

der haften mit ihrem Privatvermögen bzw ihrem persönlichen Einkommen für die Tätigkeit des Vereines solidarisch. Hauptsächlich für Fremdfinanzierung der Projekte gegenüber privaten oder öffentlichen Geldgebern.“

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren mit der Begründung ab, die in § 20 der Vereinssatzung vereinbarte solidarische Haftung wirke nicht gegenüber Dritten und begründe keine Haftung der Beklagten im Außenverhältnis. Die Beklagten seien nicht passiv legitimiert.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung des Klägers Folge, hob das Urteil des Erstgerichtes auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Rekurs gegen seinen Beschluß an den OGH zulässig sei, weil seine Rechtsansicht über die Formgebundenheit des Schuldbeitritts zum Zwecke der Gutstehung der Rechtsprechung des OGH widerspreche.

Zu Unrecht machen die Rechtsmittelwerber geltend, § 20 der Vereinssatzung entfalte nur Rechtswirkungen im Innenverhältnis zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern. Vereinsstatuten, denen zivilrechtlich durchaus auch Vertragscharakter zukommt (siehe dazu *Gschneider*, Allgemeiner Teil² 356 ua), sind wie Gesetze auszulegen. Die Auslegung des § 20 der hier zu beurteilenden Statuten führt nach seinem Wortlaut zwingend zu dem Ergebnis, daß die Basismitglieder zur ungeteilten Hand mit dem Verein dessen Gläubigern gegenüber für in Verfolgung des Vereinszweckes begründete Schulden haften. Diese Haftung der Basismitglieder besteht unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Gründungsmitglieder handelt oder sie erst später dem Verein beitraten. Zutreffend hat das Berufungsgericht einen Schuldbeitritt durch Schuldnervertrag, abgeschlossen zwischen dem Verein und seinen Basismitgliedern, angenommen. Ein solcher wird vom OGH in Abgrenzung zur Bürgschaft im Zweifelsfall (der hier gar nicht vorliegt, weil eine Bürgschaft durch Vertrag des Bürgen mit dem Gläubiger und nicht mit dem Hauptschuldner zustandekommt) dann angenommen, wenn ein persönliches und sachliches unmittelbares Interesse an der wirtschaftlichen Existenz des Urschuldners besteht (SZ 62/160 mwN). Es entspricht durchaus der Erfahrung des Wirtschaftslebens, daß ein gemeinnütziger, nicht auf Gewinn gerichteter Verein, der kein eigenes Vermögen hat und seine Tätigkeit nur unter Zuhilfenahme öffentlicher und privater Spenden entfalten kann, Verträge mit Vorleistungspflicht des Vertragspartners nur dann abschließen kann, wenn die Zahlungspflicht der juristischen Person durch Mithaftung physischer Personen abgesichert ist. Eine solche wirtschaftliche Existenz- und Handlungsmöglichkeit aber hat im vorliegenden Fall der Verein durch die bei der Vereinsbehörde bekannt gemachte Solidarhaftung der Beklagten, denen nach der Satzung auch maßgeblicher Einfluß auf die Geschäftsführung zukommt, erlangt. Jeder Schuldbeitritt durch Schuldnervertrag ist auch ein echter Vertrag zugunsten Dritter, bei welchem der Dritte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bestimmt, sondern nur im Zeitpunkt des vorgesehenen Rechtserwerbes, der auch in der Zukunft liegen kann, bestimmbar sein muß (*Rummel* in *Rummel*, ABGB², Rz 6 zu § 881 mwN). Im übrigen genügt es, wenn die übernommene Schuld

408.

§§ 1346, 1406 ABGB. Schuldbeitritt ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn ein persönliches und sachliches unmittelbares Interesse an der wirtschaftlichen Existenz des Urschuldners besteht. Die für Bürgschaften geltende Formvorschrift ist auf einen Schuldbeitritt selbst dann nicht analog anzuwenden, wenn dieser zu Gutstehungszwecken erfolgt.

OGH 4. 2. 1993, 6 Ob 619/92

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kläger begehrt von den Beklagten zur ungeteilten Hand S 106.742,40 samt 14% Zinsen seit 2. 9. 1989 mit dem Vorbringen, er habe dem Verein S. am 16. 8. 1989 zwei Elektromotoren verkauft und geliefert. Auf den Kaufpreis sei nur eine Teilzahlung geleistet worden, der Klagsbetrag hafte noch aus. Nach § 20 der Satzung des Vereines hafteten die Beklagten als Basismitglieder zur ungeteilten Hand mit dem Verein.

