

nachstehendes an: ausreichend ausreichend

Somit treten wir ... (die Beklagten) ... der Schuld der ... (Gesellschaft) ... an Sozialversicherungsbeiträgen einschließlich 1/99 auf den jeweiligen Beitragskonten in der Höhe von 712.307,79 S ... zuzüglich der Nachtragsvorschreibungen, Beitragszuschläge und der nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz zu berechnenden Verzugszinsen sowie sämtlicher Nebengebühren als Bürgen und Zahler vorbehaltlos und unwiderruflich bei. Gleichzeitig treten wir den 2/99 auf den Beitragskonten neuauflaufenden Sozialversicherungsbeiträgen, Nachtragsvorschreibungen, Beitragszuschlägen und den Verzugszinsen nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz sowie sämtlichen Nebengebühren als Bürgen und Zahler vorbehaltlos und unwiderruflich bei.

Die Haftung erlischt, wenn keine wie immer gearteten Rückstände an Kapital und Nebengebühren einschließlich Verzugszinsen auf sämtlichen Beitragskonten aushaften (d. h. wenn Saldo Null eintritt). Wir verpflichten uns, die Bürgschaftsschuld wie folgt zu bezahlen:

a) 380.000 S bis spätestens 5. 3. 1999,

b) die restlichen Sozialversicherungsbeiträge einschließlich 1/99 zuzüglich der noch zu berechnenden Verzugszinsen und Nebengebühren, in aufeinanderfolgenden Monatsraten von je 55.000 S, beginnend mit 5. 4. 1999, bei einem Zahlungsrespiro von 3 Tagen,

c) die 2/99 neuauflaufenden Sozialversicherungsbeiträge, Nachtragsvorschreibungen und Beitragszuschläge pünktlich bei Fälligkeit.

Nebenabreden wurden mündlich nicht getroffen. Jede Änderung und Ergänzung dieses Vertrages bedarf der Schriftlichkeit. ...

Wir bestätigen mit unserer Unterschrift auch, daß diese Niederschrift uns vorgelesen und von uns genehmigt wurde.“

Das Beitragskonto der Gesellschaft war in der Folge nie „ausgeglichen“. Beim Ausscheiden des Zweitbeklagten als Gesellschafter am 3. 3. 2002 haftete noch ein Betrag von etwa € 2.000 aus.

Die klagende Partei begehrte den Anspruch von € 22.033,79 sA an rückständigen Sozialversicherungsbeiträgen der Gesellschaft für Jänner bis Juli 2000 und stützte sich auf die Haftung der Beklagten als Bürgen und Zahler kraft deren schriftlichen Verpflichtungserklärung vom 25. 2. 1999. Danach seien die Beklagten der Beitragsschuld der Gesellschaft auch „ab 02/99 ... vorbehaltlos und unwiderruflich“ beigetreten.

1201.

§§ 886, 1346 ABGB. Auch bei schriftformgebundenen Rechtsgeschäften ist der Parteilwille nach allgemeinen Auslegungsregeln festzustellen. Die Aedeutungstheorie ist nur zur Lösung der Frage heranzuziehen, ob das übereinstimmend Gewollte formgerecht und damit rechtswirksam erklärt wurde. Bei noch so geringen Anhaltspunkten für den in der Klage geltend gemachten Haftungsumfang in der Urkunde ist auf eine allfällige Formungültigkeit nicht von Amts wegen Bedacht zu nehmen.

OGH 16. 12. 2003, 1 Ob 213/03k

Aus den Entscheidungsgründen:

Über eine GmbH wurde mit Beschluß des HG Wien vom 25. 8. 2000 der Konkurs eröffnet. Diese Gesellschaft schuldet der klagenden Partei für den Zeitraum von Jänner bis Juli 2000 Dienstgeberanteile der Beiträge zur Sozialversicherung samt Verzugszinsen und Nebengebühren in der Höhe von insgesamt € 22.033,79; dieser Betrag ergibt sich aus dem Rückstandsausweis der klagenden Partei vom 16. 1. 2002. Die Gesellschaft schuldete bereits 1999 Beitragszahlungen. Am 25. 2. 1999 unterfertigten die Beklagten als damals geschäftsführende Gesellschafter der Beitragsschuldnerin in den Räumen der klagenden Partei folgende schriftliche Erklärung (Auszug):

„Die wirtschaftliche Lage der Beitragsschuldnerin wurde erörtert. Wir erklären, daß wir diesbezüglich voll informiert sind und die Beitragsschuldnerin die Verbindlichkeiten voll erfüllen wird.

