



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Schutz des Bürgen – Ein Rechtsvergleich
zwischen Österreich und der Türkei“

verfasst von / submitted by

Ahmet Hakan Dağdelen

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2017 / Vienna, 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student rec-
ord sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ. –Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M

INHALTSÜBERSICHT

I. Einführung

A.	Ausgangspunkt.....	1
B.	Der Begriff „Bürge“	1
	1. Österreich	1
	2. Türkei	4
	3. Vergleich.....	6
C.	Gang und Ziel der Untersuchung.....	7

II. Mängel bei der Bürgschaftsübernahme

A.	Probleme im Überblick	9
B.	Vergleichbare Instrumente	10
	1. Vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Bürgen	10
	2. Schriftform	19
	3. Verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht	37
	4. Ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags.....	38
	5. Sittenwidrigkeitskontrolle bei der finanziellen Überforderung des Bürgen	44
C.	Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich	53
	6. Belehrung des potenziellen Verbraucher-Ehegatten-Bürgen.....	53
	7. Vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Verbraucher-Bürgen.....	56
	8. Verbraucherrechtliche Mäßigungsberechtigung des Richters	63
	9. Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung	68
D.	Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei	74
	10. Zustimmung des Ehegatten	74
	11. Unverzichtbarkeit der dem Bürgen eingeräumten Rechte im Voraus	79
	12. Maximale Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen	80

III. Direkte Inanspruchnahme

A.	Probleme im Überblick	83
B.	Vergleichbare Instrumente	83
	13. Vorausaufrechnung.....	83
	14. Vorausgegangene Mahnung	94
	15. Vorausverwertung der Pfänder	97
C.	Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich	104
	16. Beschränkung der Kreditbürgschaft des vormaligen Ehegatten auf den Ausfall.....	104

D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei.....	109
17. Vorausklage.....	109
18. Teilung bei der Mitbürgschaft.....	112
19. Einstellung der Betreuung durch die Leistung dinglicher Sicherheit.....	114
20. Unverzichtbarkeit der Vorausklage und Pfandverwertung bei Verbrauchergeschäften.....	115

IV. Vermehrung der Haftungssumme

A. Probleme im Überblick.....	117
B. Vergleichbare Instrumente.....	117
21. Enge Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen.....	117
22. Auskunftserteilung über den Stand der Hauptschuld auf Verlangen.....	120
23. Verständigung über die Säumigkeit des Hauptschuldners.....	123
C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich.....	125
24. Ständige enge Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen.....	125
25. Rechtzeitige Eintreibung der Zinsen durch den Gläubiger.....	127
D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei.....	128
26. Mitteilung der Fälligkeit der Hauptschuld durch den Gläubiger.....	128
27. Aufsicht über die Leistung des Dienstleisters durch den Gläubiger.....	129
28. Zahlungsannahme durch den Gläubiger.....	130

V. Belastung mit der Hauptschuld

A. Probleme im Überblick.....	133
B. Vergleichbare Instrumente.....	133
29. Sicherstellung der Regressforderung des Bürgen durch den Hauptschuldner.....	133
30. Verständigung des Bürgen über mögliche Verteidigungsmittel durch den Hauptschuldner.....	136
31. Beibehaltung der anderen Sicherheiten durch den Gläubiger.....	139
32. Übergabe der Beweismittel durch den Gläubiger.....	145
33. Zustimmung beim Wechsel der Person des Hauptschuldners.....	146
34. Auflösung aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners.....	151
35. Berufung auf Verteidigungsmittel des Hauptschuldners.....	158
36. Übergang von Rechten und Regress.....	168
C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich.....	187
37. Sicherstellung der verbürgten Schuld durch den Hauptschuldner.....	187
38. Rechtzeitige Eintreibung der Hauptschuld.....	188

39. Verständigung über die Fälligkeit der Hauptschuld	189
40. Verständigung über die Zahlungsunfähigkeit und Entfernung des Hauptschuldners.....	190
41. Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren des Hauptschuldners durch den Bürgen	190
42. Verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht bei maßgeblichen Umständen.....	194
D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei	196
43. Einleitung der Betreuung auf Aufforderung bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit	196
44. Fälligstellung auf Aufforderung bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit	197
45. Benachrichtigung über den Konkurs und die Nachlassstundung.....	198
46. Forderungsanmeldung im Konkurs und Nachlassverfahren	198
47. Haftungsbefreiung beim Entfall eines anderen Bürgen	200
48. Leistungsverweigerung bei aufgehobener oder eingeschränkter Leistungsverpflichtung	202

VI. Conclusio

A. Schlussfolgerung.....	203
B. Wesentliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede	205
C. Wichtigste Erkenntnisse.....	209

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	iii
Inhaltsverzeichnis	vii
Abkürzungsverzeichnis	xvii

I. Einführung

A. Ausgangspunkt.....	1
B. Der Begriff „Bürge“	1
1. Österreich	1
2. Türkei	4
3. Vergleich.....	6
C. Gang und Ziel der Untersuchung.....	7

II. Mängel bei der Bürgschaftsübernahme

A. Probleme im Überblick	9
B. Vergleichbare Instrumente	10
1. Vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Bürgen	10
a. Österreich.....	10
i. Aufklärungsbedarf	10
ii. Fälle.....	11
iii. Verhältnis zu Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers.....	13
iv. Folgen der Nichtaufklärung	16
b. Türkei.....	16
c. Vergleich	18
2. Schriftform	19
a. Österreich.....	19
i. Allgemein.....	19
ii. Haftungsübernahme	20
iii. Inhalt der Bürgschaftsurkunde	21
iv. Eigenhändige Unterschrift des Bürgen	23
v. Formmangel	25
b. Türkei.....	27
i. Allgemein.....	27
ii. Haftungsübernahme	27
iii. Inhalt der Bürgschaftsurkunde	29
iv. Eigenhändige Unterschrift des Bürgen	32

v. Formmangel	33
c. Vergleich	35
3. Verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht	37
a. Österreich	37
b. Türkei	38
c. Vergleich	38
4. Ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags	38
a. Österreich	38
b. Türkei	41
c. Vergleich	43
5. Sittenwidrigkeitskontrolle bei der finanziellen Überforderung des Bürgen	44
a. Österreich	44
i. Ausgangspunkt	44
ii. Kriterien	45
(a) Inhaltliche Missbilligung der Bürgschaft	45
(b) Verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen	48
(c) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers	48
iii. Rechtsfolge	49
b. Türkei	50
c. Vergleich	52
C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich	53
6. Belehrung des potenziellen Verbraucher-Ehegatten-Bürgen	53
a. Vorbemerkung	53
b. Belehrung des Verbraucher-Ehegatten-Bürgen	54
7. Vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Verbraucher-Bürgen	56
a. Aufklärungsbedarf	56
b. Nachforschung über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners	58
c. Verhältnis zum Bankgeheimnis	60
d. Folge der Nichtaufklärung	61
8. Verbraucherrechtliche Mäßigungsberechtigung des Richters	63
a. Mäßigungsbedarf	63
b. Mäßigungskriterien	64
i. Allgemein	64
ii. Interesse des Gläubigers an der Bürgschaft	65

iii.	Verschulden des Bürgen	65
iv.	Nutzen des Bürgen aus der Leistung des Gläubigers	66
v.	Die verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen	66
c.	Das Verhältnis zur Sittenwidrigkeitskontrolle	67
9.	Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung	68
a.	Allgemein	68
b.	Durchführung des Abschöpfungsverfahrens mit Restschuldbefreiung	68
i.	Einleitung des Verfahrens	68
ii.	Wohlverhaltensphase	69
iii.	Restschuldbefreiung	69
c.	Das Verhältnis zu den anderen Rechtsbehelfen	70
i.	Zur Sittenwidrigkeitskontrolle	70
ii.	Zur verbraucherrechtlichen Mäßigungsberechtigung des Richters	72
D.	Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei	74
10.	Zustimmung des Ehegatten	74
a.	Allgemein	74
b.	Umfang des Erfordernisses	75
c.	Form und Zeitpunkt der Zustimmung	76
d.	Die Ausnahmen	77
i.	Fälle	77
ii.	Personen und bestimmte Kredite	77
e.	Folge der fehlenden Zustimmung	78
11.	Unverzichtbarkeit der dem Bürgen eingeräumten Rechte im Voraus	79
12.	Maximale Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen	80
III. Direkte Inanspruchnahme		
A.	Probleme im Überblick	83
B.	Vergleichbare Instrumente	83
13.	Vorausaufrechnung	83
a.	Österreich	83
i.	Allgemein	83
ii.	Grundlagen	85
(a)	Legitimes Interesse des Bürgen	85
(b)	Anspruch auf die Aufrechnung	86
(c)	Ungleichgewicht der gegenüberstehenden Interessen	87

iii. Disposition	88
b. Türkei	88
i. Durchsetzbarkeit	88
ii. Disponibilität über die Aufrechnungslage	89
(a) Durch den Gläubiger	89
(b) Durch den Hauptschuldner	89
(1) Disposition	89
(2) Wirkung auf die Stellung des Bürgen	90
(c) Durch den Bürgen	91
(1) Verzicht	91
(2) Unterlassung	92
c. Vergleich	93
14. Vorausgegangene Mahnung	94
a. Österreich	94
i. Allgemein	94
ii. Die Ausnahmen	95
b. Türkei	95
i. Allgemein	95
ii. Die Ausnahmen	96
c. Vergleich	97
15. Vorausverwertung der Pfänder	97
a. Österreich	97
b. Türkei	100
i. Mit Vorausklage	100
(a) Allgemein	100
(b) Die Ausnahmen	101
ii. Ohne Vorausklage	102
(a) Allgemein	102
(b) Die Ausnahmen	103
c. Vergleich	103
C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich	104
16. Beschränkung der Kreditbürgschaft des vormaligen Ehegatten auf den Ausfall	104
a. Allgemein	104

b. Voraussetzungen	105
c. Geltungsbereich	106
d. Wirkung	106
i. Allgemein	106
ii. Die Ausnahmen	109
D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei	109
17. Vorausklage	109
a. Allgemein	109
b. Die Ausnahmen	110
18. Teilung bei der Mitbürgschaft	112
a. Allgemein	112
b. Mit Vorausklage	112
c. Ohne Vorausklage	113
19. Einstellung der Betreuung durch die Leistung dinglicher Sicherheit	114
20. Unverzichtbarkeit der Vorausklage und Pfandverwertung bei Verbrauchergeschäften	115

IV. Vermehrung der Haftungssumme

A. Probleme im Überblick	117
B. Vergleichbare Instrumente	117
21. Enge Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen	117
a. Österreich	117
b. Türkei	119
c. Vergleich	120
22. Auskunftserteilung über den Stand der Hauptschuld auf Verlangen	120
a. Österreich	120
b. Türkei	122
c. Vergleich	123
23. Verständigung über die Säumigkeit des Hauptschuldners	123
a. Österreich	123
b. Türkei	124
c. Vergleich	125
C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich	125
24. Ständige enge Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen	125
25. Rechtzeitige Eintreibung der Zinsen durch den Gläubiger	127

D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei.....	128
26. Mitteilung der Fälligkeit der Hauptschuld durch den Gläubiger	128
27. Aufsicht über die Leistung des Dienstleisters durch den Gläubiger	129
28. Zahlungsannahme durch den Gläubiger	130

V. Belastung mit der Hauptschuld

A. Probleme im Überblick.....	133
B. Vergleichbare Instrumente	133
29. Sicherstellung der Regressforderung des Bürgen durch den Hauptschuldner	133
a. Österreich	133
i. Zivilrechtlich.....	133
ii. Insolvenzrechtlich	133
b. Türkei	134
c. Vergleich.....	136
30. Verständigung des Bürgen über mögliche Verteidigungsmittel durch den Hauptschuldner	136
a. Österreich	136
b. Türkei	138
c. Vergleich.....	138
31. Beibehaltung der anderen Sicherheiten durch den Gläubiger.....	139
a. Österreich	139
b. Türkei	142
c. Vergleich.....	144
32. Übergabe der Beweismittel durch den Gläubiger	145
a. Österreich	145
b. Türkei	145
c. Vergleich.....	146
33. Zustimmung beim Wechsel der Person des Hauptschuldners.....	146
a. Österreich	146
b. Türkei	148
c. Vergleich.....	150
34. Auflösung aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners.....	151
a. Österreich	151
i. Widerruf.....	151
ii. Kündigung	151

b.	Türkei.....	153
i.	Voraussetzungen.....	153
(a)	Allgemein	153
(b)	Vermögenslage des Hauptschuldners	153
(c)	Hauptgeschäft	154
ii.	Mitteilung der Auflösung.....	156
iii.	Rechtsfolgen.....	156
c.	Vergleich	157
35.	Berufung auf Verteidigungsmittel des Hauptschuldners	158
a.	Geltendmachung der identischen Verteidigungsmittel	158
i.	Österreich	158
(a)	Allgemein	158
(b)	Die Ausnahmen	159
ii.	Türkei	160
(a)	Allgemein	160
(b)	Die Ausnahmen	162
iii.	Vergleich	162
b.	Geltendmachung der nicht-identischen Verteidigungsmittel.....	163
i.	Österreich	163
(a)	Allgemein	163
(b)	Disponibilität	164
ii.	Türkei	166
(a)	Allgemein	166
(b)	Disponibilität	166
iii.	Vergleich	168
36.	Übergang von Rechten und Regress	168
a.	Österreich.....	168
i.	Allgemein.....	168
ii.	Verhältnis zum Hauptschuldner	170
iii.	Verhältnis zum anderen Mithaftenden	173
(a)	Allgemein	173
(b)	Aufteilung der Last.....	176
b.	Türkei.....	181
i.	Allgemein.....	181

ii. Verhältnis zum Hauptschuldner	182
iii. Verhältnis zum anderen Mithaftenden	183
(a) Zum persönlich Mithaftenden	183
(b) Zum dinglich Mithaftenden	185
c. Vergleich	186
C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich	187
37. Sicherstellung der verbürgten Schuld durch den Hauptschuldner	187
38. Rechtzeitige Eintreibung der Hauptschuld	188
39. Verständigung über die Fälligkeit der Hauptschuld	189
40. Verständigung über die Zahlungsunfähigkeit und Entfernung des Hauptschuldners	190
41. Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren des Hauptschuldners durch den Bürgen	190
a. Vor der Befriedigung des Gläubigers	190
b. Nach der Teilbefriedigung des Gläubigers	191
i. Vor der Insolvenzeröffnung	191
ii. Nach der Insolvenzeröffnung	192
42. Verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht bei maßgeblichen Umständen	194
D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei	196
43. Einleitung der Betreibung auf Aufforderung bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit	196
44. Fälligstellung auf Aufforderung bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit	197
45. Benachrichtigung über den Konkurs und die Nachlassstundung	198
46. Forderungsanmeldung im Konkurs und Nachlassverfahren	198
47. Haftungsbefreiung beim Entfall eines anderen Bürgen	200
48. Leistungsverweigerung bei aufgehobener oder eingeschränkter Leistungsverpflichtung	202
VI. Conclusio	
A. Schlussfolgerung	203
B. Wesentliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede	205
C. Wichtigste Erkenntnisse	209
Bürgschaftsrechtliche Artikel des TBK	215
Gesetzesverzeichnis	225
Sachverzeichnis	229

Literaturverzeichnis **231**

I. Deutschland

A. Aufsätze	231
B. Kommentare.....	231
C. Monographien.....	231
D. Rechtswörterbücher	231

II. Österreich

A. Aufsätze	231
B. Entscheidungsanmerkungen	234
C. Kommentare.....	237
D. Lehrbücher	237
E. Monographien.....	237

III. Schweiz

A. Aufsätze	238
B. Kommentare.....	238
C. Monographien.....	239

IV. Türkei

A. Aufsätze	239
B. Lehrbücher	241
C. Monographien.....	241
1. Bücher	241
2. Thesen	242
D. Rechtswörterbücher	242
E. Vorträge.....	243

Anhang **245**

I. Deutsche Zusammenfassung

II. Englische Zusammenfassung

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

<p>aA: andere Ansicht</p> <p>AAD: Avrupa Araştırmaları Dergisi (Zeitschrift für die Europastudien)</p> <p>ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</p> <p>Abs: Absatz</p> <p>AGB: Allgemeine Geschäftsbedingungen</p> <p>AJP: (schweizerische) Aktuelle Juristische Praxis</p> <p>AnwBl: Österreichisches Anwaltsblatt</p> <p>AktG: Aktiengesetz</p> <p>AS: (Amtliche) Sammlung der eidgenössischen Bundesgesetze und Verordnungen</p> <p>AußStrG: Außerstreitgesetz</p> <p>AÜG: Arbeitskräfteüberlassungsgesetz</p> <p>AÜEHFD: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Erzincan Atatürk)</p> <p>AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Ankara)</p> <p>Batider: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Zeitschrift für die Banken und das Handelsrecht)</p> <p>BD: Bankacılar Dergisi (Zeitschrift der Banker)</p> <p>BGB: (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch</p> <p>BGE: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts</p> <p>BGH: (deutscher) Bundesgerichtshof</p> <p>BlgNR: Beilage zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats</p>	<p>BÜHFKHHD: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Referierte Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Bahçeşehir und Kazancı)</p> <p>BWG: Bankwesengesetz</p> <p>DSG: Datenschutzgesetz</p> <p>EheG: Ehegesetz</p> <p>EİK: Elektronik İmza Kanunu (Gesetz über die elektronische Signatur)</p> <p>ErläutRV: Erläuterungen zur Regierungsvorlage</p> <p>EuGH: Europäischer Gerichtshof</p> <p>EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Erzincan)</p> <p>EvBl: Evidenzblatt</p> <p>EWG: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft</p> <p>FAGG: Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz</p> <p>FernFinG: Fern-Finanzdienstleistung-Gesetz</p> <p>f, ff: und der (die, das) folgende, die folgenden</p> <p>FS: Festschrift</p> <p>GBG: Allgemeines Grundbuchgesetz 1955</p> <p>GesRZ: Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschaft- und Unternehmensrecht</p> <p>GP: Gesetzgebungsperiode</p> <p>GÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Galatasaray)</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

GzÜHFD: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Gazi)	JGS: Justizgesetzsammlung
HD: Hukuk Dairesi (Justiz Senat)	LHD: Legal Hukuk Dergisi (juristische Zeitschrift Legal)
HGB: Handelsgesetzbuch	MÜHFD: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Maltepe)
hL: herrschende Lehre	NJW: (deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Zivilprozessordnung)	NZ: Österreichische Notariatszeitung
Hrsg: Herausgeber	ÖBA: Österreichisches Bankarchiv
HS: Halbsatz	OGH: Oberster Gerichtshof
HWiG: (deutsches) Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften	OHG: offene Handelsgesellschaft
İBD: İstanbul Barosu Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer İstanbul)	ÖJZ: Österreichische Juristen-Zeitung
İBK: İçtihadı Birleştirme Kararı (gemeinsame Entscheidung der Justiz Senate)	OR: (schweizer) Obligationenrecht
iHv: in der Höhe von	ÖZW: Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
İİK: İcra ve İflas Kanunu (Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz)	RdW: Österreichisches Recht der Wirtschaft
İKÜHFD: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität İstanbul Kültür)	Rz: Randzahl
IO: Insolvenzordnung	S: Satz
iSv: im Sinn von	SchKG: (schweizerisches) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität İstanbul)	SigG: Signaturgesetz
İzBD: İzmir Barosu Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer İzmir)	SpaltG: Spaltungsgesetz
JAP: Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung	SZ: Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
JBl: Juristische Blätter	sZPO: (schweizerische) Zivilprozessordnung
	TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Zeitschrift der Justiz-Akademie Türkei)
	TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Zeitschrift der Vereinigung der Anwaltskammern der Türkei)
	TBK: Türk Borçlar Kanunu (Türkisches Obligationengesetz)

TKHK: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Konsumentenschutzgesetz)	YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Yeditepe)
TMK: Türk Medeni Kanunu (Türkisches Zivilgesetzbuch)	Z: Ziffer
TTK: Türk Ticaret Kanunu (Türkisches Handelsgesetzbuch)	ZaK: Zivilrecht aktuell
ua: unter anderem	zB: zum Beispiel
UGB: Unternehmensgesetzbuch	ZFR: Zeitschrift für Finanzmarktrecht
USchG: Unterhaltsschutzgesetz	ZIK: Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
usw: und so weiter	ZIP: (deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
vgl: Vergleiche	ZPO: Zivilprozessordnung
VKrG: Verbraucherkreditgesetz	zT: zum Teil
wbl: Wirtschaftsrechtliche Blätter	
WuchG: Wuchergesetz	

I. Einführung

A. Ausgangspunkt

Den Gegenstand dieses Rechtsvergleichs bildet der Schutz des Bürgen. Anfänglich stellt sich die Frage, ob dem Begriff „Bürge“ in Österreich und der Türkei ein unterschiedlicher rechtlicher Inhalt innewohnt¹. Die Antwort auf diese Frage ist wichtig, um die unterschiedlichen Rechtsnormen in Österreich und der Türkei im Einzelnen zueinander in Beziehung zu setzen und um den Rechtsvergleich durchführen zu können. 1

Das Rechtsverhältnis, das die Haftung des Bürgen charakterisiert, heißt Bürgschaft², welche meistens durch einen Bürgschaftsvertrag entsteht. Beim Untersuchen des Inhalts des Begriffs „Bürge“ nach österreichischem und türkischem Recht bedient man sich der im Gesetz vorgesehenen Definition des Bürgschaftsvertrags. 2

B. Der Begriff „Bürge“

1. Österreich

§ 1346 Abs 1 S 1 ABGB³ definiert sowohl den Bürgen, als auch den Bürgschaftsvertrag: 3

„Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, dass der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle, wird ein Bürge und das zwischen ihm und dem Bürgen Gläubiger getroffene Übereinkommen ein Bürgschaftsvertrag genannt.“

Bleibt die Leistung eines Dritten, nämlich des Hauptschuldners, aus, steht der Bürge nicht mit einem bestimmten Vermögensstück, sondern mit seinem ganzen Vermögen, das Gegenstand eines Vollstreckungsverfahrens sein kann, für die Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung. Bei der Vollstreckung genießt der Gläubiger keine Vorzugsstellung und konkurriert mit anderen Gläubigern des Bürgen. Die Bürgschaft wird daher als eine Personalsicherheit angesehen⁴. 4

¹ Die Übersetzung des Begriffs „Bürge“ in die türkische Sprache ist „kefil“. Denker/Davran, Almanca-Türkçe Büyük Lugat² (1955) 280; Kıygi, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache Teil I (1997) 419; Kıygi, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache Teil II (1999) 171; Çakar, Hukuk Sözlüğü (1999) 148, 326.

² Die Übersetzung des Begriffs „Bürgschaft“ in die türkische Sprache ist „kefalet“. Denker/Davran, Lugat² 280; Kıygi, Wörterbuch I 418; Kıygi, Wörterbuch II 170; Çakar, Sözlük 148, 326.