Folgender Sachverhalt ist unbestritten: Der Verein S. ist ein gemeinnütziger, nicht auf Gewinn gerichteter Verein. Er hat nach § 4 der Satzung Basismitglieder, die ihre ganze Arbeitstätigkeit in den Dienst des Vereines stellen, ordentliche Mitglieder, Förderer und freiwillige Helfer. § 20 der Satzung lautet: „Alle eingetragenen Basismitglie-

sachlich bestimmt begrenzt ist (SZ 35/55), hier durch den Vereinszweck. Da ein Widerruf (der etwa im Fall des Austritts eines Basismitgliedes aus dem Verein anzunehmen wäre) bis zum Vertragsabschluß mit dem Kläger nicht erfolgte, hat dieser mit dem Vertragsabschluß mit dem Verein unmittelbar Rechte aus dem zwischen dem Verein und den Beklagten abgeschlossenen Vertrag erlangt, so daß die Beklagten ihm im Rahmen des entstandenen Gesamtschuldverhältnisses für die vom Verein eingegangenen Schulden solidarisch haften.

Der erkennende Senat vermag der Ansicht des Berufungsgerichtes, auch ein Schuldbeitritt „zu Gutstehungszwecken“ sei in Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB formbedürftig, nicht zu folgen, sondern schließt sich der bisherigen Rechtsprechung des OGH an. Die vom Berufungsgericht ins Treffen geführten Argumente wurden bereits in den Entscheidungen SZ 61/174 und SZ 62/160 ausführlich behandelt, so daß darauf verwiesen werden kann. Es besteht kein Zweifel, daß die Regelung des Schuldbeitrittes keine echte Lücke aufweist und jedenfalls bei historischer Interpretation keine teleologische Lücke vorliegt, weil der Gesetzgeber der 3. Teilnovelle die Formvorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB bewußt nur für die Bürgschaft eingeführt hat (vgl. *Apathy* zu ÖBA 1990, 554). Aber auch der aktuelle Gesetzgeber, dessen Kenntnis der langjährigen und einheitlichen Rechtsprechung des OGH über die Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme vorausgesetzt werden muß, hat trotz einer ganzen Reihe von neu eingeführten Vorschriften zum Schutz der rechtlich Unerfahrenen (es sei hier nur auf das KSchG, insbesondere dessen § 31a verwiesen) offenbar keinen Anlaß zu einer Änderung der bestehenden Gesetzeslage gesehen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, aus rechtspolitischen Gründen die Interessenbewertung des Gesetzgebers zu überschreiten. Schließlich könnte auch die analoge nur teilweise Anwendung der Formbindung auf jene Fälle des Schuldbeitrittes, die „zum Zwecke der Gutstehung“ erfolgen, die von *P. Bydlinski* [1] angenommene Beendigung der Abgrenzungsschwierigkeiten nicht herbeiführen, denn, wie er selbst ausführt, „haben auch Bürgen sehr häufig eigenwirtschaftliche Interessen“. Nicht nur der beitretende, sondern auch der ursprüngliche Schuldner kann bei Eingehung der Verpflichtung unüberlegt und übereilt handeln. Ein allzu umfassender Schutz eigenberechtigter Personen müßte dann in letzter Konsequenz dazu führen, daß schuldrechtliche Verpflichtungen rechtsgültig nur mehr schriftlich möglich wären.

Im vorliegenden Fall bedarf es daher entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes keiner weiteren Klärung, ob nicht nur der Erstbeklagte und die Siebentbeklagte, sondern auch die übrigen Beklagten ihren Schuldbeitritt in schriftlicher Form dokumentiert haben.

Anmerkung:

1. Die Besprechung der vorstehenden Entscheidung habe ich mit etwas schlechtem Gewissen übernommen; der eingeweihte Leser wird ahnen, zu welchem Ergebnis ich gelange. Daher vermeide ich soweit möglich Wiederho-

lungen meiner bisherigen Stellungnahmen [2] und beschränke mich auf die vorliegende Entscheidung, vor allem auf die zentrale Grundfrage [3]. Ich bin selbstverständlich so weit Realist, daß ich eine baldige Änderung der Rechtsprechung — für die es eines verstärkten Senats bedürfte — als wenig wahrscheinlich ansehe. Allerdings bin ich gleichzeitig so weit Rechtswissenschaftler, daß ich um der Sache willen nochmals einen Versuch wage.

