

Zur Übermittlung einer Bürgschaftserklärung per Telefax

Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofes (OGH) vom 27.3. 1995

mit Anmerkung von Peter Bydlinski, Rostock

§§ 1346, 886 ABGB. Eine durch Telefax übermittelte Bürgschaftserklärung ist auch dann unwirksam, wenn die der Fernkopie als Grundlage dienende Urkunde die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden trägt. Gemäß § 886 Satz 3 ABGB ist nur bedeutsam, was im Geschäftsverkehr allgemein üblich ist.

Auszug aus der Begründung: „[...] Das Berufungsgericht [...] führte im wesentlichen aus, der Beklagte habe sowohl das Telefax vom 23.6. 1993 als auch jenes vom 23.7. 1993 ‚handschriftlich unterfertigt‘. Damit habe der Beklagte dem Formerfordernis des § 1346 Abs.2 ABGB entsprochen. Die Detailuntersuchung des Formzwecks spreche im vorliegenden Fall für die Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung des Beklagten. Es könne nämlich nicht darauf ankommen, ob dieser der klagenden Partei die ‚handschriftlich unterfertigte Annahme des Angebotes [...] per Telefax oder im Original per Post‘ übermittle. Die Entscheidung EvBl 1994/86 spreche nicht gegen diese Auffassung, da in jenem Fall bloß ein Schreiben mittels Telefax übermittelt worden sei, das anstelle der eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden nur dessen mit Maschinenschrift geschriebenen Namen enthalten habe. Eine klagbare Bürgschaftvereinbarung liege demnach vor. [...]

Die *Revision* ist berechtigt.

Nach dem der Entscheidung SZ 58/85 zugrundeliegenden Sachverhalt war die Rechtsfrage zu lösen, ob die vom Geschäftsführer einer GmbH in einem Fernschreiben zum Ausdruck gebrachte Erklärung, für den – nach den Klagebehauptungen von der Gesellschaft geschuldeten – offenen Betrag zu bürgen, dem gemäß § 886 und § 1346 Abs.2 ABGB einzuhaltenden Schriftformerfordernis genügt. Der OGH verneinte dies und verwies dabei vor allem auf die herrschende Ansicht zur deutschen Rechtslage bei gleicher Problemstellung. Eine mechanisch hergestellte Unterschrift ersetze die eigenhändige nicht, was auch für die Fotokopie einer eigenhändigen Unterschrift gelte. Ebenso reiche ein Telegramm mangels eigenhändiger Unterschrift zur Erfüllung des Schriftformgebotes nicht aus, gleichgültig ob eine eigenhändig unterschriebene Aufgabendepesche oder etwa nur eine telefonische Aufgabe vorliege. Der Schutzzweck des § 1346 Abs.2 ABGB – die schweren Folgen unüberlegter Gutstehungserklärungen zu vermeiden und vor der leichtfertigen Übernahme einer riskanten Verbindlichkeit zu warnen – sei heute genauso aktuell wie zur Zeit der Erlassung dieser Bestimmung. Es entspreche allgemeiner Rechtsüberzeugung, daß eine schriftliche Erklärung ‚erst mit der (eigenhändigen) Unterschrift verbindliche Wirkung erlange‘. Rummel (in Rummel, ABGB² Rz 1 zu § 886) hält – worauf auch von *Gamerith* in Rummel, ABGB Rz 8 zu § 1346 verwiesen wird – dieser Entscheidung zu Unrecht entgegen, es sei unbeachtet geblieben, daß § 886 ABGB von der deutschen Rechtslage abweiche, weil im dritten Satz dieser Gesetzesstelle davon die Rede

sei, eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege genüge nur dann, wenn sie im Geschäftsverkehr üblich sei. Gerade der von *Rummel* hervor gehobene Unterschied zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage war aber für den OGH Anlaß für die Klarstellung, es entspreche auch heute noch der allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß eine schriftliche Erklärung – außerhalb des Anwendungsbereiches des § 350 HGB – erst mit der eigenhändigen Unterschrift verbindliche Wirkung erlange, die klagende Partei habe im Verfahren erster Instanz weder vorgebracht noch bewiesen, daß es der allgemeinen Verkehrsübung entspreche, fernschriftliche Willensäußerungen in ihrer bindenden Wirkung eigenhändig unterfertigten schriftlichen Erklärungen gleichzuhalten.

