

388.

§§ 914 f, 1353, 1357 ABGB. Wird dem Bürgen das Kreditangebot zugemittelt und ergibt sich aus diesem, daß die Kreditgewährung zur Finanzierung der „weiteren Fertigstellungsarbeiten“ erfolgt, so besichert die Bürgschaft nicht auch eine Kreditgewährung zur Abdeckung der schon bestehenden Verbindlichkeiten.

OGH 16. 12. 1992, 3 Ob 577/91

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Kur- und Sporthotel A. GmbH & Co KG — im folgenden kurz A. KG — und die Kur- und Sporthotel A. GmbH errichteten in S. einen Hotelbau. Sie traten im Jahr 1979 mit der S. Hypothekenbank in Verbindung und ersuchten um ein Darlehen von S 50,000.000,—. Die A. KG habe 1975 ihren Betrieb aufgenommen und bisher S 65,700.000,— in das Bauvorhaben investiert. Das neue Darlehen sollte zur Abstattung des Kredits der S. Sparkasse mit S 10,000.000,— zur Ermöglichung der Sicherung durch Pfandrechtseinverleibung im ersten Rang und zur Ausfinanzierung des Projektes Verwendung finden und durch den laufenden Betrieb sowie die Veräußerung von „A.-Hotelanteilscheinen“ abgestattet werden.

Am 27. 9. 1979 bot die S. Hypothekenbank der A. GmbH einen Kredit von S 20,000.000,— gegen Übergabe eines Rangordnungsbescheides und einer zur bürgerlichen Einverleibung geeigneten Pfandbestellungsurkunde über einen Höchstbetrag von S 28,000.000,— auf ihrer Liegenschaft, Übernahme der gesamtschuldnerischen Haftung auch der A. KG sowie der Kur- und Sporthotel A. GmbH & Co Hotelweiterungs-KG II — kurz A. KG II — und Stellung von die Haftung als Bürgen und Zahler übernehmenden Kommanditisten der Gesellschaften mit zusammen S 10,000.000,— an. Die Kreditgewährung erfolgte zur Ausfinanzierung des Hotels und Flüssigmachung der Mittel nach Maßgabe des Baufortschrittes. Die Rückzahlung solle bis zum 31. 10. 1980 aus den Erlösen der A.-Hotelanteile erfolgen. Die S. Hypothekenbank bot der A. GmbH am 27. 9. 1979 noch ein weiteres Darlehen von S 30,000.000,— an, das ebenfalls zur Ausfinanzierung bzw zur Fertigstellung des im Bau befindlichen Hotels dienen und in 40 Halbjahresraten zurückbezahlt werden sollte.

Bis Anfang September 1980 war das Darlehen von S 30,000.000,— voll zugezählt und durch zahlreiche Überweisungen (darunter auch die Tilgung des Darlehens der S. Sparkasse mit S 10,373.130,— am 2. 11. 1979) verbraucht. Zu dieser Zeit konnten die A.-Gesellschaften die laufenden Verbindlichkeiten nicht mehr abdecken. Die Geschäftsführer mußten weitere Geldmittel beschaffen und traten an die S. Hypothekenbank wegen der Gewährung eines weiteren Darlehens von S 25,000.000,— heran. Neben der Verpfändung der Liegenschaft hinter den Pfandrängen für den Kredit von S 30,000.000,— und für den Kredit mit dem Höchstbetrag von S 28,000.000,— und der Übernahme der persönlichen Haftung der A.-Gesellschaften sollten zur Sicherung die Haftung von 15 Personen als Bürgen und Zahler mit zusammen S 23,000.000,— mit dem Verwendungszweck „Fertigstellung des Bauvorhabens“ beigebracht

werden. Das Kuratorium der Bank lehnte am 18. 9. 1980 die Gewährung eines weiteren Kredites ab. Die S. Hypothekenbank war nur bereit, das Kreditgeschäft ohne eigenes Risiko für eine andere Kreditunternehmung treuhändig abzuwickeln. Es wurden Kontakte mit der klagenden Bank aufgenommen.

Anfang September 1980 hatten mehrere Personen, darunter der Beklagte, eine an die S. Hypothekenbank gerichtete Bürgschaftserklärung unterschrieben. Er stimmte darin der Aufnahme eines weiteren Baukredites von S 25,000.000,— zur baulichen Fertigstellung des Hallenbades mit Sauna und Freibad und der Tiefgarage zu, so daß die Aufnahme des Hotelbetriebes mit 15. 12. 1980 gesichert sei. Er nehme zur Kenntnis, daß die Bank einen Kredit von S 25,000.000,— gegen bürgerliche Sicherstellung gewährte und übernehme für diesen Kredit nach § 1357 ABGB als Bürge und Zahler die Mithaftung für einen Kapitalbetrag von S 1,200.000,— zuzüglich der dieser Bürgschaftssumme entsprechenden Zinsen und Nebengebühren. Diese Bürgschaftserklärung war dem von der S. Hypothekenbank abgelehnten Kreditansuchen der A. KG angeschlossen. Diese Bank sah die weitere Kreditgewährung als riskant an und versuchte, eine andere Kreditunternehmung zu finden, die bereit war, den Kredit gegen treuhändige Abwicklung durch die S. Hypothekenbank zu gewähren. Über ihre Vermittlung trat die A. KG an die klagende Bank wegen der Gewährung von S 25,000.000,— Kredit heran und bot an, daß die Rückführung aus den Verkaufserlösen der A.-Hotelanteile erfolge, wobei schon bisher um S 58,999.000,— Anteile verkauft worden seien und noch zu verkaufende Anteile über S 141,000.000,— zur Verfügung stünden. Als Sicherheit bot die A. KG erstklassige Haftungserklärungen und die bürgerliche Pfandrechtseinverleibung hinter den Hypotheken der S. Hypothekenbank. Der Kredit sollte zur restlichen Ausfinanzierung des Hotels dienen, für die noch S 69,000.000,— nötig seien.