...

Über unsere Einkommens- und Vermögensverhältnisse befragt, geben wir

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren statt.

Das *Berufungsgericht* wies das Klagebegehren ab und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Die *Revision* ist zulässig; sie ist im Ergebnis auch berechtigt.

1. Bürgschaftsumfang – Parteiwille

1.1. Unter Berufung auf eine gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung betonte der erkennende Senat in der E 1 Ob 163/00b (= ÖBA 2001, 477 [*P. Bydlinki*]), daß in einer Bürgschaftserklärung nicht der volle „Inhalt“ der Haftung angegeben sein, sondern die Urkunde nur die wesentlichen Merkmale der Verpflichtung enthalten müsse. Das Form Erfordernis gemäß § 1346 Abs 2 ABGB sei auch dann erfüllt, wenn sich in der Urkunde für den durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen ein zureichender Anhaltspunkt finde, der Inhalt der Verpflichtung also dort irgendwie zum Ausdruck komme. Wie für den Bürgschaftsvertrag gelte daher auch für den Garantievertrag, daß die in § 1353 ABGB enthaltene Wendung „ausdrücklich erklärt“ keine Formvorschrift sei, sondern lediglich bedeute, daß der Geschäftswille hinreichend deutlich zum Ausdruck gelangen müsse. Wohl so ist auch die Rechtsprechung zu verstehen, daß selbst eine formbedürftige Willenserklärung – ungeachtet ihres Wortlauts – entsprechend der tatsächlich übereinstimmenden Absicht der Beteiligten gültig, die Berücksichtigung von Begleitumständen und formlosen Nebenabreden aber dadurch begrenzt sei, daß sich in der Urkunde für den wahren Parteiwillen – nach der insofern maßgebenden „Andeutungstheorie“ – irgendein, wenn auch noch so geringer, Anhaltspunkt finden müsse (7 Ob 215/01w = WoBl 2002, 235 (*Prader*); 4 Ob 2194/96t = MietSlg 48.326; 4 Ob 601/95 = MietSlg 47.329; *Apathy* in Schwimann, ABGB² § 886 Rz 7). Wegen dieser die Verpflichtungserklärung eines Bürgen beherrschenden Grundsätze (1 Ob 518, 519/85 = JBl 1985, 681; 4 Ob 546/79 = EvBl 1980/99; siehe ferner RIS-Justiz RS0032263; *Apathy* aaO; *Mader* in Schwimann, ABGB² § 1346 Rz 10, § 1353 Rz 4; *Rummel* in Rummel, ABGB² § 886 Rz 13) soll sich der übereinstimmende Parteiwille insbesondere auch gegen eine bloße Falschbezeichnung in der Bürgschaftserklärung durchsetzen (4 Ob 546/79 = EvBl 1980/99; *Apathy* aaO; *Mader* aaO § 1353 Rz 4).

1.2. Im Kern auf die zuvor referierte Rechtsprechung gestützt, sprach das Berufungsgericht aus, die klagende Partei hätte darlegen und beweisen müssen, daß die Bürgschaftserklärung in dem in zweiter Instanz Streitverfangenen Punkt

eine „falsa demonstratio“ enthalte, weil der übereinstimmende Parteiwille „auf die Verbürgung hinsichtlich der in aller Zukunft fällig werdenden Sozialversicherungsbeiträge (bis zum Eintritt von Saldo Null) gerichtet“ gewesen sei.

1.3. Die klagende Partei behauptete in erster Instanz ausdrücklich, die Beklagten hätten sich auch für die „ab 02/99“ aufgelaufenen Beitragsschulden der Gesellschaft, „vorbehaltlos und unwiderruflich“ verbürgt. Die Beklagten leiteten gerade aus dieser – im Ergebnis daher auch von ihnen ausdrücklich behaupteten – Tatsache den Einwand der Sittenwidrigkeit ihrer Bürgschaften ab. Damit stellten sie aber ausdrücklich außer Streit, daß sich die – ihrer Meinung nach sittenwidrige – Haftung als Bürge und Zahler nach dem übereinstimmenden Parteiwillen auch auf die „ab 02/99“ auflaufenden Beitragsschulden der Gesellschaft habe erstrecken sollen. Demgemäß bedurften jene Tatsachen, aus denen abzuleiten ist, daß die mit der Weglassung des Wortes „ab“ sprachlich zum Ausdruck gelangte Begrenzung des Haftungsumfanges in Wahrheit nur eine vom übereinstimmenden Parteiwillen abweichende Falschbezeichnung ist, gemäß § 266 Abs 1 ZPO keines Beweises. Vor diesem Hintergrund wäre die Rechtsache – nach der vom Berufungsgericht sonst vertretenen Ansicht – im Sinne einer Klagestattgebung spruchreif gewesen. Die Brücke zwischen dem Formgebot nach § 1346 Abs 2 ABGB und einem in der Haftungsurkunde allenfalls nicht zureichend ausgedrückten Parteiwillen bedarf allerdings einer – die bisherige Rechtsprechung teils klarstellenden, teils aber auch ergänzenden – Erörterung. Das beeinflusst im Anlaßfall, wie noch zu zeigen sein wird, auch das Ergebnis.