In der Entscheidung EvBl 1994/86 war zu klären, ob für die schriftliche Anzeige des Ersatzanspruches des Bestandnehmers gemäß § 10 Abs. 4 Z 1 Mietrechtsgesetz in der Fassung vor dem 2. Wohnrechtsänderungsgesetz ein mittels Telefax übermitteltes Schreiben, das anstelle der eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden nur dessen mit Maschinschrift geschriebenen Namen enthält, ausreicht. Der erkennende Senat verneinte das nach eingehender Auseinandersetzung mit der neueren österreichischen Literatur und der zu Fragen der gesetzlich gebotenen Schriftform vergleichbaren deutschen Rechtslage. Das Gebot der Schriftlichkeit bedeute – abgesehen von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen – im allgemeinen, Unterschriftlichkeit. Das Erfordernis der Schriftform sei nicht Selbstzweck; es solle vielmehr gewährleisten, daß aus dem Schriftstück der Inhalt der abzugebenden Erklärung und die Person, von der sie ausgehen, hinreichend zuverlässig entnommen werden könnten. In SZ 58/85 sei daher ein Fernschreiben, das am Ende den ausgedruckten Namen des Erklärenden aufgewiesen habe, nicht als gültige schriftliche Bürgschaftserklärung im Sinn des § 1346 Abs. 2 ABGB angesehen worden, weil damit der Warnfunktion der eigenhändigen Unterfertigung nicht entsprochen werde. Aus im wesentlichen gleichen Erwägungen habe das Oberlandesgericht Frankfurt in NJW 1991, 2154, die Wirksamkeit einer durch Telefax übermittelten Bürgschaftserklärung verneint. In NJW 1981, 1204, habe der deutsche Bundesgerichtshof unter Hinweis auf § 126 BGB generell ausgesprochen, es genüge aus Gründen der Rechtssicherheit – abgesehen von gesetzlichen Ausnahmen – weder eine telegraphische noch eine mechanisch hergestellte oder vervielfältigte Unterschrift. Ausgehend von einem mietrechtlichen Spezialproblem behandelte also der OGH, was das Berufungsgericht zu übersehen scheint, das gesetzliche Gebot der Schriftform – auch unter Bezugnahme auf § 1246 Abs. 2 ABGB – ganz allgemein.

Bei Bedachtnahme auf die in den Entscheidungen SZ 58/85 und EvBl 1994/86 zu den Erfordernissen der gesetzlich gebotenen Schriftform dargelegten Grundsätze, an denen der erkennende Senat festhält, gelangt man zwanglos zu dem von der Revision angestrebten Ergebnis, ein Telefax entspreche auch dann nicht der für die Verpflichtungserklärung des Bürgen in § 1346 Abs. 2 ABGB angeordneten Schriftform, wenn die der Fernkopie als Grundlage dienende Urkunde die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden enthält (*Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, *ecolex*, 1990, 209 f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht⁹ I 151; *Gschmitzer/Faistenberger/Barta*, Bürgerliches Recht AT² 735; offenbar ebenso in diesem Sinne zu verstehen: *Mader* in Schwimann, ABGB Rz 5 zu § 1346). Dem läßt sich jedenfalls für die schriftliche Verpflichtungserklärung eines Bürgen nicht mit dem Argument begegnen, wer sich am Telefaxverkehr beteilige, gebe damit zu erkennen, daß für ihn diese Über-