Die S. Hypothekenbank teilte der klagenden Bank am 30. 9. 1980 mit, über ihre Vermittlung habe die A. KG einen Kreditantrag über S 25,000.000,— unterbreitet. Neben der bürgerlichen Sicherstellung hinter den Vorbestellungen von S 50,000.00,— würden Bürgschaften namhafter und, soweit dies beurteilt werden könne, bonitätsmäßig einwandfreier Personen geboten. Die S. Hypothekenbank sei bereit, im eigenen Namen auf Rechnung der klagenden Bank die treuhändige Abwicklung zu übernehmen, was sich deshalb anbiete, weil die Bürgschaftserklärungen an die S. Hypothekenbank ausgestellt seien und sie wegen der räumlichen Nähe für die raschere Durchführung sorgen könne. Es werde ihr auch möglich sein, der klagenden Bank die erforderliche Liquidität in Form einer Einlage zu beschaffen. Die klagende Bank erklärte sich bereit, den Kredit zu gewähren und über die S. Hypothekenbank als Treuhänder abzuwickeln, worauf diese der A. GmbH am 21. 10. 1980 die Einräumung eines einmal verfügbaren Ausstattungskredites zur Finanzierung der weiteren Fertigstellungsarbeiten im Bauvorhaben von S 25,000.000,— anbot. Dieser Kredit müsse durch eine Kautionshypothek über S 35,000.000,— im Rang hinter ihren Pfandrechten von S 30,000.000,— und S 28,000.000,— durch die Übernahme der Solidarmit-schuldnerschaft seitens der A. KG und der A. KG II und durch die Übernahme der Haftung als Bürge und Zahler

durch bestimmte Personen mit bestimmten Höchstbeträgen erfolgen, darunter auch des Beklagten. Die Auszahlung der Kreditvaluta erfolgte ausschließlich an die bauausführenden Unternehmer nach Prüfung des Baufortschrittes. Die Rückzahlung des Kredites habe bis 31. 10. 1982 zu geschehen und solle aus dem Verkauf von A.-Hotelanteilscheinen erfolgen. Das Kreditanbot wurde angenommen.

Der Beklagte wußte von den Vorgängen über die Einschaltung der klagenden Bank nichts. Obwohl er bereits seine Bürgschaftserklärung Anfang September 1980 unterfertigt hatte, ging ihm im Oktober 1980 eine Bürgschaftserklärung an die S. Hypothekenbank zu, wonach er in Absprache mit der Geschäftsführung der A. GmbH und der A. KG der Aufnahme eines weiteren Baukredites von S 25.000.000,— zur weiteren Finanzierung des Bauvorhabens zustimme und zur Kenntnis nehme, daß gemäß Kreditvertrag vom 21. 10. 1980 die S. Hypothekenbank der A. GmbH einen Kredit von S 25.000.000,— gewährt hat, zu dessen Sicherstellung im Grundbuch ein Höchstbetragspfandrecht von S 35.000.000,— einverleibt wird. Für diesen Kredit übernehme er nach § 1357 ABGB als Bürge und Zahler die Mithaftung mit dem Kapitalteilbetrag von S 1.200.000,— zuzüglich der seiner Bürgschaftssumme entsprechenden Zinsen und Nebengebühren, wobei diese Haftung durch teilweise Kreditrückzahlung nicht anteilmäßig reduziert werde. Diesem zu unterfertigten Bürgschaftserklärungsformblatt war das Kreditanbot vom 21. 10. 1980 angeschlossen. Der Beklagte las die Schriftstücke und sprach mit den Geschäftsführern der A.-Gesellschaften, die ihm einen Direktor der S. Hypothekenbank nannten, der ihm nähere Auskünfte geben könne, warum die Bürgschaftserklärung nicht mit der schon abgegebenen übereinstimme. Die Geschäftsführer hatten den Beklagten unterrichtet, daß das Bauvorhaben in drei Teile zu gliedern sei: den Hoteltrakt, die Maßnahmen zur Infrastruktur (Tiefgarage, Hallenbad, Tennisplätze, Freibad, Sauna, Fitnesscenter usw) und den Kurtrakt. Der Beklagte setzte sich mit dem Direktor telefonisch in Verbindung und erfuhr, daß die neuen Kreditmittel zur Fertigstellung des Hallenbades mit Sauna, des Freibades und der Tiefgarage erforderlich seien. Dem Beklagten war danach klar, daß der Betrag von S 25.000.000,— zur Fertigstellung der Maßnahmen der Infrastruktur dienen werde. Er ging davon aus, daß damit nicht bereits bestehende Verbindlichkeiten der A.-Gesellschaften abgedeckt würden. Hätte er gewußt, daß auf dem Konto, über das der neue Kredit abgewickelt wurde, als erste Belastung bereits eine Umbuchung von S 12.920.950,27 erfolgen und dabei Altverbindlichkeiten abgedeckt wurden, hätte er sich zur Übernahme der Bürgschaft nicht verstanden. Er war dazu nur bereit, wenn der gesamte Kreditbetrag für Leistungen Verwendung finde, die nach der Kreditgewährung für Maßnahmen der Infrastruktur erbracht werden. Der Beklagte hätte die Bürgschaft nicht auf sich genommen, wenn er gewußt hätte, daß die Gelder, wenn auch nur zum Teil, zur Abdeckung bestehender Schulden der A.-Gesellschaften dienen. Er wußte nicht, daß Geldgeber die klagende Bank war und unterfertigte die Bürgschaftserklärung am 28. 10. 1980 in der Annahme, die S. Hypothekenbank gewähre den weiteren Kredit.

