

# TE OGH 1985/5/14 50b535/85

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.05.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Griebsler, Dr. Kralik, Dr. Jensik und Dr. Klinger als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei DALE'S R.V. A, Inc. Irvine, California 92714, USA, vertreten durch Dr. Kurt Asamer und Dr. Christian Schubert, Rechtsanwälte in Salzburg, wider die beklagte Partei Bernd F. B, Geschäftsführer, Salzburg, Mirabellplatz 9, vertreten durch Dr. Karl Friedrich Strobl, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen US ü 14.990 s.A. infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 3.Jänner 1985, GZ 1 R 341/84-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 20.September 1984, GZ 14 Cg 129/84-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 10.812,15 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 960 S an Barauslagen und 895,65 S an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin, ein in Kalifornien etabliertes Mietwagenunternehmen, behauptet, der C GmbH für deren Kunden in den Vereinigten Staaten von Amerika Wohnmobile zur Verfügung gestellt zu haben. Dafür seien per 1.10.1981

Leihwagengebühren von US ü 14.990 aufgelaufen. Der Beklagte, der Geschäftsführer der C GmbH sei, von dem aber nicht behauptet werden könne, daß ihm persönlich Kaufmannsqualität nach dem Handelsgesetzbuch zukomme (AS 62), habe mit Fernschreiben vom 21.10.1981 erklärt, daß er selbst für den offenen Betrag bürge. Die Klägerin beantragt daher, den Beklagten als Bürgen zur Zahlung des Betrages von US ü 14.990 samt 19,5 % Zinsen seit 5.10.1981, zahlbar in österreichischer Währung zum Warenkurs für Devisen der Österreichischen Nationalbank am Zahlungstag, zu verurteilen. Der Beklagte beantragt Klageabweisung. Er gibt zwar zu, daß die C GmbH mit der Klägerin in Geschäftsverbindung gestanden ist, bestreitet aber, eine Haftung als Bürge für eine Forderung der Klägerin gegen diese Gesellschaft übernommen zu haben. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 20.9.1984 gab der Beklagte die Echtheit des die Bürgschaftserklärung enthaltenden Fernschreibens vom 21.10.1981 zu.

In der genannten Tagsatzung erklärten die Parteien, für das gegenständliche Verfahren gemäß § 11 D das österreichische Recht zu wählen.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es stellte fest, daß der Beklagte im Fernschreiben der C Salzburg an die Klägerin vom 21.10.1981 erklärt hat, selbstverständlich selbst für den offenstehenden Betrag zu bürgen. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus:

Da der Beklagte nicht Vollkaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches sei, bedürfe seine Bürgschaftserklärung zu ihrer Gültigkeit gemäß § 1346 Abs 2 ABGB der Schriftform. Dafür sei nach § 886 ABGB die eigenhändige Unterschrift (des Bürgen) notwendig.

Dieses Erfordernis sei bei einem Fernschreiben nicht erfüllt (BGH in NJW 1981, 1205; ebenso nicht bei einem Telegramm: Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 209; Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 1 zu § 886).

Das Berufungsgericht gab der wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Berufung der Klägerin aus nachstehenden Erwägungen nicht Folge:

Die Auffassung der Klägerin, daß ein Fernschreiben das in den §§ 886, 1346 Abs 2 ABGB normierte Schriftformerfordernis bei einer zeitgemäßen Auslegung dieser Vorschriften erfülle, werde dem Buchstaben des Gesetzes und der eigentümlichen Bedeutung des Gesetzeswortlautes nicht gerecht, zumal § 886 ABGB, welcher die im § 1346 Abs 2 ABGB genannte Schriftform näher umschreibe, ausdrücklich auf das Erfordernis der Unterschrift verweise. Es entspreche allgemeiner Rechtsüberzeugung, daß eine schriftliche Erklärung erst mit der Unterschrift verbindliche Wirkung erlange.

