

# TE OGH 1987/12/9 1Ob681/87

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.12.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Hofmann, Dr. Schlosser und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Aron F\*\*\*, Kaufmann, Ramatgan, Arlosoroff 52, Israel, vertreten durch Dr. Franz J. Salzer, Dr. Gunter Granner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1.) Klara S\*\*\*, Handelsfrau, Bad Vöslau, Bahnstraße 7-9, 2.) Helga S\*\*\*, Haushalt, Bad Vöslau, Rudolf Reiterstraße 2, beide vertreten durch Dr. Ludwig Pfleger, Rechtsanwalt in Baden, wegen S 1.787.644,81 s.A. infolge Revision der erstbeklagten Partei und Rekurses der klagenden Partei gegen das Urteil und den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 31. Juli 1987, GZ 13 R 66/87-39, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Kreisgerichtes Wiener Neustadt vom 21. November 1986, GZ 1 Cg 846/84-31, teils bestätigt und teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

## Spruch

1.) Der Revision der erstbeklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die erstbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 20.262,68 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 1.732,97 Umsatzsteuer und S 1.200,- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

2.) Dem Rekurs des Klägers wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Beschuß wird dahin abgeändert, daß er als Teilurteil zu lauten hat:

"Das Begehr, die zweitbeklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei den Betrag von S 904.905,80 samt Anhang binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen, wird abgewiesen. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten."

Im Umfang der Aufhebung des Ersturteils, soweit es einen Betrag von S 882.739,01 samt Anhang betrifft, wird dem Rekurs nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Prozeßkosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Erstbeklagte betrieb einen Weinhandel. Der Kläger war ebenfalls Weinhändler. Zwischen ihm und der Familie der Erstbeklagten bestanden geschäftliche Kontakte. Nach dem Tod des Ehegatten der Erstbeklagten im Jahre 1968 geriet ihr Unternehmen in eine finanzielle Krise. Der Kläger half mit Darlehen und beratender Tätigkeit. Am 14. März 1973 räumte die C\*\*\*-B\*\*\* der Erstbeklagten einen Kontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag von S 3 Mill. ein. Dieser Kredit wurde auf Liegenschaften der Beklagten sichergestellt. Nach Verehelichung der Zweitbeklagten zog sich der

Kläger aus dem Unternehmen der Erstbeklagten zurück. Die Forderung des Klägers gegen die Erstbeklagte wurde am 20. Dezember 1973 einvernehmlich mit S 1.230.760,-- und die Zinsenforderung bis 31. Dezember 1972 mit S 450.000,-- festgestellt. Zur Abdeckung dieser Forderung übereigneten die Beklagten mehrere Grundstücke bzw. Grundstücksanteile im vereinbarten Wert von S 1.288.090,-- an den Kläger. Der Restbetrag sollte von der Erstbeklagten bis 31. Dezember 1975 bezahlt werden. Am 1. April 1974 verpfändete der Kläger zugunsten des der Erstbeklagten gewährten Kontokorrentkredites ein Überbringersparbuch mit einem damaligen Stand von S 1.321.218,70. Die Zweitbeklagte richtete am 29. September 1978 an die C\*\*\*-B\*\*\* ein Schreiben,

mit dem sie die Erfüllung aller Forderungen und Ansprüche der C\*\*\*-B\*\*\* aus Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aus dem der Erstbeklagten gewährten Kontokorrentkredit garantierte. Sie verpflichtete sich, auf erste Aufforderung unter Verzicht auf jede Einrede und Einwendung einen Betrag von bis zu S 1.800.000,-- an die C\*\*\*-B\*\*\* zu überweisen.

In der Folge wurden die der C\*\*\*-B\*\*\*

verpfändeten Grundstücke verkauft und Erlöse gegen Freilassung zur Abstattung des Kontokorrentkredites bezahlt. Dem Kläger wurden einige Jahre hindurch von der C\*\*\*-B\*\*\* die Zinsen

aus dem von ihm zum Pfand gegebenen Sparbuch ausbezahlt. Der der Erstbeklagten gewährte Kontokorrentkredit stand am 30. Juni 1983 mit dem Betrag von S 1.807.350,-- offen. Das vom Kläger als Pfand übergebene Sparbuch wurde am 1. September 1983 von der C\*\*\*-B\*\*\* realisiert. Das Realisat betrug

S 1.787.644,81. Davon entfielen auf das Kapital S 1.751.217,81, auf Zinsen S 36.372,90, der Rest auf diverse Spesen.