2. Der (6. Senat des) OGH hat es nunmehr ausdrücklich ausgesprochen: Seiner Ansicht nach — interessanterweise war das Berufungsgericht anderer Meinung — sind Schuldbeitrittserklärungen *immer formfrei* wirksam [4]; auch dann, wenn sie bloß zu Gutstehungszwecken abgegeben werden. Nur dieser krasse Fall (Interzession durch Schuldbeitritt [5] ohne Eigeninteresse) sei in der Folge erörtert. Bevor auf Details der Begründung eingegangen wird, sei auf folgendes hingewiesen: Zum einen hat der OGH (sein 1. Senat) ein gutes halbes Jahr vorher die Analogiefrage für die *Garantiehafung* ausdrücklich bejaht [6]; diese Entscheidung wird vom 6. Senat nicht einmal erwähnt. Zum zweiten nimmt er bei der Konkretisierung von Rechten und Pflichten des einer fremden Schuld Beigetretenen durchaus Anleihen bei den Bürgschaftsregeln [7].

3. Hauptargument des OGH ist das *Fehlen einer Lücke*. Dann verweist er auf die Untätigkeit des Gesetzgebers trotz anzunehmender Kenntnis von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung; darauf, daß auch mein Lösungsvorschlag (Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB) die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht beseitigen könne; und schließlich malt er die Horrorvision an die Wand, daß bei Weiterverfolgung des (meines) Analogie-Ansatzes konsequenterweise keine schuldrechtliche Verpflichtung mehr formlos wirksam wäre.

[2] ÖBA 1989, 433; JBl 1990, 326; Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991) 45 ff. 27

[3] Sonderaspekte des Sachverhalts — es ging um die Auslegung von Vereinsstatuten! — werden nicht behandelt. Zur Abgrenzungsfrage sei nur folgendes angemerkt: Entgegenzutreten ist dem OGH zumindest insofern, als er einen Zweifelsfall (Bürgschaft oder Schuldbeitritt) schon deshalb ablehnt, „weil eine Bürgschaft durch Vertrag mit dem Gläubiger und nicht mit dem Hauptschuldner zustandekommt“. Es ist nicht zu sehen, warum gerade bei der Bürgschaft ein Abschluß in Gestalt des Vertrages zugunsten eines Dritten ausgeschlossen sein sollte! Die anschließenden Erwägungen zum Zweck der in den Statuten vorgesehenen Solidarhaftung der Basismitglieder für Vereinsschulden würden damit genauso gut auf eine Haftung als Bürge und Zahler passen.

[4] So bereits in *jüngerer Zeit* in SZ 61/174 = JBl 1989, 47 = ÖBA 1989, 432 (*P. Bydlinski*) — 1. Senat; SZ 62/160 = ÖBA 1990, 554 (*Apathy*) = JBl 1990, 322 (*P. Bydlinski*) = RdW 1990, 251 — 3. Senat. — Zur Diskussion in der Lehre siehe nur die reichen Nachweise bei *Schett*, JAP 1991/92, 204 FN 45, dessen Arbeit der OGH leider nicht beachtet.

[5] Zur Abgrenzungsfrage, die auch hier weit problematischer ist, als der OGH meint, siehe nur die kurzen Erwägungen in den FN 2 und 7.

[6] ÖBA 1993, 146 (*Apathy*) = *ecolex* 1993, 17 (ablehnend *Wilhelm*, *ecolex* 1993, 14).

[7] Vgl etwa ÖBA 1993, 64 (*P. Bydlinski*) zu den Pflichten bzw Obliegenheiten des Gläubigers.

[1] ÖBA 1989, 433.

4. Daß dem OGH ein *schwieriges methodisches Problem* zur Entscheidung vorlag, geht in der sehr — mE zu — kurzen Begründung ziemlich unter. Im Anschluß an eine Äußerung von *Apathy* [8] meint das Höchstgericht, es bestehe keinerlei Zweifel daran, „daß die Regelung des Schuldbeitritts keine echte Lücke aufweist, und jedenfalls bei historischer Interpretation keine teleologische Lücke vorliegt, ...“ [9].