³ ABGB JGS 1811/946.

⁴ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht Band VIII: Kreditsicherheiten Teil I² (2012) Rz 1/13 f; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/1; P. Bydlinski, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis² (2003) 18; P. Bydlinski, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991) 1; Wühl, Sicherungsmehrheit und Wegfall einzelner Kreditsicherungsmittel (2015) 16; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht Band II¹⁴ (2015)

- 5 Im Hinblick auf § 1350 ABGB muss die Bürgschaft nicht unbedingt zur Besicherung von Geldforderungen eingegangen werden. Vielmehr kann der Bürge auch für die Erfüllung vertretbarer und unvertretbarer Sachen sowie Handlungen eintreten⁵. Möglich ist auch die Besicherung von Schulden öffentlich-rechtlicher Natur⁶. Die Bürgschaft für künftige Schulden⁷, bedingte Schulden⁸ und Naturalobligationen⁹ ist auch möglich.
- 6 Die Haftung des Bürgen wird durch die Abhängigkeit vom Hauptgeschäft, die sogenannte Akzessorietät, und die Nachrangigkeit gegenüber dem Hauptgeschäft, die sogenannte Subsidiarität, charakterisiert¹⁰.
- 7 Aufgrund ihres akzessorischen Charakters setzt die Bürgschaft eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus, die bereits besteht oder später zustande kommen wird. Dementsprechend ist die Wirksamkeit der Bürgschaft an die wirksame Entstehung und den wirksamen Fortbestand der Schuld gebunden, für die der Bürge eintritt¹¹. Des Weiteren haftet der Bürge nicht strenger als der Hauptschuldner¹² und kann die Verteidigungsmittel, die aus dem Hauptschuldverhältnis abgeleitet werden, ebenfalls gegenüber dem Gläubiger geltend machen¹³, solange sie nicht ausschließlich die Haftung des Hauptschuldners betreffen. Die Erleichterungen im Hauptschuldverhältnis gelten auch für den Bürgen, während die Erschwerungen gegen den Bürgen nicht wirken¹⁴. Über die Frage, inwieweit die isolierte Übertra-

Rz 659.

⁵ *Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/36; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB⁴ § 1350 Rz 1 (Stand Februar 2014, lexisnexis.at); Mader/W. Faber in Schwimann, ABGB Praxiskommentar Band VI³ § 1350 Rz 1 (Stand April 2006, lexisnexis.at).*

⁶ *Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/36; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1350 Rz 1; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1350 Rz 1.*

⁷ *Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/36; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1351 Rz 2 (Stand Oktober 2013, rdb.manz.at); P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1351 Rz 1; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 6.*

⁸ *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1351 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 7.*

⁹ OGH 19.9.1990, 3 Ob 62/90.

¹⁰ *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 2; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 1; Ofner in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 1346 Rz 3 f (Stand April 2015, lexisnexis.at); Gamerith in Rummel, Kommentar zum ABGB³ § 1346 Rz 1, § 1347 Rz 1 (Stand Jänner 2002, rdb.manz.at).*

¹¹ *Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/30; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 663 ff; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/37; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 19.*

¹² *Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/4, 37; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 2; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 665; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 8; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1347 Rz 3; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 19; P. Bydlinski, Wertpapierrecht 2; Wühl, Sicherungsmehrheit 7.*

¹³ *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 2; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 666; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 10; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/38; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 19; P. Bydlinski, Wertpapierrecht 2.*

¹⁴ *Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/31; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 15.*

gung der Forderung gegen den Bürgen mit der Akzessorietät im Einklang steht, herrscht keine Einigkeit in der Lehre. Von einem Teil der Lehre wird die isolierte Übertragung dieser Forderung mit dem Argument befürwortet¹⁵, dass die Akzessorietät sich nur darauf richte, dass die Haftung des Bürgen vom Bestand der Hauptforderung abhängig bleibe, und die isolierte Übertragung am Inhalt der Haftung des Bürgen nichts ändere¹⁶. Von einem anderen Teil wird die getrennte Übertragung mit dem Argument abgelehnt¹⁷, dass die Akzessorietät ein Ausdruck der Sicherungsfunktion der Bürgschaft sei und diese Funktion all jenen Konstellationen entgegenstehe, in denen die Sicherungsfunktion nicht mehr zur Sprache komme¹⁸. Ebenso ist auch das Weiterbestehen der Bürgschaft nach der isolierten Übertragung der Hauptforderung umstritten¹⁹. Anzumerken ist, dass die unten angeführten Schutzinstrumente des Bürgen davon nicht beeinträchtigt sind, wenn die isolierte Abtretung der Hauptforderung oder Bürgschaftsforderung befürwortet wird. Zum Schluss ist festzuhalten, dass Abweichungen vom Akzessorietätsprinzip anerkannt sind, zB § 151 IO²⁰, § 214 IO.

Im deutschen Schrifttum ist die isolierte Übertragung der Hauptforderung von der Bürgschaftsforderung ebenfalls strittig. ZT wird die isolierte Übertragung mit dem Argument abgelehnt, dass der Gläubiger beider Forderungen aufgrund der Akzessorietät identisch sein müsse²¹. ZT wird die isolierte Übertragung mit dem Argument befürwortet, dass nicht die Gläubigeridentität, sondern nur die Abhängigkeit vom Weiterbestehen der Hauptforderung die zwingende Natur der Akzessorietät darstelle²².

Dem subsidiären Charakter im weiteren Sinn zufolge steht der Bürge hinter dem Hauptschuldner; seine Inanspruchnahme kommt erst in Frage, wenn der Hauptschuldner seiner Schuld nicht rechtzeitig nachkommt. Im engeren Sinn spricht man von der Subsidiarität, wenn der Gläubiger versuchen muss, seine Befriedigung erst ohne den Bürgen zu verwirklichen, zB durch Verfolgung des Hauptschuldners oder Verwertung der Pfandsachen. Diesbezüglich ist die Bürgschaft im ABGB schwach ausgestaltet. Allerdings kann die Nachrangigkeit der Haftung des Bürgen durch Parteienvereinbarung verstärkt werden²³.

¹⁵ P. Bydlinski, Wertpapierrecht 61; Ertl in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 1.

¹⁶ P. Bydlinski, Wertpapierrecht 61; Ertl in Rummel ABGB³ § 1391 Rz 1.

¹⁷ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/43; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 9.

¹⁸ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/43.

¹⁹ **Bejahend:** Ertl in Rummel ABGB³ § 1391 Rz 1. **Verneinend:** Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/44.

²⁰ IO BGBl I 2010/29.

²¹ Habersack in Münchener Kommentar, Kommentar zum BGB Band 5⁶ (2013) § 765 Rz 52; Horn in Staudinger, Kommentar zum BGB²⁰¹² (2012) § 767 Rz 2; Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts (1994) Rz 350, 370.

²² Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht³ (2008) Rz 126 ff.

²³ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 15; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/40.

- 9 In der Praxis geht der Bürge die Bürgschaft üblicherweise ein, ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten²⁴. Zwar ist es möglich, eine Gegenleistung zu vereinbaren; die Unentgeltlichkeit/Entgeltlichkeit ist jedoch kein wesentliches Merkmal der Bürgschaft.

2. Türkei

- 10 § 581 TBK²⁵ definiert nur den Bürgschaftsvertrag:

„Der Bürgschaftsvertrag ist ein Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, für die Folgen der Nichterfüllung des Schuldners persönlich einzustehen.“

- 11 Bei der ausbleibenden Leistung eines Dritten, nämlich des Hauptschuldners, ermöglicht die Bürgschaft dem Gläubiger, gegen den Bürgen, dessen ganzes vollstreckbares Vermögen zur Verfügung steht, für seine Befriedigung vorzugehen. Das Befriedigungsrecht des Gläubigers beschränkt sich nicht auf ein bestimmtes Vermögensstück des Bürgen, der Gläubiger genießt aber auch keine Vorzugsstellung bei der Vollstreckung in das Vermögen des Bürgen. Dementsprechend wird die Bürgschaft auch hier als eine Personalsicherheit angesehen²⁶.
- 12 TBK beschränkt den Umfang der Schulden bzw Schuldverhältnisse inhaltlich nicht, die durch die Bürgschaft sichergestellt werden können; der Bürge kann daher für die Verpflichtung zu einer Geldleistung, einer Sachleistung und einem Tun/Unterlassen sowie für Schulden aus einem Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung einstehen²⁷. Durch die Bürgschaft können auch Schulden von öffentlich-rechtlicher Natur

²⁴ Schwartze in Apathy/Iro/Kozioł, Kreditsicherheiten I² Rz 2/3; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 22.

²⁵ TBK RG 2011/6098.

²⁶ C. Yavuz, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri, AAD 2004/1-2, 17; İpek, Birlikte Kefalet, GÜHFD 2004/1, 531; Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi³ (2014) 6; C. Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler¹¹ (2012) 665; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (2014) 778; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II³ (1987) 689; Grassinger, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları (1996) 13; Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu, Borçlunun Mali Durumunun Kefilin Konumuna Etkisi, in FS Alangoya (2007) 639; Kuntalp, Teminat Kavramı, Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, in FS Poroy (1995) 263 (288 f); Demir, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, TBBĐ 2013/108, 87 (98); Demirbaş, Birlikte Kefalet (2012) 5 f (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Selçuk), Uzun, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi (2012) 5 f (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Ankara); Öztürk, Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri (2012) 12 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Bilgi); Başar, Ödemede Bulunan Kefilin Alacaklıya Halef Olması ve Bunun Hukuki Sonuçları (2009) 6 f (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Galatasaray).

²⁷ Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku (2013) 21, 32, 36; Özen, Kefalet³ 57, 147; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 666; Eren, Özel 775; Tandoğan, Borçlar II³ 693, 701; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II² (2012) 284, 299; Canbolat, Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler, EÜHFD 2008/1, 377; Barlas, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, in Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü (Hrsg), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (2006) 41 (43); Toplandı, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Kefalet Hükümlerinde Öngörülen Yenilikler ve Değişiklikler, YÜHFD 2009/1, 179 (180); Taşdelen, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, in FS İmregün (1998) 731 (732); Barlas, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, İzBD 2011/2, 7 (8); Demirbaş, Kefalet 8; Uzun, Kefalet 7; Gönültaş, Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'iler (2009) 3 (Masterar-

gesichert werden²⁸. Darüber hinaus ist es möglich, für künftige und bedingte Schulden sowie für bereits verjährte Schulden einzustehen.

Charakterisiert wird die Haftung des Bürgen durch die Abhängigkeit vom Hauptgeschäft, die sogenannte Akzessorietät, und die Nachrangigkeit gegenüber dem Hauptgeschäft, die sogenannte Subsidiarität. 13

Die akzessorische Natur der Bürgschaft erfordert eine zu Recht bestehende Hauptschuld, die bereits besteht oder später zustande kommen wird. Dementsprechend ist die Haftung des Bürgen von Entstehen und Bestand der Hauptschuld abhängig²⁹. Daneben haftet der Bürge nicht strenger als der Hauptschuldner³⁰, ihm stehen die Verteidigungsmittel aus dem Hauptschuldverhältnis zu³¹. Des Weiteren kommt der Bürge in den Genuss der Erleichterungen der Hauptschuld. Die Erschwerung der Hauptschuld kann aber nicht die Stellung des Bürgen verschlechtern³². In der Lehre werden die isolierte Übertragung der Forderung gegen den 14

beit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Kültür); *Şen*, Kefalet Sözleşmelerinin Sona Ermesi Hükümleri ve Bu Hükümlerin Garanti Sözleşmelerinin Sona Ermesine Uygulanması (2012) 2 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Galatasaray); *Şahan*, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi (2007) 3 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Erciyes); *Aksoy*, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki (2008) 1, 5 f (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Erciyes); *Başar*, Halef 8; *Süccüllü*, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (2006) 6 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Ankara); *Güvener*, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (2007) 2, 13 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Bilgi).

²⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 36; *Taşdelen* in FS İmregün 732; *Gümüş*, Borçlar² 284; *Güvener*, Kefalet 10; *Beck*, Das neue Bürgschaftsrecht Kommentar (1942) § 492 Rz 112; *Guhl*, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz (1942) 27. **AA** *Özen*, Kefalet³ 58.

²⁹ *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 22; *Grassinger*, Savunma 13; *Özen*, Kefalet³ 86 f; *Eren*, Özel 776; *Tandoğan*, Borçlar II³ 695; *Gümüş*, Borçlar² 286; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 669; *Canbolat*, EÜHFD 2008/1, 378 f; *Akkanat*, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, in FS Kocayusufoğlu (2004) 275 (287); *Barlas* in *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* 44; *Ayrıncı*, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, GzÜHFD 2005/1-2, 107 (109); *Develioğlu*, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı, GÜHFD 2004/1, 293 (297); *Ayrıncı*, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004/2, 95 (96); *Taşdelen* in FS İmregün 732; *Barlas*, İzBD 2011/2, 8; *M. Yılmaz*, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, TAAD 2011/7, 67 (71); *Gündüz*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli (2012) 2 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul); *Demirbaş*, Kefalet 15; *Uzun*, Kefalet 11; *Gönültaş*, Def'iler 4; *İyim*, Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (2015) 3 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Kültür); *Şen*, Kefalet 2; *F. Yavuz*, Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması (2008) 64 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Ankara); *Öztürk*, Rücu 15; *Aksoy*, Kefalet 1 f; *Başar*, Halef 10; *Kuntalp/Altınok-Ormancı*, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, in FS Toroslu (2015) 729 (731).

³⁰ *Reisoğlu*, Kefalet 23; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 22; *Grassinger*, Savunma 13; *Özen*, Kefalet³ 88; *Tandoğan*, Borçlar II³ 695; *Gümüş*, Borçlar² 287; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 669; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 71; *Gündüz*, Kefalet 2; *Demirbaş*, Kefalet 16; *Uzun*, Kefalet 11; *Gönültaş*, Def'iler 4; *Şen*, Kefalet 4; *F. Yavuz*, Roma 65; *Şahan*, Kefalet 6; *Aksoy*, Kefalet 2; *Süccüllü*, Kefalet 11; *Güvener*, Kefalet 16.

³¹ *Reisoğlu*, Kefalet 24; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 22; *Özen*, Kefalet³ 92 ff; *Grassinger*, Savunma 17; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 669; *Tandoğan*, Borçlar II³ 696; *Canbolat*, EÜHFD 2008/1, 379; *Ayrıncı*, GzÜHFD 2005/1-2, 110; *Develioğlu*, GÜHFD 2004/1, 297; *Toplandı*, YÜHFD 2009/1, 199; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 71; *Demirbaş*, Kefalet 16 f; *Gönültaş*, Def'iler 6; *F. Yavuz*, Roma 65; *Şahan*, Kefalet 6; *Aksoy*, Kefalet 2; *Güvener*, Kefalet 17; *Eren*, Özel 776.

³² *Özen*, Kefalet³ 92; *Ayrıncı*, GzÜHFD 2005/1-2, 110; *Karakılıçarslan*, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, GzÜHFD 2009/1-2, 43 (50 f); *Süccüllü*, Kefalet 11.

Bürgen und die isolierte Übertragung der Hauptforderung mit dem Argument abgelehnt, dass sie mit der akzessorischen Natur der Bürgschaft nicht im Einklang stehen³³. Es ist hier kurz anzumerken, dass der Schutz des Bürgen durch die unten angeführten Instrumente der isolierten Übertragung der Haupt- oder Bürgschaftsforderung nicht entgegensteht. Schlussendlich ist festzuhalten, dass es Ausnahmen von der Akzessorietät gibt, zB § 295 İİK³⁴.

- 15 Entsprechend dem zweiten Merkmal der Bürgschaft, der Subsidiarität, kann der Gläubiger den Bürgen erst dann in Anspruch nehmen, wenn die Hauptschuld nicht rechtzeitig erfüllt wird³⁵. Die Subsidiarität im weiteren Sinn ist in allen Arten der Bürgschaft aufgrund ihres Sicherungszwecks vorhanden³⁶. Im engeren Sinn spricht man allerdings von diesem Merkmal nur dann, wenn der Bürge den Gläubiger durch einige besondere Schutzinstrumente, ua durch Vorausklage oder Verwertung der Pfänder, dazu drängen kann, dass der Gläubiger versucht, seine Befriedigung erst ohne den Bürgen zu verwirklichen³⁷. In diesem engeren Sinn steht es aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich im freien Ermessen der Parteien, die Nachrangigkeit der Haftung des Bürgen auszugestalten. Jedoch ist die Vertragsfreiheit im türkischen Recht in diesem Zusammenhang stark eingeschränkt.
- 16 Üblicherweise übernimmt der Bürge die Bürgschaftsverpflichtung, ohne dass er eine Gegenleistung erhält. Zwar ist eine solche zulässig, sie stellt jedoch kein wesentliches Merkmal der Bürgschaft dar³⁸.

3. Vergleich

- 17 Dem Begriff „Bürge“ wohnt entsprechend der gleichen terminologischen Bezeichnung in beiden Ländern der gleiche rechtliche Inhalt inne. Dementsprechend kann als „Bürge“ nach österreichischem und türkischem Recht ein Schuldner definiert werden, der sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit dieses Dritten

³³ *Reisoğlu*, Kefalet 23; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 22; *Özen*, Kefalet³ 95 f; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 669; *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II¹⁰ (2013) 546; *Eren*, Özel 776; *Tandoğan*, Borçlar II³ 695; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 71; *Demirbaş*, Kefalet 17; *Ayrancı*, GzÜHFD 2005/1-2, 110; *Uzun*, Kefalet 14; *Şen*, Kefalet 2; *F. Yavuz*, Roma 65; *Şahan*, Kefalet 6; *Aksoy*, Kefalet 2; *Güvener*, Kefalet 17; *Kuntalp/Altınok-Ormancı* in FS Toroslu 732; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 41; *Giovanoli* in *Becker* (Hrsg), Obligationenrecht Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht (1942) § 492 Rz 24; *Pestalozzi* in *Basler Kommentar*, Obligationenrecht I⁶ (2015) § 492 Rz 16.

³⁴ İİK RG 1932/2004.

³⁵ *Özen*, Kefalet³ 117; *Gümüş*, Borçlar² 288; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 669; *Demirbaş*, Kefalet 19; *Eren*, Özel 777. **AA** *Başar*, Halef 12, 13.

³⁶ *Özen*, Kefalet³ 117; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 96.

³⁷ *Özen*, Kefalet³ 117; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 96.

³⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 26; *Özen*, Kefalet³ 118 ff; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 29; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 670; *Sayın/Koyuncu*, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, İÜHF 2012/1, 319 (321); *Barlas* in *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* 42; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 72; *Demirbaş*, Kefalet 20; *Uzun*, Kefalet 10; *Gönültaş*, Def'iler 6; *İyim*, Kefalet 4; *Şen*, Kefalet 2; *Şahan*, Kefalet 8; *Aksoy*, Kefalet 2; *Başar*, Halef 13; *Süçüllü*, Kefalet 14; *Güvener*, Kefalet 15; *Eren*, Özel 773; *Özen*, Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi, in FS Erdoğan (2011) 748.

einzustehen. Bei der ausbleibenden Leistung des Hauptschuldners steht dem Bürgschafts- gläubiger nicht ein bestimmtes Vermögensstück, sondern das ganze vollstreckbare Vermö- gen des Bürgen zur Verfügung.

Die Haftung des Bürgen unterscheidet sich von anderen Haftungsübernahmen durch die Ab- hängigkeit bzw Akzessorietät und die Nachrangigkeit bzw Subsidiarität, welche in beiden Ländern im Allgemeinen einander entsprechen. Ersteres bewirkt, dass die Wirksamkeit der Haftung des Bürgen vom Bestehen und Fortbestand der Hauptschuld abhängig ist, und er- möglicht es dem Bürgen, die vom Hauptschuldverhältnis abgeleiteten Verteidigungsmittel gegen den Gläubiger zu erheben. Aufgrund dieses Merkmals haftet der Bürge nicht strenger als der Hauptschuldner; die Erleichterungen der Hauptschuld gelten für den Bürgen, wäh- rend die Erschwerungen nicht gegen ihn wirken. Dieses Merkmal gilt aber nicht ohne Aus- nahmen: Ein interessantes Beispiel, das für beide Länder gelten kann, ist der Wegfall der Hauptschuldnerin, die eine Gesellschaft ist, und das Weiterbestehen der Schuld des Bürgen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Folge hat, sie im Handelsregister zu lö- schen³⁹. Die Sicherungsfunktion der Bürgschaft verlangt diese Ausnahme von der Ak- zessorietät, da die Akzessorietät die Funktion, den Gläubiger von der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen, nicht sinnwidrig entwerten darf⁴⁰. Nach dem zweiten Merkmal im weiteren Sinn kann die Inanspruchnahme des Bürgen erst dann in Frage kom- men, wenn der Hauptschuldner seine Schuld nicht rechtzeitig erfüllt. Der Bürge ist daher immer nur nachrangiger Schuldner. Zudem ist es in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich durch Abreden möglich, die Nachrangigkeit der Bürgschaft im engeren Sinn auszugestalten. Kein wesentliches Merkmal der Bürgschaft in beiden Ländern ist die Entgeltlichkeit/Unent- geltlichkeit.

18

C. Gang und Ziel der Untersuchung

Die zentrale Fragestellung dieser Dissertation lautet: Wie wird der Bürge in den zwei ver- schiedenen Ländern geschützt? Bei der Untersuchung dieser Frage orientiere ich mich an den vier Hauptproblemen: Mängel bei der Bürgschaftsübernahme, direkte Inanspruchnahme des Bürgen, Vermehrung der Haftungssumme und Belastung des Bürgen mit der Haupt- schuld. Am Anfang der diesen Problemen gewidmeten Teile der Untersuchung schreibe ich das konkrete Problem zugleich um. Folgend erfasse ich die Instrumente beider Rechtssys- teme, welche die beiden untersuchten Rechtsordnungen für das gleiche Problem entwickelt haben. Ich vergleiche nur jene Instrumente miteinander, die inhaltlich einander entsprechen.

19

³⁹ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht³ Rz 131, 169, 259.

⁴⁰ *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht³ Rz 259.

Sonstige Instrumente, die keine inhaltlich entsprechenden Instrumente im anderen Land aufweisen, stelle ich gesondert dar.