Am 8. 5. 1981 wurde das Ausgleichsverfahren über das Vermögen der A. KG eröffnet. Bis zum 26. 5. 1981 war

der Debetsaldo auf dem Kreditkonto bereits auf rund S 33.000.000,— angewachsen. Die S. Hypothekenbank teilte dem Beklagten mit, sie behalte sich die Realisierung seiner am 28. 10. 1980 übernommenen Bürgschaft vor. Am 16. 6. 1981 wurde über das Vermögen der A. GmbH der Konkurs eröffnet. In der Bürgerversammlung am 24. 6. 1981 wurde die bis dahin verdeckte Treuhandschaft offengelegt. Da es zu einer Abtretung der Forderung der S. Hypothekenbank aus dem Kreditverhältnis vom 21. 10. 1980 an die klagende Bank nicht kam, meldete die S. Hypothekenbank im Konkurs ihre Forderungen mit S 88.586.282,— an, worin die Forderung aus dem Kreditvertrag vom 21. 10. 1980 mit S 34.017.919,— enthalten war. Die klagende Bank machte im Konkurs keine Forderung geltend.

Am 24. 1. 1983 teilte die S. Hypothekenbank der klagenden Bank mit, sie trete unwiderruflich alle Forderungen aus den Bürgschaftserklärungen (auch gegen den Beklagten) der klagenden Bank ab, womit sie nur die Aufdeckung der Treuhand bei der Bürgerversammlung am 24. 6. 1981 schriftlich bekräftigen wollte. Der Beklagte hatte von der Treuhandvereinbarung keine Kenntnis gehabt und erst nach einer Rückkehr aus seinem Urlaub im Herbst 1981 davon erfahren.

Vom 15. 10. 1980 bis Ende Mai 1981 wurden Hotelanteilscheinzertifikate um S 9.836.300,— verkauft.

Mit den Kreditmitteln von S 34.017.919,— wurden Leistungen von S 24.263.932,— bezahlt, die schon vor der Kreditgewährung am 21. 10. 1980 erbracht waren. Nur S 9.753.986,— entfallen auf Zahlungen für Leistungen, die erst danach erbracht wurden. Zu der vereinbarten Gutbuchung von 48% der Einnahmen aus dem Verkauf von Hotelanteilscheinzertifikaten kam es nicht, weil die S. Hypothekenbank gestattete, daß alle Realisate zur Begleichung von Professionistenleistungen verwendet werden. Dieser Vereinbarung hatte der Beklagte nie zugestimmt. An reinen Kapitalbeträgen sind von Bürgen bereits S 16.800.000,— eingegangen. Im Konkurs sind weder der klagenden Bank noch der S. Hypothekenbank Gelder zugekommen.

Die klagende Bank beehrte vom Beklagten mit ihrer am 24. 12. 1982 erhobenen Klage aus seiner Bürgschaft die Zahlung von S 1.200.000,— sA. Die S. Hypothekenbank sei nur Treuhänderin für die klagende Bank gewesen und habe die Forderung aus dem Bürgschaftsvertrag abgetreten, nachdem die Treuhand rechtzeitig offengelegt worden war. Die anderen Bürgen seien im wesentlichen ihrer Verpflichtung nachgekommen. Es sei aber noch eine den geltend gemachten Betrag übersteigende Kreditforderung unbeglichen. Nach dem 21. 10. 1980 seien weit mehr als S 25.000.000,— für Bauleistungen aufgewendet worden. Aus dem Verkauf von Hotelanteilscheinen seien der S. Hypothekenbank nach dem 14. 10. 1980 nicht mehr als rund S 3.500.000,— zugeflossen. Der Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen.

Das im ersten Rechtsgang gefällte, das Klagebegehren abweisende Urteil vom 22. 1. 1985 wurde über die Berufung der klagenden Partei am 9. 10. 1985 aufgehoben. Das Berufungsgericht verwies die Rechtssache unter Rechtskraftvorbehalt an das Prozeßgericht erster Instanz zurück. Dem Rekurs des Beklagten gab der OGH am 3. 12. 1986 zu 3 Ob 519/86 nicht Folge.

Das *Erstgericht* hat im zweiten Rechtszug das Klagebegehren erneut abgewiesen. Das *Berufungsgericht* bestätigte und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei.

Die *Revision* der klagenden Partei ist nicht berechtigt.

Zunächst bekämpft die klagende Bank die Ansicht, der Beklagte habe die Wortfolge im Kreditanbot „zur Finanzierung der weiteren Fertigstellungsarbeiten“ dahin verstehen dürfen, daß mit den neuen Kreditmitteln nicht bestehende Schulden der A.-Gesellschaften abgestattet würden, sondern nur erst nach Kreditgewährung erbrachte Leistungen zur Fertigstellung des Hotelbauvorhabens. Soweit sie meint, es müsse die Absicht der Parteien erforscht und das Ergebnis der Verhandlung einbezogen werden, die schließlich zu der Kreditgewährung führte, ist ihr entgegenzuhalten, daß es nicht darauf ankommt, welche Ziele die Hauptschuldner (A.-Gesellschaften) und allenfalls die Treuhänderin der klagenden Bank verfolgten und vereinbarten, sondern allein darauf, welche Umstände dem Beklagten bekannt waren und von diesem überlegt werden konnten, bevor er sich zu der Bürgschaft verstand. Ob die A.-Gesellschaften und die S. Hypothekbank sich darin einig waren, daß der weitere Kredit die fortlaufende Finanzierung des Bauprojektes sichern sollte und daß die tatsächliche Verwendung der Kreditmittel alle bei Abschluß des Kreditvertrages schon erbrachten Bauleistungen umfaßte, ist nicht von Belang, wenn dem beklagten Bürgen diese Abreden nicht offengelegt wurden. Der Versuch der Revisionswerberin, aus dem Text der Bürgschaftserklärung des Beklagten abzuleiten, daß eine Beschränkung auf erst künftig zu erbringende weitere Bauleistungen deshalb nicht berechtigt sei, weil die Bürgschaft „zur weiteren Finanzierung des Bauvorhabens“ übernommen worden sei, scheidet daran, daß dem Beklagten zugleich mit dieser Erklärung das Kreditanbot zugemittelt wurde, aus welchem sich die Bedingungen des von seiner Teilbürgschaft erfaßten Kreditgeschäftes ergaben. Dort aber war die Kreditgewährung zur Finanzierung der „weiteren Fertigstellungsarbeiten“ angeboten und die Auszahlung ausschließlich an ausführende Unternehmer nach Maßgabe des Baufortschrittes vorgesehen. Daß nach diesem dem Beklagten zugänglichen Sachverhalt damit gerechnet werden konnte, die Bürgschaft besichere auch eine Kreditgewährung zur Abdeckung der schon bestehenden beträchtlichen Verbindlichkeiten der A.-Gesellschaften, ist nach redlicher Verkehrsauffassung nicht gerechtfertigt. Daran ändert auch der in der Revision unterstrichene Umstand nichts, daß der Beklagte als einer der Kommanditisten der A. KG ein Interesse daran haben konnte, daß der Gesellschaft Geldmittel zufließen. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, der Beklagte habe sich nur für den Kredit verbürgt, den die A.-Gesellschaften nach dem Inhalt des Kreditanbotes der S. Hypothekbank allein zur Finanzierung der weiteren (= künftig zu erbringenden) Fertigstellungsarbeiten gewährt erhielten, ist zu billigen.