Unterschrieben könnte etwa bei einem Telegramm nur die Aufgabe der Depesche sein, die dem Empfänger zumindest nicht unmittelbar zugänglich sei. Der Bestimmung des § 50 Telegrafenordnung BGBl. 1964/83, wonach auch der Empfänger innerhalb einer bestimmten Frist Einsicht in die Urschrift des Telegramms verlangen könne, stehe § 3 dieser Verordnung gegenüber, wonach diese Urschrift gar nicht mit einer Unterschrift des Absenders versehen sein müsse. Im vorliegenden Fall sei auch gar nicht behauptet worden, daß dies der Fall gewesen wäre. überdies werde nach überwiegender Auffassung der Lehre (Gschnitzer in Klang 2 IV/1, 272; Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 1 zu § 886; Koziol-Welser 6 I 120; aber auch Palandt, BGB 42, Rdz 3 zu § 126; Hefermehl in Soergel, BGB 11, Rdz 7 zu § 126; aM Ehrenzweig 2 I/1, 266, der sich auf Artikel 13 Abs 2 Schweizer OR stütze) durch die Unterfertigung der Depesche dem Schriftlichkeitserfordernis ohnehin nicht genügt, weil die Depesche an sich nur ein Auftrag an die Telegrafenverwaltung, nicht aber eine verbindliche Erklärung gegenüber dem Adressaten enthalte. Eine Behauptung über das Vorliegen einer solchen vom Beklagten unterfertigten Depesche hätte die Klägerin im übrigen offenbar nicht aufstellen können, weil sich der Beklagte nach der Aktenlage wohl des im Büro der C GmbH installierten Fernschreibers bedient habe, sodaß die Barriere gegen eine übereilte Erklärung noch geringer gewesen sei. Die Überlegung, daß sich der Beklagte immerhin einer zeitgemäßen Form zur Abgabe von Erklärungen bedient habe, komme nicht voll zum Tragen, weil er eben die Bürgschaft nicht als Kaufmann abgegeben habe und das Argument Gschnitzers, der Telegraf sei eher ein Mittel der Verständigung als die Form, in der eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben werde, auch für den 'Telegrafen im eigenen Haus' gelten müsse, mögen bei der 'Namenszeichnung' durch Fernschreiber unter Bedachtnahme auf die Tendenz, sich im geschäftlichen Verkehr moderner technischer Mittel zu bedienen, auch gewisse Parallelen zur rechtlichen Beurteilung der faksimilierten, also auf mechanischem Weg hergestellten unterschrift naheliegen. Auf die Frage, ob die Nennung des Namens des Absenders auch der letzte Akt im technischen Vorgang der Übermittlung und des Empfanges eines Fernschreibens sei, müsse daher nicht näher eingegangen werden. Im Verfahrensrecht werde die Verbesserung einer telegrafischen Eingabe deshalb für notwendig erachtet, weil diese eine Unterschrift der Partei bzw. ihres Vertreters nicht aufweise (§ 89 Abs 2 GOG; § 60 Geo; SZ 47/35 und eher allgemein SZ 25/302; aber auch BGH in NJW 1981, 1205). Könnte auch im gegebenen Fall im Gegensatz zu dem der Entscheidung SZ 49/53

zugrunde liegenden Sachverhalt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Beklagten als des Geschäftsführers der C GmbH an einer weiteren Stundung und der in diesem Zusammenhang erklärten persönlichen Bürgschaft angenommen werden, so scheitere doch die Auslegung des Fernschreibens vom 21.10.1981 als Schuldbeitritt daran, daß der Beklagte ausdrücklich das Wort 'Bürgschaft' gewählt habe. Es könne nicht angenommen werden, er habe sich zu mehr verpflichten wollen, weil die Akzessorietät und Subsidiarität der Bürgschaft als eine gewisse Abgrenzung der Haftung verstanden werden könne, mag auch Fasching (Kommentar III 240) dem Gebrauch der typisierten Rechtsbegriffe keine allzu große Bedeutung beimessen und eher danach fragen, welche Parteiabsicht dahinter stehe. Dazu komme jedenfalls, daß die Lehre sogar die Ausdehnung des Erfordernisses des § 1346 Abs 2 ABGB auf andere

