

Bürgschaftserklärung auch per Fax gültig

Eine vom Bürgen eigenhändig unterschriebene Bürgschaftserklärung, die er dem Gläubiger per Telefax übermittelt, erfüllt die Voraussetzungen des Formgebots des § 1346 Abs 2 ABGB.

OGH 31.7.2013, 9Ob41/12p

Deskriptoren: Bürgschaft, Bürgschaftserklärung per Telefax, Schriftform(gebot), Formunwirksamkeit, eigenhändige Unterschrift, Übereilungsschutz, Warnfunktion, Zweck des Formgebots; §§ 886, 1346 Abs 2 ABGB.

Sachverhalt

Die Entscheidung ist umfangreich und umfasst mehrere Aspekte (und zudem eine Mehrzahl von Beteiligten). Der hier interessierende Sachverhalt lässt sich in einem Satz zusammenfassen: Ein von Gläubigern in Anspruch genommener Bürge hat eingewandt, dass er die Bürgschaftserklärung bloß per Fax abgegeben hat und dass dies nicht der vom Gesetz geforderten Schriftform genügt.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Der bisherigen Judikatur des OGH entsprechend haben die Vorinstanzen die Klage der Gläubiger abgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

[...]

I.1. Die Kläger meinen zu den [B]ürgschaftserklärungen des [B]eklagten, dass sie nach herrschender Lehre auch per Telefax formwirksam abgegeben werden können. Zur Erfüllung des Warnzwecks der Form sei nicht auf den Zugang des Originals abzustellen. Die Berufung des Erstbeklagten auf die Formunwirksamkeit erfolge auch rechtsmissbräuchlich, weil ihm die Umstände seiner Haftung genau bekannt gewesen seien und er nun versuche, sich ihr zu entziehen. Es könne nicht rechtens sein, jemanden durch Unterfertigung einer Haftungserklärung mit Faxübersendung zu einer Vermögensdisposition in Kenntnis der Umstände zu verleiten, die die Vermögensdisposition begründen, um sich danach formal auf die Unwirksamkeit der Haftungserklärung zu berufen.

Dazu war Folgendes zu erwägen:

I.2. Dass sich der [B]eklagte – entgegen seiner erstinstanzlichen Erklärung – erst in seiner Berufung auf die

allfällige Formunwirksamkeit seiner Bürgschaftserklärung berief, begründete keinen Verstoß gegen das – auch amtswegig wahrzunehmende (*Pimmer* in Fasching/Konecny² § 482 ZPO Rz 29; *Kodek* in Rechberger, ZPO³ § 482 Rz 8) und gegebenenfalls noch im Revisionsverfahren aufgreifbare (s RIS-Justiz RS0112213; RS0110304 [T1] = 9 ObA 326/98a) – Neuerungsverbot, weil damit keine Einrede iSd § 482 Abs 1 ZPO geltend gemacht wird. Sofern schon der äußeren Form nach keine schriftliche Bürgschaftserklärung vorliegt, ist das formwirksame Zustandekommen einer Bürgschaft als Gültigkeitsvoraussetzung vielmehr von demjenigen zu behaupten und zu beweisen, der daraus Ansprüche ableiten will (vgl *Rummel* in Rummel, ABGB³ § 886 Rz 14; zur amtswegigen Wahrnehmung von Formmängeln und ihren Grenzen s auch RIS-Justiz RS0118520; 1 Ob 213/03k). Das sind hier die Kläger.

I.3. Die Wirksamkeit der Haftungserklärung des [B]eklagten schon mit dem Argument zu bejahen, dass die Berufung auf die Formunwirksamkeit der [B]ürgschaftserklärungen jedenfalls rechtsmissbräuchlich wäre, kommt hier nicht in Frage:

Soll die Formvorschrift in ihrer Bedeutung nicht ausgehöhlt werden, kann ein Formmangel nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung als unbeachtlich angesehen werden, weil das allgemeine Interesse an der Einhaltung des Formzwangs der Vertragstreue vorgeht (s RIS-Justiz RS0070844). Aus der bloßen Nichteinhaltung des Formgebots für eine Bürgschaftsverpflichtung kann daher noch keine Haftung des Erklärenden abgeleitet werden. Richtig ist zwar, dass eine sittenwidrige absichtliche Vereitelung der Form oder eine arglistige Irreführung des Vertragspartners über die Erforderlichkeit der Form den Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen könnte (*Gamerith* in Rummel, ABGB³ § 1346 Rz 8 mwN). Entsprechende Umstände gehen aus dem festgestellten Sachverhalt selbst unter Berücksichtigung dessen, dass der [B]eklagte Rechtsanwalt ist, aber nicht hervor, zumal die Bürgschaftserklärungen einer Rechtsanwaltskanzlei gefaxt wurden. Diesbezüglich kann auf die Erwägungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