Die Revisionswerberin meint, es fehlten Feststellungen über den Inhalt der übrigen Bürgschaftserklärungen, und leitet daraus ab, daß deren Zahlungen nicht bloß auf den zur Finanzierung erst nach dem 21. 10. 1980 erbrachten Bauleistungen gewährten Kredit anzurechnen seien. Fest steht aber der Inhalt des Kreditanbotes der S. Hypo-

thekbank, in welchem — wenn auch möglicherweise nur zur Täuschung Beteiligten und zur Verschleierung des Umstandes, daß die von der klagenden Bank fließenden Geldmittel zur Befriedigung andrängender Gläubiger und Vermeidung einer Insolvenz verwendet werden sollten — der Verwendungszweck dieses Kredites unmißverständlich mit der Finanzierung der „weiteren Fertigstellungsarbeiten“ an dem Hotel angegeben ist. Daß die übrigen Bürgschaften anders lauteten, hätte die klagende Bank behaupten und beweisen müssen. Der Beklagte, der sonst die Bürgschaft nicht übernommen hätte, durfte darauf vertrauen, daß nicht nur seine Bürgschaft, sondern auch die der weiteren auf die gleiche Art gefundenen Teilbürgen allein zur Besicherung des Kredites diene, der für weitere Arbeiten — nicht aber für bereits erbrachte Leistungen — nach Maßgabe des Baufortschrittes zur Auszahlung gelangt. Da die Verbürgung nur für den Kredit nach Inhalt des Kreditanbotes, wonach es an der als Treuhänderin eingeschalteten S. Hypothekbank lag, die Auszahlungen nach Maßgabe geprüfter Professionistenrechnungen vorzunehmen, also eine widmungswidrige Verwendung der Kreditmittel durch die Kreditnehmerin ausscheidet (die am Umfang der Bürgenhaftung nichts geändert hätte), erfolgte, ist der Beklagte berechtigt, als Hauptschuldner nur den Teil der tatsächlich den A.-Gesellschaften zur Verfügung gestellten Mittel gelten zu lassen, der nicht zur Begleichung schon bestehender Verbindlichkeiten diene, sondern tatsächlich die weiteren Bauleistungen deckte. Darunter sind nur solche Aufwendungen zu verstehen, die erst nach dem 21. 10. 1980 erbrachte Leistungen der Professionisten betraf, nicht aber auch schon vorher geleistete Arbeiten, die erst später in Rechnung gestellt wurden. Daß aber ein beträchtlicher Teil der vom Erstgericht als nicht dem Verwendungszweck nach dem Kreditvertrag entsprechend zur Abstattung bestehender Schulden verwendeten Gelder zu dem Ansteigen der Forderung der klagenden Bank bis zur Insolvenz der A.-Gesellschaften auf rund S 34.000.000,— führte und daß die klagende Partei selbst davon ausgeht, daß der Kredit von S 25.000.000,— nicht allein zur Finanzierung weiterer Ausbau- und Fertigstellungsarbeiten sondern auch zur Abstattung der schon bestehenden Schulden der A.-Gesellschaften diene, ergibt sich aus ihrem eigenen Vorbringen. Wenn sie auch die Feststellung, nur S 9.753.986,58 seien für den im Kreditanbot dem Beklagten genannten Zweck verwendet worden, in der Berufung bemängelte, weil in den Rechnungen zum Teil der Zeitpunkt der Leistung nicht aufscheine, und auch noch weitere Bauleistungen nach dem 21. 10. 1980 erbracht worden seien, so konnte sie doch nicht dartun, daß mit den von der Treuhänderin ausbezahlten Kreditmitteln kreditvertragsgemäß und das Vertrauen des Beklagten schützend mehr „weitere Fertigstellungsarbeiten“ finanziert wurden als die ihr bereits zurückgeflossenen rund S 14.500.000,— (oder S 16.800.000,—). Allein die Kürze der Zeit zwischen dem Tag des Kreditanbotes (21. 10. 1980) und dem Debetsaldo von S 25.000.000,— zum 31. 12. 1980 spricht dagegen, daß in solchem Ausmaß nach Abschluß des Kreditvertrages weitere Bauleistungen erbracht und verrechnet wurden. Der Beklagte bekämpft in seiner Revisionsbeantwortung im übrigen die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß überhaupt rund S 9.700.000,— widmungsgemäß zur Auszahlung gelangten, weil er meint, es handle sich

um einen erheblich geringeren Betrag (von rund S 1.500.000,—).