2. Auslegung und Andeutungstheorie

2.1. Nach dem von *S. Haas* (Auslegung und (Bürgschafts-)Form: Die Andeutungstheorie im Wandel, ÖBA 2001, 875) analysierten Meinungsstand dient die Andeutungstheorie einerseits als Methode, um schon die Auslegung eines schriftformbedürftigen Rechtsgeschäfts zu begrenzen, andererseits soll sie aber auch „als Maßstab für die Formgültigkeit einer Erklärung“ fungieren. Der Formzweck sei indes nur für die Auslegung der Formvorschrift selbst von Belang. Die Absicht der Parteien eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts sei dagegen mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln. Erst nach einer solchen Klärung des Geschäftswillens sei zu prüfen, ob dieser Wille auch formgültig und daher rechtswirksam erklärt worden sei. Weder die Andeutungstheorie noch der Formzweck eigneten sich als Schranke für die Ermittlung der wahren

Parteiabsicht. Die Andeutungstheorie sei in ihrer Funktion auf die Beurteilung beschränkt, inwieweit ein bestimmter Parteiwille auch formgültig erklärt worden sei. Danach müsse „so viel vom Rechtsgeschäft in der Urkunde (wenigstens andeutungsweise) enthalten“ sein, daß der Formzweck – bei der Bürgschaft also die Warnung vor deren Übernahme – erfüllt sei. Aus der Haftungserklärung eines Bürgen gemäß § 1346 Abs 2 ABGB müsse daher das Ausmaß des übernommenen Risikos – nach objektiven Kriterien – „hinreichend deutlich“ hervortreten. Aus der jüngeren Rechtsprechung des OGH sei die Tendenz ablesbar, die Auslegung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht mehr anhand der Andeutungstheorie zu begrenzen. Das indizierte bereits die E 8 Ob 388/97k (= ÖBA 2000, 524 [*Riedler*]) und 1 Ob 83/00p, eindeutig folge ein solcherart geändertes Verständnis des methodischen Werts der Andeutungstheorie jedoch aus der E 1 Ob 163/00b (= ÖBA 2001, 477 [*P. Bydlinki*]).

2.2. Der erkennende Senat tritt der soeben referierten Ansicht von *S. Haas* bei. Deren Ergebnis ist bereits aus der von der Autorin rezensierten Rechtsprechung ableitbar, wurde doch in allen drei Fällen verdeutlicht, daß der durch Auslegung erforschte Parteiwille im Wortlaut der schriftlichen Haftungserklärung irgendeine Grundlage haben müsse, um einer klagbaren Verpflichtung als Stütze dienen zu können. Insofern wurde klar gestellt, die Absicht der Vertragsparteien sei nur maßgebend, soweit sie in der vom Gesetz vorgesehenen Form erklärt worden sei.

Bei der E 1 Ob 83/00p ist zu beachten, daß der OGH die Revision der klagenden Partei zurückwies und sich dabei nach § 510 Abs 3 ZPO auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken konnte. Dort hatte im übrigen bereits das Berufungsgericht betont, die Verpflichtungserklärung des Beklagten als Bürge und Zahler erstreckte sich nicht auf die schließlich eingeklagten Sozialversicherungsbeiträge. Diese Entscheidung „streitet daher“ – entgegen *S. Haas* – nicht nur „auf den ersten Blick für ein neues Verständnis der Andeutungstheorie“.