In der Literatur wird darüber hinaus ein Rechtsmissbrauch auch für den Fall angesprochen, dass „der Gegner Vorteile aus dem Geschäft genossen hat und sich nun der Gegenleistung entziehen will“ (*Rummel*, Anm zu 1 Ob 515/95, ÖBA 1996, 76 unter Verweis auf SZ 56/119 [jene Entscheidung erachtete das Beharren auf der Einhaltung der Notariatsaktsform für die Übertragung von Geschäftsanteilen als sittenwidrig, wenn das formbedürftige Geschäft bereits erfüllt war]).

Zwar ist im vorliegenden Fall nicht zu übersehen, dass die Subbürgschaften der Beklagten insofern wirtschaftlich nicht uneigennützig waren, als sie die Auszahlung

eines Teils der Kreditvaluta an die E^{*****} zur Folge hatten, an der d[er] Beklagte[...] als Gesellschafter beteiligt war[...]. Zu bedenken ist aber, dass selbst die Bürgschaft eines Kaufmanns, dem grundsätzlich eine Geschäftsgebarung zu seinem wirtschaftlichen Vorteil unterstellt werden kann, seit dem Handelsrechts-ÄnderungsG, BGBl I 2005/120, formpflichtig ist (Abschaffung von § 350 HGB), sodass sich der Übereilungsschutz nun selbst auf die Verbürgung von Unternehmern erstreckt. Vergleichsweise wird auch Gesellschaftern, die eine Minderheitsbeteiligung an einer Gesellschaft (ohne Sperrminorität) halten und keinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung haben, bei Eingehung einer Bürgschaft für die Schulden ihrer Gesellschaft auch die Schutzwürdigkeit als Verbraucher nicht abgesprochen (RIS-Justiz RS0065238, ausführlich 2 Ob 169/11h). Danach können aber auch die Beteiligungen des [B]eklagten an der E^{*****} (19,20% bzw 7,73%) nicht ausreichen, um ihn [...] aufgrund eines wirtschaftlichen Vorteils aus der der E^{*****} zur Verfügung gestellten Kreditvaluta die Berufung auf eine Formnichtigkeit ihrer Subbürgschaften zu versagen.

Es bedarf daher der Prüfung, ob die Wirksamkeit der per Telefax abgegebenen Subbürgschaftserklärungen am Formmangel scheitern.

I.4. Generell sieht § 886 ABGB für die Einhaltung der Schriftform vor:

Ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit bestimmt, kommt durch die Unterschrift der Parteien (...) zustande. Der schriftliche Abschluss des Vertrags wird durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege ist nur da genügend, wo sie im Geschäftsverkehr üblich ist.

Das Gebot der Schriftlichkeit bedeutet daher im Allgemeinen „Unterschriftlichkeit“, es sei denn, das Gesetz sieht ausdrücklich eine Ausnahme vor. Das Erfordernis der Schriftform soll gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können (RIS-Justiz RS0017221).

Auch wenn man iSd § 886 dritter Satz ABGB ein Telefax der Nachbildung einer eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Weg gleichsetzt, so ist nicht bekannt, dass ein Telefax auch im privaten rechtsgeschäftlichen Verkehr für den Abschluss von schriftformgebundenen Geschäftstypen wie einer Bürgschaft – dazu sogleich – derart Verbreitung gefunden hätte, dass es als im Geschäftsverkehr allgemein verkehrsbliche Abschlussform angesehen werden könnte (ebenso *Rummel* in Rummel ABGB³ § 886 Rz 6; allgemein zu den mit der Üblichkeit im Geschäftsverkehr verbundenen Unsicherheiten *P. und F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote auf

dem Prüfstand [Wien 2001] 21 f). In der Entscheidung 5 Ob 207/02f wurde ein Telefax in Hinblick auf das Schriftlichkeitserfordernis nach § 10 Abs 4 MRG (Anzeige des Mieters von einem Aufwendersatz gegenüber dem Vermieter) lediglich als auch im privaten Schriftverkehr üblich gewordene Mitteilungsform angesehen. Die Wirksamkeit der Subbürgschaftsverpflichtungen kann daher nicht schon nach § 886 dritter Satz ABGB bejaht werden.