- 20** Der Kernpunkt des Vergleichs ist zwar auf das neue Bürgschaftsrecht der Türkei und österreichisches Bürgschaftsrecht beschränkt, dessen Regeln überwiegend mehr als 200 Jahre alt sind. Aber ein Vergleich in der deutschen Sprache wäre ohne den Blick auf die anderen verwandten Rechtssysteme im deutschsprachigen Kreis unvollständig. Daher verzichte ich nicht auf eine kurze Darstellung mancher Lösungen zweier Nachbarländer von Österreich - Deutschland und der Schweiz. Könnte man das TBK als Zwillingsgeschwister des schweizerischen OR ansehen, dann wäre es nicht falsch, das österreichische ABGB und das deutsche BGB als Cousins zu benennen. Aufgrund dieser Verwandtschaft befinden sich auf deutsches Recht bezogene Erläuterungen unter jenen Überschriften, die österreichischem Recht gewidmet sind; auf schweizerisches Recht bezogene Erläuterungen finden sich unter jenen Überschriften, die türkischem Recht gewidmet sind.
- 21** Soweit wie möglich versuche ich, bei der Darstellung der Probleme und Lösungen von Systembegriffen und rechtstechnischen Ausdrücken der nationalen Rechtssysteme Abschied zu nehmen. Daher nehme ich von der Verwendung mancher weit verbreiteten Terminologien Abstand und bilde neue übernationale und funktionsbezogene Oberbegriffe bzw. Sammelbezeichnungen, die den Grundgehalt der Schutzinstrumente herausfiltern: An die Stelle der Begriffe wie zB „Aufklärungspflicht“, „Aufklärungsobliegenheit“ tritt ein neuer Oberbegriff „Aufklärungsaufgabe“; „Geheimhaltungsaufgabe“ statt „Geheimhaltungsverpflichtung“; „Verteidigungsmittel“ statt „Einrede“, „Einwendung“ oder „Einwand“. Dies ermöglicht mir einerseits die vereinfachte Darstellung der Schutzinstrumente des Bürgen, andererseits eine vereinfachte Zusammensetzung der Schutzinstrumente, die von nationalen Rechtssystemen trotz ihres im Wesentlichen gemeinsamen Sinngehalts verschiedenartig charakterisiert werden.
- 22** Das Ziel der Dissertation ist auf das verbesserte Bürgschaftsverhältnis durch Analyse verschiedener Lösungsansätze aus Österreich und der Türkei gerichtet. Unter Bedachtnahme auf die Anforderungen der Praxis dient die durch den Rechtsvergleich gewonnene Erkenntnis dem gerechten Verhältnis zwischen allen Beteiligten an den rechtlichen Folgen einer Bürgschaft.

II. Mängel bei der Bürgschaftsübernahme

A. Probleme im Überblick

SCHON beim Eingehen einer Bürgschaft besteht eine erste Gefahr, dass der Bürge übereilt und unbedachterweise die Haftung übernimmt. Tatsächlich würde der Bürge sich seine Entscheidung zur Bürgschaftsübernahme nochmal überlegen, wenn er sich die Tragweite seiner Haftung klar vor Augen führen könnte. 23

Dass sich der Bürge der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners nicht oder unzureichend bewusst ist, führt zur falschen Wertung der Tragweite der Haftung. In solchen Fällen glaubt der Bürge daran, dass der Hauptschuldner seiner Verpflichtung rechtzeitig und in voller Höhe nachkommen wird, und dass der Gläubiger ihn nicht zur Befriedigung anzuhalten brauchen wird. Der Bürge glaubt im Regelfall daran, dass sich es bei seiner Haftung um eine bloße Hilfe beim Abschluss des Hauptgeschäfts handelt, damit der Hauptschuldner überhaupt in den Genuss des Hauptgeschäfts kommen kann, sonst würde er ja die Schuld übernehmen. 24

Unangenehme Überraschungen hinsichtlich der Haftungssumme des Bürgen kommen nicht selten vor. Das führt zur erheblichen Belastung und manchmal Überforderung des Bürgen. Aus diesem Grund ist die Verhinderung von beliebigen Haftungssummen des Bürgen, ohne irgendeine Beschränkung, ein wichtiger Meilenstein bei der Bekämpfung gegen die unterschätzte Tragweite der Bürgenhaftung. 25

Neben der unerwarteten Haftungshöhe stellt die nicht in Betracht gezogene Haftungsdauer ein weiteres Problem bei den nicht richtig überlegten Bürgschaften dar, insbesondere wenn der Bürge für ein Dauerschuldverhältnis einsteht. Beim Fehlen einer zeitlichen Begrenzung für die Haftung des Bürgen besteht eine als kurzfristig gedachte Bürgschaft wie eine ewige Krankheit fort⁴¹. In diesen Fällen kann wohl ein ordentliches Kündigungsrecht zwar die Rettung bedeuten. Die Voraussetzungen und Grenzen des ordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen sind aber unklar und erörterungsbedürftig. 26

In Verbindung mit Personen, die mit dem Bürgen eine Nahebeziehung haben, kommen im Bürgschaftsrecht zwei wichtige Probleme vor: Zum Ersten interessieren die Folgen einer nicht richtig überlegten Bürgschaften nicht nur den Bürgen, sondern auch seine Familien- 27

⁴¹ Für diesen Ausdruck: *Beck*, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 50.

mitglieder, mit denen der Bürge zusammenwohnt, vor allem sein Ehegatte bzw seine Ehegattin, der meistens noch zusätzlich beim Tod des Bürgen durch die Bürgschaftsschuld belastet wird⁴². Aufgrund der gemeinschaftlichen Struktur der Ehe wirken die eigenen Handlungen eines Ehepartners nicht nur auf das Leben desjenigen, der die Handlung vornimmt, sondern auch auf das gemeinsame Leben der Ehepartner. Tatsächlich verschlechtern bzw gefährden die nicht richtig überlegten Bürgschaften natürlicher Personen, die zB meistens aufgrund einer Gefälligkeit übernommen werden, nicht nur die wirtschaftliche Stellung des Bürgen, sondern auch die wirtschaftliche Stellung seiner Familie. Die Inanspruchnahme des Bürgen führt zu Unruhe in der Lebensgemeinschaft. Deswegen ist auch der Schutz der Familie in den Fokus des Bürgenschutzes aufzunehmen. Das zweite Problem im Zusammenhang mit der engen Beziehung zwischen Personen ist die verminderte Entscheidungsfreiheit des Bürgen. Es ist nicht immer einfach, eine objektive Überlegung durchzuführen, wenn der Hauptschuldner eine Naheperson des Bürgen ist. In diesen Fällen geht der Bürge die Bürgschaft nicht immer nach einer logischen Überlegung ein.

- 28** Schlussendlich führt die Verzichtbarkeit der Regeln des Gesetzes, die auf den Schutz des Bürgen gerichtet sind, meistens in der Praxis zum unüberlegten Verzicht des Bürgen auf die ihm eingeräumten Rechte. Dies ist oft sogar die Regel, wenn der Bürge den fachlichen schwächeren Teil des Vertrags darstellt oder er das vom Gläubiger erstellte Bürgschaftsformular unterfertigt. Eine pauschale Verzichtbarkeit der Schutzinstrumente des Bürgen erweist sich einerseits in diesem Zusammenhang als ungenügend. Andererseits kann es aber zur Beeinträchtigung der verbreiteten Nutzung der Bürgschaft in der Praxis führen, wenn der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit über die Gestaltung der Schutzinstrumente des Bürgen stark reduzieren würde.

B. Vergleichbare Instrumente

1. Vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Bürgen

a. Österreich

i. Aufklärungsbedarf

- 29** Der Bürge wahrt seine wirtschaftlichen Interessen selbst⁴³. Grundsätzlich besteht keine Auf-

⁴² Beck, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 2.

⁴³ Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/96; R. Perner, Die Bürgschaft im Rechtsvergleich zwischen amerikanischem und österreichischem Recht (2000) 82, 98 f (Dissertation, rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien); P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 19; A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 140 ff, 390 ff, 426; Weissel, Zur Aufklärungsobliegenheit nach § 25c KSchG, ÖBA 2008, 496; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 5; Dullinger, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten des

klärungsaufgabe des Gläubigers gegenüber dem Bürgen⁴⁴. Dieser Grundsatz gilt aber nicht ohne Ausnahmen. In der Lehre und Rechtsprechung wird eine Aufgabe des Gläubigers zur Aufklärung des Bürgen ausnahmsweise anerkannt, wenn der Bürge eine solche nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs erwarten darf⁴⁵. Grundsätzlich besteht der Aufklärungsbedarf des Bürgen, wenn der Gläubiger die vom Bürgen nicht leicht erwerbba- ren wichtigen Informationen erkennt, die die Stellung des Bürgen in Gefahr bringen⁴⁶. Die Anforderungen an den Gläubiger sind allerdings nicht zu überspannen, wenn der Bürge in einer Nahebeziehung zum Hauptschuldner steht, da der Bürge dann vom Hauptschuldner alle notwendigen Informationen in diesem Fall erlangen kann⁴⁷. Dies gilt auch, wenn der Bürge die Verhandlungen über das Hauptgeschäft für den Hauptschuldner eigenverantwort- lich führt und über dessen Finanzlage zur Gänze unterrichtet ist⁴⁸.

ii. Fälle

Eine Aufklärung über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners schuldet der Gläubiger dann dem Bürgen, wenn es um den bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners bzw eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Kreditaus- falls geht⁴⁹. Weiters ist notwendig, dass der Gläubiger erkennt, dass dieser Umstand dem

30

Kreditgebers gegenüber dem Interzedenten, in *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Jahrbuch Bank- und Kapitalmarkt- recht 2008 (2009) 97 (99); *Gruber*, Der Schutz des Bürgen, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 997 (1004); OGH 11.05.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 03.04.1984, 5 Ob 530/84; OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y; OGH 11.04.1995, 10 Ob 524/94; OGH 28.06.2000, 6 Ob 145/00t; OGH 28.3.2007, 7 Ob 260/06w; OGH 07.11.1985, 7 Ob 625/85; OGH 27.04.1999, 4 Ob 61/99w; OGH 30.10.1997, 8 Ob 165/97s; OGH 8.11.2011, 10 Ob 91/11x; OGH 30.5.2012, 7 Ob 115/11d; OGH 11.8.2015, 4 Ob 254/14b; OGH 7.9.1989, 8 Ob 629/89; OGH 5.6.2002, 9 Ob 85/02v.

⁴⁴ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/96; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; *Eigner*, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung (2004) 121; *R. Perner*, Bürgschaft 98 f; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklä- rungspflichten 426; *Blümel/Herndl*, Der Irrtum des Bürgen über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuld- ners, RdW 2015, 220 (222); *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 55; *Dullinger* in *Dullinger/Kaindl* 99; *Gruber* in FS 200 Jahre ABGB 1004; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 25.05.1983, 3 Ob 526/83; OGH 03.04.1984, 5 Ob 530/84; OGH 11.04.1995, 10 Ob 524/94; OGH 07.11.1985, 7 Ob 625/85; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1687/95; OGH 5.6.2002, 9 Ob 85/02v.

⁴⁵ *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/96; OGH 27.04.1999, 4 Ob 61/99w; OGH 25.6.1992, 8 Ob 11/92.

⁴⁶ Vgl *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/97.

⁴⁷ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 5; *R. Perner*, Bürgschaft 99; OGH 28.1.2011, 6 Ob 249/10a; OGH 18.02.1987, 3 Ob 554/86; OGH 28.06.2000, 6 Ob 145/00t; OGH 28.3.2007, 7 Ob 260/06w; OGH 11.06.2002, 1 Ob 93/02m; OGH 26.04.2001, 6 Ob 64/01g; OGH 24.02.2009, 4 Ob 14/09a; OGH 25.6.1992, 8 Ob 11/92; OGH 8.11.2011, 10 Ob 91/11x; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 11.8.2015, 4 Ob 254/14b; OGH 5.6.2002, 9 Ob 85/02v. **AA** *Eigner*, Interzedentenschutz 91 ff.

⁴⁸ *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 428; OGH 17.7.2013, 3 Ob 50/13v; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m; OGH 19.6.2013, 3 Ob 34/13s.

⁴⁹ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/100; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; *Blümel/Herndl*, RdW 2015, 223; *G. Neuma- yer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1364 Rz 5; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommen- tar VI³ § 1364 Rz 5; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 8; *Gorjany*, Aufklä- rungspflicht bei Interzessionen, JAP 2004/2005/14, 54 (55); *R. Perner*, Bürgschaft 98; *Thofß*, Bürgenschutz 79; *Gruber* in FS 200 Jahre ABGB 1004; *Dullinger* in *Dullinger/Kaindl* 99; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴

Bürgen unbekannt ist⁵⁰. Strittig ist dabei, ob die Erkennbarkeit⁵¹ der schlechten Finanzlage oder erst die positive Kenntnis⁵² des Gläubigers hiervon die Aufklärungsaufgabe auslöst. Der Unterschied zwischen der „Erkennbarkeit“ und der „positiven Kenntnis“ kann dem Gläubiger einen Nachforschungsaufwand auferlegen⁵³. Allerdings sollte die bloße Abstellung auf die Erkennbarkeit der schlechten wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners praktisch wenig bedeutsam sein, da der Gläubiger in diesen Fällen meistens nicht erkennen bzw. damit nicht rechnen muss, dass dieser Umstand dem Bürgen unbekannt ist. Den Gläubiger trifft keine Aufgabe zur Nachforschung, inwieweit der Bürge von der wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners informiert ist. Dies sollte auch dann gelten, wenn der Gläubiger von der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners Kenntnis hat.

- 31 Ein Aufklärungsbedarf besteht ferner für den Fall, dass die Besicherung einen bereits notleidend gewordenen Kredit bzw. alte Schulden abdeckt⁵⁴. Hier darf nicht der falsche Anschein, dass die Bürgschaft einen Einsatz der Kreditmittel zur Stärkung der wirtschaftlichen Position

Rz 660; OGH 11.05.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 3.4.1984, 5 Ob 530/84; OGH 11.4.1995, 10 Ob 524/94; OGH 28.3.2007, 7 Ob 260/06w; OGH 30.8.2001, 8 Ob 4/01y; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1687/95; OGH 7.11.1985, 7 Ob 625/85; OGH 11.6.2002, 1 Ob 93/02m; OGH 22.2.2011, 8 Ob 5/11k; OGH 25.6.1992, 8 Ob 11/92; OGH 8.11.2011, 10 Ob 91/11x.

⁵⁰ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 5; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1364 Rz 5; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 8; *Blümel/Herndl*, RdW 2015, 223; *Goriany*, JAP 2004/2005/14, 56; OGH 11.05.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 28.3.2007, 7 Ob 260/06w; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1687/95; OGH 11.06.2002, 1 Ob 93/02m; OGH 30.10.1997, 8 Ob 165/97s; OGH 24.02.2009, 4 Ob 14/09a; OGH 28.01.2011, 6 Ob 249/10a; OGH 25.6.1992, 8 Ob 11/92; OGH 8.11.2011, 10 Ob 91/11x; OGH 11.8.2015, 4 Ob 254/14b; OGH 7.9.1989, 8 Ob 629/89; OGH 24.1.2002, 8 Ob 302/01x.

⁵¹ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 5; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1364 Rz 5; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 8; *Gruber* in FS 200 Jahre ABGB 1004; OGH 18.02.1987, 3 Ob 554/86; OGH 11.05.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 28.3.2007, 7 Ob 260/06w; OGH 16.01.1996, 4 Ob 1687/95; OGH 11.06.2002, 1 Ob 93/02m; OGH 22.02.2011, 8 Ob 5/11k; OGH 25.6.1992, 8 Ob 11/92; OGH 8.11.2011, 10 Ob 91/11x; OGH 11.6.2002, 1 Ob 93/02m.

⁵² *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 19; *Blümel/Herndl*, RdW 2015, 222; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 427; *Bollenberger*, Drittpfandbestellung und Verbraucherschutz nach §§ 25c und 25d KSchG, ÖBA 2008, 650 (655); *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 56; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/107; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; *Harrer*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten, in *Graf/Gruber* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Kreditvertrags (2004) 103 (105); *R. Perner*, Bürgschaft 98; *Thoß*, Bürgenschutz 79; *Hirsch/Sommer* in *Dellinger*, Bankwesengesetz – BWG Kommentar § 38 Rz 337 (Stand Dezember 2007, lexisnexis.at); OGH 25.05.1983, 3 Ob 526/83; OGH 03.04.1984, 5 Ob 530/84; OGH 11.04.1995, 10 Ob 524/94; OGH 28.06.2000, 6 Ob 145/00t; OGH 30.8.2001, 8 Ob 4/01y; OGH 07.11.1985, 7 Ob 625/85; OGH 24.02.2000, 8 Ob 50/00m; OGH 24.02.2009, 4 Ob 14/09a; OGH 06.05.2008, 1 Ob 83/08z; OGH 28.01.2011, 6 Ob 249/10a; OGH 11.8.2015, 4 Ob 254/14b; OGH 24.1.2002, 8 Ob 302/01x; OGH 5.6.2002, 9 Ob 85/02v; OGH 15.10.1985, 4 Ob 524/85; OGH 15.10.2012, 6 Ob 158/12x.

⁵³ Unten Rz 140 ff.

⁵⁴ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 6; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 19; *Blümel/Herndl*, RdW 2015, 223; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 660; *R. Perner*, Bürgschaft 98; *Bollenberger*, Zur Aufklärungspflicht der Bank dem Interzedenten gegenüber, ÖBA 2015, 931 (934) (Entscheidungsanmerkung); *Dullinger* in *Dullinger/Kaindl* 99; OGH 30.8.2001, 8 Ob 4/01y; OGH 07.11.1985, 7 Ob 625/85; OGH 15.10.1985, 4 Ob 524/85. **AA** *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 427.

des Hauptschuldners darstelle, erweckt werden⁵⁵.

Eine Aufklärung ist weiters notwendig, wenn der Gläubiger eine besonders gefährliche Situation für den Bürgen erkennen musste⁵⁶. Zudem hat der Gläubiger den Bürgen in besonderen Fällen über die rechtliche Bedeutung seiner Haftung aufzuklären⁵⁷, zB bei Unerfahrenheit des Bürgen⁵⁸ oder Haftung für einen Kredit mit revolvingem Charakter⁵⁹. 32

iii. Verhältnis zu Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers

Der vorvertragliche Aufklärungsbedarf nach den allgemeinen Grundsätzen kann mit Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers aus Vertrag oder Gesetz, zB datenschutzrechtliche Geheimhaltung, Berufsgeheimnis der freien Berufe oder Bankgeheimnis des § 38 BWG, kollidieren. Das Bankgeheimnis stellt dabei das Thema der meisten Erörterungen in der Lehre dar. Nach einer Ansicht gebe es hier keinen Grund für die Durchbrechung des Bankgeheimnisses⁶⁰. ZT wird diese Ansicht damit begründet, dass man bei der Interessenabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und dem Aufklärungsbedarf nicht außer Acht lassen sollte, dass die Aufklärung über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners nicht zweifellos dazu führe, dass der Bürge von der Bürgschaftsübernahme Abstand nimmt⁶¹. Dementsprechend sei es der Bank zuzumuten, für die geforderte Aufklärung die ausdrückliche und schriftliche Zustimmung des Kunden einzuholen⁶². Bei Verweigerung der Zustimmung habe die Bank auf das zu besichernde Geschäft zu verzichten⁶³. ZT wird vertreten, 33

⁵⁵ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 6; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 19; Bollenberger, ÖBA 2015, 933 f; OGH 30.8.2001, 8 Ob 4/01y; OGH 15.10.1985, 4 Ob 524/85.

⁵⁶ Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 2; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 8; R. Perner, Bürgschaft 98; Goriany, JAP 2004/2005/14, 55; Dullinger in Dullinger/Kaindl 99; OGH 11.04.1995, 10 Ob 524/94; OGH 11.8.2015, 4 Ob 254/14b. **AA** A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 427.

⁵⁷ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 9; Harrer in Graf/Gruber 105; Eigner, Interzedentenschutz 119 ff; Dullinger in Dullinger/Kaindl 98 f.

⁵⁸ OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y.

⁵⁹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 9; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 19; Dullinger in Dullinger/Kaindl 98. **AA** A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 427.

⁶⁰ Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 Rz 2 (Stand Juni 2009, rdb.manz.at); Jabornegg, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663 (674); Dullinger in Dullinger/Kaindl 111. Paralleler Lösungsansatz im Zusammenhang mit drittfinanzierten Vermögensanlagen: OGH 14.7.1994, 8 Ob 649/93; Jabornegg, Pflicht der Bank, Finanzierung zu unterlassen, wenn sie den Anleger wegen des Bankgeheimnisses nicht über bedenkliche Lage der Anlagegesellschaft aufklären darf. ÖBA 1995, 969 (976) (Entscheidungsanmerkung); Koziol, Bei Erwerb risikoträchtiger Beteiligungen ist kein Einwendungsdurchgriff möglich. Zu den Aufklärungspflichten der Bank, ÖBA 1995, 146 (153) (Entscheidungsanmerkung); A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 468 ff.

⁶¹ Jabornegg, ÖBA 1997, 674. (Es erscheint, dass die Stellungnahme des Autors auch die Stellung des Bürgen unmittelbar erfasst.)

⁶² Jabornegg, ÖBA 1997, 674; Eigner, Interzedentenschutz 104. Ähnlich: Koziol, ÖBA 1995, 153.

⁶³ Jabornegg, ÖBA 1997, 674; Eigner, Interzedentenschutz 104; Dullinger in Dullinger/Kaindl 111. Ähnlich: Koziol, ÖBA 1995, 153.

dass es hier für eine Interessenabwägung keinen Platz gebe, da der Schutzbedarf des Verbraucher-Bürgen, der in der einfachgesetzlichen Ebene sei, mit dem Bankgeheimnis gemäß § 38 BWG nicht gleichrangig sei und der Anwendungsvorrang des § 38 BWG, der im Verfassungsrang sei, dessen Durchbrechung durch andere Normen auf einfachgesetzlicher Ebene nicht zulasse⁶⁴.

- 34 Ein anderer Teil der Lehre⁶⁵ und der OGH⁶⁶ befürworten die Durchbrechung des Bankgeheimnisses. Nach dieser Annahme trete das Bankgeheimnis hinter den Aufklärungsbedarf zurück und die Bank könne den Bürgen aufklären. Zur Begründung dieser Annahme werden unterschiedliche Meinungen vorgebracht. Nach einer Ansicht sei bei Kollision eine Interessenabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Hauptschuldners und dem Aufklärungsbedarf des Bürgen vorzunehmen⁶⁷. Falle die Abwägung zugunsten des potenziellen Bürgen aus, sei das Bankgeheimnis zu durchbrechen und der Bürge aufzuklären⁶⁸. Das sei zB der Fall beim unmittelbar bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners⁶⁹.
- 35 Nach einer anderen Ansicht wird die Interessenabwägung zwischen dem Sicherungsinteresse der Bank und dem Geheimhaltungsinteresse des Hauptschuldners vorgenommen⁷⁰. ZT wird vertreten, dass das Interesse der Bank gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Hauptschuldners vorrangig sei, wenn der Hauptschuldner dem vertraglichen oder gesetzlichen Sicherstellungsanspruch des Gläubigers nicht nachkommt⁷¹. ZT wird vertreten, dass die Zustimmungsverweigerung des Hauptschuldners zur Entbindung vom Bankgeheimnis als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei, wenn das Kreditinstitut durch vertragswidriges oder rechtswidriges Verhalten des Hauptschuldners Nachteile erleidet oder in sonstiger Weise mit Nachteilen bedroht wird⁷². ZT wird die Durchbrechung des Bankgeheimnisses durch die

⁶⁴ Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 Rz 2.