Der Kläger begehrte, gestützt auf die Bestimmung des§ 1358 ABGB und dem von der Zweitbeklagten abgeschlossenen Garantievertrag, von den beklagten Parteien zur ungeteilten Hand die Bezahlung des Betrages von S 1.787.644,81 samt Anhang. Die zur Bereinigung der seinerzeitigen Rechtsbeziehung am 20. Dezember 1973 getroffene Vereinbarung habe mit dem Verpfändungsvertrag nichts zu tun. Die Beklagten wendeten ein, der Kläger habe anlässlich seines Ausscheidens als stiller Gesellschafter die Hälfte des gewährten Kontokorrentkredites zur Zahlung übernommen und aus diesem Grund sein Sparbuch verpfändet. Anlässlich der Lösung des Beteiligtenverhältnisses hätten die Streitteile eine Generalklausel vereinbart, unter die auch eine allfällige Regreßforderung des Klägers gefallen wäre. Die Zweitbeklagte wendete weiters ein, ein Rückgriff des Pfandbestellers gegen einen Bürgen bestehe gemäß § 1358 ABGB nicht; auf keinen Fall könne der Kläger aber gegen die Zweitbeklagte mehr als die Hälfte der eingelösten Forderung geltend machen. Die Zweitbeklagte habe auf Grund ihrer Bürgschaft (nach den Ausführungen in der Berufung: Garantie) aus Erlösen von Liegenschaftsverkäufen Zahlungen an die C\*\*\*-B\*\*\* in der Gesamthöhe von S 1.068.000,-- geleistet. Dieser Betrag werde aufrechnungsweise eingewendet.

Das Erstgericht sprach aus, daß die Klagsforderung mit S 1.787.644,81 samt Anhang zu Recht, die mit S 1.068.000,-- eingewendete Gegenforderung nicht zu Recht bestehe. Auf Grund dieses Ausspruches gab es dem Klagebegehren statt. Es stellte fest, mit der in der Vereinbarung vom 10. Dezember 1983 enthaltenen Generalklausel sollte nach dem Willen der Parteien, der sich auch auf Grund von Zeugenaussagen und der Vernehmung der Parteien ergebe, alle Forderungen des Klägers gegen die Beklagten aus diesen (= den dort geregelten) Rechtsverhältnissen erledigt und verglichen werden; davon nicht umfaßt sei eine eventuelle Forderung des Klägers gegen die Beklagten auf Grund des bestellten Pfandes gewesen. Die Rechtsbeziehungen der Streitteile auf Grund der Pfandbestellung durch den Kläger seien unabhängig von der seinerzeitigen Beteiligung oder Darlehengewährung des Klägers gewesen. Zwischen den Parteien habe keine Vereinbarung bestanden, daß durch die Bestellung des dem Kläger gehörigen Sparbuches als Pfand für die Forderung der C\*\*\*-B\*\*\* gegen die Erstbeklagte eine eigene Schuld des Klägers besichert werden sollte. Tatsächlich habe nur die erstbeklagte Partei eine solche Verbindlichkeit gegenüber der C\*\*\*-B\*\*\* gehabt.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, daß die Zweitbeklagte sich gegenüber der C\*\*\*-B\*\*\* mit einem Garantievertrag selbständig verpflichtet habe. Der Kläger habe eine fremde Schuld bezahlt, für die er mit seinem Sparguthaben gehaftet habe. Er trete gemäß § 1358 ABGB in die Rechte des Gläubigers, somit der C\*\*\*-B\*\*\*, ein. Er sei berechtigt, von beiden

Schuldnern den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Den Regreß könne er auch von der Zweitbeklagten, die als Garant aufgetreten sei, zur ungeteilten Hand mit der Erstbeklagten fordern. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Erstbeklagten nicht Folge und bestätigte das gegen sie gerichtete Urteil als Teilurteil. Der Berufung der Zweitbeklagten gab es Folge. Es hob den sie betreffenden Teil des Urteilsspruches unter Rechtskraftvorbehalt auf und

verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes. Auf den Kläger sei die Forderung der C\*\*\*-B\*\*\* gegen die Erstbeklagte

gemäß § 1358 ABGB übergegangen. Die Zweitbeklagte habe mit ihrem Schreiben an die C\*\*\*-B\*\*\* vom 29. September 1978