Nach *S. Haas* ist der Sachverhalt der E 1 Ob 163/00b (= ÖBA 2001, 477 [*P. Bydlinki*]) „leider ... nur sehr unvollständig wiedergegeben“. Die Beurteilung deren Gehalts erfordere daher die Heranziehung des unveröffentlichten Urteils des Berufungsgerichts. Dazu ist anzumerken, daß der OGH mit dieser Entscheidung eine außerordentliche Revision zurückwies, was nach § 510 Abs 3 ZPO überhaupt keiner Begründung bedürft hätte. Die Wendung, es

reiche „für die Erfüllung des Form-
erfordernisses des § 1346 Abs 2 ABGB
... aus, wenn sich für den durch Aus-
legung ermittelten Parteiwillen ein zu-
reichender Anhaltspunkt in der Urkunde
findet, der Inhalt der Verpflichtung also
dort irgendwie zum Ausdruck kommt“,
weist jedoch bereits für sich in die Rich-
tung des von *S. Haas* verfochtenen
Standpunkts. Dessen Nutzen liegt vor
allem in der Betonung, daß eine form-
bedürftige Willenserklärung eine klag-
bare Verbindlichkeit auf dem Boden der
übereinstimmenden Absicht der Vertrags-
parteien nur soweit gültig begründen
kann, als deren Geschäftswille auch in
der gesetzlich gebotenen Form – in noch
erkennbarer Weise – erklärt wurde. Fin-
det sich etwa in der schriftlichen Haf-
tungserklärung eines Bürgen eine dem
übereinstimmenden Parteiwillen wider-
sprechende Falschbezeichnung, so ist
diese daher nur dann unbeachtlich, wenn
sich für deren Vorliegen im Wortlaut der
schriftlichen Verpflichtungserklärung zu-
mindest eine Andeutung findet. Somit
ist aber die Bürgschaftserklärung bei
Vorliegen einer Falschbezeichnung nicht
in jedem Fall nach dem wahren Partei-
willen – ungeachtet des Wortlauts der
schriftlichen Erklärung – gültig.

Die Andeutungstheorie darf, wie
S. Haas zutreffend ausführt, in ihren
praktischen Auswirkungen überdies nicht
überspannt werden. Ihre Reichweite wird
durch den Formzweck begrenzt (siehe
dazu etwa auch *Apathy* aaO § 868 Rz 7 f;
Rummel aaO § 886 Rz 13). Danach muß
der Umfang des Haftungsrisikos des
Bürgen in einer § 1346 Abs 2 ABGB
unterliegenden urkundlichen Verpflich-
tungserklärung nach objektiven Krite-
rien hinreichend angedeutet sein, um
dem Warnzweck der Formvorschrift (sie-
he dazu im Licht der Erfahrung einer
Bürgschaft etwa 4 Ob 518/96 = SZ 69/
40; *P. Bydlinski*, Die Bürgschaft im
österreichischen und deutschen Han-
dels-, Gesellschafts- und Wertpapier-
recht [1991] 5 f) noch zu genügen.

Die bisherigen Erwägungen sind da-
her wie folgt zusammenzufassen: Auch
bei einem Rechtsgeschäft, das nach dem
Gesetz der Schriftform bedarf, ist der
Parteiwille mit Hilfe der allgemeinen
Auslegungsregeln zu ergründen. Die An-
deutungstheorie, deren Reichweite durch
den Formzweck begrenzt wird, ist nur
zur Lösung der weiteren Frage, ob – und
bejahendenfalls inwieweit – der Partei-
wille auch formgültig und daher
rechtswirksam erklärt wurde, heranzu-
ziehen.

In einer § 1346 Abs 2 ABGB unterlie-
genden Bürgschaftserklärung muß das
Ausmaß des Haftungsrisikos in der Ur-
kunde – nach objektiven Kriterien – hin-
reichend angedeutet sein, um dem Warn-

zweck der Formvorschrift zu genügen.
Das gilt auch für die Frage nach dem
Vorliegen einer Falschbezeichnung in
der Bürgschaftserklärung.