Der Beklagte hat die Bürgschaft nur für die Verbindlichkeiten der A.-Gesellschaften übernommen, die aus der Inanspruchnahme des Kredites zum Zwecke der Finanzierung allein *weiterer* Fertigstellungsarbeiten nach dem Inhalt des Kreditanbotes der Treuhänderin der klagenden Bank vom 21. 10. 1980 bestanden. Die Gewährung und Auszahlung der Geldmittel der klagenden Bank durch die S. Hypothekenbank als ihrer Treuhänderin zur Bezahlung von Schulden, die für vor dem 21. 10. 1980 erbrachten Leistungen der betrauten Unternehmer aufleben, ist durch den Kreditvertrag, wie er dem beklagten Bürgen zur Kenntnis gebracht wurde und Grundlage des Eingehens der Bürgschaft wurde, nicht gedeckt, mag sie auch den Absprachen mit den Hauptschuldnern entsprechen haben. Zu Lasten des Bürgen durfte die Bank ohne seine Zustimmung nicht vom Kreditanbot abgehen. Unklarheiten in der Ausdrucksweise, die zu einem Zurückgreifen auf die Auslegungsregel des § 915 ABGB (vgl. *Rummel* in *Rummel*, ABGB² Rz 2 zu § 915) veranlassen könnten, bestanden gar nicht, denn die Bürgschaftserklärung war mit dem beigeschlossenen Kreditantrag derart verknüpft, daß der Kreditverwendungszweck auch den Umfang der Bürgschaft und damit die ausdrückliche Erklärung des Bürgen bestimmte (vgl. *Gamerith* in *Rummel*, ABGB² Rz 1 zu § 1353). Für den Beklagten ist als Hauptschuld, die seine Teilbürgschaft besichert, also nur die Verbindlichkeit des/der Hauptschuldner anzusehen, die durch Ausschöpfung des Kredites für andere als schon erbrachte Leistungen im Rahmen des Hotelbaues entstand. Die Bank hatte es in der Hand, die Auszahlungen nur zum bedungenen Zweck vorzunehmen. Damit ist das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Hauptschuld — mag sie nun rund S 10.000.000,— betragen oder auch weniger — durch die Eingänge von rund S 14.500.000,— bereits abgetragen und daher die Bürgschaftsverpflichtung mit der Hauptschuld erloschen ist. Da unter anderem auch die Teilbürgschaft namentlich bezeichneter Personen, darunter des Beklagten, im Kreditanbot bedungen war, ist der Beklagte so zu behandeln, als hätten alle anderen Bürgen eine mit seiner Bürgschaftserklärung gleichlautende Verpflichtung übernommen, bezog sie sich doch immer auf denselben Kredit zur Finanzierung der weiteren Fertigstellungsarbeiten. Das Ansinnen der Revisionswerberin, es könne für den Beklagten gleich sein, ob die Kreditmittel zur Abdeckung bestehender Schulden oder für die Fertigstellung des Hotelprojektes verwendet wurden, verkennt, daß sich der Beklagte nicht dazu verstanden hätte, die bereits vorhandene beträchtliche Verschuldung der A.-Gesellschaften abzudecken, sondern die Bürgschaft nur einging, weil er hoffen konnte, daß mit der Finanzierung der Fertigstellungsarbeiten der Betrieb des Unternehmens aufgenommen werden könne. Seine Haftung war zweifach begrenzt, einerseits für den Kredit von S 25.000.000,— zur Finanzierung der weiteren Leistungen und persönlich als Teilbürge mit S 1.200.000,— samt den anteiligen Nebengebühren. Mangels gegenteiliger Abrede haftete er nur bis zum Höchstbetrag, auch wenn die Gläubigerbank dem Hauptschuldner Kredit in weitelem Umfang gewährte (EvBl 1975/7 ua). Wurde aber die verbürgte Schuld inzwischen abgetragen, weil Eingänge zu verzeichnen waren, die den im Sinne des auch dem

Bürgschaftsvertrag zugrunde gelegten Verwendungszwecke der Hauptschuld verwendeten Kreditbetrag übersteigen, so ist die Bürgschaft erloschen.

Ob und in welchem Umfang Rückgriffsansprüche der anderen Bürgen in Betracht kommen (vgl. *Gamerith* in *Rummel*, ABGB² Rz 3 und 4 zu § 1359), ist in diesem Rechtsstreit nicht zu untersuchen.

Anmerkung:

1. Die rechtlichen Nachwirkungen des spektakulären Alpenland-Konkurses sind noch nicht zu Ende. Auch die hier besprochene Bürgschaftsentscheidung gehört zu diesem Komplex. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird die in concreto recht komplizierte Konstruktion der Kreditgewährung durch verschiedene Banken — so trat eine als Treuhänderin für eine andere auf — unbeachtet gelassen; sie ist auch nicht entscheidungswesentlich.

Kurz nochmals *die wichtigsten Sachverhaltselemente*: Der hier relevante Kredit sollte mit dem Verwendungszweck „Fertigstellung des Bauvorhabens“ unter anderem in Höhe von S 23 Mio durch 15 Personen gesichert werden, die eine Haftung als Bürge und Zahler zu übernehmen hatten. Auch der nunmehr Beklagte unterfertigte eine entsprechende Bürgschaftserklärung, mit der er der Aufnahme eines weiteren Baukredits zur *Fertigstellung* des Bauvorhabens zustimmte, damit der Hotelbetrieb zu einem bestimmten Stichtag aufgenommen werden könne. Dies ergab sich aus dem beigeschlossenen Kreditanbot der Bank, aus dem weiter hervorging, daß die Auszahlung ausschließlich an ausführende Unternehmer nach Prüfung des Baufortschrittes erfolgen werde; ferner aus einer entsprechenden Erklärung eines Direktors der kreditierenden Bank. Die Haftung des Beklagten war mit S 1,2 Mio beschränkt.

Tatsächlich wurde ein Großteil des Kredits nicht zur Fertigstellung, sondern zur Tilgung von Altverbindlichkeiten verwendet. Bloß knapp S 10 Mio entfielen auf spätere Leistungen. Mittlerweile haben (andere) Bürgen insgesamt bereits zumindest fast S 15 Mio bezahlt.

2. Das Erstgericht gewährte dem beklagten Bürgen ein Anfechtungsrecht, weil er über die Verwendung der Kreditsumme in Irrtum geführt worden sei und ohne diesen Irrtum die Bürgschaft nicht übernommen hätte. Der OGH löste den Fall — im Anschluß an das Berufungsgericht — durch *Vertragsauslegung* sowie durch Anwendung des *Akzessorietätsprinzips* und wies so die Klage der Gläubigerbank ebenfalls *vollinhaltlich* ab: Die vom Beklagten zugunsten des Gläubigers übernommene Haftung sei infolge Zahlung durch andere Bürgen weggefallen.