eine echte Garantie übernommen. Die Garantie unterscheide sich von der Bürgschaft durch die mangelnde Akzessorietät. Der Gläubiger solle die Leistung vom Garanten unter Ausschluß von Einwendungen aus dem Grundgeschäft erhalten. Ob der zahlende Bürge oder Pfandbesteller im Rahmen der Legalzession auch die Garantierechte erwerbe und Rückgriff gegen andere Sicherungsgeber nehmen könne, werde von der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Das Berufungsgericht teile die Ansicht Koziols, Der Garantievertrag S. 70 f, daß der zahlende Bürge und Pfandbesteller auch Garantierechte bzw. das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie erwerbe, weil trotz der Abstraktheit der Garantie und der damit dem Begünstigten eingeräumten besonderen Vertrauensposition die Gefahr einer Inanspruchnahme ohne materielle Berechtigung nicht bestehe, wenn ein Bürge oder Pfandbesteller zahle. Andererseits trete auch der Garant bei Zahlung gemäß § 1358 ABGB in die Rechte des Gläubigers und erwerbe damit auch dessen akzessorische Sicherheiten. Der Oberste Gerichtshof habe in seiner Entscheidung SZ 57/114 ausführlich dargelegt, daß das Gesetz sowohl Bürgschaft als auch Pfand als Sicherungsmittel für Forderungen vorsehe, ohne einem der beiden einen Vorrang einzuräumen. Das Ausmaß der Haftpflicht könne für den Umfang des Regreßrechtes nicht maßgebend sein. Der Garantievertrag sei im Gesetz nicht gesondert geregelt. Jedenfalls aber habe die dreipersonale Garantie ebenso wie Bürgschaft und Pfandrecht Sicherungscharakter. Wenn aber das Ausmaß der Haftpflicht für den Umfang des Regreßrechtes nicht maßgeblich sei, bestünden keine Bedenken, die Grundsätze des § 1359 ABGB auch auf die gegenseitigen Ansprüche zwischen Bürgen, Pfandbesteller und Garanten anzuwenden, also jedem, der die Hauptschuld ganz oder teilweise gezahlt habe, einen Regreß mangels besonderer Vereinbarung nach Kopfteilen einzuräumen. Dies bedeute, daß dem Kläger gegen die Zweitbeklagte nur ein Regreß in der Höhe der Hälfte des von ihm bezahlten Betrages zustehe, die Zweitbeklagte dem Kläger aber auch die Hälfte der von ihr geleisteten Rückzahlungen für den Kredit einwenden könne. Daß Pfandbestellung und Garantie nicht gleichzeitig zur Besicherung gegeben worden seien, ändere daran nichts, weil die Zweitbeklagte zum Zeitpunkt der Pfandbestellung des Klägers für den Kredit der Erstbeklagten als Pfandbestellerin mit ihren Liegenschaften gehaftet habe und der Garantievertrag nur an die Stelle der von der Bank freigegebenen Sachhaftung getreten sei. Soweit also die Zweitbeklagte Kreditrückzahlungen vor Übernahme der Garantie geleistet habe, stehe ihr als einlösender Pfandbestellerin ein anteiliger Regreß gegen den Kläger zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Erstbeklagten ist nicht, der Rekurs des Klägers im Ergebnis teilweise berechtigt.

Die Bestimmung des § 1358 ABGB findet immer dann Anwendung, wenn eine materiell fremde Schuld bezahlt wird, für die der Zahlende persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftete (EvBl. 1972/86; SZ 35/18; EvBl. 1951/39 ua; Gamerith in Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 1358; Schwimann-Harrer, ABGB, Rz 1 zu § 1358; Ehrenzweig-Mayrhofer, Schuldrecht Allgemeiner Teil3 113). Hat der bloß dinglich haftende Pfandschuldner den Gläubiger befriedigt, so tritt er daher gemäß § 1358 ABGB in dessen Rechte gegen den persönlichen Schuldner ein (Petrusch in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 465; Gamerith aaO Rz 2 § 1358).

Unter Geltendmachung des Revisionsgrundes nach§ 503 Abs 1 Z 4 ZPO rügt die Erstbeklagte, daß die Vorinstanzen auf Grund der in der Kanzlei des Rechtsanwaltes Dr. Peter K\*\*\* am 14. August 1974 aufgenommenen Information, die auf der Vereinbarung vom 20. Dezember 1973 basierte, den Schluß gezogen haben, die dort enthaltene Generalklausel habe sich bloß auf die seinerzeitige Darlehensgewährung des Klägers an die Erstbeklagte bezogen; auch die nunmehr geltend gemachte Regreßforderung sei von der Generalklausel umfaßt gewesen. Die Revisionswerberin übersieht aber, daß die Feststellungen der Vorinstanzen nicht bloß auf Grund des Inhaltes der Information Beilage ./B, sondern auch auf Grund der Aussagen des Zeugen Ing. Gerhard S\*\*\* und der Vernehmung der Zweitbeklagten als Partei getroffen wurden. Die Feststellung der Bedeutung eines Urkundeninhaltes auf Grund von Aussagen von Zeugen und der Vernehmung von Parteien ist aber nicht rechtliche Beurteilung, sondern irreversible Feststellung von Tatsachen (GesRZ 1984, 217; JBl. 1985, 97 uva).