⁶⁵ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/98, 124; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; Avancini, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, JBl 1985, 193 (205); Eigner, Interzedentenschutz 10 (Nach dem letzten Autor sei die Durchbrechung nur im Fall des aufrechten Vertragsverhältnisses mit dem Hauptschuldner anzunehmen.); Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 8; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; G. Graf, Verbessertes Schutz vor riskanten Bürgschaften, ÖBA 1995, 776 (782); Thoß, Bürgenschutz 111, 112; Hirsch/Sommer in Dellinger, BWG § 38 Rz 333 ff; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 7.

⁶⁶ OGH 03.04.1984, 5 Ob 530/84; OGH 30.10.1997, 8 Ob 165/97s; OGH 8.3.1988, 3 Ob 559/86.

⁶⁷ G. Graf, ÖBA 1995, 782; Eigner, Interzedentenschutz 105.

⁶⁸ G. Graf, ÖBA 1995, 782; Eigner, Interzedentenschutz 105.

⁶⁹ G. Graf, ÖBA 1995, 782.

⁷⁰ Avancini, JBl 1985, 204 f; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/98; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; Thoß, Bürgenschutz 111 f.

⁷¹ Avancini, JBl 1985, 205. (Nach dem Autor stelle das Einverständnis des Hauptschuldners mit der Bürgschaftsübernahme eine Entbindung vom Bankgeheimnis dar: Avancini, JBl 1985, 200 ff. **AA** Laurer, Das Bankgeheimnis in der Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung, ÖJZ 1986, 385 (386).)

⁷² Thoß, Bürgenschutz 111.

Sicherung des banküblichen Geschäftsverkehrs mit dem Argument begründet, dass das Bankgeheimnis die Bankgeschäftstätigkeit fördern und nicht behindern sollte⁷³. Es entspreche dem Formzweck des § 38 BWG nicht, die vorvertragliche Aufklärung des Bürgen durch das Bankgeheimnis derogiert zu betrachten⁷⁴. Allerdings sei das Bankgeheimnis jedenfalls dann zu wahren, wenn der Hauptschuldner vorweg die Geheimhaltung für Bürgschaften verlangt⁷⁵.

Letzteres Argument, nämlich die Begründung der Durchbrechung des Bankgeheimnisses für die vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Bürgen durch die Sicherung des banküblichen Geschäftsverkehrs, erscheint in sich fragwürdig. Diese Begründung wird im Zusammenhang mit den Forderungsabtretungen der Banken bzw dem Auskunftsanspruch des zahlenden Bürgen in der nachvertraglichen Phase in der Lehre vertreten, wenn die Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger in Frage kommt⁷⁶. Allerdings führt die Aufklärung des potenziellen Bürgen über die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners in vorvertraglicher Phase häufig dazu, dass der potenzielle Bürge von der Haftungsübernahme Abstand nimmt. Dieser Umstand spricht eher nicht für die Förderung der Bankgeschäftstätigkeit. **36**

Im Ergebnis ist jene Meinung zuzustimmen, wonach diese Kollision durch das Rechtsmissbrauchsverbot zu überwinden ist. Jedoch ist die oben angeführte Begründung für die Annahme des Rechtsmissbrauchs fragwürdig. Eine vertragswidrige bzw rechtswidrige Handlung sollte nicht zu einem anderen rechtswidrigen Verhalten führen dürfen. Die Überwindung der Nachteile durch die Selbsthilfe der Bank ist in einem solchen Fall fragwürdig. Die Durchbrechung der Geheimhaltungsaufgabe ist nicht verhältnismäßig, wenn man bedenkt, dass die Aufklärung eines Dritten nicht immer dazu führt, dass dieser Dritte die Bürgschaft eingeht und die Forderung des Gläubigers besichert. **37**

Hinsichtlich der Durchbrechung einer Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers in der vorvertraglichen Phase ist es nicht einfach, das Geheimhaltungsinteresse des Hauptschuldners oder den Aufklärungsbedarf des Bürgen in Folge einer Interessenabwägung zu bevorzugen. Grundsätzlich hat jedes Rechtssubjekt bei Kollision wichtige schutzwürdige Interessen. Allerdings stellt sich hier die Frage, inwieweit die Ausübung des Schadenersatzanspruchs des Hauptschuldners aufgrund der Durchbrechung einer Geheimhaltungsaufgabe mit dem **38**

⁷³ Böhler in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/98; *Gamerith in Rummel*, *ABGB*³ vor § 1360 Rz 3.

⁷⁴ Böhler in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/98; *Gamerith in Rummel*, *ABGB*³ vor § 1360 Rz 3.

⁷⁵ Böhler in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/98.

⁷⁶ *Jabornegg*, *ÖBA* 1997, 673 f; *Jabornegg*, *ÖBA* 1986, 411 (417) (Entscheidungsanmerkung).

Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar ist, wenn der potenzielle Bürge die Bürgschaft auf Veranlassung des Hauptschuldners und im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners eingeht. In einem solchen Fall wäre das Verhalten des Hauptschuldners widersprüchlich, wenn er die Umstände betreffend seine Zahlungsfähigkeit vor dem potenziellen Bürgen geheimhalten will.

iv. Folgen der Nichtaufklärung

- 39** Hinsichtlich der Folgen der Unterlassung der Aufklärungsaufgabe werden unterschiedliche Ansichten vorgebracht. Nach einer Ansicht sei die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers eine Pflicht. Ihre Verletzung führe daher zum Schadenersatzanspruch des Bürgen⁷⁷. Nach einer anderen Ansicht gehe es hier mehr um eine Obliegenheit, da der Umstand für einen Anspruchsverlust spreche, dass der Bürge bei schuldhafter Verletzung dieser Aufgabe einen Schadenersatzanspruch aufrechnungsweise entgegenhalten kann⁷⁸. Neben dieser Diskussion wird dem Bürgen ein Anfechtungsrecht aufgrund des veranlassten Irrtums und List gewährt⁷⁹.
- 40** Die Beweislast dafür, dass er die Haftung nach der korrekten Aufklärung nicht oder nicht in dieser Weise übernommen hätte, somit für die Kausalität trägt der Bürge⁸⁰. Allerdings wird eine Umkehr der Beweislast aufgrund der Schwierigkeiten bei der Beweisführung bzw Kausalitätsvermutung in besonderen Fällen angenommen⁸¹.

b. Türkei

- 41** In der Lehre wird eine pauschale Aufklärungsaufgabe des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nicht anerkannt. Es wird grundsätzlich angenommen, dass der Bürge die Informationen, die auf seine Entscheidung über den Abschluss des Bürgschaftsvertrags Einfluss haben können,

⁷⁷ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 11; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 Rz 7; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 59; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; Eigner, Interzedentenschutz 109; Goriany, JAP 2004/2005/14, 55; Dullinger in Dullinger/Kaindl 103; OGH 30.01.1980, 1 Ob 791/79.

⁷⁸ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 20.

⁷⁹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 30, § 1364 Rz 11; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1363 Rz 7; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 Rz 9; Eigner, Interzedentenschutz 110, 122; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 59; Bollenberger, ÖBA 2012, 846; Blümel/Herndl, RdW 2015, 223; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/26; Harrer in Graf/Gruber 106; Bollenberger, ÖBA 2015, 933; Goriany, JAP 2004/2005/14, 56; Dullinger in Dullinger/Kaindl 100; OGH 27.10.1994, 8 Ob 29/94; OGH 30.01.1980, 1 Ob 791/79; OGH 03.04.1984, 5 Ob 530/84; OGH 11.04.1995, 10 Ob 524/94; OGH 07.11.1985, 7 Ob 625/85; OGH 30.5.2012, 7 Ob 115/11d; OGH 28.3.2007, 7 Ob 260/06w.

⁸⁰ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 20; Goriany, JAP 2004/2005/14, 56; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 60; Dullinger in Dullinger/Kaindl 100.

⁸¹ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/102; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 20; Bollenberger, Zur Aufklärung des Interzedenten. ÖBA 2012, 842 (846) (Entscheidungsanmerkung); OGH 30.5.2012, 7 Ob 115/11d.

selbst einholen muss. Darunter fällt auch die schlechte Vermögenslage des Hauptschuldners⁸². Der Gläubiger ist grundsätzlich berechtigt, zu erwarten, dass der Bürge seine Interessen selbst wahrt.

In der Lehre wird es jedoch auf die bestimmten Ausnahmefälle hingewiesen, in welchen der Gläubiger dem Bürgen eine vollständige und richtige Aufklärung über die wesentlichen Punkte für die Übernahme der Bürgschaft schuldet. Das ist zum einen dann der Fall, wenn der Gläubiger den Bürgen auf Anfrage des Bürgen oder von sich aus aufzuklären beginnt⁸³. Zweitens schuldet der Gläubiger dem Bürgen eine Aufklärung, wenn er den Bürgen irreführt⁸⁴. Drittens besteht eine Aufklärungsaufgabe in den Fällen, bei denen sich der Bürge bei wesentlichen Punkten irrt und der Gläubiger diesen Irrtum des Bürgen kennt⁸⁵. Nach einer Ansicht falle die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers aber in dem letzteren Fall weg, wenn die falsche Auffassung des Bürgen auf seiner geschäftlichen Unerfahrenheit beruht und der Gläubiger die Absicht zur Täuschung des Bürgen nicht verfolgt⁸⁶. Außerhalb dieser Fälle kann man die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers auch dann bejahen, wenn er weiß, dass der Bürge von einem erheblichen Tatbestand keine Kenntnis hat. Das ist zB der Fall, wenn der Bürge vom Gläubiger diesbezüglich Informationen verlangt.

Nach einer Ansicht in der Schweiz habe der Gläubiger, der die hoffnungslose finanzielle Lage des Hauptschuldners kennt, den Bürgen über diesen Umstand aufzuklären, wenn der Bürge dem Gläubiger die „*Gelegenheit*“ gibt, ihn vor dem Abschluss der Bürgschaft aufzuklären⁸⁷.

Als weiterer Maßstab für die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers wird es in der Lehre darauf verwiesen, inwieweit der Bürge eine Aufklärung vom Gläubiger erwarten darf. Die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers wird hinsichtlich der durch den Bürgen leicht erwerbba- 43 ren Informationen abgelehnt⁸⁸. Weiters wird die Erwartung an die Aufklärung des Bürgen durch

⁸² *Reisoğlu*, Kefalet 69, 241; *Grassinger*, Savunma 92; *Özen*, Kefalet³ 207; *Gümüş*, Borçlar² 312; *Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu* in FS Alangoya 642; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 89; *İyim*, Kefalet 64; *Şahan*, Kefalet 18; *Güvener*, Kefalet 94; *Gönültaş*, Def'i 55 f; *F. Yavuz*, Roma 79; *Şahan*, Kefalet 18; *Aksoy*, Kefalet 99; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 366; *Tandoğan*, Batider 1977/1, 34 f; *Tandoğan*, Borçlar II³ 738; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 64.

⁸³ *Grassinger*, Savunma 89; *Tandoğan*, Batider 1977/1, 34; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 366; *Şahan*, Kefalet 18; *Tandoğan*, Borçlar II³ 738; *Reisoğlu*, Kefalet 70; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 63.

⁸⁴ *Grassinger*, Savunma 90; *Gümüş*, Borçlar² 312; *Aksoy*, Kefalet 99, 118; *Güvener*, Kefalet 94; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 63. (Nach den letzten vier Autoren stelle das Schweigen des Gläubigers nach der Informationsaufforderung des Bürgen eine Täuschung dar.)

⁸⁵ *Grassinger*, Savunma 90; *Gümüş*, Borçlar² 312; *Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu* in FS Alangoya 642; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 89; *İyim*, Kefalet 64; *Şahan*, Kefalet 18; *Başar*, Halef 44 f; *Güvener*, Kefalet 94; *Acar*, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi (2015) 149; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 65.

⁸⁶ *Grassinger*, Savunma 91. **AA** *Özen*, Kefalet³ 208.

⁸⁷ *Guhl*, Bürgschaftsrecht 49.

⁸⁸ *Grassinger*, Savunma 93.

den Gläubiger abgeschwächt und gegebenenfalls aufgehoben, wenn sich der Bürge in einer Nahebeziehung zum Hauptschuldner befindet⁸⁹.

- 44 Schwierigkeiten ergeben sich, wenn eine Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers besteht, die gegen die Aufklärungsaufgabe verstößt. Es wäre hier empfehlenswert, der oben angeführten Lösung auch hier zu folgen⁹⁰.

Nach einer Ansicht in der Schweiz könne die Aufklärung des Bürgen durch den Gläubiger, die nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erfolgt, nicht eine Verletzung des Bankgeheimnisses darstellen⁹¹.

- 45 Für den Fall einer absichtlichen Unterlassung der Aufklärungsaufgabe wird dem Bürgen ein Anfechtungsrecht wegen Täuschung gewährt⁹². Nach einer Ansicht führe die fahrlässige Unterlassung der Aufklärungsaufgabe zur Haftung des Gläubigers aus culpa in contrahendo, womit der Bürge den Bürgschaftsvertrag genauso wie bei der Täuschung anfechten könne⁹³.

c. Vergleich

- 46 Eine Gemeinsamkeit besteht in beiden Ländern darin, dass es grundsätzlich die Sache des Bürgen ist, sich über wesentliche Punkte selbst zu informieren, die seine Entscheidung über die Bürgschaftsübernahme beeinflussen können. Die schlechte Vermögenslage des Hauptschuldners löst eine Aufklärungsaufgabe des Gläubigers nicht automatisch aus. Der Aufklärungsbedarf des Bürgen bei der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners hat in beiden Ländern große Aufmerksamkeit erhalten. Für die Annahme einer Aufklärungsaufgabe des Gläubigers in diesem Fall verlangen die herrschenden Meinungsvertreter grundsätzlich zwei weitere Voraussetzungen: Die Kenntnis des Gläubigers von der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners; die Kenntnis des Gläubigers davon, dass dem Bürgen die schlechte Vermögenslage des Hauptschuldners unbekannt ist. Ferner wird die Aufklärung des Bürgen durch den Gläubiger in beiden Ländern erwartet, wenn im Einzelfall ein falscher Anschein erweckt wird. Die Aufklärung des Bürgen über die durch den Bürgen leicht erwerbenden Informationen wird aber nicht als erforderlich angesehen. Für den Fall einer Nahebeziehung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen vertritt die hL beider Länder die Ansicht, die Anforderungen an den Gläubiger nicht zu überspannen.

⁸⁹ Grassinger, Savunma 93.

⁹⁰ Oben Rz 38.

⁹¹ Beck, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 65.

⁹² Grassinger, Savunma 88; Özen, Kefalet³ 207; Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu in FS Alangoya 642; Reisoğlu, AÜHFD 1962/1-4, 365 f; M. Yılmaz, TAAD 2011/7, 89; İyim, Kefalet 64; Şahan, Kefalet 18; Aksoy, Kefalet 99; Güvener, Kefalet 94; Beck, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 61 ff; Guhl, Bürgschaftsrecht 49.

⁹³ Grassinger, Savunma 93.

Eine weitere Gemeinsamkeit besteht bei Kollision zwischen Geheimhaltungsaufgaben und der Aufklärungsaufgabe des Gläubigers. Während dieses Problem im Hinblick auf das Bankgeheimnis bisher große Aufmerksamkeit der Lehre in Österreich erhalten hat und unterschiedliche Ansichten in diesem Zusammenhang vorgebracht wurden, wurde diesem Problem weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung in der Türkei näher nachgegangen. Die Gesetzeslage in beiden Ländern steht nicht der hier vertretenen Lösung entgegen, nach welcher Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers die Aufklärung des Bürgen in zivilrechtlicher Hinsicht, in Anlehnung an das Rechtsmissbrauchsverbot, nicht verhindert, wenn der Bürge die Bürgschaft auf Veranlassung des Hauptschuldners eingeht. 47

Für den Fall der Unterlassung der Aufklärung des Bürgen durch den Gläubiger werden unterschiedliche Rechtsfolgen vertreten. In Österreich werden ein Schadenersatzanspruch, eine automatische Verringerung des Anspruchs des Gläubigers, Anfechtungsrechte wegen veranlassten Irrtums und List vorgeschlagen, während in der Türkei die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags wegen Täuschung und culpa in contrahendo vorgeschlagen wird. 48

2. Schriftform

a. Österreich

i. Allgemein

Die Schriftform hilft ohne Zweifel bei der Ermittlung einer Bürgschaft, ihres Inhalts und des Parteienwillens. Ein Teil der Lehre sieht die erste und wichtigste Funktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht in dieser Beweissicherungs- und Feststellungsfunktion⁹⁴. Hingegen ist die eigentliche Funktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht nach der hL darauf gerichtet, den Bürgen von einer leichtsinnigen Übereilung abzuhalten und sich ein klares Bild über die Haftung zu machen⁹⁵. Diese Warnfunktion erfordert, wesentliche Angaben in die Bürgschaftsurkunde aufzunehmen, damit der Bürge eine konkrete Vorstellung über die Tragweite 49

⁹⁴ *Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, *ecolex* 1990, 208; *Wilhelm*, Vom Bundesgerichtshof – Blankettbürgschaft formungültig, *ecolex* 1996, 447 (Entscheidungsanmerkung); *Ecker*, Zur Formgültigkeit der Telefaxbürgschaft, *ÖZW* 2014, 77 (82) (Entscheidungsanmerkung); *Brenn*, Wie viel ist das Schriftformerfordernis noch wert? *ÖJZ* 2013, 989 (990); *Brenn*, Schriftform: Schriftliche Erklärung erfordert Zugang in der vorgeschriebenen Form, *EvBl* 2014, 564 (565) (Entscheidungsanmerkung).

⁹⁵ *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 24; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1347 Rz 7; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/133; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/22; *Ofner* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1346 Rz 15; *R. Perner*, Bürgschaft 82; *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 37; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 10; *Rubin*, Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, *ecolex* 2010, 24 ff; *Koziol*, ÖBA 1996, 474 (479) (Entscheidungsanmerkung); *Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, *ÖJZ* 1997, 530; *Straube*, Die Bürgschaftserklärung iSd § 1346 Abs 2 ABGB im Lichte der Signaturrichtlinie, in *FS Koppensteiner* (2001) 657 (659); *Stiglbauer*, Der Zugang formbedürftiger Willenserklärungen und die Bürgschaft per Fax, *JB1* 2015, 681 (689); *Th. Rabl*, Die Bürgschaft (2000) 6; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 5; *OGH* 31.7.2013, 9 Ob 41/12p; *OGH* 14.1.2010, 6 Ob 114/09x.

seiner Haftung bekommen kann. Auf diese Weise kann der Bürge die Folgen seiner Erklärung besser überblicken.

ii. Haftungsübernahme

- 50** Die Eingehung der Bürgschaft geschieht meistens durch den Vertrag, der gemäß § 1346 Abs 2 ABGB der Schriftlichkeit bedarf⁹⁶. § 1 Abs 6 BWG⁹⁷ enthält aber eine Ausnahme, wonach dieses Schriftformerfordernis auf jene Bürgschaften nicht anzuwenden ist, die Kreditinstitute im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs eingehen. Die Bürgschaften von Unternehmern sind ab 1.1.2007 von der Schriftlichkeit nicht mehr befreit und unterliegen ebenfalls § 1346 Abs 2 ABGB. Neben der Begründung mit Vertrag kann sich eine Bürgschaft auch direkt aus dem Gesetz, zB § 1 USchG⁹⁸, § 14 AÜG⁹⁹, oder dem Richterspruch gemäß § 98 EheG¹⁰⁰, ohne Einhaltung der Schriftform ergeben.
- 51** Aufgrund der Warn- und Schutzfunktion besteht das Schriftformerfordernis nur für die Verpflichtungserklärung des Bürgen und nicht für die des Gläubigers, dessen Annahme auch mündlich oder stillschweigend erfolgen kann¹⁰¹. Nebenabreden oder Ergänzungen, die die Haftung des Bürgen nicht erschweren, sind nicht formbedürftig¹⁰². Des Weiteren wird die Beteiligung des Hauptschuldners am Bürgschaftsvertrag bzw sein Einverständnis nicht als erforderlich angesehen¹⁰³. Allerdings führt diese Annahme zu Problemen in Verbindung mit den Ansprüchen des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner, zB Sicherstellungsanspruch, und mit den Aufgaben des Gläubigers, die gegen eine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers verstoßen.

Auch in der deutschen Lehre wird es darauf hingewiesen, dass die Bürgschaft ohne Wissen und gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen werden könne, weil sie ein unabhängiges Rechtsgeschäft vom Hauptgeschäft sei¹⁰⁴.

⁹⁶ Für die Vorschläge zur Verschärfung der Übernahme der Bürgschaft: *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzlicher Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 68 ff; *Messner*, Formpflicht und Konsumentenschutz, NZ 1992, 191; *P. Bydlinski*, Die Stellung des Bürgen im Spannungsfeld von Privatautonomie und Sozialschutzgedanken, recht 1994, 249 (254 f); *Thoß*, Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht (2007) 29 f.

⁹⁷ BWG BGBl 2014/98.

⁹⁸ USchG BGBl 1985/452.

⁹⁹ AÜG BGBl 1988/196.

¹⁰⁰ EheG dRGBI I S 1938/807.

¹⁰¹ *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/24; *Ofner* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1346 Rz 15; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 3; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 3; OGH 27.11.1979, 4 Ob 546/79.

¹⁰² *Ofner* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1346 Rz 15; *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 886 Rz 4 (Stand April 2016, rdb.manz.at); *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; OGH 7.10.1999, 8 Ob 388/97k.

¹⁰³ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 3; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 2.

¹⁰⁴ *Habersack* in *Münchener*, Band 5⁶ § 765 Rz 4; *Horn* in *Staudinger*, BGB²⁰¹² Vorbemerkungen zu §§ 765-

In der Lehre wird angenommen, dass der Bürgschaftsvertrag auch zwischen einem Dritten, zB Hauptschuldner, und dem Bürgen als Vertrag zugunsten des Gläubigers abgeschlossen werden kann¹⁰⁵. Ferner kann die Bürgschaftserklärung durch einen Bevollmächtigten problemlos erteilt werden. Der Gesetzgeber hat für die Vollmachtserteilung zwar kein Formgebot vorgesehen, die Lehre unterstellt aber die Vollmachtserteilung der Schriftform¹⁰⁶. Nach einer Ansicht in der Lehre könne der Bevollmächtigte den Bürgschaftsvertrag ohne Einhaltung der Schriftform abschließen, da der durch die Schriftform bezweckte Schutz durch die schriftliche Bevollmächtigung erreicht wird¹⁰⁷. Nach einer anderen Ansicht lasse die Bevollmächtigung, die entsprechend der Schriftform erteilt wird, nicht die Schriftform für das Ausführungsgeschäft entfallen¹⁰⁸.