I.5. Gemäß § 1346 Abs 2 ABGB ist für die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags erforderlich, dass die Verpflichtungserklärung des Bürgen „schriftlich abgegeben“ wird. Die Schriftform erfasst alle Bürgschaftsarten, daher auch Subbürgschaften (s nur *P. Bydlinski* in KBB³ § 1346 Rz 12). Die Reichweite des Formgebots richtet sich dabei nach seinem Formzweck (vgl allgemein *P. Bydlinski* in KBB³ § 886 Rz 2; *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 886 Rz 1).

I.6. Unstrittig ist, dass der Zweck der – mit der III. Teilnovelle eingeführten – Schriftform der Bürgschaft in ihrer Warnfunktion liegt („um das Unheil leichtsinniger Garantieübernahmen auch nur einigermaßen einzudämmen“, s *Langrod*, Die dritte Teilnovelle zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch nebst zweiter Teilnovelle [Wien 1916] 193). Denn in typisierter Betrachtung bedarf ein Bürge des Schutzes vor einer übereilten Gutstehungserklärung, weil das Haftungsrisiko ungewiss ist, in der Zukunft liegt und daher oft nicht ausreichend als solches erkannt wird. Zudem ist die Bürgschaft für den Bürgen für gewöhnlich mit keinem wirtschaftlichen Vorteil verbunden (*P. Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht [Wien 1991] 5 f). Mit der Schriftform soll ihm daher die Bedeutung seiner Verpflichtung bewusst gemacht und die Ernstlichkeit seines Verpflichtungswillens außer Frage gestellt werden.

I.7. In der Rechtsprechung wurde die Frage, ob eine per Telefax abgegebene Bürgschaftserklärung dem Schriftformgebot des § 1346 Abs 2 ABGB genügt, in der Entscheidung 1 Ob 515/95 (Bürgenhaftung eines Geschäftsführers für Mietzinsrückstände der GmbH) im Wesentlichen unter Berufung auf die Entscheidungen 5 Ob 535/85 = SZ 58/85 und 1 Ob 525/93 = EvBl 1994/86 verneint. Dem lasse sich für eine Bürgschaftserklärung nicht mit dem Argument begegnen, wer sich am Telefaxverkehr beteilige, gebe damit zu erkennen, dass für ihn diese Übermittlungsform und Unterschrift geschäftsüblich sei. Gemäß § 886 dritter Satz ABGB sei es nämlich nicht von Bedeutung, was für einen bestimmten Teilnehmer, sondern nur, was im Geschäftsverkehr allgemein üblich sei. Wie auch nach der Rechtsprechung des BGH müsse eine dem gesetzlichen Formgebot entsprechende Bürgschaftserklärung dem Vertragspartner zugehen, um verbindlich zu sein.

[...]

In der Entscheidung 1 Ob 525/93 war die Wirksamkeit einer maschinschriftlich abgegebenen Anzeige des Ersatzanspruchs eines Mieters als „schriftliche“ Anzeige iSd § 10 Abs 4 Z 1 MRG verneint worden. Die Schriftform solle vielmehr gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der abzugebenden Erklärung und die Person, von der sie ausgehe, hinreichend zuverlässig entnommen werden könne. Diese Judikatur ist allerdings seit der bereits zitierten Entscheidung 5 Ob 207/02f überholt. Unter Bedachtnahme auf den Formzweck, [...] wurde ausgesprochen, dass für die in § 10 Abs 4 MRG geforderte schriftliche Anzeige auch im privaten Schriftverkehr üblich gewordene Mitteilungsform durch Telefax ausreichend sei.

Weitere eine Telefaxerklärung betreffende Entscheidungen sind für die vorliegende Frage nicht unmittelbar einschlägig, weil die ihnen zugrunde liegenden Bestimmungen keinen Übereilungsschutz verfolgen (6 Ob 512/96: Formwirksamkeit eines per Fax erklärten schriftlichen Vorbehalts wegen Überschreitung der Lieferfrist nach Art 30 Abs 3 CMR; 1 Ob 620/95: Formunwirksamkeit einer per Fax abgerufenen Garantiezusage als Auslegungsergebnis eines vereinbarten Formgebots nach dem Grundsatz der formalen Garantiestrengung; 9 ObA 96/07v: mangels Unterschrift Formunwirksamkeit einer per SMS erklärten Auflösung eines Lehrverhältnisses nach § 15 Abs 1 BAG; 5 Ob 133/10k: Formunwirksamkeit einer per E-Mail abgegebenen Erklärung des Mieters nach § 16 Abs 1 Z 5 MRG).