3. Das Höchstgericht meint im einzelnen: Werde — wie hier — dem Bürgen vor Abgabe seiner Haftungserklärung der Kreditvertrag (genauer: das Kreditanbot der Bank) zur Kenntnis gebracht, so bestimme der Kreditverwendungszweck auch „den Umfang der Bürgschaft und damit die ausdrückliche Erklärung des Bürgen“. Daher sei für den Beklagten als Hauptschuld nur die Verbindlichkeit des Hauptschuldners anzusehen, die durch Ausschöpfung des Kredites *für andere* als schon erbrachte Leistungen entstand.

Diese Aussage ist zu allgemein. Sie gilt zunächst mit Sicherheit nur für den — hier offenbar vorliegenden — Fall, daß *der Gläubiger selbst* dem Bürgen den Kreditvertrag (bzw das Kreditanbot) zukommen läßt; gleichwertig wäre es wohl, wenn der Gläubiger erkennen mußte, daß der Bürge seine Haftungserklärung gerade aufgrund dieses (etwa beim Hauptschuldner eingesehenen) Anbots abgibt. (Hier wurden sogar besondere Erklärungen des Bankdirektors in Hinblick auf den Verwendungszweck festgestellt, was die Richtigkeit der Entscheidung in concreto unterstreicht.) Hinzu muß zweierlei kommen: Zu verlangen ist einerseits eine *rechtlich bindende Zweckwidmung*; nicht genügte also ein bloßer Hinweis auf die beabsichtigte Verwendung (zB Kredit für Wohnungseinrichtung). Andererseits muß dem Bürgen erkennbar sein, daß der Kreditgeber die beabsichtigte Verwendung sicherstellen kann. Dies meint der OGH vermutlich, wenn er sagt: „Die Bank hatte es in der Hand, die Auszahlungen nur zum bedungenen Zweck vorzunehmen.“ Nach dem Sachverhalt wurde ein Betrag von fast S 13 Mio durch Umbuchung sofort zur Abdeckung von Altverbindlichkeiten verwendet, obwohl nach dem Kreditvertrag die Auszahlung bloß nach Maßgabe des Baufortschritts erfolgen sollte.

Dies alles spricht deutlich dafür, daß in concreto die (engen) Voraussetzungen vorlagen, unter denen die Kreditwidmung qua Auslegung der Bürgschaftserklärung schon auf der Akzessorietätsebene für eine Befreiung des Beklagten spricht. Nur dann bestünde auch kein Widerspruch zu einer Vorentscheidung des Höchstgerichts, in der *nur ausnahmsweise* eine Pflicht des Kreditgebers zur Sicherstellung der Zweckwidmung angenommen wurde; so etwa dann, wenn der Bank besondere Interessen des Bürgen an der beabsichtigten Verwendung bekannt sind (ÖBA 1990, 48 = RdW 1990, 378).

Ansonsten bliebe der Weg über die *Anfechtung* übrig (die in der Entscheidung am Rande anklingende Verjährung des Anfechtungsrechts wird hier nicht thematisiert): Spricht die Bank selbst im Kreditvertrag (bzw zusätzlich in einem Informationsgespräch) von der Finanzierung der Fertigstellung, obwohl sie weiß, daß mehr als die Hälfte des Kreditbetrages umgehend (durch Umbuchung!) zur Abtragung von Altschulden verwendet werden soll, könnte sogar arglistige Täuschung (§ 870 ABGB) vorliegen.

Ohne List kommt eine Anfechtung wegen *Motivirrtums* nicht in Betracht, da auf Bürgschaftsverträge in aller Regel die für *entgeltliche* Geschäfte geltenden Vorschriften anzuwenden sind (siehe etwa *Koziol*, Der Garantievertrag [1981] 8 ff, 43 f; *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 700; *denselben*, Die Kreditbürgschaft anhand aktueller Rechtsprechung, in Druck). Die Differenzierung von *Gamerith* (in Rummel, ABGB² § 1353 Rz 1) überzeugt nicht: Nach ihm sollen die Regeln über unentgeltliche Geschäfte schon dann eingreifen, wenn der Gläubiger von der *im Verhältnis zum Hauptschuldner* bestehenden Freigebigkeit des Bürgen wußte. Aus Gläubigersicht kann es darauf jedoch nicht ankommen: Der Kredit wird in Hinblick auf die Sicherung als solche und nicht auf das Verhältnis des Bürgen zum Kreditnehmer gegeben; daher entspricht eine erleichterte Befreiungsmöglichkeit des Bürgen (durch Anfechtung) oder Vorteile bei der Auslegung (vgl § 915 Fall 1, aber auch § 1353 Satz 1 ABGB) nicht den er-

kennbaren und verständlichen Interessen des Gläubigers. Aus seiner Sicht ist das Geschäft auch nicht — zu seinen Gunsten — unentgeltlich. Der Gläubiger ist daher entgegen *Gamerith* in der eben behandelten Konstellation genauso schutzwürdig wie sonst. (Zwei Zusatzaspekte zu *Gameriths* Ansicht seien nur angemerkt: 1. Wann wäre eigentlich von Freigebigkeit des Bürgen im Verhältnis zum Hauptschuldner auszugehen? Schon bei Fehlen einer besonderen Gegenleistung oder erst bei Regreßverzicht? Wie wäre es, wenn der Bürge vom Kredit ebenfalls profitiert? 2. Warum wird der Gläubiger nur dann strenger behandelt, wenn er von der Freigebigkeit wußte, nicht aber, wenn er dies hätte [leicht] erkennen können?)