52

iii. Inhalt der Bürgschaftsurkunde

Neben dem Verbürgungswillen des Bürgen müssen aus der Bürgschaftsurkunde aufgrund der Warnfunktion der Schriftform die wesentlichen Merkmale der Bürgenhaftung hervorgehen. In der Lehre¹⁰⁹ und der Rechtsprechung¹¹⁰ wird es angenommen, dass die Bürgschaftsurkunde nicht den vollen Inhalt der Haftung angeben müsse. Allerdings seien die Inhalte bzw die mit Hilfe der außerhalb der Urkunde gelegenen Umständen ermittelten Parteiwillen, die die Stellung des Bürgen erschweren, nach einem Teil der Lehre¹¹¹ und dem OGH¹¹² nur dann gültig, wenn sie im Wortlaut der schriftlichen Haftungserklärung des Bürgen zumindest irgendeinen entsprechenden Anhaltspunkt haben.

53

Zu den wesentlichen Merkmalen der Haftung des Bürgen werden die Person des Gläubigers, die Person des Hauptschuldners und die Hauptschuld gezählt¹¹³. Die namentliche Nennung

54

778 Rz 9, § 765 Rz 115.

¹⁰⁵ *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/20; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 Rz 3; *P. Bydlinski*, *Einreden des Bürgen*, ÖBA 1987, 690 (691); *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1346 Rz 2.

¹⁰⁶ *Rubin*, *ecolex* 2010, 25; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.03} § 1347 Rz 9; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 Rz 5; *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, *Formgebote* 61; *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1346 Rz 8; *P. Bydlinski*, *Wertpapierrecht* 8 f.

¹⁰⁷ *Rubin*, *ecolex* 2010, 26.

¹⁰⁸ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*⁴ § 883 Rz 8; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar IV*⁴ § 883 Rz 4.

¹⁰⁹ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 Rz 4; *Ofner* in *Schwimann*, *Taschenkommentar*³ § 1346 Rz 17; *Neumayr*, *Persönliche Sicherungsgeschäfte – Abgrenzungs- und Formfragen*, in *FS Honsell* 481 (486); *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1346 Rz 2a.

¹¹⁰ OGH 14.1.2010, 6 Ob 114/09x; OGH 2.5.1991, 7 Ob 524/91.

¹¹¹ *Haas*, *Auslegung und (Bürgschafts-)Form: Die Andeutungstheorie im Wandel*, ÖBA 2001, 875 (887); *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.03} § 1347 Rz 21 f; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*⁴ § 1346 Rz 8; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 Rz 12; *Neumayr* in *FS Honsell* 486; *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1346 Rz 8; *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*² 38.

¹¹² In diesem Sinn gemeint: OGH 16.12.2003, 1 Ob 213/03k; OGH 7.10.1999, 8 Ob 388/97k; OGH 24.10.2000, 1 Ob 163/00b.

¹¹³ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*⁴ § 1346 Rz 8; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/20, 24; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1346 Rz 4; *Neumayr* in

des Gläubigers und des Hauptschuldners in der Bürgschaftsurkunde wird nicht als nötig betrachtet, sofern sie durch die Umstände zweifellos bestimmt werden können¹¹⁴.

- 55** Neben den oben angeführten wesentlichen Merkmalen verlangt die hL mittelbar einen bestimmten Höchstbetrag für die Wirksamkeit der Bürgschaft, wenn der Bürge sich infolge einer Erstreckungsklausel in AGB für alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verbürgt¹¹⁵. Widrigenfalls könne die Haftung des Bürgen für die künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners an der Geltungskontrolle gemäß § 864a ABGB¹¹⁶ und der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB¹¹⁷ scheitern.
- 56** In der Lehre gibt es keine Einigkeit darüber, ob die Bestimmbarkeit bzw nachträgliche Bestimmtheit der Hauptschuld für eine gültige Bürgschaftsübernahme ausreicht. Nach einem Teil der Lehre müsse die Hauptschuld gemäß §§ 1346, 1353 ABGB bereits bei der Haftungsübernahme inhaltlich bestimmt sein¹¹⁸. Widrigenfalls erfülle die Bürgschaftsform ihre Warnfunktion, aufgrund der fehlenden Abschätzbarkeit der Verpflichtung, nicht¹¹⁹. Im Hinblick darauf sei die Verbürgung für alle künftigen Schulden aufgrund der Unbestimmtheit unwirksam¹²⁰. Nach der hL¹²¹ und dem OGH¹²² reiche allerdings die Bestimmbarkeit bzw Be-

FS Honsell 486; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 2a, 8.

¹¹⁴ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 6; *Neumayr* in FS Honsell 486; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 2a, 8.

¹¹⁵ *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/162; *Gruber*, Umfang der Bürgenhaftung: Erstreckungsklausel und Globalbürgschaft, ÖBA 2002, 885 (892, 897, 899); *Haas*, Formularmäßige Erstreckungsklauseln auf dem Prüfstand, JAP 2003/2004, 82, 84; *Gruber*, Schutz des Bürgen vor globalen Haftungserklärungen – eine rechtsvergleichende Skizze, in FS Honsell (2002) 503 (513); *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 14; *P. Bydlinski*, Wirksamkeit, Reichweite und Beendigung der Bürgenhaftung: Neue Entwicklungen in Österreich? ÖBA 1999, 93 (101), 102; *Koziol*, Erstreckung von Kreditsicherheiten, ÖBA 2003, 809 (811). **AA** *Rabl*, Bürgschaft 45.

¹¹⁶ *Gruber*, ÖBA 2002, 892, 897; *Haas*, JAP 2003/2004, 82; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 14; *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 101; *Koziol*, ÖBA 2003, 811.

¹¹⁷ *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/162; *Gruber*, ÖBA 2002, 899; *Haas*, JAP 2003/2004, 84; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 14; *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 102; *Koziol*, ÖBA 2003, 811.

¹¹⁸ *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 16, § 1353 Rz 5; *Th. Rabl*, Bürgschaft 37; *Wilhelm*, Vom Bundesgerichtshof – Neue Töne zur Formularbürgschaft, *ecolex* 1995, 225; *Th. Rabl*, Vorbild OGH? – Transparenzgebot contra Globalbürgschaft, *ecolex* 2000, 195; *Th. Rabl*, Unzulässige Klauseln in Bürgschaftsformularen, *ecolex* 2010, 344 (346).

¹¹⁹ *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 16; *Neumayr* in FS Honsell 489.

¹²⁰ *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 16; *Th. Rabl*, Bürgschaft 37; *Wilhelm*, *ecolex* 1995, 225; *Th. Rabl*, *ecolex* 2000, 195; *Th. Rabl*, *ecolex* 2010, 346; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1351 Rz 4.

¹²¹ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 6; *Ofner* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1346 Rz 17, § 1353 Rz 2; *Haas*, JAP 2003/2004, 77; *Gruber*, ÖBA 2002, 888; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/161; *Koziol*, ÖBA 2003, 810; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1353 Rz 2; *P. Bydlinski*, Zur Zulässigkeit bürgschaftsvertraglicher Klauseln, ÖBA 2010, 526 (529) (Entscheidungsanmerkung); *Gruber* in FS Honsell 510; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 2a, § 1351 Rz 4; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/20; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 137.

¹²² OGH 26.11.1996, 1 Ob 2295/96y.

stimmtheit spätestens zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Bürgen für die gültige Bürgschaftsübernahme aus.

In diesem Zusammenhang behandelt die Lehre die Blankettbürgschaft. Ein Teil der Lehre versagt der Blankettbürgschaft die Gültigkeit mit dem Argument, dass die Verpflichtungserklärung wesentliche Merkmale der Bürgenhaftung nicht enthalte¹²³. Die nachträgliche Ergänzung der Bürgschaftsurkunde um den Namen des Gläubigers und die Hauptschuld durch einen Dritten reiche für die Wirksamkeit der Blankettbürgschaft nicht aus¹²⁴, es sei denn, der Dritte wird dazu schriftlich ermächtigt¹²⁵. Hingegen betrachten ein anderer Teil der Lehre¹²⁶ und der OGH¹²⁷ die Blankettbürgschaft für gültig, wenn eine mündliche Ausfüllungsabrede zur Vervollständigung vorliegt. 57

Die Urkunde, die alle wesentlichen Merkmale für die Haftungsübernahme des Bürgen enthält, ist dann gemäß § 886 ABGB durch die eigenhändige Unterschrift des Bürgen räumlich abzuschließen. 58

iv. Eigenhändige Unterschrift des Bürgen

Gemäß § 886 ABGB verlangt die Schriftform die eigenhändige Unterschrift des Bürgen auf der Bürgschaftsurkunde. Eine mechanische oder elektronisch duplizierte Unterschrift reicht nicht aus¹²⁸. Es ist jedoch möglich, den Text der Bürgschaftsurkunde in Maschinenschrift oder Druckbuchstaben abzufassen¹²⁹. Nach der Lehre und der Rechtsprechung wahre die Verbürgungserklärung durch Telegramm oder Fernschreiben nicht die Schriftform, da hier die eigenhändige Unterschrift des Bürgen nicht ersetzt sei, auch wenn die Aufgabedepesche beim Telegramm unterschrieben war oder das Fernschreiben den ausgedruckten Namen des Erklärenden enthält¹³⁰. Deswegen sei das Eingehen der Bürgschaft durch Telegramm oder Fernschreiben ausgeschlossen. 59

¹²³ *Th. Rabl*, Bürgschaft 8 ff; *R. Perner*, Bürgschaft 83; *Wilhelm*, Treuwidriges Ausfüllen der Blanketterklärung des Bürgen durch den Hauptschuldner, WBI 1989, 19 (21) (Entscheidungsanmerkung); *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 437.

¹²⁴ *Th. Rabl*, Bürgschaft 8; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 8; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 11; *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 44; *Wilhelm*, WBI 1989, 19; *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 437.

¹²⁵ *Th. Rabl*, Bürgschaft 9; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 8; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 10; *Wilhelm*, WBI 1989, 21; *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 437.

¹²⁶ *Neumayr* in FS Honsell 487; *Iro*, ÖBA 1989, 176 (183) (Entscheidungsanmerkung). Eher in dieser Richtung: *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 886 Rz 4.

¹²⁷ OGH 14.7.1988, 6 Ob 617/88.

¹²⁸ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Straube* in FS Koppensteiner 659; OGH 14.5.1985, 5 Ob 535/85.

¹²⁹ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Band I¹⁴ (2014) Rz 577; *Straube* in FS Koppensteiner 659.

¹³⁰ *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/23; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 9; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 11; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; OGH 14.5.1985, 5 Ob 535/85.

- 60** Strittig ist, ob die Übermittlung der mit der Unterschrift des Bürgen versehenen Urkunde durch Telefax die Schriftform gemäß § 1346 ABGB erfüllt. Einerseits wird diese Frage von einem Teil der Lehre¹³¹ und dem OGH in älteren Entscheidungen¹³² mit dem Argument verneint, dass das Fehlen der Originalunterschrift des Bürgen der in § 1346 ABGB geregelten Schriftform nicht entspreche und die dem gesetzlichen Formgebot entsprechende Bürgschaftserklärung dem Vertragspartner zugehen müsse, um die Willenserklärung verbindlich zu machen. Hier sollte man die Fälschungsgefahr bzw die sehr wichtige Beweissicherungsfunktion der Schriftform nicht vergessen¹³³, die auch den Gläubiger vor der Last mit der Beweisführung schütze¹³⁴. Des Weiteren bringe dem Bürgen erst die körperliche Übergabe der Urkunde die Ernsthaftigkeit der Risikoübernahme vor Augen¹³⁵. Hingegen nehmen die hL¹³⁶ und der OGH in seinen jüngeren Entscheidungen¹³⁷ die Formwirksamkeit der Telefaxbürgschaft mit dem Argument an, dass die Schriftform nur dem Schutz des Bürgen vor der Übereilung diene, und dieser Zweck dadurch erreicht werde, wenn der Bürge das Original unterzeichnet. Die Umstände seien dieselben, wie wenn der Bürge dem Gläubiger die unterfertigte Urkunde bloß zeigt, aber die Urkunde bei sich aufbewahrt¹³⁸. Ferner führe die Ablehnung der Wirksamkeit der Telefax- Bürgschaft mit der Begründung, dass der Gläubiger schutzwürdige Interessen an der Überprüfbarkeit der Echtheit des Zugangs des Originals habe, nicht zum Gläubigerschutz vor seiner Schlechterstellung, da dies eigentlich eine Sanktion sei, die ihm der Anspruch gegen den Bürgen versage¹³⁹.
- 61** In der Lehre wird bejaht, dass die Überlegungen zur Formwirksamkeit der Telefaxbürgschaft für die eingescannten und per E-Mail übermittelten Bürgschaftsurkunden ebenfalls zutref-

¹³¹ *Brenn*, ÖJZ 2013, 990; *Brenn*, EvBl 2014, 565; *Ecker* ÖZW 2014, 80 ff; *Wilhelm*, Juristische Erkenntnistheorie – Anwendung Telefax-Bürgschaft, *ecolex* 2013, 937; *Wilhelm*, *ecolex* 1990, 208; *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 447.

¹³² OGH 27.3.1995, 1 Ob 515/95; OGH 14.5.1985, 5 Ob 535/85.

¹³³ *Ecker*, ÖZW 2014, 83; *Brenn*, ÖJZ 2013, 990; *Wilhelm*, *ecolex* 1990, 208; *Wilhelm*, *ecolex* 1996, 447.

¹³⁴ *Brenn*, ÖJZ 2013, 990.

¹³⁵ *Wilhelm*, *ecolex* 2013, 937.

¹³⁶ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches I¹⁴ Rz 577; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 11; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ 886 Rz 7; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 886 Rz 8 f; *Koziol*, ÖBA 1996, 479; *Rummel*, Unwirksamkeit einer durch Telefax übermittelte Bürgschaftserklärung, ÖBA 1996, 73 (77) (Entscheidungsanmerkung); *P. Bydlinski*, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, RdW 1996, 916; *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 40; *Pfersmann*, ÖJZ 1997, 530; *M. Graff*, AnwBl 1996, 854 (Entscheidungsanmerkung); *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Formgebote 19 ff; *Stiglbauer*, JBl 2015, 691; *Cach*, Telefax als gültige Übermittlungsform einer Bürgschaftserklärung, GesRZ 2014, 54 (56, 57) (Entscheidungsanmerkung); *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ (2015) § 25c Rz 2.

¹³⁷ OGH 19.09.2013, 1 Ob 161/13b; OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p.

¹³⁸ *Koziol*, ÖBA 1996, 478.

¹³⁹ *Koziol*, ÖBA 1996, 478 f; *Rummel*, ÖBA 1996, 77.

fen; die gleichen Prinzipien gelten somit also auch für die zB im Anhang einer E-Mail übermittelten Erklärungen¹⁴⁰.

Bejaht man die Formwirksamkeit der Telefax-Bürgschaft bzw E-Mail-Bürgschaft, dann sollte die Übermittlung der Willenserklärung des Bürgen durch Telegramm oder Fernschreiben nicht an dem Formerfordernis scheitern, sofern der Bürge seine Unterschrift auf die Aufgabedepesche setzt, weil die Schutzfunktion der Schriftform nicht an den körperlichen Zugang der originalen Unterschrift gebunden ist. Hier bewirkt die Unterfertigung der Aufgabedepesche und deren Übergabe die gleichwertige Warnung. Hier ist die Lage ähnlich wie in dem Fall, dass der Bürge seine Erklärung gegenüber einem Boten des Gläubigers abgibt. Daher sollten die Übermittlungsformen Telex, Telefax sowie E-Mail der Formwirksamkeit der Bürgschaft nicht entgegenstehen, sofern der Bürge die Bürgschaftsurkunde tatsächlich unterschrieben hat. **62**

Gemäß § 4 SigG¹⁴¹ genügt eine qualifizierte elektronische Signatur nicht für eine wirksame Bürgschaftserklärung, die die Personen außerhalb einer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit abgeben, wenn die Urkunde die Erklärung eines Rechtsanwalts oder Notars nicht enthalten, dass der Bürge von ihm über die Folgen der Verbürgung in Kenntnis gesetzt wurde. Daneben wird es in der Lehre verneint, dass U-Pad- bzw Pen-Pad-Unterschriften die Schriftform allein erfüllen können¹⁴². **63**

v. Formmangel

Die Schriftform der Bürgschaft ist Gültigkeitsvoraussetzung, deren Nichteinhaltung zur Folge hat, dass der Bürge nicht zur Erfüllung seiner Verpflichtung gezwungen werden kann¹⁴³. Nach der Rechtsprechung sei der Formmangel aber nicht von Amts wegen zu prüfen, vielmehr müsse der Bürge dies im Verfahren eigens einwenden¹⁴⁴. **64**

Es ist angenommen, dass der Bürge seine Leistung aufgrund des § 1432 ABGB nicht zurückverlangen könne, wenn er den Gläubiger trotz des Formmangels aus Irrtum über die Gültigkeit der Bürgschaft befriedigt¹⁴⁵. Durch die Erfüllung sei der Formzweck nach einem **65**

¹⁴⁰ Riedler in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ 886 Rz 7; *Ecker*, ÖZW 2014, 84; *Cach*, GesRZ 2014, 57; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 661.

¹⁴¹ SigG BGBl 1999/190.

¹⁴² Riedler in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ 886 Rz 7; *Brenn*, U-Pad Unterschriften sind keine Unterschriften, NZ 2010, 161.

¹⁴³ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/25.

¹⁴⁴ OGH 16.12.2003, 1 Ob 213/03k; OGH 15.4.2004, 8 Ob 30/04a.

¹⁴⁵ *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1432 Rz 2 (Stand April 2016, rdb.manz.at); *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 35; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1432 Rz 6; *Ofner in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1346 Rz 19; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 10; *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/25; *R. Perner*, Bürgschaft 85.

Teil der Lehre¹⁴⁶ und dem OGH¹⁴⁷ erreicht. In der Lehre wird ausgedrückt, dass die Heilung des Formmangels nur im Ausmaß der erbrachten Leistung geschehe¹⁴⁸. Der OGH begründet seine Ansicht mit dem Argument, dass dem Bürgen die Bedeutung und die Ernsthaftigkeit seiner formnichtigen Verpflichtung bewusst gewesen und er nicht anders zu stellen sei, als hätte er seine Verpflichtung entsprechend der Schriftform abgegeben¹⁴⁹. Nach der zitierten Entscheidung gelte diese Rechtsfolge nicht nur für die freiwillige Erfüllung des Bürgen, sondern auch für die Erfüllung im Wege der Zwangsvollstreckung in Folge eines Versäumungsurteils. Die Annahme der Heilung des Formmangels im Bürgschaftsrecht ist aber fragwürdig, wenn der Bürge über die Gültigkeit der Bürgschaft geirrt hat. Die Funktion der Schriftform bezweckt nicht, klar zu stellen, ob der Bürge leistungsfähig ist oder nicht, sondern sie bezweckt, den Bürgen davon in Kenntnis zu setzen, welche Folgen bzw Einflüsse seine Inanspruchnahme aus der Bürgschaft auf seine wirtschaftliche Stellung haben kann.

- 66 In der Lehre wird die uneingeschränkte Geltung des Rückforderungsausschlusses hinsichtlich der Warnfunktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht als erwägenswert angesehen und wird vorgeschlagen, dass die teleologische Reduktion des § 1432 ABGB in kritischen Fällen in Frage kommen soll¹⁵⁰, zB wenn der Bürge seine Schuld unter psychischem Druck, aus emotionaler Verbundenheit oder krasser wirtschaftlicher Abhängigkeit erfüllt¹⁵¹.
- 67 Trotz des Formmangels der Bürgschaft ist die Inanspruchnahme des Erklärenden in bestimmten Fällen zugelassen: Sittenwidrige absichtliche Vereitelung der Form oder eine arglistige Irreführung¹⁵² des Vertragspartners über die Erforderlichkeit der Form macht nach dem OGH¹⁵³ die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich. Der OGH sieht einen anderen Rechtsmissbrauch in dem Fall, dass der Gegner Vorteile aus dem Geschäft genossen hat und dann die Gegenleistung nicht erbringen will¹⁵⁴. Abgesehen von den rechtsmissbräuchlichen Berufungen verneint der OGH eine eventuelle Haftung des Erklärenden aus der bloßen Nichteinhaltung der Schriftform¹⁵⁵. Zudem werden eine eventuelle Rechtsscheinhaftung und Schadenersatzpflicht des Erklärenden aus der Blankettbürgschaft in der Lehre

¹⁴⁶ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1346 Rz 8; *R. Perner*, Bürgschaft 85; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/25.

¹⁴⁷ OGH 26.2.1996, 4 Ob 518/96.

¹⁴⁸ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1346 Rz 10; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 17.

¹⁴⁹ OGH 26.2.1996, 4 Ob 518/96.

¹⁵⁰ *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 15; *Th. Rabl*, Bürgschaft 14.

¹⁵¹ *Th. Rabl*, Bürgschaft 14.

¹⁵² Für die Meinung, den arglistigen Kontrahenten als haftpflichtig wegen culpa in contrahendo anzusehen: *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 883 Rz 13.

¹⁵³ OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p.

¹⁵⁴ OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p.

¹⁵⁵ OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p.

abgelehnt, zu deren Vervollständigung ein Dritter mündlich ermächtigt wurde¹⁵⁶. Schlussendlich lehnt die Lehre die Inanspruchnahme des Erklärenden im Wege der Umwandlung der formnichtigen Bürgschaft in einen Schuldbeitritt ab¹⁵⁷.

b. Türkei

i. Allgemein

Die Hauptfunktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht ist auf den Schutz des Bürgen gerichtet¹⁵⁸. Der Gesetzgeber hat eine erschwerte Schriftform vorgesehen, die die Aufnahme bestimmter Angaben in die Bürgschaftsurkunde voraussetzt. Dieses Schriftformerfordernis gilt gemäß § 603 TBK für alle Arten der persönlichen Sicherungsgeschäfte, die von einer natürlichen Person eingegangen werden. 68

ii. Haftungsübernahme

Gemäß § 583 Abs 1 TBK bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen. Diese Voraussetzung gilt auch für Bürgschaften von Unternehmern. Es gibt auch die Fälle, bei denen sich eine Bürgschaftsverpflichtung aus dem Gesetz ergibt, zB § 679 Abs 2 TMK¹⁵⁹. Solche Bürgschaften bedürfen zu ihrer Gültigkeit nicht der schriftlichen Erklärung des Bürgen. 69

Da die Schriftform auf den Schutz des Bürgen gerichtet ist, ist nur die Willenserklärung des Bürgen schriftformpflichtig. Die Willenserklärung des Gläubigers kann mündlich oder stillschweigend erfolgen¹⁶⁰. Nach der Lehre und der Rechtsprechung braucht die Bürgschaft keine Zustimmung des Hauptschuldners¹⁶¹. Den Bürgschaftsvertrag können der Bürge und 70

¹⁵⁶ Th. Rabl, Bürgschaft 10, 11; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1346 Rz 8; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 13; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1347 Rz 33; Wilhelm, eolex 1996, 438; R. Perner, Bürgschaft 85. In Frage gestellt: P. Bydliński, Wertpapierrecht 10.