Formen der Gutstehung verlange (Ertl in Rummel, ABGB, Rdz 4 zu § 1405 und Koziol in JBl 1964, 312). Gleich der Klägerin sähen Koziol-Welser 6 I 243 den Zweck des Schriftlichkeitserfordernisses des § 1346 Abs 2 ABGB darin, vor leichtfertiger Übernahme von Verbindlichkeiten zu bewahren, welchem Zweck damit, daß durch das prozessuale Anerkenntnis der Echtheit der Urkunde an der Herkunft der Erklärung kein Zweifel mehr bestehe, noch nicht Genüge geleistet worden sei. Auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes in der Form, daß die Bürgschaftserklärung die Klägerin zu weiteren Leistungen an die C GmbH veranlaßt habe (Vertrauensinteresse), habe sich die Klägerin nicht berufen. Im vorliegenden Fall handle es sich um eine unechte Fremdwährungsschuld, also um eine Geldforderung im Sinne des Par 500 Abs 2 ZPO, sodaß eine Bewertung nicht erforderlich sei, wenngleich die Tatsache, daß der Zahlungstag derzeit nicht feststehe, es eher als ungewiß erscheinen lasse, ob für die Frage der Notwendigkeit eines Ausspruches nach § 502 Abs 4 Z 1 ZPO auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung, des Schlusses der Verhandlung erster Instanz § 406 ZPO oder der Rechtsmittelentscheidung abzustellen sei. Das Berufungsgericht habe daher durch fernmündliche Anfrage bei der allgemeinen Sparkasse in Linz (Abteilung Handel) erhoben, daß der Briefkurs für den US-Dollar am 20.9.1984 (Schluß der Verhandlung erster Instanz) 21,771 und am 2.1.1985 (Tag vor der Berufungsentscheidung) 22,307 betragen habe, sich somit in beiden Fällen jedenfalls ein Wert über 300.000 S ergebe. Nur für den Fall einer Beurteilung des Klageanspruches als einer 300.000 S nicht übersteigenden Geldforderung sei die Revision gemäß § 502 Abs 4 Z 1 ZPO für zulässig erklärt worden. Für die Rechtsauffassung der Klägerin könnte immerhin die Einbeziehung technischer Hilfsmittel in den Geschäftsverkehr, allenfalls auch zum Zweck der Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen, sprechen, während die Entscheidung SZ 25/302 - abgesehen davon, daß sie weitgehend auf das Verfahrensrecht abstelle - immerhin schon vor mehr als 30 Jahren ergangen und eine neuere Entscheidung zu diesem Sachverhalt nicht zur Verfügung gestanden sei.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich die auf § 503 Abs 1 Z 4 ZPO gestützte Revision der Klägerin mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sowie das Ersturteil aufzuheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist gemäß § 502 Abs 4 Z 2 ZPO zulässig, weil es hiefür auf den Kurs des US-Dollars am Tag der berufungsgerichtlichen Entscheidung ankommt (vgl. Fasching, ErgBd. 68; EvBl 1974/125; 5 Ob 538/77, 5 Ob 674/79; E 1983, 110); sie ist aber nicht berechtigt. Die Klägerin beharrt in der Revision auf ihrem bereits in der Berufung vertretenen Standpunkt, der sich wie folgt zusammenfassen läßt:

Durch die Vorschrift des § 1346 Abs 2 ABGB, wonach es zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages erforderlich sei, daß die Verpflichtungserklärung des Bürgen schriftlich abgegeben werde, solle jedermann vor der leichtfertigen Übernahme einer Bürgschaft bewahrt werden. Daß das Fernschreiben vom 21.10.1981 eine schriftliche Verpflichtungserklärung des Beklagten als Bürgen darstelle, bedürfe keiner weiteren Ausführung. Wenn jemand an einen 12.000 km entfernten Geschäftspartner mit erheblichem Kostenaufwand ein Fernschreiben durchgebe, könne bei vernünftiger Überlegung aller Umstände davon ausgegangen werden, daß sich der Betreffende die Sache überlegt und wegen des Zwanges zur schriftlichen Formulierung seiner Erklärung diese nicht leichtfertig abgegeben habe. Es könne grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob die Erklärung des Bürgen handschriftlich, maschingeschrieben, telegrafisch, fernschriftlich oder per Telekopierer erfolge, wesentlich sei nach Auffassung des Gesetzgebers - vom Schutzzweck her - einzig und allein, daß dies schriftlich geschehe. Der Sinn der Bestimmung des § 886 ABGB, wonach ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit normiere, durch die Unterschrift der Parteien zustande komme, liege darin, klarzustellen, daß nicht schon ein Entwurf oder Aufsatz den Erklärenden binden solle, sondern dieser erst durch seine Unterschrift unter die Erklärung gebunden werde; die Unterfertigung, das Fertigmachen einer Erklärung, müsse daher noch als Teil der Schutznorm angesehen werden. Nicht mehr zeitgemäß sei das Verlangen, die schriftliche Erklärung müsse die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden tragen. Im Jahre 1812 habe es weder Telegrafie noch Fernschreiber noch Telekopierer gegeben, heute würden millionenfach schriftliche Erklärungen verbindlich als Fernschreiben oder Telekopie abgegeben. Wenn diese Urkunden den Namenszug des Erklärenden mit seinem Wissen trügen, sei nicht einzusehen, warum solche Schriftstücke den Schutzzweck des § 1346 Abs 2 ABGB in geringerem Umfang erfüllen sollten, als wenn einer den Lesens und Schreibens Unkundiger sein Handzeichen auf eine Urkunde setze, bezüglich deren Inhalts er sich auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen verlassen müsse. Die Berufung des Beklagten auf die Ungültigkeit seiner Bürgschaftsverpflichtung widerspreche umso mehr Treu und Glauben, als er die