I.8. Der Gesetzgeber hat in jüngerer Zeit den Schutz des Bürgen vor Übereilung insofern ausgeweitet, als die bis zum Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/125, bestehende Formfreiheit der Bürgschaftserklärung eines Vollkaufmanns durch ersatzlose Streichung des § 350 HGB zugunsten der allgemeinen Formpflicht nach § 1346 Abs 2 ABGB abgeschafft wurde. Eine qualifizierte elektronische Signatur wurde für privat („außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit“) abgegebene Bürgschaftserklärungen zunächst als nicht dem Schriftformgebot des § 1346 Abs 2 ABGB genügend angesehen (§ 4 Abs 2 Z 4 Signaturgesetz idF BGBl I 2001/152). Das Manko des fehlenden Übereilungsschutzes wurde mit BGBl I 2005/164 dadurch beseitigt, dass eine mit qualifizierter elektronischer Signatur abgegebene Privatbürgschaftserklärung nunmehr dann dem Schriftlichkeitsgebot des § 1346 Abs 2 ABGB entspricht, wenn sie die Erklärung eines Rechtsanwalts oder eines Notars enthält, dass er den Bürgen über die Rechtsfolgen seiner Verpflichtungserklärung aufgeklärt hat (RV 1169 BlgNR XXII. GP 42: „hinreichender Übereilungsschutz“). Beide Änderungen klären jedoch nicht, ob dem Schriftformerfordernis des § 886 ABGB als solchem („Unterschrift der Parteien“) und dem

Übereilungsschutz des § 1346 Abs 2 ABGB auch durch ein Telefax entprochen werden kann.

I.9. In der Lehre hat sich *Wilhelm* bereits 1990 unter dem Aspekt der leichteren Fälschbarkeit eines Telefaxes gegen die Wirksamkeit einer Telefaxbürgschaft ausgesprochen. Die Schriftform sollte „über all den Warn-, Übereilungsschutz-, Beweissicherungs-, Gläubigerschutz- und Publikationszwecken“ nach ihrem ersten und wichtigsten Zweck jeden Zweifel daran ausschließen, dass die Erklärung wirklich von dem stamme, von dem sie zu stammen vorgebe (*Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, *ecolex* 1990, 208; s auch *ecolex* 1996, 448, Anm zu 1 Ob 620/95). Insofern sollte die Anwendung einer tatbestandlich eindeutigen Formvorschrift prinzipiell von jeder Teleologie unabhängig sein (*ecolex* 1994, 159, Anm zu 1 Ob 525/93). Auch *Graf*, Krankmeldung nach § 4 EFZG per Telefax-Zugang und sein Beweis, DRdA 2012, 427, erachtete kürzlich ein Telefax als nicht der Schriftform entsprechend.

Demgegenüber haben sich namhafte Stimmen ablehnend zur Entscheidung 1 Ob 515/95 geäußert und sich in Differenzierung der Formvorschrift nach einer möglichen Echtheitsprüfung durch den Empfänger und der Warnfunktion für den Bürgen für die Wirksamkeit einer Telefaxbürgschaft ausgesprochen:

Rummel führte in seiner Anmerkung zu 1 Ob 515/95, ÖBA 1996, 77, aus, der Fälschungsgefahr und Echtheitsprüfung sei auf der Beweisebene ausreichend Rechnung zu tragen. Berufe sich der Empfänger auf ein Fax, reiche Bestreitung der Echtheit der Urkunde (§ 294 ZPO). Stehe fest, dass das Original unterschrieben, die Telekopie also nicht verfälscht sei, könne nur noch die Warnfunktion bei der Bürgschaft den Prüfmaßstab liefern. Insofern sei kein Unterschied zwischen Postversand und Fax zu erkennen.

Auch nach *P. Bydlinski*, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGB, RdW 1996, 196, sei mit einer Telefaxkopie der Übereilungsschutz nicht weniger gesichert als bei Übergabe der Originalurkunde. Entscheidender Moment sei die „Entäußerung“ an sich. Gewarnt wäre der Erklärende da wie dort. Beweisprobleme hätten damit nichts zu tun.