Im Anlaßfall wäre daher anhand die-
ser Erwägungen zu beurteilen, ob die in
der Haftungsurkunde gebrauchten Wen-
dungen „gleichzeitig treten wir den 2/99
auf den Beitragskonten neuauflaufenden
Sozialversicherungsbeiträgen, Nachtrags-
vorschreibungen, Beitragszuschlägen
und den Verzugszinsen ... als Bürgen
und Zahler vorbehaltlos und unwider-
rücklich bei“ und „die 2/99 neuauflauf-
enden Sozialversicherungsbeiträge, Nach-
tragsvorschreibungen und Beitragszu-
schläge pünktlich bei Fälligkeit“ das bei
Bedachtnahme auf den wahren Partei-
willen der Streitparteien fehlende Wort „ab“
vor „2/99“ in (noch) zureichender Weise
andeuten. Dabei ist hervorzuheben, daß
jeweils von „Sozialversicherungsbeiträ-
gen“ – also einer Mehrzahl fällig wer-
dender Monatsbeiträge – die Rede ist.
Ob bereits eine solche Andeutung ge-
nügt, um die im Klageweg durchsetz-
bare Haftung der Beklagten auch für die
nach „2/99“ fällig gewordenen Sozial-
versicherungsbeiträge zu begründen, be-
darf indes aus den noch zu erörternden
Gründen keiner abschließenden Lö-
sung.

3. Einwendung des Formmangels

3.1. Nach herrschender Auffassung kann
der Bürge alle rechtshindernden Einre-
den – darunter die Einrede des Form-
mangels – erheben (*Gamerith* in *Rum-
mel*, ABGB § 1351 Rz 6 mwN; *Mader*
aaO § 1346 Rz 11). Die Nichteinhaltung
der gesetzlichen Form begründet grund-
sätzlich Nichtigkeit (*Berger*, Gesetzliche
Formvorschriften für Rechtsgeschäfte
nach österreichischem Recht, Gutachten
für die Fachveranstaltung des 3. Öster-
reichischen Notariatskongresses 1986
„175 Jahre ABGB“ [1986] 41, 48 ff;
Rummel aaO § 886 Rz 14). Ein Form-
mangel ist im allgemeinen auch von
Amts wegen wahrzunehmen (4 Ob 29/
84 = DRdA 1985, 123 [*Holzer*]; 7 Ob
567/84 = NZ 1984, 234; 7 Ob 155/57 =
EvBl 1957/319; *Berger*, Gutachten 48;
Rummel aaO § 886 Rz 14). Diese Rechts-
folge betrifft in der Praxis meist Fälle
der Formpflicht nach dem Notariats-
zwangsgesetz (RIS-Justiz RS0070824).
Der Mangel gesetzlich gebotener Form
ist in anderen Fällen aber keineswegs
immer von Amts wegen wahrzunehmen.
Das gilt etwa für die Formungültigkeit
letztwilliger Verfügungen, die ein An-
fechtungsberechtigter geltend machen
muß (6 Ob 602/86 = SZ 59/164; vgl
ferner 7 Ob 637/87 = NZ 1988, 136).

3.2. Die Beurteilung der Frage, ob der
Gesamtumfang einer Bürgschaft dem
übereinstimmenden Parteiwillen entspre-

chend in der Haftungsurkunde – nach
den unter 2. angestellten Erwägungen –
gerade noch oder aber gerade nicht mehr
zureichend angedeutet ist, wirft eine
spezifische, auf den jeweiligen Einzel-
fall abzustellende Auslegungsfrage auf.
Insofern ist – wie auch im Anlaßfall –
nicht etwa die Frage zu lösen, ob die
nach § 1346 Abs 2 ABGB gebotene
Schriftform an sich eingehalten wurde,
sondern es gilt den in der Haftungsur-
kunde zumindest noch angedeuteten
Haftungsumfang einzugrenzen. Im vor-
liegenden Fall wäre also die Frage zu
klären, ob die durch Verwendung des
Wortes „Sozialversicherungsbeitrag“ im
Plural semantisch angedeutete Erstrek-
tion der Haftung auch auf die dem Bei-
trag für „2/99“ folgenden Beiträge –
noch – ausreicht, um die klagbare Bür-
genhaftung der Beklagten nach dem
Formzweck im Einklang mit dem über-
einstimmenden Parteiwillen auf die Fol-
gebeiträge auszudehnen. Es liegt somit
eine Verletzung der Schriftform – anders
als bei der Frage nach der Erfüllung
einer im Einzelfall gebotenen Notariats-
aktform – nicht geradezu auf der Hand.
Unter dieser Voraussetzung hat aber der
Bürge die Formungültigkeit seiner Haf-
tungserklärung wegen Verletzung des
Schriftformgebots nach § 1346 Abs 2
ABGB einzuwenden und zu behaupten,
weshalb eine sprachliche Andeutung in
der Haftungsurkunde den der Klage zu-
grundegelegten und dem übereinstim-
menden Parteiwillen entsprechenden Bür-
schaftsumfang nicht zureichend dokum-
mentieren soll. Daß dabei nicht bloß rein
semantische Gesichtspunkte eine Rolle
spielen, sondern der jeweils maßgeben-
de Sachverhalt – bei unterschiedlichen
Lösungsmöglichkeiten – nach dem Zweck
der Formvorschrift rechtlich zu beurtei-
len ist, belegen die von *S. Haas* (ÖBA
2001, 885 ff) besprochenen E 8 Ob 388/
97k (= ÖBA 2000, 524 [*Riedler*] und
1 Ob 163/00b (= ÖBA 2001, 477 [*P. Byd-
linski*]), bei denen die Rezensentin
die klageweise geltend gemachte Bür-
schafts- bzw Garantiehaftung aus be-
stimmten, aus dem jeweiligen Sachver-
halt abgeleiteten Gründen – entgegen
dem OGH – verneinte.

