durch den Hauptschuldner oder den Gläubiger (aus Akzessorietätsgründen) befreit. Soll der Bürge vor Ausübung aber nun überhaupt keine Verteidigungsmittel besitzen? Auch diese Aspekte hat der OGH bei seinem Vergleich nicht beachtet.

Daß man die Möglichkeit dilatorischer Einrederechte des Bürgen nicht vorschnell ausscheiden darf, zeigt bereits

ein Blick in das deutsche und das schweizerische Recht (§ 770 BGB [9] und Art 121 OR), dessen Wertungen keinesfalls unsachlich sind.

Die Nichtberücksichtigung eigener einschlägiger Äußerungen [10] freut einen Autor natürlich nie. In der Sache ist allerdings bloß wichtig, daß der OGH dadurch mögliche *positiv-rechtliche* Grundlagen *im österreichischen Recht* übersehen hat. So wäre an das Akzessorietätsprinzip als solches, das sich unbestritten aus den Bürgschaftsnormen des ABGB ergibt, aber auch an eine *Analogie zu § 129 HGB* zu denken. Die Gründe, die für eine solche analoge Anwendung dieser Bestimmung sprechen [11], die einen ganz ähnlichen Interessenkonflikt regelt (eine OHG schuldet und einer ihrer Gesellschafter wird in Anspruch genommen), möchte ich hier nicht wiederholen [12]. Gerade weil die vorliegende Entscheidung die erste Äußerung des OGH zu diesen (möglichen) Befugnissen eines Bürgen darstellt, war es mir aber wichtig, sofort darauf hinzuweisen, daß die volle Reichweite der Problematik keineswegs ausgeschöpft wurde. Prinzipiell hofft natürlich auch ein Jurist auf möglichst viele gütliche Einigungen und möglichst wenige Prozesse. Dennoch sei hier der Wunsch ausgesprochen, die Frage möge dem OGH in absehbarer Zeit noch einmal zur Entscheidung vorgelegt werden.

Univ.-Doz. Dr. Peter Bydlinski, Wien

[4] Herrschend ist die Ansicht vom Bestehen eines bloßen *Leistungsverweigerungsrechts*: Statt aller Mader in Schwimann, ABGB V § 1351 Rz 7 und Honsell in Schwimann, ABGB V § 1438 Rz 6 aE mwN.

[5] Vgl insoweit bereits die Kritik von Wilhelm, *ecolex* 1992, 232.

[6] Daß allein damit das von der hA abweichende Ergebnis des OGH nicht ausreichend begründet ist, bemerkt zu Recht Wilhelm, *ecolex* 1992, 232.

[7] Vgl. P. Bydlinski, ÖBA 1987, 696, 699 FN 38.

[8] Zum Aufrechnungsrecht (bloß) des Gläubigers P. Bydlinski, ÖBA 1987, 698 f.

[9] Ein Hinweis bloß auf diese Bestimmung ist für das österreichische Recht aber zu wenig; vgl P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 87 FN 177.

[10] Zum Problem P. Bydlinski, Gestaltungsrechte 86 ff (ausführlich vor allem zum Bestehen eines Anfechtungsrechts des Hauptschuldners und zu § 770 BGB, ferner zu Rücktritts-, Gewährleistungsrechten usw); derselbe, ÖBA 1987, 696 ff (zu Anfechtungs- und Aufrechnungsrechten); derselbe, Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, ÖBA 1987, 879 (zum Wuchereinwand).

[11] Offenbar zustimmend Schett, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt und ihre Bedeutung, JAP 1991/92, 203 mit FN 32.

[12] Ausführlich P. Bydlinski, ÖBA 1987, 696 ff mit Nachweisen auch der deutschen Diskussion sowie zum Bestehen eines *Anfechtungsrechts* des Hauptschuldners (bzw der OHG).