Koziol, ÖBA 1996, 478, hob hervor, dass nicht jede Formvorschrift jedenfalls den Nebenzweck verfolge, Echtheitszweifel auszuschließen. Da § 1346 Abs 2 ABGB den Schutz des Bürgen vor den Folgen unüberlegter, leichtfertiger Gutstehungserklärungen verfolge, müsse es entscheidend auf den vom Bürgen zu setzenden Akt ankommen. Dafür müsse zur Unterschrift auch ein bewusster Akt der Entäußerung der Erklärung hinzukommen, um den Erklärungswillen sicherzustellen. Dem Zweck könne aber nicht entnommen werden, dass der Gläubiger die Verfügungsmöglichkeit über die Ori-

ginalurkunde erlangen und ihm diese daher ausgehändigt werden müsse, weil eine derartige Voraussetzung nicht geeignet wäre, den Bürgen zu größerer Vorsicht anzuhalten. Die Ermöglichung einer Echtheitsprüfung durch den Gläubiger würde im Ergebnis aber auch dessen Interessen widersprechen, wenn die Bürgschaftserklärung mangels Zugang des Originals für ungültig erklärt werde.

[...]

Allgemein gestehen *P. und F. Bydlinski*, aaO 16 ff, dem Gläubiger zwar ein Interesse daran zu, sich noch vor seinen Dispositionen mit Hilfe der Originalurkunde weitgehende Gewissheit über die Wirksamkeit der Bürgschaft zu verschaffen. Die Frage nach der Wirksamkeit der Telefaxbürgschaft sei davon aber präzise zu unterscheiden. In Fällen, in denen der als Bürge Belangte seine Urheberschaft zugestehe, wäre es geradezu absurd, das Argument grundsätzlicher (Ver-)Fälschungsgefahr zuzulassen, weil sich dieses Risiko dann nachweislich nicht verwirklicht habe.

Für die Formwirksamkeit einer per Fax erklärten Bürgschaft sprechen sich schließlich auch *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB³ § 1346 Rz 11; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8, *P. Bydlinski* in *KBB*³ § 1346 Rz 9, und *Würth*, wobl 1994, 71, Anm zu 1 Ob 525/93 aus.

I.10. Nach deutscher Rechtsprechung gilt eine per Telefax abgegebene Bürgschaftserklärung nicht als iSd § 766 BGB „schriftlich erteilt“ (BGH vom 28.1.1993, IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224). Soweit ersichtlich, wurde diese Rechtsprechung in jüngerer Zeit aber keiner weiteren Prüfung unterzogen.

I.11. Der Oberste Gerichtshof kann sich der überwiegenden Kritik der Lehre nicht verschließen:

Tatsächlich steht das Argument der Fälschungsanfälligkeit eines Telefax in keinem inneren Zusammenhang mit dem Zweck des Formgebots, den Bürgen von einer übereilten Haftungserklärung zu warnen. Eine Echtheitsprüfung durch den Empfänger wäre in der Regel auch nur möglich, wenn ihm die Originalunterschrift des Bürgen zu Vergleichszwecken zur Verfügung steht. Das kann im Geschäftsverkehr im Allgemeinen aber nicht vorausgesetzt werden. Zudem ist auch eine Zeichnung des Vertreters mit dem Namen des Vertretenen erlaubt (*Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 886 Rz 5 mwN). Die Führung des Nachweises, dass Inhalt und Unterschrift einer per Telefax übermittelten Bürgschaftserklärung vom belangten Bürgen stammen, obliegt unter prozessualen Aspekten im Bestreitungsfall ohnedies dem Gläubiger als demjenigen, der sich darauf beruft. Wird aber die Abgabe einer per Fax erklärten Bürgschaft vom Bürgen gar nicht bestritten, kann es auf die Frage des Nachweises einer solchen Bürgschaftserklärung nicht mehr ankommen.