mittlungsform und Unterschrift geschäftsbüchlich sei (so aber *Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 296). Gemäß § 886 dritter Satz ABGB ist es nämlich nicht von Bedeutung, was für einen bestimmten Teilnehmer am Geschäftsverkehr üblich sein mag, sondern nur, was im Geschäftsverkehr *allgemein* üblich ist (in diesem Sinne offenbar auch *Wilhelm* aaO. 209). Ganz konkret auf eine Bürgschaftserklärung und durch Telefax bezogen, kam jetzt auch der deutsche BGH zum Ergebnis, es werde damit dem gesetzlichen Gebot der Schriftform gemäß § 766 BGB nicht entsprochen (NJW 1993, 1126 = JZ 1993, 1005 mit Anm. von *Vollkommer* = JR 1993, 318 mit Anm. von *Schmidt* – im Anlaßfall ging es um eine notariell beurkundete, aber bloß durch Telekopie übermittelte Bürgschaftserklärung). Das vom BGH behandelte Problem der formgerechten ‚Erteilung‘ der Bürgschaftserklärung stellt sich nach österreichischer Rechtslage nicht anders als nach der deutschen. Auch nach österreichischem Recht muß nämlich eine dem gesetzlichen Formgebot entsprechende Bürgschaftserklärung dem Vertragspartner zugehen, um als rechtsgeschäftliche Willenserklärung verbindlich zu werden.

Das Klagebegehren scheidet also – soweit es sich auf Bürgschaft stützt – entgegen der von den Vorinstanzen vertretenen Auffassung schon daran, daß eine durch Telekopie übermittelte Bürgschaftserklärung, der es an der eigenhändigen Originalunterschrift des Erklärenden fehlt, der in § 1246 Abs. 2 ABGB angeordneten Schriftform nicht entspricht. Es bedarf daher keiner Erörterung mehr, ob die hier zu beurteilenden und jeweils durch Telefax übermittelten Erklärungen überhaupt als rechtlich verbindliche Bürgschaftsverpflichtungen des Beklagten anzusehen wären, trügen die der klagenden Partei zugegangenen Urkunden die Originalunterschriften des Beklagten (vgl. zu den weiteren Voraussetzungen einer gültigen Verpflichtungserklärung des Bürgen z. B.: JBl 1991, 193; EvBl 1991/188).“

Anmerkung:

I. Der aktuelle Meinungsstand in Österreich und Deutschland

Nach dem BGH¹ hat nun auch der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) eine durch *Telefax* übermittelte Bürgschaftserklärung für *formunwirksam* erklärt². Da das Problem in Österreich bis dahin kaum diskutiert wurde,

¹ Bundesgerichtshof (BGH) 28.1. 1993, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 121, 224 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1126 = ZEuP 1994, 493 (*Peter Bülau*) = Juristenzeitung (JZ) 1993, 1005 (*Max Vollkommer/Ingrid Gleißner*) = Juristische Rundschau (JR) 1993, 318 (*Karsten Schmidt*) = Das Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen (LM) § 766 BGB Nr. 26 (*Hans Peter Pecher*) = Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR) 1993, 561 (*Helmuth Koziol*) = Wirtschafts- und Bankrecht (WuB) I F 1 a. – 8.93 (*Reinhold Thode*) gegen das Kammergericht (KG) vom 30.9. 1991 (unveröffentlicht) als Vorinstanz.

² Österreichisches Bank-Archiv (ÖBA) 1996, 73 (*Peter Rummel*) = Juristische Blätter (JBl) 1995, 656; grundsätzlich bestätigt durch Entscheidung vom 26.4. 1996, *ecolex* 1996, 667, wo der Oberste Gerichtshof (OGH) allerdings dem Formzweck ausdrücklich entscheidende Bedeutung beimißt und deshalb für die dort entscheidungsrelevante Norm des Art 30 Abs. 3 CMR keine Unterschrift verlangt.

stützt das Höchstgericht seine Ansicht nahezu ausschließlich auf das deutsche Vorbild: Das Problem der formgerechten „Erteilung“ stelle sich hier nicht anders als dort.