Das Vorliegen eines *Geschäftsirrtums* ist hingegen nicht leicht zu begründen; dazu müßte die Zweckwidmung Geschäftsinhalt *auch des Bürgschaftsvertrages* geworden sein. Das ist nun nicht automatisch so, könnte aber etwa dann der Fall sein, wenn der Bürge — für die Bank erkennbar — besondere Interessen an der ihm mitgeteilten Kreditverwendung hatte. Soweit mir aus den Medien bekannt ist — das vorliegende Urteil sagt dazu nichts —, war der Bürge *auch als Anleger* am Alpenland-Projekt beteiligt. Stimmt das und wußte die Bank davon, so werden die Voraussetzungen des § 871 ABGB (veranlaßter Geschäftsirrtum) vorliegen: Die Verwendung des Geldes für Fertigstellungsarbeiten war dann Inhalt auch der Haftungsabrede; der Inhalt des Kreditanbots veranlaßte beim Bürgen die Vorstellung, der Kredit werde tatsächlich so verwendet werden.

Nicht abschließend beurteilen möchte ich die Frage, ob auch ohne ein erkennbares Sonderinteresse an der Verwendung des Kredits dieser Zweck Geschäftsinhalt iS des § 871 ABGB wird. Ohne ausdrückliche Vereinbarung im Bürgschaftsvertrag müssen zur Beantwortung der Frage die Interessen beider Teile beachtet werden. Hier scheint nun mehr dafür zu sprechen, daß die im Kreditanbot genau definierte Verwendung Inhalt auch des Bürgschaftsvertrages wurde: Zum einen war der Bank das Interesse des Bürgen an der vorgesehenen Verwendung erkennbar: Der Fortbau des Hotelkomplexes erhöhte die Chance eines erfolgreichen Regresses gegen den Hauptschuldner. Zum zweiten durfte der Bürge aufgrund des von der Bank stammenden Kreditanbots davon ausgehen, daß diese — auch im eigenen Interesse — tatsächlich für die Einhaltung der Kreditwidmung sorgen würde. Sie hat sich damit dem Bürgen gegenüber zwar nicht zu einem entsprechenden Vorgehen verpflichtet; zum Geschäftsinhalt dürfte die vorgesehene Verwendung jedoch geworden sein.

Erfolgreiche Anfechtung würde die gesamte Verpflichtung erfassen; bloße *Anpassung* nach § 872 ABGB (Reduzierung der Bürgschaft auf die tatsächlich zur Fertigstellung verwendeten Kreditteile) scheidet wegen der insoweit eindeutigen Feststellungen aus: Danach hätte der Beklagte eine Bürgschaftserklärung überhaupt nicht abgegeben, wenn er mit der Verwendung auch nur eines Teils für andere Zwecke als für Fertigstellungsarbeiten gerechnet hätte.

Für den hier Beklagten spielt die Anfechtungsmöglichkeit zunächst keine Rolle, da er sich, gerade weil der Verwendungszweck schon bei der Auslegung seiner Verpflichtung zu berücksichtigen ist (Welche Teile der

Hauptschuld sind gesichert?), auf den Wegfall der Haftung durch Zahlung anderer Bürgen berufen kann. Bedeutung würde ein Anfechtungsrecht aber dann erlangen, wenn die Zahler ihre Leistungen wieder zurückerhielten, etwa weil sie selbst erfolgreich anfechten und die Zahlungen von der Klägerin kondizieren (dazu kurz unter 5.). Dann würde nämlich die vom OGH jetzt allein unter Akzessorietätsgesichtspunkten abgelehnte Haftung des Beklagten wieder aufleben. (Die Frage, ob auch eine Einstandspflicht der Bank wegen culpa in contrahendo eingreift, wird hier nicht behandelt.)

4 Der Beklagte war wie die übrigen Interzedenten bloßer *Teilbürge*. Zahlungen jedes Bürgen sollten die Schuld der übrigen — und damit auch die des Beklagten — erst dann mindern, wenn nur mehr weniger als S 1,2 Mio offen waren. Das Akzessorietätsargument des OGH würde nun eigentlich voraussetzen, daß für die übrigen Bürgen dasselbe wie für den Beklagten gilt: Nur wenn auch diese bloß für den „Fertigstellungskredit“ hafteten, wäre die Haftung des Beklagten durch die Bürgenzahlungen erloschen. Vermutlich kamen tatsächlich alle Bürgschaftsverträge auf die gleiche Art und Weise zustande; ausdrücklich festgestellt wurde das aber nicht. Daher ist auf diese Differenzierung hinzuweisen.

Das Höchstgericht geht einen anderen Weg: Es meint, der beklagte Bürge durfte ohne weiteres davon ausgehen, daß die übrigen Bürgen nicht anders als er haften. Unmittelbar davor sagt es allerdings: „Daß die übrigen Bürgschaften anders lauteten, hätte die klagende Bank behaupten und beweisen müssen.“

Das ist zumindest widersprüchlich. Wenn der Klägerin der angesprochene Beweis offenstünde, bliebe das — gegenteilige — Vertrauen des Beklagten ja automatisch schutzlos. Eine Lösung über die Verletzung von Aufklärungsobliegenheiten bzw -pflichten der Bank wäre jedenfalls dann nicht unbedenklich, wenn der Beklagte nicht einmal damit rechnen durfte, daß die übrigen überhaupt eine Bürgschaft übernehmen. (Eine solche Sachlage wäre also nicht der in ÖBA 1992, 78 mit Anm von *Mader* = JBl 1992, 40 = RdW 1991, 353 = *ecolex* 1991, 765 vergleichbar, wo Überweisungen, die auch dem Bürgen zugute gekommen wären, durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner auf ein anderes Konto umgeleitet wurden.) Nach den Feststellungen ist bloß davon die Rede, daß Anfang September 1980 außer dem Beklagten „mehrere Personen“ eine Bürgschaftserklärung unterschrieben hatten; das waren offenbar nicht alle 15 in Aussicht genommenen. Überdies läßt die Entscheidung offen, wer außer dem Beklagten eine wie die von diesem Ende Oktober 1980 abgegebene modifizierte Bürgschaftserklärung unterschrieben hat, die als Ersatz der früheren gedacht war. Damit steht aber auch die „Vertrauensschuttlösung“ auf schwachen Beinen: Der Beklagte mußte dann uU zumindest damit rechnen, daß die übrigen Personen gar keine oder eine abweichende Haftung eingegangen waren.