¹⁵⁷ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 13, § 1347 Rz 4.

¹⁵⁸ Reisoğlu, Kefalet 72; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 675; Gümüüş, Borçlar² 313; İnal, Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu, in FS Özsunay (2004) 161 (170); Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 98; Taşdelen in FS İmregün 133; Tandoğan, Kefaletin Geçerlik Şartları, Batider 1977/1, 19 (37); Gündüz, Kefalet 10 f; Uzun, Kefalet 38; İyim, Kefalet 35; Acar, Mütessesil 112; Beck, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 1; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 1; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Hrsg), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht² (2009) § 493 Rz 1.

¹⁵⁹ TMK RG 2001/4721.

¹⁶⁰ Reisoğlu, Kefalet 37; Özen, Kefalet³ 213; M. Yılmaz, TAAD 2011/7, 81; Gündüz, Kefalet 26 ff; İyim, Kefalet 36; F. Yavuz, Roma 83 f; Özen in FS Erdoğan 747; Beck, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 70, § 493 Rz 13; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 55; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 2.

¹⁶¹ Reisoğlu, Kefalet 20; C. Yavuz, AAD 2004/1-2, 19; Tandoğan, Borçlar II³ 693 f; Özen, Kefalet³ 60, 447; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 667; Barlas in Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 42; İpek, GÜHFD 2004/1, 533; Özen, Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi, in FS Serozan (2010) 1445 (1452, 1459); N. Yavuz, Kefalet Sözleşmesi Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme, THD 2009/30, 105; Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 95; M. Yılmaz, TAAD 2011/7, 70; Demirbaş, Kefalet 10; Uzun, Kefalet 8; İyim, Kefalet 2; Şen, Kefalet 1; F. Yavuz, Roma 63; Şahan, Kefalet 5; Öztürk, Rücu 15; Aksoy, Kefalet 1; Başar, Halef 61; Sücüllü, Kefalet 8; Güvener, Kefalet 3; Çakır, Mütessesil Kefaletin Hükümleri ver Sonuçları, THD 2014/96, 14; Badur, Kefil ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, MÜHFD 2002/1, 145; Beck, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 43; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 52; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 2; Yargıtay 16.04.1984, 11 HD 3999/4771.

der Gläubiger ohne Wissen des Hauptschuldners, sogar gegen seinen Willen abschließen. Diese Annahme bereitet aber Schwierigkeiten, wenn eine Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers besteht, zB Bankgeheimnis, oder wenn dem Bürgen ein besonderer Anspruch gegenüber dem Hauptschuldner zusteht, zB Sicherstellungsanspruch.

- 71 Nach einer Ansicht sei ein Bürgschaftsvertrag, der als Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen wird, nicht möglich¹⁶². Dementsprechend können der Bürge und der Hauptschuldner nicht einen Bürgschaftsvertrag zugunsten eines Gläubigers des Hauptschuldners abschließen. Nach dieser Ansicht wäre der Übergang der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen in diesem Fall nicht möglich, da der Gläubiger keine Partei im so einen Bürgschaftsvertrag wäre¹⁶³. Zudem seien die Pflichten und die Obliegenheiten des Gläubigers in einem solchen Fall fragwürdig. Es bestehe hier die Gefahr, dass diese Pflichten und Obliegenheiten ins Leere gehen könnten¹⁶⁴. Diese Ansicht ist fragwürdig. TBK verhindert den Übergang der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen nicht, wenn der Bürgschaftsvertrag als einen Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen wird. Gemäß § 596 Abs 1 TBK reicht die bloße Befriedigung des Gläubigers für den Übergang seiner Rechte aus. Dasselbe Argument gilt auch für die Pflichten und Obliegenheiten des Gläubigers. Der Umstand, dass der Bürge mit dem Hauptschuldner oder jemand anderem einen Vertrag zugunsten Dritter abschließt, sollte nicht die Pflichten und die Obliegenheiten aus einer Bürgschaft entwerten.
- 72 Bezüglich der Erteilung einer Vollmacht enthält § 583 Abs 2 TBK eine klare Regel, nach welcher die Erteilung einer besonderen Vollmacht zur Bürgschaftsübernahme der gleichen Form wie der Bürgschaftsvertrag bedarf. Es ist hier anzumerken, dass die Bürgschaftsübernahme nur durch eine besondere Ermächtigung möglich ist¹⁶⁵, da der Beauftragte gemäß § 504 Abs 3 TBK ohne besondere Ermächtigung einen Bürgschaftsvertrag nicht abschließen darf. In der Lehre wird es darauf hingewiesen, dass der Abschluss des Bürgschaftsvertrags durch den Vertreter nicht der Schriftform gemäß § 583 TBK unterliegt, da der Bürge bei der Vollmachtserteilung genug geschützt wird¹⁶⁶.

¹⁶² Özen, Kefalet³ 60 f; Gümüş, Borçlar² 286; Demirbaş, Kefalet 10. AA İpek, GÜHFD 2004/1, 533; Guhl, Bürgschaftsrecht 45.

¹⁶³ Özen, Kefalet³ 61; Demirbaş, Kefalet 10.

¹⁶⁴ Özen, Kefalet³ 61.

¹⁶⁵ Reisoğlu, Kefalet 101; Barlas, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, in İnceoğlu (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (2012) 349 (355); Özen, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Şartları, in Topbaş/Üçışık (Hrsg), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri (2013) 354 (360); Demirbaş, Kefalet 56; F. Yavuz, Roma 80. AA Özen, Kefalet³ 266 ff; Gümüş, Borçlar² 324.

¹⁶⁶ Reisoğlu, Kefalet 101; Özen, Kefalet³ 269.

iii. Inhalt der Bürgschaftsurkunde

Damit der Schriftform genüge getan wird, ist es notwendig, dass die Bürgschaftsurkunde den Willen, als Bürge haften zu wollen, die eigenschriftliche Angabe eines bestimmten Höchstbetrags und des Verbürgungsdatums und andere wesentliche Angaben enthält, die für die Individualisierung der Hauptschuld erforderlich sind. Bei einer Solidarbürgschaft muss die Urkunde auch die eigenschriftlichen Angaben enthalten, die auf eine Solidarbürgschaft hindeuten. Nach der Lehre seien die durch die Auslegung ermittelten Parteiwillen auch dann verbindlich, selbst wenn es in der Bürgschaftsurkunde keinen Anhaltspunkt dafür gibt¹⁶⁷. Diese Ansicht geht zu weit. Nebenabreden, die die Stellung des Bürgen erschweren, sollten nur dann als gültig gelten, wenn sich in der Urkunde eine entsprechende Andeutung findet. Widrigenfalls vereitelt man die Funktion der Schriftform¹⁶⁸. Eine Ausnahme sollte nur bei der Erstreckung der Erklärung des Bürgen auf den Kondiktionsanspruch des Gläubigers in Frage kommen¹⁶⁹.

Gemäß § 583 Abs 1 TBK ist es erforderlich, einen bestimmten Höchstbetrag für die Haftung des Bürgen eigenschriftlich anzugeben. Dieser Höchstbetrag kann durch die weiteren Posten, zB Zinsen der Hauptschuld oder Kosten der Betreibung gegen den Hauptschuldner, in keinem Fall überschritten werden. Er muss aber nicht mit der Höhe der Hauptschuld identisch sein, die sich nicht aus der Bürgschaftsurkunde ergeben muss¹⁷⁰. Mit Hilfe des Höchstbetrags verhindert die Schriftform ganz unangenehme Überraschungen über die Höhe der Inanspruchnahme des Bürgen. Der Höchstbetrag kann zahlenmäßig in Ziffern oder Worten angegeben werden¹⁷¹. Nach einer Ansicht sei dieser Höchstbetrag jedoch unbedingt ziffernmäßig anzugeben¹⁷². Die Bestimmbarkeit dieses Höchstbetrags durch die einfache Berechnung mit den Angaben in der Bürgschaftsurkunde oder eigenschriftlicher Verweis auf andere Urkunden reicht nicht aus. Der Höchstbetrag setzt eine Begrenzung nur für die Hauptschuld samt auf die Hauptschuld bezogenen Posten. Die eigenen Verzugszinsen des Bürgen und die Kosten der Schuldbetreibung gegen den Bürgen fallen nicht unter diese Haftungsgrenze¹⁷³.

¹⁶⁷ Özen, Kefalet³ 164, 342 f; Gümüş, Borçlar² 299, 357; Güvener, Kefalet 87 f; Reisoğlu, Kefalet 62 ff.

¹⁶⁸ Parallele Annahme: Gündüz, Kefalet 75 f, 86 f.

¹⁶⁹ Unten Rz 292.

¹⁷⁰ C. Yavuz, Borçlar¹¹ 677; Özen, Kefalet³ 228; Baş, İÜHF 2012/2, 131; Gümüş, Borçlar² 290; Gündüz, Kefalet 88.

¹⁷¹ Reisoğlu, Kefalet 85.

¹⁷² Barlas in Inceoğlu 359; Özen, Kefalet³ 227; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 677; Baş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHF 2012/2, 115 (133); Gümüş, Borçlar² 319; Özen in Topbaş/Üçışık 359; Gündüz, Kefalet 113, 118; Acar, Mütessesil 168.

¹⁷³ Reisoğlu, Kefalet 81, 211; Karakılıçarslan, GzÜHFD 2009/1-2, 47; Taşdelen in FS İmregün753; Gündüz, Kefalet 130; Doğan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve Kefalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları (2011) 70 (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Cankaya); Aksoy, Kefalet 26; Fettah, Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirtilmesi, in FS

- 75 Neben einem bestimmten Höchstbetrag verlangt § 583 Abs 1 TBK die Angabe des eigenschriftlichen Verbürgungsdatums. Gemäß § 589 Abs 3 TBK haftet der Bürge nur für die nach dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags eingegangenen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners. Nach der Gesetzesvorlage bezwecke das eigenschriftliche Verbürgungsdatum die Feststellung dieser Verbindlichkeiten und des Verfalldatums der befristet eingegangenen Bürgschaften. Diese Aussage ist fragwürdig, weil das Datum der Annahmeerklärung des Gläubigers nicht mit dem Verbürgungsdatum identisch sein muss. Dies führt dazu, dass der Bürgschaftsvertrag nicht am Tag der Verbürgungserklärung abgeschlossen werden muss.
- 76 Das Erfordernis der Eigenschriftlichkeit wird hinsichtlich der Bürgschaften von juristischen Personen kritisiert¹⁷⁴, die durch mehrere Personen vertreten werden. Für diesen Fall enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regel. Nach einer Ansicht sei es hier nicht notwendig, dass alle Vertreter der juristischen Person diese Angaben mit eigener Hand schreiben. Widrigensfalls erschwere man die Schriftform unnötigerweise, während die Handschrift nur eines Vertreters die Schutzfunktion genug erfülle¹⁷⁵. Nach einer anderen Ansicht könne man den Anwendungsbereich der Eigenschriftlichkeit um die Bürgschaften der juristischen Personen reduzieren, wenn man § 603 TBK in Betracht zieht, welcher das Schriftformerfordernis der Bürgschaft auf die anderen persönlichen Sicherheiten natürlicher Personen erstreckt¹⁷⁶.
- 77 Die Frage stellt sich, ob der Bürge die Angaben auch dann mit eigener Hand zu schreiben hat, wenn er seine Willenserklärung vor einem Notar abgibt. Nach einer Ansicht erfülle die Erstellung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar die Warnfunktion der Schriftform und die Angaben müssen nicht eigenhändig geschrieben sein¹⁷⁷. Ferner bezwecke die Eigenschriftlichkeit die Verhinderung der nachträglichen Ergänzungen in der Bürgschaftsurkunde durch andere Personen¹⁷⁸. In diesem Fall bestehe diese Gefahr nicht¹⁷⁹. Diese Ansicht ist fragwürdig. Die Abgabe der Willenserklärung vor einem Notar hilft bei der Feststellung des Parteiwillens im Bestande, aber garantiert nicht so weitreichend wie die Eigenschriftlichkeit,

Hatemi (2009) 719; Özen, Kefalet³ 134, 145 f; Beck, Bürgschaftsrecht § 499 Rz 7; Guhl, Bürgschaftsrecht 47; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 499 Rz 1; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger (Hrsg), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2² (2012) § 499 Rz 1; Yargıtay 18.12.2000, 3 HD 2000/11738.

¹⁷⁴ Barlas in Inceoğlu 356; Baş, İÜHF 2012/2, 129; Özen in Topbaş/Üçışık 357; M. Yılmaz, TAAD 2011/7, 82; İyim, Kefalet 40; Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler¹⁴ (2015) 107; Acar, Mütelsil 160.

¹⁷⁵ Barlas in Inceoğlu 356 f; Baş, İÜHF 2012/2, 129; Gümüüş, Borçlar² 315; Özen in Topbaş/Üçışık 357; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 675; Barlas, İzBD 2011/2, 14; M. Yılmaz, TAAD 2011/7, 82; Gündüz, Kefalet 41 f; Demirbaş, Kefalet 79; İyim, Kefalet 40; Acar, Mütelsil 161.

¹⁷⁶ Nomer, Borçlar¹⁴ 107.

¹⁷⁷ Baş, İÜHF 2012/2, 130; Barlas in Inceoğlu 356; Barlas, İzBD 2011/2, 13; Gündüz, Kefalet 25; Acar, Mütelsil 160.

¹⁷⁸ Barlas in Inceoğlu 356; Barlas, İzBD 2011/2, 13; Acar, Mütelsil 160.

¹⁷⁹ Barlas in Inceoğlu 356; Barlas, İzBD 2011/2, 13; Acar, Mütelsil 160.

dass sich der Bürge ein klares Bild über die Folgen seiner Haftung gemacht hat. Deswegen wäre es empfehlenswert, die Eigenschriftlichkeit auch dann zu verlangen, selbst wenn die Bürgschaftserklärung vor dem Notar abgegeben wird¹⁸⁰.

Bei der Individualisierung der Hauptschuld leisten die Identität des Gläubigers und die Identität des Hauptschuldners wichtige Hilfe. Sie müssen aber nicht namentlich genannt werden. Die Bestimmbarkeit ihrer Identität reicht aus¹⁸¹. Jedoch ist die nachträgliche Bestimmbarkeit des Hauptschuldners nicht genug. Die Bestimmbarkeit der verbürgten Schuld ist für das Wirksamwerden der Bürgschaft ausreichend¹⁸². Die Wirksamkeit der Bürgschaften, die für alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners eingegangen werden, ist aber umstritten. Ein Teil der Lehre bejaht die Wirksamkeit solcher Bürgschaften und findet sie inhaltlich genug bestimmt¹⁸³. Diese Annahme beruft sich darauf, dass die Bestimmbarkeit der Hauptschuld aufgrund des akzessorischen Charakters der Bürgschaft erforderlich sei, der nicht auf den Schutz des Bürgen gerichtet sei. Die Angabe eines Höchstbetrags in der Bürgschaftsurkunde leiste dem Bürgen genug Schutz¹⁸⁴. Die hL lehnt die Wirksamkeit solcher Bürgschaften mit den folgenden zwei Argumenten ab: Sie seien nicht genug individualisiert¹⁸⁵; sie verstößen gegen den Persönlichkeitsschutz des § 23 Abs 2 TMK¹⁸⁶. Die Vorgehensweise der hL ist fragwürdig. Zuerst ist es nicht klar, in welcher Hinsicht so eine Haftung gegen den

78

¹⁸⁰ Im Ergebnis zustimmend: *Reisoğlu*, Kefalet 89, 101; *Özen*, Kefalet³ 266.

¹⁸¹ *Özen*, Kefalet³ 227 ff; *Baş*, İÜHFM 2012/2, 130 f; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 677; *Gündüz*, Kefalet 82, 90 ff; *Gümüş*, Borçlar² 290, 320; *Demirbaş*, Kefalet 61; *Özen* in FS Erdoğan 754 f; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 15; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 7. **AA** hinsichtlich der namentlichen Nennung des Hauptschuldners in der Urkunde: *Reisoğlu*, Kefalet 79 f; *Barlas* in *İnceoğlu* 354; *Barlas* in *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* 45; *Ayrancı*, AÜHFD 2004/2, 100; *Reisoğlu*, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD 1962/1-4, 327 (382); *Barlas*, İzBD 2011/2, 11; *Başar*, Halef 48; *Güvener*, Kefalet 58.

¹⁸² *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 677; *Özen*, Kefalet³ 228; *Gümüş*, Borçlar² 290, 319; *Akkanat* in FS Kocayusufpaşaoğlu 288; *Ayrancı*, AÜHFD 2004/2, 97; *Taşdelen* in FS İmregün 742; *Tandoğan*, Batider 1977/1, 44 ff; *Gündüz*, Kefalet 82; *Demirbaş*, Kefalet 60 ff; *Tandoğan*, Borçlar II³ 752; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 29; *Acar*, Mütessesil 174; *Grassinger*, Savunma 101; *Kuntalp/Altınok-Ormanci* in FS Toroslu 735; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 19.

¹⁸³ *Reisoğlu*, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet (1992) 12.

¹⁸⁴ *Reisoğlu*, Bankacılık 12; *Wiegand*, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in *Wiegand* (Hrsg), Personalsicherheiten Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärungen und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld Berner Bankrechtstag BBT 4/97 (1997) 175 (202).

¹⁸⁵ *Özen*, Kefalet³ 203; *Süçüllü*, Kefalet 114; *Ayrancı*, GzÜHFD 2005/1-2, 113 f, 120 f; *İyim*, Kefalet 9; *Gündüz*, Kefalet 95; *Başar*, Halef 48; *Gümüş*, Borçlar² 293; *Barlas* in *İnceoğlu* 351; *Barlas*, İzBD 2011/2, 8 f; *Grassinger*, Savunma 101 f; *Akkanat* in FS Kocayusufpaşaoğlu 289; *Barlas* in *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* 45, 46. (Nach den letzten drei Autoren sei die Verbürgung für alle künftigen Schulden des Hauptschuldners aus einem Rahmenkreditvertrag allerdings wirksam.) *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 492 Rz 6. Hinsichtlich einer Garantie: Yargıtay 1.11.2002, 19 HD 2002/6993; Yargıtay 3.5.2002, 19 HD 2002/3342.

¹⁸⁶ *Gümüş*, Borçlar² 292; *Gündüz*, Kefalet 96; *Ayrancı*, GzÜHFD 2005/1-2, 124; *Akkanat* in FS Kocayusufpaşaoğlu 289; *Kuntalp/Altınok-Ormanci* in FS Toroslu 735 f; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 20 f; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 492 Rz 9; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 492 Rz 4.

Schutz der Persönlichkeit verstoße: Die Haftung des Bürgen ist betraglich beschränkt¹⁸⁷; dem Bürgen steht sowohl ein ordentliches als auch ein außerordentliches Kündigungsrecht; die Haftung natürlicher Personen ist sogar zeitlich beschränkt¹⁸⁸. Ein Knebelungsvertrag besteht überhaupt nicht. Auch eine Unbestimmtheit besteht nicht. Durch die Auslegung der Parteiwillen ist einfach zu erkennen, dass die Haftung des Bürgen alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus einem bestimmten oder bestimmbar Verhältnis mit dem Gläubiger deckt, zB Kreditverbindlichkeiten und diesbezügliche weitere Posten¹⁸⁹. Die Bestimmbarkeit der verbürgten Schulden und die Bestimmbarkeit der Antwort auf die Frage, ob eine Hauptschuld entstehen wird oder nicht, sind voneinander getrennte Dinge. Aus diesen Gründen sollten weder die in der Lehre vorgebrachten Bedenken gegenüber der inhaltlichen Bestimmbarkeit noch der Persönlichkeitsschutz der Wirksamkeit der Bürgschaft für alle künftigen Schulden des Hauptschuldners entgegenstehen¹⁹⁰.

- 79 Gegen die Wirksamkeit der Blankettbürgschaft sprechen nicht nur das detaillierte Schriftformerfordernis, sondern auch die Regeln des TBK über die Vollmachtserteilung zur Bürgschaftsübernahme. Da der Bürge die bestimmten Angaben mit eigener Hand zu schreiben hat, erfüllt die bloße Unterschrift des Bürgen auf einem Blankett das Schriftformerfordernis nicht. Ferner versagt § 583 Abs 2 TBK der mündlichen Ermächtigung eines Dritten zur Ergänzung der Bürgschaftsurkunde die Wirksamkeit. Aus diesen Gründen ist die Bürgschaftsübernahme durch ein Blankett nicht möglich¹⁹¹.
- 80 Schlussendlich ist die Urkunde, die alle wesentlichen Angaben enthält, durch die Unterschrift des Bürgen gemäß § 14 Abs 1 TBK räumlich abzuschließen.

iv. Eigenhändige Unterschrift des Bürgen

- 81 Gemäß § 15 Abs 1 TBK hat der Bürge die Urkunde eigenhändig zu schreiben. Gemäß § 15 Abs 2 TBK wird eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege dort als ausreichend anerkannt, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist. Jedoch besteht in der Bürgschaftspraxis eine Gewohnheit, nach welcher die Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift genügt, nicht.

¹⁸⁷ In dieser Hinsicht: *Gruber* in FS Honsell 513; *Wiegand* in *Wiegand* 202 f.

¹⁸⁸ *Wiegand* in *Wiegand* 203.

¹⁸⁹ Darauf hingewiesen: BGE 128 III 434 ff.

¹⁹⁰ Im Ergebnis zustimmend: *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 107. Hinsichtlich der Bestimmbarkeit: *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 4.

¹⁹¹ Parallele Annahme: *İnal* in FS Özsunay 170 f. Im Ergebnis zustimmend: *Reisoğlu*, Kefalet 77. **AA** *Özen*, Kefalet³ 233, 240; *Baş*, İÜHF 2012/2, 136; *Gümüş*, Borçlar² 323; *Reisoğlu*, Bankacılık 50; *Özen*, Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler, LHD 2008, 409 (412 ff); *Taşdelen* in FS İmregün 736 f; *Gündüz*, Kefalet 56 ff; *Süçüllü*, Kefalet 112 f; *Güvener*, Kefalet 60 f; *Grassinger*, Savunma 116 ff.