Die gerügte Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt, wie der Oberste Gerichtshof prüfte § 510 Abs 3 ZPO),

nicht vor. Der Revision der Erstbeklagten ist der Erfolg zu versagen. Für die Frage der Haftung der Zweitbeklagten ist entscheidend, ob Garantieerklärungen Sicherungsmittel im Sinn des § 1358 ABGB sind, die mit der Hauptforderung übergehen (Petrasch aaO Rz 3 zu § 465; Gamerith aaO Rz 5 zu § 1358), und ob die Vorschrift des § 1359 ABGB analog auf das Verhältnis einlösender Pfandschuldner zu Garanten anzuwenden ist.

Eine dreipersonale Garantie liegt vor, wenn die Verpflichtung des Garanten gegenüber dem Begünstigten ihren Rechtsgrund in seinen Beziehungen zu einem Dritten findet (Koziol, Der Garantievertrag 26, 32; Koziol-Welser8 I 299). Im Gegensatz zur Bürgschaft ist die dreipersonale Garantie nicht akzessorisch (Koziol aaO 7, 32). Die Garantie dient daher nicht bloß der Sicherung der Einbringlichkeit der bestehenden Forderung, sondern auch der Absicherung ihres Bestehens (Koziol aaO 7). Den Interessen des Begünstigten würde es auch nicht entsprechen, wenn seine Ansprüche gegen den Garanten von dessen Deckungsverhältnis mit dem Dritten abhingen. Die Übernahme der Haftung für die Leistung eines Dritten durch einen Garantievertrag ist daher in beiden Richtungen von den zugrundeliegenden Rechtsverhältnissen losgelöst (SZ 54/189; SZ 50/32; SZ 48/130; Koziol aaO 32; Koziol-Welser aaO; Gamerith aaO Rz 3 zu § 1346; Schinnerer-Avancini, Bankverträge3 II 291 f; Canaris in Großkommentar HGB3 III/3, 2. Bearbeitung Rz 1134). Ob Rechte aus dem Garantievertrag bei Einlösung nach § 1358 ABGB mit der eingelösten Hauptforderung übergehen, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Schinnerer-Avancini aaO 294 vertreten die Ansicht, daß der zahlende Garant zwar die Hauptforderung des Gläubigers, nicht aber Rechte aus einer weiteren für den Gläubiger erstellten Garantie erwirbt. Koziol aaO 69 ff differenziert bei der Frage des Überganges von Rechten aus einer Garantieerklärung zwischen der rechtsgeschäftlichen Abtretung der Hauptforderung und dem gesetzlichen Übergang der Forderung nach § 1358 ABGB auf den, der für eine materiell fremde Schuld haftete und sie bezahlte. Ein automatischer Übergang mit der Hauptforderung nach § 1394 ABGB kommt für Koziol aaO 69 FN 11 schon deshalb nicht in Betracht, weil die Garantie nicht akzessorisch sei und daher kein "Nebenrecht" bilde (Schinnerer-Avancini aaO 294 FN 75; vgl. § 401 BGB: Heinrichs in Palandt46 443; Roth in Münchener Kommentar2 Rz 11 zu § 401 BGB; Soergel-Zeiss11 Rz 3 zu § 401 BGB; Kaduk in Staudinger10/11 Rz 61 zu § 401 BGB; aA Canaris in Großkommentar aaO Rz 1150 gestützt auf die Rechtsähnlichkeit von Garantie und Bürgschaft).