Anders sieht die Sache aber bei einer ebenfalls möglichen, sogar ziemlich wahrscheinlichen, Sachverhaltsvariante aus: So könnte aus dem Kreditanbot hervorgegangen sein, daß der Kredit erst zur Auszahlung komme, wenn *alle 15 Bürgen* eine entsprechende — gleichlautende — Haftung übernommen haben. Dann wäre ein ent-

sprechender Vertrauensschutz des Beklagten gerechtfertigt.

Daß die übrigen Bürgschaften gleich lauten würden, stellt im übrigen zumindest in der ersten Variante wohl nur ein *Motiv* zur Haftungsübernahme dar, sodaß bestenfalls eine Arglistanfechtung in Frage käme.

5. Nun entferne ich mich einen Schritt von der vorliegenden Entscheidung und frage: Was gilt für die Bürgen, die bereits bezahlt haben? (Dabei wird von einer Haftung wie der des Beklagten ausgegangen.) Diejenigen, die nach Abdeckung der widmungsgemäß verwendeten Summe zahlten, hafteten nach dem Ansatz des OGH ebenfalls nicht mehr; ihnen steht daher eine Kondiktion nach § 1431 ABGB zu. Bei denjenigen, die — bildlich gesprochen — die tatsächlich für Fertigstellungsarbeiten verwendeten Beträge zurückgezahlt haben, stellt sich nun die Anfechtungsfrage (dazu schon unter 3.). Da die anderen Bürgen bei Kenntnis von der nicht vollständigen Verwendung der Gelder für die letzten Fertigstellungsarbeiten die Haftung wohl ebenfalls *überhaupt nicht* übernommen hätten, kann die Bürgschaft zur Gänze beseitigt werden (das gilt jedenfalls bei Arglist; zur Problematik, ob ein Geschäftsirrtum vorliegt, bereits unter 3.). Es kommt also nicht bloß über § 872 ABGB zu einer anteiligen Haftungsverringerung.

Damit läßt sich der Fall noch weiter zuspitzen. Fechten die Bürgen, die bereits bezahlt haben, erfolgreich an, so würde die Haftung des Beklagten wieder aufleben; das Akzessorietätsargument zieht ja nicht mehr, wenn sich die Zahlungen als rechtsgrundlos erweisen und daher wieder zurückgestellt werden müssen. Der im vorliegenden Verfahren erfolgreiche Beklagte könnte also nochmals belangt werden! Er könnte dann allerdings ebenfalls Irrtumsanfechtung geltend machen, sofern dieses Recht nicht inzwischen verjährt ist (zum Verjährungsproblem noch unter 6.).

6. Am Ende der Entscheidung spricht der OGH kurz die — im Verfahren nicht relevante — Regreßfrage an: Muß der Beklagte etwa befürchten, von den zahlenden Bürgen nach § 1359 ABGB erfolgreich belangt zu werden; und welche Summe müßte er bezahlen? Auf Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen. (Details etwa bei OGH in ÖBA 1988, 390 mit Anm von P. Bydlinski; *Gamerith*, Die Teilbürgschaft, ÖBA 1988, 769 ff; *Mader*, Zum Rückgriffsanspruch nach § 1359 ABGB, JBl 1988, 287; *Reidinger*, Die Berechnung des internen Ausgleichs zwischen zwei Bestellern von Teilsicherheiten, JBl 1990, 73; ferner *Bacher*, Ausgleichsansprüche zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld [Diss Wien 1991, unveröff].) Sind die Bürgschaftsverträge aufrecht, so muß auch der Beklagte im Ergebnis seinen internen Anteil (von den widmungsgemäß verwendeten knapp S 10 Mio) tragen. Anders ist die Situation nach ex tunc wirkender Anfechtung: Die Rechtslage ist so, als hätte derjenige, der erfolgreich angefochten hat, die Bürgenhaftung niemals übernommen. Sofern es keine abweichenden internen Abreden gibt, kann gegen einen solchen „Nichtbürgen“ daher auch nicht über § 1359 ABGB Rückgriff genommen werden.

Der OGH hat aber nun im vorliegenden Fall über die vom Beklagten begehrte Anfechtung (genauer: über die

gerichtliche Geltendmachung eines Gestaltungsrechts) nicht abgesprochen, weil er es für unnötig hielt. Das kann — wie bereits zu sehen — in (Folge-)Regreßprozessen zu Problemen führen. Das Gestaltungsrecht kann dem Regreßkläger (dem Teilmitbürgen) gegenüber ja nicht ausgeübt werden; ob eine dilatorische Einredemöglichkeit besteht, ist sehr zweifelhaft. Sofern das Anfechtungsrecht inzwischen nicht verjährt ist, müßte der Beklagte also (nochmals) einen reinen Rechtsgestaltungsprozeß gegen den Gläubiger führen (nach hA ist die Anfechtung ja *gerichtlich* geltend zu machen: Nachweise der Diskussion bei *Rummel* in *Rummel*, ABGB² § 871 Rz 19). Diese unerfreuliche Konsequenz kann etwas gemildert werden: Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht perpetuiert eine außergerichtliche Anzeige des Irrtums die Einrede analog § 933 Abs 2 ABGB (siehe etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht⁹ I 132; *Rummel* in *Rummel*, ABGB² § 901 Rz 7a; vorsichtig zustimmend P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten [1986] 56, 88 FN 179); dies müßte sich auch der regreßnehmende Bürge entgegenhalten lassen, da sich der Rückgriff — nicht anders als bei § 1358 ABGB — auf die vom befriedigten Gläubiger erworbene Forderung stützt.

Haben alle Bürgen erfolgreich angefochten, so kommt ein Regreß keinesfalls in Betracht; wer bereits gezahlt hat, ist allein auf die Kondiktion gegen den „Gläubiger“ (nach § 877 bzw § 1431 ABGB) verwiesen.

Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Rostock