In Deutschland ist die Annahme eines Formverstößes beinahe einhellige Meinung³; in Österreich mehren sich die gegenteiligen Stimmen⁴.

II. Der Formzweck des Schriftlichkeitsgebots bei der Bürgschaft

§ 766 Satz 1 BGB verlangt für die Wirksamkeit *schriftliche Erteilung* der Bürgschaftserklärung. Dies wird nun sehr eng verstanden: Notwendig sei eine körperliche Entäußerung der Urschrift, also der *Originalurkunde*⁵ (die selbstverständlich auch dem Gläubiger zukommen muß⁶). Diesem Ansatz ist zweierlei entgegenzuhalten: Einerseits wird das Schuldrecht hier unpassenderweise durch eine sachenrechtliche Brille gesehen⁷; andererseits wird die Gesetzesformulierung zu wenig aus dem Blickwinkel des (unbestrittenen) Formzwecks betrachtet. Dieser liegt in der Warnung vor den besonderen Risiken einer Bürgschaft; die eigenhändige Unterschrift soll vor Übereilung schützen.

Gerade wenn man bedenkt, daß § 766 BGB lange vor der Entwicklung der heute gebräuchlichen Datenübermittlungstechniken formuliert wurde, wird

³ Siehe etwa *Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt/Main* v. 16.11. 1990, NJW 1991, 2154 = EWIR 1991, 1973 (*Max Vollkommer*); *Heinz Thomas*, in: Palandt (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 55. Auflage, 1996, § 766 Rn.1; *Peter Ebnert*, NJW 1992, 2985, 2990; *Albrecht Cordes*, NJW 1993, 2427; *Hans Graf Lambsdorff/Bernd Skora*, Handbuch des Bürgschaftsrechts, 1994, Rz.159; *Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke*, Bürgschaftsrecht, 1995, Rn.60. Anderer Ansicht nur das *KG* (Fn.1) sowie *Helmut Koziol*, EWIR 1993, 562; kritisch aber auch *Karsten Schmidt*, JR 1993, 321. – Wie die herrschende Ansicht zu § 766 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) nun auch zu § 566 BGB sowie zur gewillkürten Schriftform (§ 127 BGB) *OLG Celle*, EWIR 1996, 161 (*Eckert*).

⁴ *Peter Rummel*, ÖBA 1996, 76f.; *Peter Bydlinski*, Österreichisches Recht der Wirtschaft (RdW) 1996, 196f.; *Helmut Koziol*, ÖBA 1996, 478f.; im Ergebnis wie der OGH hingegen *Wilhelm*, *ccolex* 1996, 449 (dessen Anmerkung sich primär mit dem Abruf einer Garantie per Telefax beschäftigt).

⁵ Statt vieler *BGH* vom 23.5. 1985, BGHZ 94, 380, 384. Weniger streng zum Zugang einer notariell beurkundungspflichtigen Willenserklärung (§ 15 Abs.4 GmbH-Gesetz) hingegen nunmehr der *BGH* (8. Senat) v. 7.6. 1995, NJW 1995, 2217, der eine beglaubigte Abschrift ausreichen läßt.

⁶ Statt aller *Othmar Jauernig/Max Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, 1994, § 766 BGB Anmerkung 2c.