Bezüglich der Übermittlungsformen enthält § 14 Abs 2 TBK eine besondere Regel. Nach dieser Regel ersetzt Telegramm die Schriftform, sofern der Bürge die Aufgabedepesche unterzeichnet hat. Dasselbe gilt für die Übermittlung der Urkunde durch Telefax und ähnliche Übermittlungsformen, sofern sie nachträglich bestätigt werden. Nach der Gesetzesvorlage muss hier der Empfänger eine Bestätigung abgeben. Nach einer Ansicht reiche die Übermittlung der Verbürgungserklärung durch Telefax für das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags trotzdem nicht aus¹⁹². Solange der Erklärende die originale Bürgschaftsurkunde in seinem Besitz aufbewahre, über die Urkunde verfügen könne, obwohl er eine Kopie per Telefax zugesandt habe, existiere keine Willenserklärung¹⁹³. Diese Ansicht ist fragwürdig. Die Übermittlungsform hat mit dem Vorhandensein der Verbürgungserklärung bzw Willenserklärung nichts zu tun. Der Gläubiger empfängt hier eine Willenserklärung, die durch Telefax übermittelt wurde.

Gemäß § 5 Abs 2 EİK¹⁹⁴ ist die Verbürgung durch die elektronische Signatur nicht möglich. **83**

v. Formmangel

Gemäß §§ 12, 583 TBK führt die Nichteinhaltung der Schriftform zur absoluten Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags. Der Formmangel ist von Amts wegen zu prüfen¹⁹⁵. Nach einer Ansicht scheitere ein Bürgschaftsvertrag, der die subjektiv wesentlichen Punkte für den Bürgen nicht enthält, auch am Formmangel; so ein Bürgschaftsvertrag sei absolut nichtig¹⁹⁶. Diese Ansicht ist fragwürdig. Das Gesetz unterstellt die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags nicht der Gültigkeit der subjektiv wesentlichen Punkte. Ferner unterliegen die subjektiv wesentlichen Punkte nicht der Schriftform, sofern sie die Stellung des Bürgen nicht erschweren. Das Fehlen einer Einigung über die subjektiv wesentlichen Punkte kann aber zur Anfechtung des Bürgschaftsvertrags wegen Willensmangels führen, sofern die anderen Voraussetzungen dafür erfüllt sind¹⁹⁷. **84**

Die irrtümliche Erfüllung eines in der Form mangelhaften Bürgschaftsvertrags hat keine Heilungsfunktion. Die irrtümlich vorgenommene Leistung kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt werden¹⁹⁸. Dies gilt auch dann, wenn der **85**

¹⁹² Özen, Kefalet³ 161; Gündüz, Kefalet 53. Vor dem Inkrafttreten des neuen TBK: Tandoğan, Borçlar II³ 749.

¹⁹³ Özen, Kefalet³ 161.

¹⁹⁴ EİK RG 2004/5070.

¹⁹⁵ Reisoğlu, Kefalet 93, 98; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 676; Özen, Kefalet³ 243; Demir, TBBD 2013/108, 92; Gündüz, Kefalet 169; Uzun, Kefalet 38; İyim, Kefalet 36; Sücüllü, Kefalet 123; C. Yavuz, AAD 2004/1-2, 28; Tandoğan, Borçlar II³ 741; Özen in FS Erdoğan 760; Nomer, Borçlar¹⁴ 107; Beck, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 15; Yargıtay 12.4.1944, İBK 14/13; Yargıtay 20.3.2000, 21 HD 2000/2117; Yargıtay 2.10.2001, 19 HD 2001/6109.

¹⁹⁶ Özen, Kefalet³ 231; Baş, İÜHF 2012/2, 131; İyim, Kefalet 40; Özen in FS Erdoğan 757; Acar, Mütessesil 176 f.

¹⁹⁷ Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 17.

¹⁹⁸ Reisoğlu, Kefalet 94, 97 f; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 676; Özen, Kefalet³ 246 ff; Grassinger, Savunma 99; Gümüç,

Gläubiger Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt¹⁹⁹. Allerdings ist die Frage umstritten, wer sich in ungerechtfertigter Weise bereichert bzw gegen wen sich der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung richtet. Nach einer alten Entscheidung von Yargıtay und einem Teil der Lehre bereichere der Hauptschuldner, dessen Verbindlichkeit nach der Befriedigung des Gläubigers erlösche, sich in ungerechtfertigter Weise²⁰⁰. Entsprechend dieser Auffassung wird vertreten, dass diese Lösung auch der Verfahrensökonomie entspreche, da der Gläubiger widrigenfalls nach der Rückerstattung der Leistung des Bürgen den Hauptschuldner verfolgen würde²⁰¹. Nach einem anderen Teil der Lehre bereichere der Hauptschuldner sich nicht in ungerechtfertigter Weise, weil die Hauptverbindlichkeit nicht durch die Erfüllung der formnichtigen Bürgschaft erlösche²⁰²: Der Gläubiger bereichere sich in ungerechtfertigter Weise. Die Erfüllung bezwecke nicht das Erlöschen der Hauptverbindlichkeit, sondern das Erlöschen der formnichtigen Bürgschaftsverpflichtung²⁰³. Von einem Teil der Vertreter dieser zweiten Auffassung wird es aber auch vorgebracht, dass der Bürge seinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Hauptschuldner richten könne, wenn er den Formmangel gekannt hat, oder wenn sein Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger aufgrund der kurzen bereicherungsrechtlichen Verjährungsfrist nicht mehr möglich ist²⁰⁴. Diese letztere Aussage ist fragwürdig. Der mit der Schriftform verfolgte Schutzzweck entfällt bei freiwilliger und irrtumsfreier Erfüllung. In diesem Fall ist die Heilung des Formmangels im Ausmaß der Erfüllung anzunehmen²⁰⁵.

Borçlar² 326; İnal in FS Özsunay 171; N. Yavuz, THD 2009/30, 106; Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 107; Taşdelen in FS İmregün 762; Tandoğan, Batider 1977/1, 37; Reisoğlu, AÜHFD 1962/1-4, 391; Demir, TBBD 2013/108, 92; S. Yılmaz, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu, AÜHFD 2008/3, 753 (774); Gündüz, Kefalet 175; Uzun, Kefalet 39; İyim, Kefalet 51; F. Yavuz, Roma 83; Şahan, Kefalet 20; Aksoy, Kefalet 55; Sücüllü, Kefalet 130; Güvener, Kefalet 121; Tandoğan, Borçlar II³ 741; C. Yavuz, AAD 2004/1-2, 28; Fettah in FS Hatemi 718; Özen in FS Erdoğan 762; Acar, Müteselsil 188; Beck, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 21; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 12; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 4; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 493 Rz 3; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 493 Rz 5.

¹⁹⁹ Reisoğlu, Kefalet 97; N. Yavuz, THD 2009/30, 106; Grassinger, Savunma 99; Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 108; Tandoğan, Batider 1977/1, 37 f; Gündüz, Kefalet 177; Sücüllü, Kefalet 124; Tandoğan, Borçlar II³ 741; Güvener, Kefalet 121; Fettah in FS Hatemi 718; Beck, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 21.

²⁰⁰ Yargıtay 6.4.1989, 3 HD 9431/3528; N. Yavuz, THD 2009/30, 111; Demir, TBBD 2013/108, 92. **AA** Yargıtay 8.12.2003, 11 HD 2003/11483.

²⁰¹ N. Yavuz, THD 2009/30, 112.

²⁰² Özen, Kefalet³ 247 ff; Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 107 ff; Tandoğan, Batider 1977/1, 37; Grassinger, Savunma 100; S. Yılmaz, AÜHFD 2008/3, 774; Gündüz, Kefalet 178; Uzun, Kefalet 39; Tandoğan, Borçlar II³ 741; Sücüllü, Kefalet 130; Güvener, Kefalet 121; Fettah in FS Hatemi 718; Özen in FS Erdoğan 763; Acar, Müteselsil 190; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 4; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 493 Rz 3.

²⁰³ Özen, Kefalet³ 247; Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 111; Gündüz, Kefalet 178; Fettah in FS Hatemi 718; Özen in FS Erdoğan 763; Acar, Müteselsil 190; Grassinger, Savunma 100.

²⁰⁴ Özen, Kefalet³ 248 f; Gündüz, Kefalet 191; Özen in FS Erdoğan 764 ff. Ohne den Hinweis auf die Erfüllung mit der Kenntnis des Formmangels: Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 4.

²⁰⁵ Ayrancı, AÜHFD 2004/2, 116. Für die Meinung, dass die Leistung des Bürgen im Wissen der Formnichtigkeit eine Schenkung darstelle: Reisoğlu, Kefalet 94; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 676; C. Yavuz, AAD 2004/1-2, 28; İnal

Aus der bloßen Nichteinhaltung der Schriftform ergibt sich grundsätzlich keine Haftung des Bürgen²⁰⁶. Dem Gläubiger steht in diesem Fall nur der Weg offen, die rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel zu beweisen. Ein Rechtsmissbrauch besteht zB im Fall der absichtlichen Vereitelung der Form²⁰⁷. Ferner wird die Berufung auf den Formmangel als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn der Bürge mittelbar oder unmittelbar einen Vorteil aus dem Hauptgeschäft erhält²⁰⁸. Bei der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf den Formmangel könne der Gläubiger nach einer Ansicht den Bürgen in Anspruch nehmen, als ob die Bürgschaft formwirksam begründet worden wäre²⁰⁹. Zudem wird dem Gläubiger ein Schadenersatzanspruch gewährt, wenn der Erklärende den Formmangel absichtlich verursacht hat²¹⁰. Als Anhaltspunkt für den Schadenersatzanspruch des Gläubigers werden § 49 Abs 2 TBK, nach dem derjenige, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, zum Ersatze verpflichtet ist²¹¹, und culpa in contrahendo angegeben²¹².

86

c. Vergleich

Die im Gesetz vorgesehenen Schriftformen in Österreich und der Türkei entsprechen einander nicht vollkommen. Allerdings bestehen Ähnlichkeiten zwischen den Ländern. Es fällt zunächst auf, dass die Funktion der Schriftform in beiden Ländern auf den Schutz des Bürgen gerichtet ist. Daher bezieht sich die Schriftform nur auf die Verpflichtungserklärung des Bürgen. Ferner ist der Abschluss des Bürgschaftsvertrags mit jemand anderem als dem Gläubiger, ein sogenannter Vertrag zugunsten Dritter, und die Bürgschaftsübernahme durch einen Bevollmächtigten möglich. In diesem Zusammenhang hat der türkische Gesetzgeber eine

87

in FS Özsunay 172; *Taşdelen* in FS İmregün 762; *Tandoğan*, Batider 1977/1, 38; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 391; *S. Yılmaz*, AÜHFD 2008/3, 774; *İyim*, Kefalet 51; *Şahan*, Kefalet 20; *Süçüllü*, Kefalet 125; *Güvener*, Kefalet 121; *Tandoğan*, Borçlar II³ 741; *Fettah* in FS Hatemi 718.

²⁰⁶ *Özen*, Kefalet³ 244; *Ayrıncı*, AÜHFD 2004/2, 104; *Taşdelen* in FS İmregün 762; *Tandoğan*, Batider 1977/1, 38; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 390; *Gündüz*, Kefalet 170; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 17 f; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 12.

²⁰⁷ *Özen*, Kefalet³ 244; *Gümüş*, Borçlar² 326; *Ayrıncı*, AÜHFD 2004/2, 104 f; *Taşdelen* in FS İmregün 762; *Tandoğan*, Batider 1977/1, 38; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 390; *Gündüz*, Kefalet 171; *Şahan*, Kefalet 20; *Güvener*, Kefalet 120; *Tandoğan*, Borçlar II³ 741; *Fettah* in FS Hatemi 718; *Özen* in FS Erdoğan 760; *Acar*, Mütessesil 185; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 18; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 12.

²⁰⁸ *Özen*, Kefalet³ 244; *Gümüş*, Borçlar² 326; *Gündüz*, Kefalet 171; *Özen* in FS Erdoğan 769; *Acar*, Mütessesil 186.

²⁰⁹ *Özen*, Kefalet³ 244; *Gündüz*, Kefalet 171, 174.

²¹⁰ *Özen*, Kefalet³ 245; *Reisoğlu*, Bankacılık 58 f; *Ayrıncı*, AÜHFD 2004/2, 104 f; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 390; *S. Yılmaz*, AÜHFD 2008/3, 774; *Fettah* in FS Hatemi 718.

²¹¹ *Tandoğan*, Batider 1977/1, 38; *Ayrıncı*, AÜHFD 2004/2, 104 f; *Reisoğlu*, AÜHFD 1962/1-4, 390; *S. Yılmaz*, AÜHFD 2008/3, 774; *Şahan*, Kefalet 20; *Tandoğan*, Borçlar II³ 742; *Fettah* in FS Hatemi 718; *Grassinger*, Savunma 121; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 18; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 12.

²¹² *Özen*, Kefalet³ 246; *Gündüz*, Kefalet 173; *Ayrıncı*, AÜHFD 2004/2, 105; *Acar*, Mütessesil 187; *Grassinger*, Savunma 121; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 18.

klare Regel vorgesehen, nach welcher die Vollmachtserteilung demselben Schriftformerfordernis wie der Bürgschaftsvertrag unterliegt, wie dies auch von der österreichischen Lehre angenommen wird. Die Mitwirkung des Hauptschuldners wird für das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags in beiden Ländern nicht als erforderlich angesehen. Jedoch ist eine pauschale Annahme fragwürdig, da manche Aufgaben des Gläubigers aus dem Bürgschaftsvertrag gegen seine vertraglichen oder gesetzlichen Geheimhaltungsaufgaben verstoßen können. Der Abschluss des Bürgschaftsvertrags befreit den Gläubiger nicht automatisch von Geheimhaltungsaufgaben gegenüber dem Hauptschuldner. Ein weiteres Problem sind die Ansprüche des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner, zB Sicherstellungsanspruch.

- 88** Inhaltliche Erfordernisse für die Bürgschaftsverträge sind unterschiedlich. Neben den gemeinsamen Merkmalen, die bei der Individualisierung der Bürgschaft zur Hilfe kommen, verlangt das türkische Recht eigenschriftliche Angaben in der Bürgschaftsurkunde: Ein bestimmter Höchstbetrag, das Verbürgungsdatum und gegebenenfalls die Angaben, die auf Solidarbürgschaft hindeuten. Ein ähnliches Erfordernis hat der österreichische Gesetzgeber nicht vorgesehen. Da die Angabe eines zahlenmäßigen Höchstbetrags in der Bürgschaftsurkunde einen sehr wichtigen Meilenstein beim Schutz vor der Übereilung darstellt, kann man aber die Schriftform nach österreichischem Recht weit auslegen und die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags der Angabe eines zahlenmäßigen Höchstbetrags unterstellen. Eine Gesetzesänderung wäre aber wünschenswert, um die notwendige Rechtssicherheit zu schaffen.
- 89** Über die Gültigkeit der Bürgschaft für alle künftigen Schulden des Hauptschuldners gibt es weder in der österreichischen noch in der türkischen Lehre eine vollkommene Einigkeit. Ferner lässt die hL in Österreich, trotz der Rechtsprechung, die Blankettbürgschaft an den inhaltlichen Erfordernissen scheitern, während die Probleme, die sich aus der Blankettbürgschaft ergeben, durch das TBK behoben wurden.
- 90** In den Fällen, wo der Bürge seine Unterschrift tatsächlich auf die Bürgschaftsurkunde setzt, aber dem Gläubiger nur deren Kopie übermittelt, folgen die hL und die Rechtsprechung in Österreich sowie der türkische Gesetzgeber derselben Lösung und betrachten die Bürgschaftsübernahme für gültig. Allerdings hat der türkische Gesetzgeber nach der Übermittlung der Kopie noch eine Bestätigung verlangt. Die Verbürgung durch Mausclick ist in beiden Ländern nicht möglich.
- 91** Die Nichteinhaltung der Schriftform hat sowohl nach österreichischem als auch nach türkischem Recht zur Folge, dass der Erklärende abgesehen von der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf den Formmangel nicht zur Erfüllung gezwungen werden kann. Allerdings wird

der Formmangel nur nach türkischem Recht von Amts wegen geprüft. Des Weiteren besteht ein großer Unterschied zwischen den Rechtsordnungen, wenn der Gläubiger trotz des Formmangels irrtümlich befriedigt wird. In diesem Fall ist die Rückforderbarkeit der Erfüllung nach dem geltenden österreichischen Recht ausgeschlossen, während die Leistung nach türkischem Recht nach den Artikeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann. Die derzeit in Österreich angenommene Lösung ist aber fragwürdig. Die Angemessenheit der Annahme, dass durch die Befriedigung des Gläubigers der durch die Schriftform bezweckte Schutz des Bürgen erfüllt wird, ist zweifelhaft, da die Fähigkeit des Bürgen zur Befriedigung des Gläubigers davon zu trennen ist, ob sich der Bürge bei der Haftungsübernahme ein klares Bild über die unerwünschten Folgen der Bürgschaft gemacht hat. Daher wäre es in Österreich empfehlenswert, den Vorschlag in Erwägung zu ziehen, den Anwendungsbereich des § 1432 ABGB um die formnichtigen Bürgschaftsabreden zu reduzieren.

3. Verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht

a. Österreich

Einem Verbraucher-Bürgen steht das Rücktrittsrecht bei außerhalb der Geschäftsräume abgeschlossenen Verträgen gemäß § 3 KSchG²¹³ zu²¹⁴. Ein von den allgemeinen Voraussetzungen zur Geltendmachung dieses Rücktrittsrechts abweichendes Erfordernis kommt für den Verbraucher-Bürgen nicht in Frage. Der Verbraucher-Bürge kann jederzeit bis zum Vertragsabschluss von seiner Verpflichtungserklärung und innerhalb gesetzlicher Frist nach dem Vertragsabschluss bzw seiner Belehrung über das Rücktrittsrecht vom Vertrag zurücktreten.

Der EuGH hat einmal die Richtlinie 85/577/EWG²¹⁵ so ausgelegt, dass einem Verbraucher-Bürgen das Rücktrittsrecht bei außerhalb der Geschäftsräume abgeschlossenen Verträgen nur dann zustehe, wenn auch das Hauptgeschäft ein Verbrauchergeschäft sei²¹⁶. Diese Rechtsprechung hat aber keine Unterstützung in Österreich gefunden. Die Verbraucher-Bürgschaften fallen unter den Anwendungsbereich des § 3 KSchG, selbst wenn das Hauptgeschäft nicht von einem Verbraucher abgeschlossen wird²¹⁷. Ferner ist die Frage, ob die Bürgschaft

²¹³ KSchG BGBl 1979/140.

²¹⁴ *Thoß*, Bürgenschutz 35; *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 110; *G. Graf*, Verbraucherschutz bei außerhalb von Geschäftsräumen eingegangenen Bürgschaften, ÖBA 1998, 573 (575 f) (Entscheidungsanmerkung); *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 6a; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 33; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 4; *Eigner*, Interzedentenschutz 207, 209; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/30; *R. Perner*, Bürgschaft 128; *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 96.

²¹⁵ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, AB L1985/372, 31.

²¹⁶ EuGH 17.3.1996, C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Dietzinger.

²¹⁷ *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 110; *G. Graf*, ÖBA 1998, 575 f; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar

entgeltlich oder unentgeltlich eingegangen wurde, für das Rücktrittsrecht des Verbraucher-Bürgen aus § 3 KSchG unerheblich²¹⁸.

- 94 Die Frage stellt sich, ob dem Verbraucher-Bürgen weitere Rücktrittsrechte aus FAGG²¹⁹ und FernFinG²²⁰ zustehen. Diese Frage ist zu verneinen, da die Verbraucher-Bürgschaften weder dem Geltungsbereich des FAGG, noch dem des FernFinG unterliegen²²¹.

b. Türkei

- 95 Das Rücktrittsrecht des Verbrauchers bei außerhalb der Geschäftsräume abgeschlossenen Verträgen wird unter § 47 TKHK²²² geregelt. Eine Einschränkung zur Geltendmachung des Rücktrittsrechts bei Bürgschaftsverträgen enthält § 47 TKHK nicht. Der Verbraucher-Bürge kann innerhalb gesetzlicher Frist ab dem Vertragsabschluss bzw seiner Belehrung über sein Rücktrittsrecht vom Bürgschaftsvertrag zurücktreten.

c. Vergleich

- 96 In beiden Ländern steht dem Verbraucher-Bürgen das Rücktrittsrecht bei den außerhalb der Geschäftsräume abgeschlossenen Bürgschaftsverträgen zu. Weder die Entgeltlichkeit noch die Frage, ob auch das Hauptgeschäft ein Verbrauchergeschäft ist, spielt für das Rücktrittsrecht des Verbraucher-Bürgen eine Rolle.

4. Ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags

a. Österreich

- 97 In der Lehre²²³ und der Rechtsprechung²²⁴ wird die ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags bejaht. Ein Teil der Meinungsvertreter bejaht dieses Recht, wenn die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist bzw die verbürgten Schulden aus einem Dauerschuldverhältnis stammen²²⁵. Die Anerkennung des Kündigungsrechts bei den Bürgschaften auf un-

VI³ § 1346 Rz 33; *Eigner*, Interzedentenschutz 209; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/30; *R. Perner*, *Bürgschaft* 128.

²¹⁸ *G. Graf*, ÖBA 1998, 575; *Thoß*, *Bürgenschutz* 34; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/30.

²¹⁹ FAGG BGBl 2014/33.

²²⁰ FernFinG BGBl 2004/62.

²²¹ Für die Gründe: Unten Rz 131 f.

²²² TKHK RG 2013/6502.

²²³ *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1353 Rz 8; *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 104 ff; *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*² 97; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimmann*, *Taschenkommentar*³ § 1363 Rz 4; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1363 Rz 6; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1363 Rz 15; *F. Bydlinski*, *Zur außerordentlichen Kündigung einer befristeten Bürgschaft*, ÖBA 1999, 822 (824) (Entscheidungsanmerkung); *Eigner*, *Interzedentenschutz* 180 ff; *P. Bydlinski*, *Die Kündigung der Bürgschaft*, in *FS Schimansky* (1999) 299 (301 ff); *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3a; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 1/324; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/51; *R. Perner*, *Bürgschaft* 125; *P. Bydlinski*, *Wertpapierrecht* 57, 141.

²²⁴ OGH 23.2.1999, 1 Ob 326/98t; OGH 22.6.1993, 1 Ob 566/93; OGH 1.5.1993, 1 Ob 538/93.

²²⁵ *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1353 Rz 8; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimmann*,

bestimmte Zeit wird aber mit der Begründung in der Lehre kritisiert, dass sie fast alle Bürgschaften kündbar mache²²⁶. Nach einem anderen Teil der Meinungsvertreter sei die ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags dann möglich, wenn die Bürgschaft selbst ein Dauerschuldverhältnis auf unbestimmte Zeit ist²²⁷. Eine Ansicht in der Lehre²²⁸ und der OGH²²⁹ erkennen allerdings das ordentliche Kündigungsrecht des Bürgen ab, wenn die Bürgschaft unwiderruflich eingegangen wurde. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, da die Abschaffung des ordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen den Bürgschaftsvertrag zu einem Knebelungsvertrag macht, der mit dem Schutz der Persönlichkeit nicht vereinbar und sittenwidrig ist²³⁰.