Dass die per Fax übermittelten Subbürgschaftserklärungen von den Subbürgen tatsächlich eigenhändig unterfertigt und somit iSd § 886 ABGB schriftlich errichtet wurden, steht im Revisionsverfahren nicht weiter in Frage. Augenmerk verdient daher, dass § 1346 Abs 2 ABGB zur Wahrung der Schriftform neben der „Schriftlichkeit“ auch das „Abgeben“ der unterzeichneten Bürgschaftserklärung durch den Bürgen verlangt. Der Vorgang der Abgabe ist vom schriftlichen Abfassen des Willens des Bürgen zu unterscheiden, weil er nicht auf das Zustandekommen dieses Willens, sondern auf dessen Übermittlung an den Gläubiger gerichtet ist. Für sie ist es erforderlich, dass sich der Bürge der in der Bürgschaftsurkunde verkörperten Willenserklärung gegenüber dem Gläubiger entäußert. Ob die Abgabe der Bürgschaftserklärung zwingend mit der Entäußerung des Originals der Urkunde zu verbinden ist oder auch per Fax erfolgen kann, ist nach dem Zweck des Formgebots danach zu beurteilen, ob die Faxübermittlung eine mit der Übergabe/Versendung des Originals gleichwertige Warnung des Bürgen bewirkt. Zwar mag es insbesondere im privaten Rechtsverkehr, in dem per Telefax getätigte Geschäftsabschlüsse in der Dimension einer Bürgschaftserklärung nicht als geschäftsüblich angesehen werden können, für den Erklärenden psychologisch einen Unterschied machen, ob er das Original „aus der Hand“ gibt oder die Sendetaste am Faxgerät betätigt. Dieses Moment allein rechtfertigt es jedoch nicht, einer vom Bürgen unterschriebenen und dem Gläubiger gefaxten Bürgschaftserklärung die Wirksamkeit zu versä-

gen, weil er sich auch in diesem Fall seiner Erklärung willentlich so entäußert, dass er ohne sein weiteres Zutun mit ihrem Zugang beim Empfänger rechnen muss. Nicht anders als beim Versenden eines Poststücks hat seine Erklärung damit aber „endgültig“ seinen Machtbereich verlassen. Diese Erwägung führt aber dazu, dass eine schriftliche, dh eigenhändig vom Bürgen unterschriebene Verpflichtungserklärung auch mit der Übermittlungsform eines Telefax iSd § 1346 Abs 2 ABGB formwirksam „abgegeben“ werden kann.

Der in der dargelegten Rechtsprechung aufgezeigte Aspekt, dass auch dem Gläubiger ein Interesse daran zuzugestehen sei, aus dem ihm übermittelten Schriftstück den Inhalt der abzugebenden Erklärung und die Person, von der sie ausgehe, hinreichend zuverlässig entnehmen zu können, wird dadurch nicht obsolet. Denn selbstverständlich steht es dem Gläubiger frei, vom Bürgen die Übermittlung der Originalurkunde zu verlangen, wenn er – nicht zuletzt im Hinblick auf einen Streitfall – die für ihn größtmögliche Sicherheit erlangen will, liegt es doch, wie dargelegt, in der Prozesssituation für gewöhnlich an ihm, im Bestreitungsfall die Formwirksamkeit der Bürgschaftserklärung nachzuweisen.

I.12. Zusammenfassend erfüllt damit eine vom Bürgen eigenhändig unterschriebene Bürgschaftserklärung, die er dem Gläubiger per Telefax übermittelt, die Voraussetzungen des Formgebots des § 1346 Abs 2 ABGB. Der Erst- und der Zweitbeklagte können sich danach nicht auf die Formunwirksamkeit ihrer Subbürgschaftserklärungen berufen.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die Entscheidung hat für die Baupraxis Bedeutung, nicht weil Bürgschaften hier so verbreitet wären, sondern weil für zur Sicherheit übergebene Garantien dasselbe gilt, wie für Bürgschaften, und Garantien sehr häufig anzutreffen sind.

Die Entscheidung stellt klar, dass es bei der Frage, ob eine Bürgschaft wirksam per Fax abgegeben werden kann, nicht auf Fragen der Beweisbarkeit, sondern darauf ankommt, ob der Bürge ausreichend vor Übereilung geschützt ist. Der Schutz vor Übereilung ist ein zweifacher: Zunächst ist die Unterschrift gefordert und dann muss es noch zu einer „Entäußerung“ (aus-der-Handgabe) kommen. Und

hier ist die persönliche Übergabe, die Aufgabe bei der Post oder die Betätigung des Faxgerätes „gleichwertig“ (dies ist einleuchtend, wenn man die beiden Ersuchen „bitte steck’ das in’s Fax“ und „bitte nimm’ das zur Post mit“ vergleicht).

Die Entscheidung dünnt den Kanon an Formen jedenfalls etwas aus. Tatsächlich war es bislang etwas schwer einzusehen, weshalb eine Faxversendung dem Schriftlichkeitsgebot einmal (nämlich zB für eine gemäß § 10 Abs 4 MRG geforderte schriftliche Anzeige) entsprochen hat, wenn nur die Unterschrift sichtbar war, ein andermal (nämlich bei der Bürgschaft) aber nicht.