Diese das Problem zum Teil verschleiernde Formulierung habe ich bereits kritisiert [10]. Tatsächlich geht es um folgende gar nicht so seltene Konstellation: Grammatische, historische, systematische und teleologische Argumente deuten nicht gleichermaßen in eine Richtung, sondern sie widersprechen einander. Richtigerweise gibt es nun keine zwingend vorgegebene Rangfolge der Auslegungsmethoden. Damit ist die notwendige Abwägung [11] der widerstreitenden — jeweils aus dem Gesetz gewonnenen! — Argumente natürlich eine Wertungsfrage, deren Lösung niemals mit mathematischer Genauigkeit (und damit allgemeiner Akzeptanz) möglich ist. Hier gilt jedoch gleiches wie in allen Grauzonen und Grenzbereichen: Kapitulierte man vor den Abgrenzungs- und Abwägungsschwierigkeiten, mündet dies entweder in Rechtspositivismus der primitivsten Art (was die §§ 6 f ABGB gar nicht zulassen!) oder in freier Rechtsfindung nach eigenen Maßstäben. Beides darf nicht sein: Soweit man rational nachprüfbare Argumentationsschritte anbieten kann, sollte man dies tun [12]. Ob sie und das gefundene

[8] ÖBA 1990, 558. Interessanterweise entnimmt der OGH *Apathy*s Ansicht aber nur das in sein Konzept *Passendys*. *Apathy* lehnt nämlich zwar die Formanalogie ab, befürwortet für reine Gutstehungsfälle (genauer: wenn ein Gläubiger erkennen kann, daß der sich Verpflichtende im Verhältnis zum bisherigen Schuldner voll regreßberechtigt ist) jedoch ein Verständnis der Haftungserklärung als (formpflichtige!) Bürgschaft; und das gerade wegen des gleichwertigen Schutzbedürfnisses des Gutstehers, das nach Bürgschaftsrecht *zwingend* berücksichtigt wird. — Mit gewissen Grenzen (vgl. *P. Bydlinski*, ÖBA 1991, 212) kann diesem Ansatz (zuletzt *Apathy*, ÖBA 1993, 150 f) — im Wege der Auslegung (§§ 914 f ABGB) gelangt man häufig auch bei Bezeichnung als Schuldbeitritt zu einer Bürgschaft — durchaus gefolgt werden. Damit wäre man vermutlich sogar im zu beurteilenden Sachverhalt bei einer Bürge- und Zahler-Haftung gelandet (so ist etwa ua von „haften“ und nicht von „schulden“ die Rede). Wie noch zu sehen sein wird, stützen auch die Materialien diese Sicht.

[9] Es fällt auf, daß der OGH selbst in keiner der drei jüngsten E zum Problem aus den Materialien zitiert. — Zunächst meinte er, ein geringeres Schutzbedürfnis des Beitretenden annehmen zu müssen (ÖBA 1989, 433); dann (ÖBA 1990, 555) verwies er auf die systematische Stellung des § 1346 Abs 2 ABGB; jetzt folgt er zT wörtlich *Apathy* und betont insb noch die Untätigkeit des Gesetzgebers.

[10] ÖBA 1991, 212.

[11] Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht⁹ I 24 mwN (*Gewicht* der Argumente soll entscheiden).

[12] Wenig hilfreich sind demgegenüber blumige Formulierungen wie der letzte Satz von *Wilhelms* zustimmender Anmerkung (ecolox 1993, 302): „Prophetische Urkraft glüht im Schlußsatz der E: Im Drang nach Harmonie würde der Wertungsangleicher von einem kritischen Fall zum nächsten geführt, bis sich schließlich die ideale Wertungseinheit im Wärmetod des totalen Formalismus verwirklicht!“ (Ich habe ihn auch beim fünften Mal Lesen nicht verstanden.)

Ergebnis überzeugen, ist natürlich gerade in im Randbereich angesiedelten Fällen fraglich. Das liegt aber schlicht in der Natur der Sache, nämlich den oft unsicheren Grenzen zwischen zulässiger Rechtsfindung und unzulässiger Rechtspolitik (hier verstanden als „Rechtsfindung contra legem“, die sich als Rechtsanwendung aus gibt).