Diese Ausführungen sind daher zur
Frage nach dem Erfordernis der Ein-
wendung eines Formmangels wie folgt
zusammenzufassen: Sind die Grenzen
des in einer schriftlichen Bürgschaftser-
klärung nach § 1346 Abs 2 ABGB dokum-
mentierten Haftungsumfangs aufgrund
bestimmter sprachlicher Wendungen an-
hand der Andeutungstheorie zu ergrün-
den, so muß der beklagte Bürge einwen-
den, aus welchen Gründen diese Wendun-
gen den dem übereinstimmenden Partei-
willen entsprechenden streitverfangenen
Haftungsumfang nicht ausreichend an-

deuten. Insofern ist auf eine allfällige Formungültigkeit daher jedenfalls dann nicht von Amts wegen Bedacht zu nehmen, wenn sich in der Haftungsurkunde irgendein, wenn auch noch so geringer, Anhaltspunkt für den klageweise geltend gemachten Bürgschaftsumfang findet.

4. Ergebnis im Anlaßfall

4.1. Die Beklagten wendeten im Verfahren erster Instanz nicht ein, daß ihre Bürgschaftserklärungen in Hinsicht auf den klageweise geltend gemachten Haftungsumfang an einem Formmangel leiden. Soweit deren Berufungsausführungen als Einwendung der Formungültigkeit zu verstehen sind, handelt es sich um nach § 482 Abs 1 ZPO unzulässige Neuerungen. Den Einwand der Sittenwidrigkeit der Bürgschaften hielten die Beklagten schon in den Berufungen nicht mehr aufrecht. Sie kamen darauf auch in den Revisionsbeantwortungen nicht mehr zurück. Diese Frage bedarf daher keiner weiteren Erörterung. Insofern ist bloß anzumerken, daß die Übernahme einer Bürgschaft für künftig fällig werdende Sozialversicherungsbeiträge an sich zulässig und wirksam ist, weil sich deren Höhe und Fälligkeit aus dem Gesetz ergibt und nach dem überschaubaren Stand der Beschäftigten richtet (9 Ob 285/00b mwN).

4.2. In der außerordentlichen Revision der klagenden Partei wurde eine Mißachtung des Neuerungsverbots in zweiter Instanz im Ergebnis zutreffend gerügt (siehe allgemein zum Neuerungsverbot 4 Ob 79/99t = SZ 72/78). Das folgt aus den unter 3. erörterten Gründen. Nach allen bisherigen Erwägungen machte die klagende Partei – wenigstens im Ergebnis zutreffend – überdies geltend, daß das Berufungsgericht den Umfang der Haftung der Beklagten nach deren schriftlichen Bürgschaftserklärung rechtlich unrichtig beurteilte. Die Revisionsausführungen der klagenden Partei waren daher im erörterten Punkt kein Hindernis für eine allseitige Prüfung der Rechtslage.

Anmerkung:

1. Der 1. Senat hatte sich mit einer schriftlichen Bürgschaftserklärung zu befassen, in der die Bürgen in sehr unjuristischer Formulierung neben anderen künftigen Forderungen „den 2/99 auf den Beitragskonten neuauflaufenden Sozialversicherungsbeiträgen, ...“ als Bürgen und Zahler beitraten. Auch an anderer Stelle hieß es: „die 2/99 neuauflaufenden Sozialversicherungsbeiträge, ...“. Allein der Urkunde war damit nicht klar zu entnehmen, ob es um eine Haftungsübernahme für die Beiträge (nur) dieses Monats oder für alle Beiträ-

ge ab diesem Monat ging. Bei Bezug der Haftung auf alle Folgemonate stellt sich – neben der wohl zu Recht nicht weiter verfolgten Sittenwidrigkeitsfrage – die Formfrage. Nur mit diesen Aspekten, nämlich mit Auslegung und Form, werde ich mich in der Folge beschäftigen.