Da Koziol aaO 68 wegen des ganz besonderen Vertrauensverhältnisses bei Abgabe eines Garantievertrags das Recht des Begünstigten als höchstpersönliches beurteilt, hält er aaO 69 f sogar die gesonderte Abtretung der Rechte aus einem dreipersonalen Garantievertrag, somit auch die Abtretung anlässlich der Übertragung der Hauptforderung, für unzulässig. Die Gefahr, daß der Zessionär unberechtigterweise die Garantie in Anspruch nehme, wenn der Schuldner nicht zahle, sei hier gegeben. Anders beurteilt er den Fall der Bezahlung der Hauptschuld durch einen Bürgen oder Pfandbesteller (aaO 71 f). Er räumt zwar ein, daß höchstpersönliche Rechte nach § 1358 ABGB nicht berührt werden und eine Legalzession auch nicht in Betracht zu kommen scheine, weil das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie nicht unlösbar mit der Forderung des Begünstigten gegen den Schuldner verknüpft sei, es somit kein akzessorisches Nebenrecht darstelle; trotz dieser gewichtigen Bedenken sei jedoch davon auszugehen, daß der zahlende Bürge oder Pfandbesteller auch die Garantierechte des Gläubigers bzw. das Recht auf Inanspruchnahme der Garantie erwerbe. Gegen die Zedierbarkeit des Rechtes auf Inanspruchnahme der Garantie sei eingewendet worden, daß wegen der Abstraktheit der Garantieverpflichtung die Gefahr bestehe, daß der Garant auch bei Fehlen einer materiellen Berechtigung des Begünstigten in Anspruch genommen werde; dem Begünstigten werde daher eine besondere Vertrauensposition eingeräumt, die höchstpersönlich sei. Diese Argumente trügen aber in den Fällen der Zahlung durch einen Bürgen oder Pfandbesteller nicht. Diese könnten vom Gläubiger nur dann in Anspruch genommen werden, wenn seine Hauptforderung gegen den Schuldner einredefrei bestehe. Hätten Bürgen oder Pfandbesteller bezahlt, so sei damit auch gesichert, daß dem Begünstigten tatsächlich ein Anspruch zustehe, so daß keine Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme der Garantie bestehe; die Risiken der Abstraktheit der Garantie könnten sich dann nicht auswirken. Es bestehe auch keine Gefahr, daß Bürgen oder Pfandbesteller im Vertrauen auf die Garantie ohne Rücksicht auf das Bestehen der Hauptverbindlichkeit an den Begünstigten zahlten. Erstens würden sie sich dem Einwand des Garanten aussetzen, daß sie mangels Bestehens einer Hauptforderung diese auch nicht nach § 1358 ABGB erwerben könnten und daher auch die Garantierechte nicht auf sie übergegangen seien, zweitens könnten Bürgen und Pfandbesteller nicht im vollen Umfang Regress gegen den Garanten nehmen: So wie mehrere Bürgen oder auch Bürgen und Pfandbesteller hafteten auch die Garanten gegenüber Bürgen und Pfandbestellern im Innenverhältnis nur auf einen Anteil; jene hätten daher jedenfalls einen Teil selbst zu tragen. Habe der Begünstigte den Bürgen oder Pfandbesteller in Anspruch genommen, so habe er damit auch eindeutig zu erkennen gegeben, daß er sich im Zeitpunkt der Geltendmachung für berechtigt halte; er hätte dann ebenso auch den Garanten in Anspruch