Nun aber wieder zurück zum konkreten Rechtsfindungsproblem. Daß bei der Formfrage in bezug auf einen Schuldbeitritt „bloß“ teleologische Gesichtspunkte gegen die Phalanx grammatischer, systematischer und historischer Argumente einen schweren Stand haben, ist zuzugeben. So weist etwa *Apathy* [13] zu Recht darauf hin, daß *F. Bydlinski* die Lex-lata-Grenze unter Berufung auf § 6 ABGB dort ansiedelt, wo grammatische und historische Interpretation in dieselbe Richtung deuten [14]. Doch auch er nennt einige Ausnahmen, so insbesondere krassere Verstöße gegen die Rechtsidee (im Sinne grundsätzlicher Gerechtigkeitsmaßstäbe) [15]. Mit den genannten Beispielen (zB Sklaverei) kann die hier vorliegende Situation natürlich nicht konkurrieren. Man kann aber vielleicht noch einen Schritt weitergehen und sagen: Betrifft der Widerspruch Normen ohne wesentlichen Gerechtigkeitsgehalt, so wird man dies de lege lata jedenfalls hinzunehmen haben; anders aber bei massiven Wertungswidersprüchen, die bei wörtlicher Gesetzesanwendung zu — sachlich unverständlich — kraß unterschiedlichen Ergebnissen führen; insbesondere wenn zum Schutz eines Beteiligten zwingendes Recht im Spiel ist. Das alles ist hier der Fall: Die Schriftform ist für die Bürgschaft zwingend; der Schuldbeitritt zu Gutstehungszwecken kann die Bürgschaft wirtschaftlich vollständig ersetzen [16]; die drohenden Gefahren sind für einen Beitretenden ebenso verborgen und mindestens ebenso groß wie für einen Bürgen. Dies alles hat der OGH selbst akzeptiert, indem er für die Garantiehaftung sogar einen Größenschluß gezogen hat [17]. Die Stellung des Beigetretenen ist aber nun gerade zwischen Bürgschaft und Garantie angesiedelt! Daß der OGH teleologische Gesichtspunkte — und damit das konkrete Methodenproblem — in der Entscheidung überhaupt nicht erwähnt, ist ein wesentliches Manko [18].

Was die vom Höchstgericht geleugnete („echte“) Lücke anlangt, so ist allgemein anerkannt, daß zur Vermeidung krasser Wertungswidersprüche eine „teleologische Reduktion“ (mit anschließender Lückenfüllung im Wege

der Analogie) zulässig und geboten ist [19]. Dieses Instrument könnte sogar zur Anwendung kommen, wenn das ABGB eine Norm enthielte, die für den Schuldbeitritt ausdrücklich Formfreiheit anordnete [20]. Eine Grenze wäre erst erreicht, wenn im Gesetz ausdrücklich formuliert wäre, daß auch ein bloß zu Gutstehungszwecken vorgenommener Schuldbeitritt keiner Form bedarf. Nur dann wäre überdies sicher, daß der Gesetzgeber das Problem tatsächlich in seiner vollen Tragweite gesehen hat. Einen solchen Schluß lassen die Materialien jedoch nicht zu. So ist insbesondere nicht zu erkennen, daß die Möglichkeit des Gläubigers beachtet worden wäre, den zwingend vorgesehenen Schutz des Interzedenten durch Forderung eines Beitritts anstelle einer Bürgschaft gänzlich zu unterlaufen [21].

Wie man sieht, wäre die Ansicht des OGH trotz aller sachlicher Bedenken jedoch de lege lata schwer zu bekämpfen, wenn dem historischen Gesetzgeber wirklich klar war, was er tat. Entgegen den bisherigen Äußerungen ist es nun aber keineswegs so, daß systematische und historische Argumente eindeutig für Formfreiheit auch des reinen Sicherungs-Schuldbeitritts sprechen. Zum ersten war für den durch die 3. Teilnovelle eingeführten § 1346 Abs 2 ABGB eine Vorschrift des deutschen Bürgschaftsrechts (§ 766 Satz 1 BGB) Vorbild. Es war daher naheliegend, die Formvorschrift ebenso wie im BGB gleich an den Beginn des Bürgschaftsrechts zu stellen. (Eine Vorschrift über den Schuldbeitritt findet sich im BGB nicht. [22]). Zum zweiten sind die Ausführungen zur Formvorschrift in den Materialien durchaus widersprüchlich: Wie der 1. Senat in der „Garantie-Entscheidung“ deutlich gezeigt hat [23], wurde nämlich schon terminologisch nicht (immer) zwischen den unterschiedlichen Formen der Gutstehung unterschieden. Alle in den Motiven selbst gebrachten Argumente für die Form treffen nun auch den Sicherungs-Schuldbeitritt gleichermaßen. So sollte das Formgebot die schweren Folgen „unüberlegter Gutstehungserklärungen“ vermeiden; man wollte das „Unheil leichtsinniger Garantieübernahmen“ eindämmen [24]. Dies alles paßt auf jede Haftungsübernahme für fremde Schuld ohne Eigeninteresse. Gleich im Anschluß daran wird die *Schuldübernahme* angesprochen [25]: „Die Schuldübernahme bleibt formfrei; erfahrungsgemäß ist die Gefahr unüberlegten Eintritts anstelle des bisherigen Schuldners minder groß als die unüberleg-

[13] ÖBA 1990, 557 f.