2. Ein besonderes Verdienst der Entscheidung liegt in ihrer klaren Positionierung zur **Andeutungstheorie**: Während früher vertreten wurde, daß bereits bei der Auslegung nur das formgerecht Erklärte berücksichtigt werden dürfe (EvBl 1980/59; NZ 1984, 130; WoBl 1997, 104, *Dirnbacher*; vgl dazu auch *Rummel* in *Rummel*, ABGB I³ § 886 Rz 13), spricht der OGH im Anschluß an jüngere Entscheidungen sowie den ausführlichen Aufsatz von *Haas* (ÖBA 2001, 875) nunmehr unmißverständlich aus, daß es sich genau umgekehrt verhalte: Zunächst ist das übereinstimmend Gewollte bzw Erklärte festzustellen, anschließend ist dieses Auslegungsergebnis am Formgebot zu messen.

3. Was die Parteien tatsächlich wollten, ermittelt der OGH nun aber nicht durch **Auslegung**. Vielmehr geht er von einer Außerstreitstellung der Tatsache aus, es sei eine Verbürgung für die Beitragschulden ab Februar 1999 erfolgt. Vermutlich hätten auch Interpretationsbemühungen zum selben Ergebnis geführt. Allerdings sind nur Tatfragen einer Außerstreitstellung zugänglich (§ 266 ZPO), nicht hingegen Rechtsfragen. Die Auslegung von Willenserklärungen bzw Verträgen gehört nun aber ohne Zweifel zum Bereich der rechtlichen Beurteilung (stRspr; jüngst etwa SZ 74/109).

4. Da die beklagten Bürgen im Verfahren erster Instanz einen etwaigen Formmangel nicht ins Spiel gebracht hatten, mußte sich der 9. Senat mit der Frage der **Wahrnehmung eines etwaigen Formgebrechens** auseinandersetzen. In concreto lehnte er amtswegige Wahrnehmung ab, weshalb er der außerordentlichen Revision und damit der Klage Folge gab. Die Begründung gegen absolute und für bloß *relative Nichtigkeit* kann aber nicht recht überzeugen. Zunächst weist der OGH mit reichen Judikaturziten selbst darauf hin, daß ein Formmangel an sich von Amts wegen wahrzunehmen sei (ausführlich zum Problem, jedoch mit grundsätzlicher Tendenz zu relativer Nichtigkeit, *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen [1999] 82 ff). Daß für den Bereich letztwilliger Verfügungen anders judiziert wird (SZ 59/164; NZ 1988, 136), kann – so diese Rechtsprechung zutreffend ist (kritisch etwa *B. Jud*, Der Erbschafts Kauf [1998] 108 ff, die nicht einmal eine ausdrückliche Anerkennung zulassen will) – wohl damit begründet werden, daß

an sich Anfechtungsberechtigte durch das Nichtaufgreifen des Formmangels zu erkennen geben, den Erblasserwillen trotz formfehlerhafter Erklärung respektieren zu wollen; etwa weil sie sich sicher sind, daß die Erklärung tatsächlich vom Erblasser stammt und das von ihm Gewollte enthält. Zuweilen könnte man auch daran denken, daß eine Wahl zwischen Aufgriff des (Form-)Mangels und Bindung an das formmangelhafte Rechtsgeschäft ihren guten Sinn hat; so etwa beim Wucher (zum Problem etwa *P. Bydliński*, Allgemeiner Teil² Rz 7/43 f und 7/28). Gerade bei der formmangelhaften Bürgschaft ist es nun aber schon im Grundsatz unwahrscheinlich, daß sich der Bürge für die Bindung an seine Erklärung entscheiden will. Keinerlei Grund für diese Annahme besteht dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – bereits ein Prozeß anhängig ist und sich der Bürge gegen die Inanspruchnahme zur Wehr setzt. Hier tatsächlich noch eine formelle Berufung speziell auf den Formmangel zu verlangen, hieße aus praktischer Sicht, das Rechtsproblem in einen zusätzlichen zweiten Prozeß, den Anwaltshaftungsprozeß, zu verlagern, der aber mangels ausreichender Rechtskenntnisse des Mandanten und/oder wegen der Unsicherheit des Ergebnisses häufig gar nicht stattfinden wird. Solches ist von der Rechtsordnung sicherlich nicht intendiert.