nehmen können. Es sei damit aber auch jene Voraussetzung gegeben, die die Unübertragbarkeit sichern solle: Nur der Begünstigte, dem besonderes Vertrauen geschenkt werde, solle über die Inanspruchnahme entscheiden; der Begünstigte habe nun sogar die akzessorischen Sicherungsrechte geltend gemacht. Die Lage sei hier insofern anders als bei einer rechtsgeschäftlichen Zession einer gesicherten, noch nicht fälligen Forderung, als der Begünstigte im Zeitpunkt der Zession noch nicht mit Bestimmtheit sagen könne, daß im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Garanten auch wirklich die materielle Berechtigung einwandfrei gegeben sei. Damit seien zwar die Bedenken gegen die Übertragung, die wegen der Höchstpersönlichkeit der Rechte auf die Inanspruchnahme der Garantie bestünden, wohl ausgeräumt; offen bleibe aber noch das Problem, daß die Garantie nicht als akzessorisches Nebenrecht der Hauptforderung bezeichnet werden könne und deshalb ein Übergang ipso iure mit der Hauptforderung auf den zahlenden Bürgen bzw. Pfandbesteller auszuscheiden scheine. Dies würde aber zu einem höchst unbefriedigenden Ergebnis führen. Dann, wenn der Garant gezahlt habe, gingen auf ihn die Forderung des Begünstigten gegen den Hauptschuldner und die Sicherungsrechte, also Bürgschaften und Pfandrechte, über, so daß er auch gegen diese Regreß nehmen könnte. Es wäre ungerechtfertigt, daß im umgekehrten Fall, wenn der Begünstigte mehr oder weniger zufällig zunächst den Bürgen belangt habe, diesem keine Regreßmöglichkeit gegen den Garanten offen stehen solle. Ein ausgeglichenes Ergebnis könne demnach nur erzielt werden, wenn auch dem Bürgen gegen den Garanten ein Rückgriff eröffnet werde. Dafür spreche ferner, daß die Garantie dann, wenn das Hauptschuldverhältnis tatsächlich bestehe, keine andere Funktion habe als die Bürgschaft. Daß die Hauptschuld bestehe, sei gerade in den Fällen der Inanspruchnahme des Bürgen oder Pfandbestellers durch den Begünstigten gesichert. Anders als im deutschen Recht, wo der Übergang von Nebenrechten im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Abtretung geregelt (§ 401 BGB) und ausdrücklich angeordnet wird (§ 412 BGB), daß diese Regelung bei Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes entsprechend zu gelten hat, stellt sich die österreichische Rechtslage dar. Im § 1394 ABGB wird nur allgemein angeordnet, daß die Rechte des Übernehmers mit den Rechten des Überträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben sind. Daraus wird in Lehre und Rechtsprechung der Schluß gezogen, daß auch sogenannte Nebenrechte, die ausschließlich dem Zweck der Hauptforderung, ihrer Sicherung oder Durchsetzung dienen, mit der Abtretung ohne besondere Vereinbarung übergehen (JBl. 1987, 522; Ertl in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1394; Ehrenzweig-Mayrhofer aaO 498 f; Schwimann-Honsell ABGB, Rz 2, zu § 1394; Wolff in Klang2 VI 309). Für den Fall der Begleichung einer formell eigenen, materiell aber fremden Schuld bestimmt § 1358 zweiter Satz ABGB, daß der befriedigte Gläubiger verbunden ist, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel auszuliefern. Daß unter den Begriff Sicherungsmittel nur akzessorische Rechte fielen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen (vgl. Bydlinski in Klang2 IV/2, 653). Zweck der dreipersonalen Garantie ist gerade die Sicherung des Gläubigers. Der Gläubiger soll in die Lage versetzt werden, sich bei Eintritt des in der Garantie umschriebenen Ereignisses unmittelbar an den Garanten zu halten (RdW 1987, 194; Canaris aaO Rz 1125). Die dreipersonale Garantie fällt daher unter den Begriff Sicherungsmittel im Sinne des § 1358 ABGB. Gegenstand der Abtretung sind gemäß § 1393 ABGB alle veräußerlichen Forderungsrechte. Das Gesetz bringt das dadurch zum Ausdruck, daß es von Rechten, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, spricht. Dies wird von Rechtsprechung und Lehre dahin verstanden, daß, von ausdrücklichen gesetzlichen Verboten abgesehen, Rechte dann nicht abgetreten werden können, wenn sie von einem anderen nicht ausgeübt werden können oder doch ohne Änderung des Inhaltes auf einen anderen nicht übertragen werden können (JB 247 alt; Ertl aaO, Rz 2, zu § 1393);

Ehrenzweig-Mayrhofer aaO 472 f; Wolff aaO 293). Das kann von einer Garantie jedenfalls dann nicht gesagt werden, wenn der Inhalt des Rechtes durch eine Abtretung eine Änderung zum Nachteil des Garanten nicht erfährt. Ein solcher Nachteil ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Die Rechte der C\*\*\*-B\*\*\* auf Grund der von der Zweitbeklagten abgegebenen Garantie waren daher rechtsgeschäftlich abtretbar (Schwimann-Honsell aaO Rz 7 zu § 1393; vgl. NJW 1984, 2030, 2031; Canaris aaO Rz 1149; von Westphalen aaO 198).

Ausgehend von der kraft Gesetzes erfolgten Abtretung der Rechte aus der Garantie an den Kläger ist weder den Ausführungen der Zweitbeklagten, ein Pfandbesteller habe überhaupt kein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen und damit auch nicht gegen den Garanten, noch denen des Klägers, die Vorschrift des § 1359 ABGB sei im Verhältnis zwischen dem einlösenden Pfandschuldner zum Garanten nicht anzuwenden, zu folgen. Nach § 1359 ABGB haftet, wenn mehrere Personen für den nämlichen ganzen Betrag Bürgschaft geleistet haben, jeder für den ganzen Betrag. Hat aber einer von ihnen die ganze Schuld abgetragen, so gebührt ihm gleich dem Mitschuldner (§ 896 ABGB) das Recht des Rückersatzes gegen die übrigen. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung SZ 57/114 unter Ablehnung der älteren Lehre (Ehrenzweig2 I/2, 514 und II/1, 126) ausgesprochen, daß dem Gesetz eine Rangordnung