[14] *F. Bydlinski* in Rummel, ABGB² I § 6 Rz 25; ebenso derselbe, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 568.

[15] *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*² 350 ff.

[16] Daher wäre sogar einer bewußten — und zwar einseitigen! — Umgehung des zwingenden Bürgenschutzes Tür und Tor geöffnet, wenn man der Ansicht des OGH folgte.

[17] ÖBA 1993, 146 (*Apathy*). Anders zum Schuldbeitritt noch in ÖBA 1989, 433: geringeres Schutzbedürfnis wegen leichter Erkennbarkeit des übernommenen Risikos. In der hier behandelten E findet sich dieses Argument (wohl bewußt) nicht mehr; überzeugend dagegen auch *Schett*, JAP 1991/92, 204 f.

[18] Anders der 1. Senat in der ausführlichen E ÖBA 1993, 146, dessen Erwägungen zur Schutzbedürftigkeit eines Garanten im Vergleich zum Bürgen auch auf den interzedierenden Mitschuldner passen.

[19] Statt aller *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht*⁹ I 29 mwN auch der Rspr des OGH.

[20] Tatsächlich findet sich nur die grundsätzliche Anordnung von Formfreiheit (§ 883 ABGB) und die Bürgschaftsform (§ 1346 Abs 1 ABGB). — Zur Frage, ob im vorliegenden Zusammenhang § 883 ABGB überhaupt teleologisch reduziert werden müßte, *P. Bydlinski*, JBl 1990, 327.

[21] Details dazu folgen sofort.

[22] Zum systematischen Argument siehe ferner *Schett*, JAP 1991/92, 205 (der feststellt, daß die Erwähnung der privaten Schuldübernahme in § 1344 ABGB nicht paßt); aber auch *Mader* in *Schwimmann*, ABGB, § 1347 Rz 3, der darauf hinweist, daß sich § 1347 ABGB von seiner Stellung her allein auf den Sicherungs-Schuldbeitritt bezieht.

[23] ÖBA 1993, 150.

[24] Kaiserliche Verordnung vom 19. 3. 1916, RGBl Nr 69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Materialien (1916) 270.

[25] AaO 271.

te Haftungsübernahme neben ihm.“ Das ist völlig richtig und weist zunächst deutlich darauf hin, daß selbst aus der Sicht der Gesetzesverfasser Schuldbeitritt und (privative) Schuldübernahme in puncto Form unterschiedlich zu behandeln wären.

Jedoch sind die *Materialien in sich widersprüchlich*. Denn bereits im Anschluß an die eben zitierte Stelle heißt es in einem Klammerausdruck: „Bezüglich der der Bürgschaft allerdings sehr nahestehenden ‚kumulativen Schuldübernahme‘ s. die Bemerkung unten zu § 1406.“ Dort [26] heißt es (die Motive unterscheiden an dieser Stelle ausdrücklich zwischen 1. privativer Schuldübernahme, 2. kumulativer Schuldübernahme und 3. Bürgschaft): „Die letzte Unterscheidung bekommt nun ... besonderes Interesse durch die für die Bürgschaft, nicht aber die kumulative Schuldübernahme ... in Geltung tretende Formvorschrift. (Dieselbe Sachlage ergibt sich für das deutsche Recht infolge § 766 BGB [27].) ... In Wahrheit liegt darin kein Widerspruch; denn begrifflich ist kumulative Schuldübernahme, das ist nicht bloß akzessorische Schuldgemeinschaft, ..., etwas anderes als Bürgenhaftung, und bei abstrakter Beurteilung der Frage genügt es beizufügen, daß, wenn die Form der Schuldübernahme nur zum Scheine gewählt ist, um eine tatsächlich beabsichtigte Bürgschaft zu verdecken, sie eben gemäß § 916 ABGB dem für letztere geltenden Formzwang unterliege.“ Nach Erwähnung der — problematischen — Abgrenzungsfrage heißt es noch: „Ferner ist nicht zu übersehen: Wo absichtlich eine Bürgschaft als ‚Schuldübernahme‘ verkleidet werden will — und das sind die kritischen Fälle — kann und wird das stets nur durch eine bewußt genaue Formulierung geschehen, die praktisch kaum anders als in schriftlicher Erklärung möglich ist, ...“