⁷ Gleiches gilt etwa für die Formulierung, der Gläubiger müsse über die Urkunde „verfügen“ können (so zum Beispiel *Jauernig/Vollkommer* [Fn.6] § 766 BGB Anmerkung 2c; *Hans-Hermann Seiler*, in: Erman (Hg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, 1993, § 766 Rn.14; *Reinicke/Tiedtke* [Fn.3] Rn.60f.), wie auch für die Diskussion um die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, bei der nicht immer hinreichend deutlich wird, welche Bedeutung Innehabung beziehungsweise Rückgabe der Urkunde haben (siehe etwa BGHZ 94, 380, 384, wo offenbar besonderer Wert auf den Besitz der Urkunde gelegt wird). Tatsächlich ist die Innehabung vor allem auf der Beweisebene von Bedeutung; der Bestand des Gläubigeranspruchs hängt hingegen nicht vom Verbleib der Urkunde beim Gläubiger ab (siehe nur *Norbert Horn*, in: Staudinger (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741–764, 13. Bearbeitung 1996, § 766 Rn.17). Nicht einmal freiwillige Rückgabe an den Bürgen führt zwingend zum Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung (richtig z.B. *Reinicke/Tiedtke* [Fn.3] Rn.63).

deutlich, daß bei der Auslegung der Vorschrift dem klaren Gesetzeszweck höchste Priorität gebühren muß. Das gilt umso mehr für den noch neutraler formulierten § 1346 Abs.2 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) (in Verbindung mit § 886 ABGB), wo nur von (*unter*)*schriftlicher Abgabe* die Rede ist⁸. Meines Erachtens kann nun aber nicht bestritten werden, daß derjenige, der eine Urkunde unterfertigt und losfaxt, nicht weniger vor den Konsequenzen gewarnt ist als der, der sie in ein Briefkuvert steckt und dieses in den Briefkasten wirft⁹. Der besondere Formzweck des § 766 Satz 1 BGB beziehungsweise des § 1346 Abs.2 ABGB (Schutz vor Übereilung) ist also auch bei der Telefaxbeförderung erfüllt¹⁰.

Diese oder ähnliche Gedanken hat der 8. Senat des BGH unlängst in anderem Zusammenhang durchaus berücksichtigt¹¹: Er ließ die Übersendung einer Ausfertigung (beglaubigte Abschrift) bei gesetzlicher Pflicht zu notarieller Beurkundung (§ 15 Abs.4 GmbHG) vor allem mit dem Argument ausreichen, die gesetzliche Form (notarielle Beurkundung) sei gewahrt worden; es gehe vielmehr bloß um ein Problem des *Zugangs*, über den rechtsgeschäftlich disponiert werden könne. Nicht viel anders ist es hier: Der Bürge hat die Urkunde *eigenhändig* unterschrieben; der Gläubiger hat sich mit dem Zugang einer bloßen Telekopie zufrieden gegeben (und damit einverstanden erklärt).

III. Beachtlichkeit sonstiger Formzwecke

Damit könnte den beiden Höchstgerichten für die Bürgschaftsform allenfalls dann gefolgt werden, wenn es im Telefaxverkehr zur Mißachtung anderer zwingender Formzwecke käme. Dabei könnte allenfalls der Beweisaspekt eine Rolle spielen. Daß dem nicht so ist, wurde schon mehrfach dargetan¹². Dabei sind zwei Fragen auseinanderzuhalten: 1. Muß sich ein Gläubiger mit einer Telefaxbürgschaft begnügen? Antwort: Nein, da Verfälschungen möglich sind und die Echtheitskontrolle schwierig ist. Tut er es aber, so handelt er quasi „auf eigene Gefahr“. 2. Wer muß beweisen, daß die Unterschrift auf

⁸ Irrig ordnet demgegenüber *Wilhelm*, *ccolex* 1996, 449, die Methodenfrage nicht als solche der Interpretation, sondern als eine der teleologischen Reduktion ein. Dies offenbar deshalb, weil seine folgende (unbegründete) *petitio principii* lautet: „Das Schriftgebot des § 886 ABGB verlangt, daß dem Empfänger eine Urkunde zugeht, die selbst eigenhändig unterschrieben ist.“

⁹ Näher *Bydlinski*, RdW 1996, 196f.