für den Regreß, die dazu führte, daß die Haftung des Bürgen subsidiär zu der des Pfandschuldners werde, nicht entnommen werden könne. Bei der Bestimmung des § 1359 ABGB, die nur vom Bürgen spreche, handle es sich um einen speziellen Anwendungsfall des § 896 ABGB. Da das Gesetz Bürgschaft und Pfand als gleichwertige Sicherungsmittel behandle, § 896 ABGB keinen Unterschied zwischen einzelnen Zahlern mache und auch sonst im Gesetz eine Rangordnung der Sicherungsmittel für den Regreß nicht zu entnehmen sei und die rechtspolitischen Erwägungen für diesen Regreß sowohl für Pfand als auch für Bürgschaft dieselben seien, wurde zumindest für den Fall der gleichzeitigen Übernahme von Bürgschaft und Pfandrecht durch verschiedene Personen die analoge Anwendung des § 1359 ABGB bejaht. Diese Grundsätze sind auch auf das Verhältnis des Pfandschuldners zu einem Garanten anzuwenden. Die in der Entscheidung SZ 57/114 dargelegten Grundsätze entsprechen der neueren österreichischen Rechtslehre, wonach in der Bestimmung des § 1359 ABGB ein allgemeines Regelungsprinzip zu erblicken ist, das in analoger Weise auf jedes Verhältnis mehrerer Sicherungsgeber einer Schuld, in welcher rechtlichen Konstruktion auch immer diese Sicherung ausgeformt sein mag, Anwendung findet (Koziol aaO 75 ff; Koziol-Welser aaO 297; Ehrenzweig-Mayrhofer aaO 145). Diese Rechtsansicht beginnt sich auch in der Bundesrepublik Deutschland bei diffizilerer Regelung in den Bestimmungen der §§ 774, 1143 und 1225 BGB immer mehr durchzusetzen (Schlechtriem, Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld in von Caemmerer-FS 1013 ff; Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern 235 f; Eickmann in Münchener Kommentar2 Rz 21 zu § 1143 BGB; Damrau in Münchener Kommentar2 Rz 10 zu § 1225 BGB mwN in FN 16; Pecher in Münchener Kommentar2 Rz 25 zu § 774 BGB mwN in FN 107; Hütter in AcP 171, 472, 485). Erblickt man aber in der Bestimmung des § 1359 ABGB ein allgemeines Regelungsprinzip, sind die dort niedergelegten Wertungsgrundsätze auch zur Schließung der Gesetzeslücke, wie der Ausgleich zwischen anderen Sicherungsmitteln als Bürgen zu erfolgen hat, analog anzuwenden.

Für den Umfang des nach§ 896 ABGB zu beurteilenden Ausgleichsanspruches ist es ohne Bedeutung, daß die Garantieerklärung unabhängig von und zeitlich nach der Begründung des Pfandrechtes abgegeben wurde. Auch später begründete Sicherungsmittel gehen auf den Zahler einer fremden Schuld über (Ohmeyer-Klang in Klang2 VI 231, 233; vgl. JB 222 alt; Ehrenzweig-Mayrhofer aaO 144; Schlechtriem aaO 1032). Der sich zeitlich später Verpflichtende mag zwar seine Sicherung so ausgestalten können, daß sie im Innenverhältnis nicht als teilweise Entlastung bereits bestehender Sicherheiten wirkt (z.B. Verpflichtung als Ausfallsbürg: Ehrenzweig-Mayrhofer aaO 145); der Gläubiger könnte wohl auch einem zeitlich vorrangigen Bürgen gegenüber ohne Rechtsfolgen auf die spätere Sicherheit verzichten. Weder eine solche Subsidiarität noch ein Verzicht auf die später abgegebene Garantieerklärung liegen hier aber vor. Es kommt dann allein darauf an, daß beide Verpflichtungen im Zeitpunkt der Zahlung durch den Kläger bestanden.