Man kann also zwar nicht leugnen, daß der Gesetzgeber das Problem in etwa gesehen hat; dennoch bleiben Widersprüchlichkeiten zurück. Auch die Regel des § 916 ABGB hilft in den kritischen Fällen schon deshalb nichts, weil der Gläubiger vom Vertragspartner ja tatsächlich Beitritt und nicht Bürgschaft will; und das womöglich gerade wegen der Formfreiheit! (Ein von *beiden* vorgetäushtes Geschäft, das eine Bürgschaft verdecken soll, existiert nicht.) Der *Umgehungsgedanke* — der Gläubiger bringt den Interzedenten zur Abgabe einer Schuldbeitrittserklärung, obwohl dieser kein Eigeninteresse am gesicherten Grundgeschäft hat und an sich die Bürgschaftsübernahme das gesetzlich Vorgesehene wäre — kommt hingegen überhaupt nicht zur Sprache. Und wie insbesondere die vom OGH entschiedenen Fälle zeigen, gibt es doch nicht wenige, in denen sich das Abgrenzungsproblem trotz fehlender Unterschrift stellt.

Nach allem darf man mE nicht unter Berufung auf bloß einzelne Formulierungen sagen, es sei eindeutig, was der Gesetzgeber in der Sache gewollt habe. Das historische Argument erweist sich damit zumindest als nicht voll tragfähig, weshalb teleologischen Erwägungen doch stärkere Beachtung geschenkt werden sollte [28].

[26] AaO 417 f.

[27] Zu diesem Gedanken bereits oben bei FN 21.

[28] Mißt man den Materialien hingegen zentrales Gewicht bei, so hätte der OGH wohl auch die deutlichen Hinweise

5. Nun noch kurz ein paar Worte zu den *Hilfsargumenten*. Die Untätigkeit des Gesetzgebers in Hinblick auf eine der Bürgschaft vergleichbare Formvorschrift für den Schuldbeitritt stützt das Ergebnis des OGH mE nicht einmal schwach: Die Erfahrung zeigt, daß es ohne Anstoß durch irgendeine Lobby nur sehr zufällig zu Novelierungen kommt. So gibt es allein im ABGB eine Vielzahl von Bestimmungen, die seit Jahrzehnten unbestritten als unkorrekt oder widersprüchlich erkannt sind, ohne daß dies zu einer Aktivität des Gesetzgebers geführt hätte (willkürliche Beispiele: Antinomie zwischen § 371 und § 415 ABGB; Verweis auf Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag in § 336 ABGB; aus neuerer Zeit: Erwähnung des Wandlungsfalls in § 9 Z 1 KSchG).

Im vorliegenden Zusammenhang erwähnt der OGH — merkwürdigerweise ohne Zitat — kurz auch meine Ansicht (Erstreckung der Bürgschaftsform auf den zu Gutstehungszwecken erklärten Schuldbeitritt) und meint dazu, daß auch sie die von mir angenommene Beendigung der Abgrenzungsschwierigkeiten nicht herbeiführen könne, sage ich doch selbst, auch Bürgen hätten sehr häufig Eigeninteressen. Hier wird einiges durcheinandergebracht. Zum ersten bleibt unerfindlich, wieso das Höchstgericht meint, ich glaubte mit meinem Ansatz das *Abgrenzungsproblem* zu lösen. Mein Anliegen war bloß, es im Ergebnis zu *entschärfen*, indem im Gutstehungsreich die Abgrenzung für die praktisch zentrale Formfrage *keine Bedeutung mehr* hat [29]! Zum zweiten spricht auch mein Hinweis auf häufig bestehende (wie immer geartete) Eigeninteressen bei der Bürgschaft weit mehr für als gegen die Analogie: Die Wertungswidersprüche würden ja nur umso größer, wenn bei der (auch) eigenwirtschaftlich motivierten Bürgschaft Schriftform bei sonstiger Nichtigkeit zu fordern wäre, beim gänzlich selbstlosen Schuldbeitritt hingegen nicht.

Wie ernst der OGH seinen Schlußsatz wirklich meint — in Kurzform: plötzlich könnte jeder Vertrag formpflichtig sein —, wage ich nicht zu beurteilen. Mir scheint er eher als plakativer „Drüberstreuer“ gedacht. Ohne ausreichende Ähnlichkeit der beteiligten Interessen und konkreten *gesetzlichen* Anhaltspunkten kämen nicht einmal Leute wie ich auf die Idee, Formpflichten zu erfinden. So kann zwar etwa auch der Kauf wertvoller Sachen (zB von Grundstücken) übereilt erfolgen. Eine Ähnlichkeit zur Bürgschaft (einseitig verpflichtender Haftungsvertrag für fremde Schuld!) besteht jedoch nicht. Selbstverständlich geht es bei der gesamten Diskussion *ausschließlich* um den Interzessionsbereich. Ansonsten ist es tatsächlich und unzweifelhaft allein Sache des Gesetzgebers, Formvorschriften zu erlassen (vgl § 313 dBGB). Damit geht der Hinweis des OGH auf die Möglichkeit, daß sich auch der ursprüngliche Schuldner unüberlegt und übereilt verpflichtet habe, im vorliegenden Zusammenhang ins Leere: Natürlich kann das *in Einzelfällen* so

beachten müssen (insb aaO 418), wonach bei fehlendem Eigeninteresse nahezu immer bloß (formpflichtige) Bürgschaft vorliegt (siehe dazu bereits in FN 2 und 7).