¹⁰ Ebenso *Koziol*, EWIR 1993, 562; *Rummel*, ÖBA 1996, 76f. sowie das *Berufungsgericht* im vorliegenden Verfahren; für ausreichende Wahrung des Übereilungsschutzes nun sogar *Wilhelm*, *ccolex* 1996, 449 und auch *Cordes*, NJW 1993, 2427, 2428f., der dem BGH aber dennoch folgt und dafür vor allem den „klaren Wortlaut“ von § 126 Abs.1 BGB sowie die Rechtssicherheit ins Treffen führt. (Cordes übersieht dabei, daß der Bürge sehr wohl eine eigenhändige Unterschrift geleistet hat.)

¹¹ *BGH* v. 7.6. 1995, NJW 1995, 2217.

¹² *Rummel*, in: Festschrift für Ostheim, 1990, S.211, 219ff.; *derselbe*, ÖBA 1996, 77; *Koziol*, EWIR 1993, 562; *Bydlinski*, RdW 1996, 197. Anderer Ansicht *Wilhelm*, *ccolex* 1996, 449; *Cordes*, NJW 1993, 2427, 2428f.

einer Telefaxbürgschaft vom angeblichen Bürgen stammt? Antwort: Der Gläubiger, der auch sonst für alle anspruchsbegründenden Tatsachen beweispflichtig ist. Damit ist klar, daß eine Telefaxbürgschaft keinesfalls unwirksam sein kann, wenn der Bürge zugibt, die Urkunde selbst unterschrieben und das Fax losgeschickt zu haben.

IV. Ein Blick in andere europäische Rechtsordnungen

Die hier vertretene Ansicht von der Wirksamkeit der Telefaxbürgschaft wird durch einen kurzen Blick in – zufällig ausgewählte – andere europäische Rechtsordnungen bestätigt¹³. So enthalten das *italienische* und das *französische* Recht für die Bürgschaft interessanterweise überhaupt kein Formgebot (vgl. Art.1350, 1937 des Codice Civile; Art.2015 des Code Civil¹⁴). Gleiches gilt grundsätzlich für das *spanische* Recht (Art.1278, 1827 des Código Civil); merkwürdigerweise ist dort aber gerade die Handelsbürgschaft schriftformpflichtig (Art.440 des Código de Comercio)¹⁵. Im *englischen* Recht entspricht die Telekopie anerkanntermaßen dem Schriftformerfordernis¹⁶. Und das an sich besonders bürgenfreundliche *Schweizer* Recht¹⁷ verlangt zwar ab einer gewissen Höhe der verbürgten Schuld (2000 sfr) unter anderem die öffentliche Beurkundung der Bürgschaftserklärung sowie die eigenschriftliche Angabe des Haftungsbetrags (Art.493 Abs.2 des Obligationenrechts [OR]). Zumindest die Schriftform des Abs.1 dieser Norm ist aber bloß an Art.13 Abs.2 OR zu messen, der bei unterschriebener Aufgabedepesche sogar ein Telegramm genügen läßt; die herrschende Ansicht läßt daher auch eine Telefaxübermittlung zu¹⁸. Für Bürgschaften über 2000 sfr spricht meines Erachtens aus Übereilungsschutzgründen jedoch ebenfalls nichts gegen das Telekopieren einer den Voraussetzungen des Art.493 Abs.2 OR entsprechenden Erklärung.

Rechtsvergleichend zeigt sich weiter, daß die Verletzung bloßer Beweissicherungs-Formvorschriften (vergleiche dazu aus deutscher und österreichischer Sicht unter III.) in manchen Rechtsordnungen nicht volle Unwirksamkeit, sondern nur den Ausschluß bestimmter Beweismittel nach sich zieht;

¹³ Zum Formzweck in übernationaler Sicht Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.Auflage, 1996, S.361, die den Übereilungsschutzzweck (im Unterschied zur bloßen Beweisfunktion) als „Seriositätsfunktion“ bezeichnen. Jüngst ausführlich rechtsvergleichend zu Formfragen Hein Kötz, Europäisches Privatrecht I, 1996, § 5, speziell zur Bürgschaftsform S.132 ff.