Wenn der Kläger in seinem Rechtsmittel ausführt, § 1359 ABGB sei jedenfalls nicht auf denjenigen anzuwenden, der mit seiner Bürgschaft nur für einen Teil der Hauptschuld Sicherheit leiste, übersieht er, daß auch die Zweitbeklagte nur mit S 1.800.000,-- haftete. Im deutschen Recht wird die Frage verschieden beantwortet, ob der Ausgleich mehrerer Sicherungsgeber nach Kopfteilen (so Damrau aaO) oder im Verhältnis der jeweiligen Haftungshöchstsummen (so Schlechtriem aaO 1040 f) zu erfolgen hat. Da es nach der Vorschrift des § 896 ABGB vor allem auf das besondere Verhältnis ankommt, kann nach österreichischem Recht nur die Höhe der jeweils im Zeitpunkt des Rechtsüberganges bestehenden Haftungsbeträge ausschlaggebend sein. Nach dem vorliegenden Sachverhalt blieb nach Einlösung des verpfändeten Sparbuches eine Kreditrestschuld von S 56.132,19 bestehen, für die nunmehr die bestehende Garantieerklärung einzige Sicherheit für den Kreditgeber blieb. In diesem Umfang kam ein Rechtsübergang nach § 1358 ABGB nicht in Betracht. Andere Sicherheiten kommen in erster Linie der Restforderung des Gläubigers zugute. Diese genießt den Vorrang der gemäß § 1358 ABGB abgetretenen Teilverfügung gegenüber (JBl. 1986, 512; JBl. 1935, 411; Ohmeyer-Klang aaO 231 FN 26;

Ehrenzweig-Mayrhofer aaO 141; Gamerith aaO Rz 4; Schwimann-Mader, ABGB, Rz 5 zu § 1358). Für den Kläger verblieb daher vor Berechnung des sich aus § 896 ABGB ergebenden Ausgleichsanspruches höchstens ein Garantiebetrag von S 1.743.867,81. Die Geltendmachung des nach § 1358 ABGB übergegangenen Sicherungsmittels kann nicht zu einem höheren Betrag führen als der sich aus den §§ 896, 1359 ABGB ergebende Ausgleichsanspruch. Der Höhe nach sind beide Ansprüche immer ident (SZ 9/94). Auf Grund des im Verhältnis der Haftungsbeträge für die eingelöste Schuld maßgebenden Aufteilungsverhältnis von S 1.787.644,81 zu S 1.743.867,61 d.s. 50,62 % zu 49,38 % ergibt sich, daß der Kläger auf keinen Fall gegen die Zweitbeklagte einen höheren Ausgleichsanspruch als S 882.739,01 haben kann. Der Differenzbetrag von S 904.905,80 kann daher sofort mittels Teilurteiles abgewiesen werden.

Über den verbleibenden Betrag von S 882.739,01 kann derzeit noch nicht abgesprochen werden. Die Annahme des Berufungsgerichtes, die Zweitbeklagte habe im Rahmen ihres Ausgleichsanspruches Kreditrückzahlungen vor Übernahme der Garantie als Hypothekarschuldnerin geltend gemacht und die Garantie sei nur an die Stelle der aufgegebenen Hypothekarhaftung getreten, steht mit dem Akteninhalt nicht im Einklang. Die Zweitbeklagte machte vielmehr ausdrücklich geltend, sie habe auf Grund ihrer Bürgschaft (im Berufungsverfahren: ihre Garantie) Zahlungen an die Kreditgläubigerin geleistet. Einer Prüfung, ob sie auf Grund anderer Sicherheiten (Hypotheken) Zahlungen geleistet hat, bedarf es daher nicht. Das Vorbringen der Zweitbeklagten ist allerdings in sich widerspruchsvoll. Wären auf Grund der abgegebenen Garantie bereits Zahlungen geleistet worden, so hätte sich die Garantiesumme ohne Vertragsänderung um diesen Betrag und damit die Haftung des Klägers und der Zweitbeklagten für dieselben Beträge gemindert. Die Einwendung der Zweitbeklagten kann aber auch dahin verstanden werden, daß die gesamte Garantiesumme zum Zeitpunkt der Einlösung der Forderung durch den Kläger nicht mehr aufrecht bestand. Sollte dies zutreffen, würde sich auch die von der Zweitbeklagten zu leistende Ausgleichszahlung weiter vermindern: Auf keinen Fall können allerdings die von der Zweitbeklagten auf Grund der Garantie geleisteten Zahlungen der Regreßforderung des Klägers als Gegenforderung entgegengehalten werden; solche Zahlungen könnten nur den Ausgleichsanspruch des Klägers und damit auch seinen Regreßanspruch mindern.

Das Verfahren erster Instanz über den offen bleibenden Klagsanspruch von S 882.739,01 samt Anhang wird daher nur in dieser aufgezeigten Richtung nach der gemäß § 182 ZPO zu erfolgenden Klarstellung des Vorbringens der Zweitbeklagten zu ergänzen sein. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 392 Abs 2, 52 Abs 2, 41, 50 ZPO. Die restlichen Kostenentscheidungen auf § 392 Abs 2, 52 ZPO bzw. 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E12718

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0010OB00681.87.1209.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19871209\_OGH0002\_0010OB00681\_8700000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)