Auch die Position des 1. Senats, die Geltendmachung des Formmangels sei – nur bzw jedenfalls – dann notwendig, wenn der geltend gemachte Haftungsgrund in der Urkunde zumindest irgendwie angedeutet sei, überzeugt nicht; umso weniger die Behauptung, der Bürge müsse „einwenden, aus welchen Gründen diese schriftlichen Wendungen den dem übereinstimmenden Parteiwillen entsprechenden streitverfängenen Haftungsumfang nicht ausreichend andeuten“. Eine Begründungsobliegenheit hat für die Geltendmachung relativer Nichtigkeit (Einwendung des Formmangels) noch niemand befürwortet. Das wäre auch unzumutbar, da dabei diffizile rechtliche Erwägungen zu den Grenzen des Form- bzw Normzwecks anzustellen wären. Genau dafür sind die Gerichte da. Schließlich: Es ist zwar richtig, daß es im vorliegenden Fall nicht um das generelle Fehlen der gesetzlich vorgesehenen (Schrift-)Form geht. Dar- aus kann aber entgegen dem 1. Senat keine Differenzierung für die Pflicht der Gerichte, sich mit dem (möglichen) Formmangel zu befassen, abgeleitet werden. Und wenn, dann ginge sie in die Gegenrichtung, da es gerade bei den „Grenzfällen“ gut denkbar ist, daß derjenige, dem das Formgebot Schutz gewähren soll (bzw dessen Anwalt),

den Formmangel gar nicht erkennt. Übrigens kann sich ein vergleichbares Problem – nicht alles steht in der Urkunde – auch bei notariatsaktspflichtigen Rechtsgeschäften stellen, für die es der 1. Senat aber offenbar generell bei absoluter Nichtigkeit belassen will; eine Position, für die heutzutage auch § 1 Abs 3 NotAktG e contrario ins Treffen geführt werden kann.

5. Wegen der unter 4. kritisierten Position zur Geltendmachung eines Formmangels mußte sich der OGH mit der – durchaus heiklen und einzelfallbezogenen – Frage, ob **im konkreten Fall** ein **Formmangel** vorlag, nicht befassen. Das soll hier zumindest ansatzweise nachgeholt werden. Der vom 1. Senat vorgeschlagene Weg, von dem in der Urkunde gebrauchten Pluralbegriff „Sozialversicherungsbeiträge“ auszugehen, führt mE ins Leere. Üblicherweise – und jedenfalls bei mehreren Dienstnehmern – werden auch Abgaben für bloß einen Monat nicht als „Beitrag“, sondern als „Beiträge“ bezeichnet. Daher ist allein mit diesem Mehrzahlwort die Haftung für nach dem Februar 1999 entstehende Beitragspflichten wohl nicht einmal angedeutet. Eine Andeutung des Gewollten dürfte sich aber aus dem Zusammenhang ergeben; nämlich einmal aus den unmittelbar davor erfaßten (aktuellen) Beitragsschulden „einschließlich 1/99“ sowie aus der folgenden Regelung über das Erlöschen der Haftung mit Wegfall sämtlicher Rückstände: Wäre die Haftung nur auf die „alten“ Schulden sowie jene für den Monat Februar 1999 zu beziehen, erübrigte sich ja eine solche Regelung. Ob diese schriftlichen Andeutungen des fest stehenden Parteiwillens genügen, kann – im Einklang mit dem 1. Senat – nur anhand des Formzwecks gelöst werden, der hier unbestrittener Maßen im Schutz vor Übereilung liegt. Zumindest als erste Annäherung könnte man daher hypothetisch fragen, ob die Bürgen eine Urkunde, in der vor der Monatsangabe das Wörtchen „ab“ gestanden wäre, mit großer Wahrscheinlichkeit unterschrieben hätten. War in den vorangegangenen Gesprächen diese Reichweite (alle künftigen Sozialversicherungsbeiträge, solange noch Rückstände bestehen), tatsächlich besprochen worden, wird man die Frage ohne zu zögern mit „ja“ beantworten können, da die Bürgen die tatsächlich unterfertigte Erklärung genau in diesem Sinn verstanden haben, weshalb das zusätzliche schriftliche „ab“ keinen Zuwachs an Warnung gebracht hätte. Damit dürfte der Entscheidung jedenfalls im Ergebnis zu folgen sein.

o.Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*,
Graz