Echtheit des Fernschreibens im gegenständlichen Verfahren zugestanden habe. Lege man die Erklärung des Beklagten - dem als angeblichem Nichtkaufmann die feinen Unterschiede zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft kaum bekannt sein dürften - als Schuldbeitritt aus, der formlos gültig sei, dann könne sich der Beklagte nicht für beschwert erachten, wenn aus seiner Erklärung nur die Konsequenzen nach §§ 1350, 1353, 1355 ABGB gezogen würden. Schließlich bestehe zwischen der übermittlung einer Erklärung im Wege eines Telegramms einerseits und im Wege eines Fernschreibens oder einer Telekopie andererseits ein wesentlicher Unterschied: Im ersten Fall komme der Empfänger nur in den Besitz einer Ausfertigung jener Erklärung, die der Erklärende dem Telegrafenamt zur Beförderung übergeben habe. Im Falle des Fernschreibens oder der Telekopie bediene sich der Erklärende so wie bei einem Telefonat der ihm von der Post zur Verfügung gestellten Telefon- und Fernschreibleitungen, um ohne weitere Dazwischenkunft irgendeiner dritten Person, also direkt dem Adressaten eine Erklärung zukommen zu lassen. So wie bei einem Telefonat niemand auf die Idee kommen würde, daß der Gesprächspartner und der Erklärende nicht ident seien, müsse man auch beim Fernschreiben die Erklärung als unmittelbar vom Erklärenden abgegeben ansehen, allenfalls unter Auslegung des Ausdruckes des Namens im Sinne eines 'Handzeichens' des Erklärenden.

Diesen Ausführungen vermag sich der Oberste Gerichtshof nicht anzuschließen.

Voraussetzung dafür, daß die Klägerin den Beklagten als Bürgen heranziehen kann, wäre gemäß 1346 Abs 2 ABGB in der Fassung der 3. Teilnovelle, daß er seine Verpflichtungserklärung schriftlich abgegeben hätte. Dies ist - wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben - nicht der Fall; dafür wäre es nämlich gemäß § 886 ABGB notwendig, daß die schriftliche Erklärung die Unterschrift des Beklagten trüge. (Daß ein Sachverhalt vorläge, der die Beisetzung des Handzeichens des Erklärenden oder einer Nachbildung von dessen eigenhändiger Unterschrift auf mechanischem Wege genügen ließe, wurde weder vorgebracht noch festgestellt.) Während der Text der schriftlichen Erklärung in eigener oder fremder Handschrift, in Maschinschrift oder Druck abgefaßt sein kann, muß die Unterschrift eigenhändig erfolgen; dies ergibt sich aus dem letzten Satz des § 886 ABGB in der Fassung der 3. Teilnovelle: 'Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift' (Gschnitzer in Klang 2 IV/1, 267 und 269; Koziol-Welser 6 I 120; Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 1 zu § 886). Ein (selbst den Namen des Erklärenden enthaltendes) Telegramm reicht mangels eigenhändiger Unterschrift zur Erfüllung des Schriftlichkeitserfordernisses nicht aus, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob eine eigenhändig unterschriebene Aufgabedepesche oder etwa nur eine telefonische Aufgabe vorliegt (Gschnitzer in Klang 2 IV/1, 272; Koziol-Welser aaO; Rummel aaO;

aM Ehrenzweig 2 I/1, 266 FN 22, der ein Telegramm mit Unterschrift auf der Aufgabedepesche unter Berufung auf Artikel 13 Abs 2 Schweizer OR, in dem dies allerdings - zum Unterschied von der österreichischen Rechtslage - für den Fall, daß das Gesetz nicht anderes bestimmt, ausdrücklich vorgesehen ist, genügen läßt; ebenso wie die herrschende Lehre in Österreich auch die herrschende Auffassung zu § 126 BGB, wonach die Urkunde, wenn durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist, von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muß § 127 Satz 2 BGB normiert allerdings, daß zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, telegrafische übermittlung genügt:

Palandt, BGB 44 , Rdz 3 zu § 126; Hefermehl in Soergel, BGB 11 , Rdz 12 zu § 126; Dilcher in Staudinger, BGB 12 , Rdz 19 zu § 126; RGRK-BGB 12 , Rdz 4 zu § 126; Förschler im Münchner Kommentar zum BGB, Rdz 22 zu § 126; Larenz, Allgemeiner Teil des Schuldrechts 6 , 399;

Flume, Das Rechtsgeschäft 3 , 251 f;

Fikentscher, Schuldrecht 6 , 539; Jauernig, BGB 3 , 67; BGHZ 24, 297; BGH in NJW 1981, 1205 eine mechanisch hergestellte Unterschrift ersetzt die eigenhändige Unterschrift grundsätzlich gleichfalls nicht; siehe ferner BGH in NJW 1970, 1078, wonach die eigenhändige Unterschrift unter anderem auch nicht durch eine Fotokopie ersetzt wird; aM Feil, GesRZ 1978, 72, der meint, daß die übermittlung einer Vertragsurkunde samt eigenhändiger Unterschrift mittels eines Telekopierers die Schriftform erfülle). Dasselbe hat für ein Fernschreiben zu gelten, mag es auch - wie hier - zum Abschluß den ausgedruckten Namen des Erklärenden aufweisen (ebenso Hefermehl aaO, Dilcher aaO, Förschler aaO, Jauernig aaO). Das für die Bürgschaftserklärung durch § 1346 Abs 2 ABGB idF des § 97 der 3. Teilnovelle aufgestellte Schriftlichkeitserfordernis soll vor der leichtfertigen übernahme solcher riskanten Verbindlichkeiten warnen (Koziol-Welser 6 I 243), es soll die schweren Folgen unüberlegter Gutstehungserklärungen vermeiden (Ohmeyer-Klang in Klang

2 VI 205; ebenso zu dem § 1346 Abs 2 ABGB entsprechenden § 766 BGB beispielsweise Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 12 II 476, der lehrt, das Gesetz verlange die Schriftform, um dem Bürgen die Bedeutung seiner Verpflichtung zu Bewußtsein zu bringen und die Ernstlichkeit seines Verpflichtungswillens außer Zweifel zu stellen; Fikentscher, Schuldrecht 6 , 539 führt aus, daß die Schriftform in erster Linie dazu diene, den Bürgen von übereilten Entschlüssen abzuhalten, daneben aber auch Beweiszwecken). Der Schutzzweck des § 1346 Abs 2 ABGB ist heute ebenso aktuell wie zur Zeit der Erlassung dieser Bestimmung (vgl. BGHZ 24, 297). Auch heute noch entspricht es - wie das Berufungsgericht richtig hervorhebt - der allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß eine schriftliche Erklärung erst mit der (eigenhändigen) Unterschrift verbindliche Wirkung erlange. Daß es der allgemeinen Verkehrsübung entspräche, (außerhalb des Anwendungsbereiches des § 350 HGB) fernschriftliche Erklärungen hinsichtlich ihrer bindenden Wirkung eigenhändig unterfertigten schriftlichen Erklärungen gleichzuhalten, hat die Klägerin überdies in erster Instanz weder vorgebracht noch bewiesen. Die von ihr hervorgehobenen faktischen Unterschiede zwischen Telegrammen und Fernschreiben sind in bezug auf den im Vordergrund stehenden Warn- und Schutzzweck des § 1346 Abs 2 ABGB ohne rechtliche Bedeutung. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizupflichten, daß die fernschriftliche Erklärung des Beklagten mit Rücksicht auf deren eindeutigen Wortlaut nicht als Schuldbeitritt aufgefaßt werden kann. Es ist dem Beklagten auch nicht verwehrt, sich auf die Ungültigkeit seiner Verpflichtungserklärung zu berufen, obgleich er deren Echtheit anerkannt hat.

Es war daher der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Sie hatte gemäß § 6 F unter Zugrundelegung des Kurses des US-Dollars im Zeitpunkt der Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatz zu ergehen.

#### **Anmerkung**

E05893

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0050OB00535.85.0514.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850514\_OGH0002\_0050OB00535\_8500000\_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)