¹⁴ Siehe Murad Ferid/Hans J. Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 2, 2. Auflage, 1986, Rn.2 M.22.

¹⁵ Näher mit weiteren Nachweisen Bülow, ZEuP 1994, 499 ff.

¹⁶ Wolfgang Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht, 1988, S.32; siehe ferner die Nachweise (auch zum US-amerikanischen Recht) bei Bülow, ZEuP 1994, 501 f. Fn.26.

¹⁷ Siehe nur Peter Bydliński, recht 1994, 249 ff.

¹⁸ Ingeborg Schwenger, in: Heinrich Honsell (Hg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I, 1992, Art.13 Rn.14 mit weiteren Nachweisen.

so im *romanischen* Rechtskreis grundsätzlich den Ausschluß des Zeugenbeweises (vergleiche etwa Art.1341 des Code Civil¹⁹, Art.2721 des Codice Civile)²⁰. Auch diese Folge würde bei Vorliegen einer Telekopie nicht eintreten, da eine Beweisführung (auch) mittels Urkunde möglich ist²¹.

V. Resümee und Ausblick

Da Formzweckerwägungen somit nicht gegen die Wirksamkeit der Telefaxbürgschaft sprechen, greift der zentrale zivilrechtliche Grundsatz des „pacta sunt servanda“ wieder ungehindert ein. Nach allem sollten BGH und OGH ihre Rechtsprechung nochmals überdenken. Da bisher erst je eine höchstgerichtliche Entscheidung im hier kritisierten Sinn ergangen ist, stehen einer Judikaturänderung auch keine unübersteiglichen praktischen Hindernisse entgegen. Der BGH hat gerade im Bürgschaftsrecht in jüngerer und jüngster Vergangenheit immer wieder Mut zu besserer Einsicht bewiesen²². Er sollte es ein weiteres Mal tun. Und dabei sollte ihm der OGH (wieder) folgen.

¹⁹ Dazu Ferid/Sonnenberger (Fn.14) Band 1/1, 2. Auflage, 1994, Rn.1 F 501 ff., insbesondere 532 ff. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen über einer bestimmten Summe ist die Urkunde nur dann als Beweismittel geeignet, wenn der Schuldner neben seiner Unterschrift auch den Schuldumfang handschriftlich in Worten niedergelegt hat (Art.1326 des Code Civil), dazu auch Rn.1 F 534.

²⁰ Siehe Zweigert/Kötz (Fn.13) 363, 365, 360.

²¹ Das französische und das italienische Recht lassen den Zeugenbeweis sogar schon dann wieder zu, wenn der Beweispflichtige einen schriftlichen Ansatz zum Beweis vorlegen kann (Art.1347 des Code Civil; Art.2724 Nr.1 des Codice Civile).

²² Im vorliegenden Zusammenhang sei insbesondere auf NJW 1996, 1467 hingewiesen, wo der BGH am 29.2.1996 gegen eigene Vorjudikatur (siehe nur BGH v. 21.1.1984 NJW 1984, 798 mit weiteren Nachweisen) ganz zu Recht eine Blankettbürgschaft nur dann für formwirksam erachtet, wenn auch die Ausfüllungsvereinbarung der Vorschrift des § 766 Satz 1 BGB entspricht. Siehe ferner etwa die veränderte Beurteilung einer – formularmäßigen – betraglich unbegrenzten Globalbürgschaft (BGH v. 13.5.1995, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [ZIP] 1995, 1244 und BGH v. 13.7.1995, ZIP 1995, 1888) sowie sogar einer Höchstbetragsbürgschaft für künftige Ansprüche (BGH v. 18.5.1995, BGHZ 130, 19 = NJW 1996, 2369; vgl. vorher NJW 1995, 2553).