[29] Richtig erkannt etwa von *Schett*, JAP 1991/92, 206 und vom (1. Senat des) OGH in ÖBA 1993, 146, 149 aE.

sein; eine Formanalogie wäre allein damit jedoch nie zu rechtfertigen [30].

6. Nach allem bleibe ich bei meiner Ansicht, daß die stärkeren Argumente — wenn auch vielleicht nur leicht überwiegend — für die analoge Anwendung des Schriftformerfordernisses auf Gutstehungs-Schuldbeitritte sprechen [31]. Für sachgerecht dürfte ja auch der OGH diese Lösung halten [32], nur meinte er damit die Lex-lata-Grenze zu überschreiten.

Wollte man allerdings dem OGH folgen, so wäre Konsequenz wohl *Verfassungswidrigkeit* [33]: Bei nicht durch Eigeninteresse motivierter Übernahme einer Haftung für fremde Schuld läge eine kraß *gleichheitswidrige* Regelung und damit ein Verstoß gegen Art 7 B-VG vor: Einmal wäre die nichtschriftliche Erklärung des Interzedenten voll bindend, das andere Mal nichtig; das, obwohl die Interessenlage (nahezu) völlig ident ist.

Wünschenswert wäre aber jedenfalls (ausnahmsweise) ein *Eingreifen des Gesetzgebers* [34]. Ob das unsere Generation noch erleben wird?

Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Rostock

[30] Ob man uns „Wertungsangleichern“ (vgl. *Wilhelm*, *ecolex* 1993, 302) sogar so etwas zutraut? (Zum Beweis des Gegenteils soll ein Hinweis auf *P. Bydlinski*, Bürgschaft im Handelsrecht 10 ff genügen.)

[31] Die Sicherheit eines Vertreters der Gegenposition („vollkommen richtig“; „methodisch vollkommen einwandfrei“: *Wilhelm*, *ecolex* 1993, 302) möchte ich dabei für mich aber keinesfalls in Anspruch nehmen; wohl aber die Bemühung um eingehende und ausgewogene Argumentation.

[32] Warum *Wilhelm* (*ecolex* 1993, 302) meint, eine Entscheidung des Höchstgerichts in diesem Sinn hätte (nach dem Garantie-Erkenntnis) zu weiterer Rechtsverunsicherung geführt, weiß ich nicht. Gerade wegen der weiterhin bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall würde eine Lösung, die für alle Sicherungsarten die gleiche Form verlangt, die Rechtssicherheit vielmehr *massiv fördern*. Interessanterweise verwendet der 1. Senat des OGH die Existenz gravierender Abgrenzungsprobleme („kaum lösbare Auslegungsschwierigkeiten“: ÖBA 1993, 149 aE) durchaus als Argument für Formanalogie, wenn auch ausdrücklich nur im Zusammenhang mit der Garantie.

[33] Der Grundsatz „verfassungskonformer“ Auslegung (bzw. Rechtsfindung) gehört ebenfalls zum teleologischen Bereich (*F. Bydlinski*, *Methodenlehre*² 455). Meint man, die Lex-lata-Grenze würde (unzulässigerweise) überschritten werden, wenn historische und systematische Argumente in die Gegenrichtung deuten, so kann daher dieser Gesichtspunkt (der Gleichheitswidrigkeit) die Rechtsfindung selbst auch nicht beeinflussen. (Ansonsten gäbe es ja niemals verfassungswidrige Normen.)

[34] Gerade jetzt, wo das Höchstgericht für die Garantie Schriftform verlangt und sich die Stimmen mehren, wonach diese Form schon bei der Bürgschaft nicht hinreichend vor Übereilung schützt (vgl. etwa *Honsell*, *JZ* 1989, 496; *Medicus*, *ZIP* 1989, 820; *P. Bydlinski*, *NZ* 1991, 168), ist eine solche — widersprüchliche — „Rechtslage“ besonders unerfreulich.