Die Begründung des ordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen ist in der Lehre unterschiedlich. Nach einer Ansicht entspreche das Kündigungsrecht allgemeinen Grundsätzen²³¹ bzw sei ein solches der vermutlichen Absicht der Parteien zu entnehmen²³². Nach einer anderen Ansicht sehe man die Zuerkennung des Kündigungsrechts in der Unüberschaubarkeit der Bürgenhaftung in zeitlicher Hinsicht²³³. Für die Kündigungsfragen habe die Beschränkung der Bürgenhaftung auf einen Höchstbetrag nach dieser letzteren Ansicht keine Bedeutung²³⁴.

Nach der Lehre²³⁵ und dem OGH²³⁶ muss der Bürge zuerst eine angemessene Frist für die Geltendmachung und die Wirkung seines Kündigungsrechts abwarten. Nach einer Ansicht

98

99

Taschenkommentar³ § 1363 Rz 4; *R. Perner*, Bürgschaft 125; OGH 23.2.1999, 1 Ob 326/98t; OGH 22.6.1993, 1 Ob 566/93; OGH 1.5.1993, 1 Ob 538/93.

²²⁶ *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 104; *Eigner*, Interzedentenschutz 181.

²²⁷ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1363 Rz 6; *Eigner*, Interzedentenschutz 181; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3a; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 57 f; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/211. (Nach der letzten Autorin schließe der befristete Charakter des Hauptgeschäfts jedoch die ordentliche Kündigung der Bürgschaft aus.)

²²⁸ *F. Bydlinski*, ÖBA 1999, 824 f; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1363 Rz 15; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 4; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3.

²²⁹ OGH 23.2.1999, 1 Ob 326/98t.

²³⁰ *Th. Rabl*, *ecolex* 1999/242 (Entscheidungsanmerkung); *Eigner*, Interzedentenschutz 182, 189. Im Ergebnis zustimmend: *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 58.

²³¹ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 8; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/208.

²³² *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 8; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 4; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3a; OGH 1.5.1993, 1 Ob 538/93.

²³³ *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 105; *P. Bydlinski* in FS Schimansky 302; *Eigner*, Interzedentenschutz 180 ff; *R. Perner*, Bürgschaft 125.

²³⁴ *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 105.

²³⁵ *P. Bydlinski*, ÖBA 1999, 106 ff; *P. Bydlinski* in FS Schimansky 304 ff; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 4; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1363 Rz 6; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1363 Rz 15; *Eigner*, Interzedentenschutz 183, 189 ff; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3a; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/212; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/51; *R. Perner*, Bürgschaft 126; *P. Bydlinski*, Wertpapierrecht 57.

²³⁶ OGH 23.2.1999, 1Ob326/98t; OGH 22.6.1993, 1 Ob 566/93; OGH 1.5.1993, 1 Ob 538/93.

in der Lehre besteht diese angemessene Frist für die Kreditbürgschaften mangels abweichender Vereinbarung aus einer Wartefrist, die in Anlehnung an § 159 UGB²³⁷/HGB²³⁸ fünf Jahre ab der Haftungsübernahme betrage, und einer Kündigungsfrist, die in Anlehnung an § 15 KSchG zwei Monate betrage²³⁹. Dieser Lösungsansatz wird aber mit der Begründung kritisiert, dass die pauschale Anwendung dieser Fristen meistens gegen den Sicherungszweck mancher Bürgschaften spreche, deswegen könne hier nur eine einzelfallbezogene Lösung unter Berücksichtigung der Auslegungsgrundsätze der §§ 914 ff ABGB und des gesicherten Geschäfts greifen²⁴⁰.

Im deutschen Schrifttum wird ebenfalls angenommen, dass der Bürge nach angemessener Zeit und mit angemessener Kündigungsfrist den Bürgschaftsvertrag ordentlich kündigen kann²⁴¹. Nach einer Ansicht sei die Kündigungsfrist je nach Einzelfall zu beurteilen und der Bürge könne sogar ohne Einhaltung einer Frist zur Kündigung berechtigt sein²⁴². Daneben könne die dreimonatige Kündigungsfrist gemäß § 488 Abs 3 S 2 BGB²⁴³ als eine Richtschnur angesehen werden²⁴⁴. Eine andere Ansicht schlägt eine dreimonatige Frist für den „Normalfall“ und vier bis sechswöchige Frist für „besondere Sachlagen“ vor²⁴⁵.

- 100** Die Kündigung des Bürgschaftsvertrags wirkt ex nunc; die Haftung des Bürgen bleibt für die bereits bestehenden Forderungen des Gläubigers weiter aufrecht²⁴⁶. Nach einer Ansicht decke weiterhin die Haftung des Bürgen die Kreditzusagen des Gläubigers, die noch nicht ausbezahlt wurden²⁴⁷. Nach dieser Ansicht wäre der Ausschluss dieser Kreditzusagen auch

²³⁷ UGB BGBl 2005/120.

²³⁸ HGB dRGl 1987/219.

²³⁹ P. Bydlinski, ÖBA 1999, 106 ff; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1363 Rz 6; Eigner, Interzedentenschutz 189, 191; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/212 f; R. Perner, Bürgschaft 126 ff.

²⁴⁰ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1363 Rz 17.

²⁴¹ Derleder, Die unbegrenzte Kreditbürgschaft, NJW 1986, 97 (101 ff); Horn in Staudinger, BGB²⁰¹² Vorbemerkungen zu §§ 765-778 Rz 15, 56, § 765 Rz 267; Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrechts Rz 344; Reini-cke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht³ Rz 135.

²⁴² Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 765 Rz 55.

²⁴³ BGB dRGl 1896, 195.

²⁴⁴ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 765 Rz 55.

²⁴⁵ Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrechts Rz 344.

²⁴⁶ P. Bydlinski, ÖBA 1999, 104; Eigner, Interzedentenschutz 178; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 8; P. Bydlinski in FS Schimansky 310; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 4; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1363 Rz 6; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1363 Rz 15, 18; F. Bydlinski, ÖBA 1999, 825; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/210; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/51; R. Perner, Bürgschaft 125; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 97; P. Bydlinski, Wertpapierrecht 57; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 3a.

²⁴⁷ P. Bydlinski, ÖBA 1999, 104; P. Bydlinski in FS Schimansky 311. AA Eigner, Interzedentenschutz 178; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/210.

nachvollziehbar, weil die Auszahlungsaufgabe des Gläubigers mit dem Wegfall der Besicherung entfalle²⁴⁸. Des Weiteren hafte der Bürge für die laufenden Zinsen der bereits bestehenden Forderungen des Gläubigers, die nach der Kündigung anwachsen, wenn der Bürge auch für die Nebengebühren eingestanden hat²⁴⁹.

b. Türkei

Gemäß § 602 TBK steht dem Bürgen, der auf unbestimmte Zeit für einen Dienstleister einsteht, das ordentliche Kündigungsrecht zu. Aufgrund des engen Zusammenhangs kann man unter dem Begriff „*Dienstleister*“ nicht nur die Personen, die in einem Arbeitsvertrag stehen, sondern auch diejenigen verstehen, die in Verträgen auf Arbeitsleistung, zB Auftrag, stehen²⁵⁰. 101

Der Bürge kann den Bürgschaftsvertrag innerhalb der dreijährigen periodischen Fristen unter Wahrung einer Kündigungsfrist von einem Jahr auf das Ende des vierten Jahres kündigen. Die Kündigungserklärung muss innerhalb der jeweiligen dreijährigen Frist erfolgen²⁵¹. Es ist nicht erforderlich, dass diese Periode mit dem Ende eines Kalenderjahres zusammenfällt. Für die Kündigungserklärung sieht das Gesetz keine besondere Schriftform vor. 102

Nach einer Ansicht sei die Beendigung der Bürgschaft durch die ordentliche Kündigung nicht möglich, weil die Bürgschaft, unabhängig vom Hauptgeschäft, immer ein Zielschuldverhältnis sei²⁵². Diese Ansicht ist unzutreffend. Zum einen ist es schon im § 602 TBK vorgesehen, dass die Bürgschaft durch die ordentliche Kündigung beendet werden kann. Zweitens ist möglich, dass die Bürgschaft ein Dauerelement enthält, zB Verbürgung für die Schulden aus einem Dauerschuldverhältnis. Die Frage ist aber merkwürdig, inwieweit § 602 TBK auf diejenigen Bürgschaften, die nicht für einen Dienstleister übernommen werden, analog angewendet werden kann. Die analoge Anwendung der Fristen wäre ohne Zweifel nicht sachgerecht, wenn der Gläubiger im Regelfall an die Hauptverbindlichkeit trotz der Kündigung der Bürgschaft gebunden bleiben muss. Die Bürgschaft ist meistens ein sehr wichtiger Grund dafür, dass der Gläubiger ein Geschäft mit dem Hauptschuldner macht. Daher wäre die pauschale Annahme der analogen Anwendung der Fristen des § 602 TBK auf andere Bürgschaften zweifelhaft. Allerdings ist die analoge Anwendung des § 602 TBK aus einer 103

²⁴⁸ P. Bydlinski, ÖBA 1999, 104; P. Bydlinski in FS Schimansky 311. Für diese Logik: Eigner, Interzedentenschutz 178; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/210.

²⁴⁹ P. Bydlinski, ÖBA 1999, 104; P. Bydlinski in FS Schimansky 310; R. Perner, Bürgschaft 125. **AA** Eigner, Interzedentenschutz 178; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/210.

²⁵⁰ Başıyigit, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, LHD 2005, 3317 (3325).

²⁵¹ Özen, Kefalet³ 593 f; Gümüş, Borçlar² 410.

²⁵² Kuntalp/Altınok-Ormancı in FS Toroslu 734, 749.

anderen Perspektive möglich. Das Vorbild des § 602 TBK ist § 512 Abs 2 OR²⁵³, der vergleichbare Fristen enthält. Die schweizerische Lehre geht davon aus, dass § 512 Abs 2 OR eine Fiktion von vierjährigen Amtsperioden aufstellt, die mit dem Amtseintritt zu laufen beginnen²⁵⁴. Entsprechend dieser Fiktion ist das Zusammentreffen der Möglichkeiten beider Vertragsparteien der Hauptverbindlichkeit, die Hauptverbindlichkeit nicht weiterführen zu müssen, für das Kündigungsrecht bei den Bürgschaften für Dienstleister bzw Amtsbürgschaften bestimmend, also die Fiktion des Gesetzgebers für die Dauer einer Verbindlichkeit. In dieser Hinsicht kann man § 602 TBK auf die anderen Bürgschaften analog anwenden. So kann der Bürge den Bürgschaftsvertrag unter Berücksichtigung der Fristen kündigen, die den Kündigungsrechten beider Parteien der Hauptverbindlichkeit entsprechen.

- 104** Die Fristen für die Kündigungsrechte der Parteien der Hauptverbindlichkeit werden nicht an den Bürgschaftsvertrag bzw an dessen Abschlussdatum angepasst. Der Bürge kann den Bürgschaftsvertrag so kündigen, wie die Parteien der Hauptverbindlichkeit in der Lage wären, mit Wirkung zu demselben Tag der Hauptverbindlichkeit zu kündigen. So kann etwa gemäß § 347 Abs 2 TBK der Mieter einen unbefristeten Mietvertrag über den Wohnraum jederzeit und der Vermieter erst nach Ablauf von zehn Jahren seit dem Anfang des Mietverhältnisses nach den allgemeinen Regeln kündigen. Nach den allgemeinen Regeln, § 329 TBK, können unbefristete Mietverträge über unbewegliche Sachen und Fahrnisbauten mit einer Frist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin oder, wenn es keinen Ortsgebrauch gibt, auf Ende einer sechsmonatigen Mietdauer gekündigt werden. Im Normalfall kann der Bürge daher den Bürgschaftsvertrag erst nach Ablauf von zehn Jahren seit dem Anfang des Mietverhältnisses mit einer Frist von drei Monaten auf Ende einer sechsmonatigen Mietdauer kündigen, wenn er für die Schulden aus einem Mietvertrag über einen Wohnraum einsteht. Das bloße Abstellen auf die Kündigungsmöglichkeiten des Bürgschaftsgläubigers wäre wenig überzeugend, da es im Einzelfall den Gläubiger zur frühzeitigen Kündigung der Hauptverbindlichkeiten zwingen könnte, ohne dass die Fiktion des Gesetzgebers eintreten würde, zB Bürgschaft für die Schulden des Vermieters im gegebenen Beispiel.
- 105** Eine andere merkwürdige Frage ist, ob die Parteien die Kündigungsfristen im Bürgschaftsvertrag selbst regeln können, ob sie von der Fiktion des Gesetzgebers abweichen können, bzw ob der Bürge auf die Fiktion des Gesetzgebers zum Voraus verzichten kann. Die Zulässigkeit der vertraglichen Regelung der Kündigungsfristen ist aufgrund des § 582 Abs 3 TBK diskussionsbedürftig, nach welchem der Bürge auf die ihm im Titel des Gesetzes über die

²⁵³ OR AS 27 317.

²⁵⁴ Beck, Bürgschaftsrecht § 512 Rz 22; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 512 Rz 7.

Bürgschaft eingeräumten Rechte nicht zum Voraus verzichten kann, soweit nicht etwas Anderes sich aus dem Gesetz ergibt²⁵⁵. Aus dem TBK ergibt sich nicht unmittelbar, dass der Gesetzgeber die Abweichungen von seiner Fiktion zulassen wollte. Daher entspricht es der Absicht des Gesetzgebers auf den ersten Blick vielleicht besser, dass die Parteien längere Kündigungsfristen zuungunsten des Bürgen zum Voraus nicht vereinbaren könnten. Der Bürge könnte auf die kürzeren Kündigungsfristen nicht zum Voraus verzichten. Es ist aber anzumerken, dass § 582 Abs 3 TBK nur die zum Voraus erklärten Verzichtete verbietet. Daher können die Parteien nach Eintreten der Fiktion des Gesetzgebers bzw nach Ablauf der Fristen die Kündigungsfristen zuungunsten des Bürgen verlängern. Diese Folgerung beeinträchtigt aber die Privatautonomie stark, die bereits durch bürgenfreundliche Regelungen des Bürgschaftsrechts sehr beeinträchtigt wurde. Daher sollte man einem anderen Lösungsansatz folgen können, der die vertragliche Verlängerung der Kündigungsfristen ermöglichen kann. TBK lässt den Abschluss der Bürgschaften für die Schulden zu, die in einem bestimmten Zeitraum entstehen. Solange die maximale Befristung²⁵⁶ der Bürgschaft nicht überschritten wird, sind diese Zeitraumbürgschaften problemlos möglich. Durch diese Möglichkeit können die Parteien das ordentliche Kündigungsrecht des Bürgen praktisch entwerten. Wenn die Parteien dieses Recht entwerten können, dann müssen sie auch die Voraussetzungen zur Geltendmachung dieses Rechts erschweren können (Größenschluss – argumentum a maiori ad minus). Daher kann man durch diese Folgerung die Zulässigkeit der Verlängerung der Kündigungsfristen bejahen.

c. Vergleich

Eine Gemeinsamkeit besteht in beiden Ländern darin, dass die ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags zulässig ist, wenn die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit für ein Dauerschuldverhältnis eingegangen wird. Ein Unterschied besteht aber darin, dass die ordentliche Kündigung des Bürgschaftsvertrags einen konkreten Anhaltspunkt im Bürgschaftsrecht des TBK findet, dessen Umfang auf die Bürgschaften für Dienstleister beschränkt ist, während eine ähnliche Regel unter den Bürgschaftsregeln des ABGB nicht zu sehen ist. Ein Teil der Lehre in Österreich begründet die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung durch die allgemeinen Grundsätze bzw vermutliche Absicht der Parteien, ein anderer Teil begründet diese durch die Unüberschaubarkeit der Bürgenhaftung in zeitlicher Hinsicht.

Über die Warte- und Kündigungsfristen gibt es in beiden Ländern keine einstimmigen Lösungen. Das türkische Recht sieht zwar eine konkrete Warte- und Kündigungsfrist für die

²⁵⁵ Unten Rz 190 ff.

²⁵⁶ Unten Rz 195 ff.

Bürgschaften für Dienstleister vor. Diese Fristen sind aber aufgrund der unterschiedlichen Interessen und der gesetzlichen Lage betreffend die Hauptverbindlichkeit auf andere Bürgschaften nicht analog anwendbar. Jedoch ist auf das Kündigungsrecht bei den anderen Bürgschaften die Idee analog anwendbar, die im Hintergrund der türkischen Regel vorliegt, nämlich die zeitlich zusammentreffende Möglichkeit der Parteien der Hauptverbindlichkeit, die Hauptverbindlichkeit nicht weiterführen zu müssen. Letztlich ist die vertragliche Regelung der Fristen in beiden Ländern zulässig.

5. Sittenwidrigkeitskontrolle bei der finanziellen Überforderung des Bürgen

a. Österreich

i. Ausgangspunkt

- 108** Die Lehre und der OGH unterstellen die Haftung des Bürgen einer gesonderten Sittenwidrigkeitskontrolle unabhängig von der Hauptverbindlichkeit. Nach dieser Kontrolle führt das Vorliegen bestimmter Kriterien zur Sittenwidrigkeit der Bürgenhaftung unabhängig von der Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit.
- 109** Der gesetzliche Ausgangspunkt der getrennten Sittenwidrigkeitskontrolle der Bürgenhaftung ist umstritten. Nach einem Teil der Lehre²⁵⁷ und dem OGH²⁵⁸ erfolge die Sittenwidrigkeitskontrolle in Anlehnung an die sinngemäße Anwendung der Grundsätze des Wucherverbots gemäß § 879 Abs 2 Z 4 ABGB. Nach dieser Ansicht trete die fehlende Proportionalität zwischen der Leistungsfähigkeit des Bürgen und der übernommenen Haftung bei den Bürgschaftsverträgen an die Stelle der Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei wucherischen synallagmatischen Verträgen²⁵⁹. Nach einer anderen Ansicht sei die Orientierung der Sittenwidrigkeitskontrolle am Wuchertatbestand nicht empfehlenswert²⁶⁰, da die Voraussetzung des objektiven Leistungsmissverhältnisses des Wucherverbots dem Bürgschaftsvertrag fremd sei, und die Anlehnung an die Wucherkontrolle bei der Beurteilung anderer Sittenwidrigkeitsfälle zu kurz greife²⁶¹. Die letztere Ansicht ist zustimmungswürdig.

²⁵⁷ Böhler in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/149; Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 158 (Stand März 2015, rdb.manz.at); G. Graf, ÖBA 1995, 778; Gamerith in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 700.

²⁵⁸ OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

²⁵⁹ G. Graf, ÖBA 1995, 778; Böhler in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/149; Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 158.

²⁶⁰ Th. Rabl, Bürgschaft 79 ff; Th. Rabl, Sittenwidrige Bürgschaften Vermögensschwacher Angehöriger, *ecolex* 1998, 8 (Entscheidungsanmerkung);

²⁶¹ Th. Rabl, Bürgschaft 79 ff; Th. Rabl, *ecolex* 1998, 8. Hinsichtlich des objektiven Missverhältnisses: Eigner, Interzedentenschutz 319.

Die Voraussetzungen des Wuchers sind nicht mit den Kriterien der Sittenwidrigkeitskontrolle identisch. Bei der Sittenwidrigkeitskontrolle prüft man nicht die Ausbeutung bzw. Übervorteilung des Bürgen durch den Gläubiger. Der Gläubiger kann nicht den großen Unterschied zwischen der Leistungsfähigkeit und der Haftungssumme des Bürgen ausbeuten, da der Bürge diesen Unterschied ja nicht begleichen kann. Ferner besteht keine Übervorteilung, da der Gläubiger nur seinen Schaden aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners verlangt. Aus diesen Gründen erscheint die Annahme der sinngemäßen Anwendung der Grundsätze des Wucherverbots fragwürdig.

Bei der Sittenwidrigkeitskontrolle kommen drei unterschiedliche Kriterien in Betracht, deren kumulatives Vorliegen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft führt. Diese sind eine inhaltliche Missbilligung der Bürgschaft, eine verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen und die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers über diese ersten zwei Kriterien²⁶². Diese Kriterien werden anhand einzelner Gesichtspunkte²⁶³, denen in der Gesamtschau ein erhebliches Gewicht beizumessen ist, im Rahmen eines beweglichen Beurteilungssystems geprüft²⁶⁴. Nach dem OGH sei allerdings das grobe Missverhältnis zwischen der Haftungssumme und der Leistungsfähigkeit des Bürgen ein objektives Element der Sittenwidrigkeitskontrolle. Dies sei daher nicht Teil des beweglichen Beurteilungssystems²⁶⁵.

ii. Kriterien

(a) Inhaltliche Missbilligung der Bürgschaft

Bei der Bestimmung der inhaltlichen Missbilligung der Bürgschaft wird zunächst das Vorliegen des Umstands geprüft, ob der Bürge infolge eines groben Missverhältnisses zwischen

²⁶² G. Graf, ÖBA 1995, 778; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 14; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150 ff; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 158; G. Graf, Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch erwachsene Geschwister. ÖBA 1998, 967 (971) (Entscheidungsanmerkung); Bollenberger in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 879 Rz 8; Gruber in FS 200 Jahre ABGB 1006; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 8a; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g. **In den folgenden Entscheidungen weist der OGH auf die strukturell ungleich größere Verhandlungsstärke der Vertragsparteien als ein weiteres Kriterium in diesem Zusammenhang hin:** OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

²⁶³ Für die vom OGH demonstrativ aufgezählten einzelnen Gesichtspunkte: OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

²⁶⁴ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/149 f; Eigner, Interzedentenschutz 324; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z.

²⁶⁵ OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f.

der Haftungssumme und seiner Leistungsfähigkeit krass überfordert wird²⁶⁶. Das grobe Missverhältnis müsse bereits zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme vorliegen²⁶⁷. Das nachträglich eintretende grobe Missverhältnis rechtfertige nicht ein Sittenwidrigkeitsurteil²⁶⁸. Ferner habe eine nachträgliche Proportionalität zwischen der Haftungssumme und der Leistungsfähigkeit des Bürgen auf die Sittenwidrigkeitskontrolle keinen Einfluss²⁶⁹.

- 112** Bei der Ermittlung der Haftungssumme werden der Nominalbetrag der Haftung und die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Zinsen von einem Teil der Meinungsvertreter berücksichtigt²⁷⁰. Nach einer Ansicht sei hier die konkret eingeforderte Summe, anstatt des Nominalbetrags, zuzüglich die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Zinsen zu berücksichtigen²⁷¹. Bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Bürgen werden die zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme gegebenen Vermögen, die in demselben Zeitpunkt absehbaren künftigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die zu erwartenden Einkommens-Vermögensverhältnisse des Bürgen mit den laufenden Fixkosten wie Miete, eigene Kreditbelastungen berücksichtigt²⁷². Nach einem Teil der Lehre seien allerdings die sonstigen Rückzahlungsverpflichtungen des Bürgen, zB für eigene Kredite nur dann zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger diese beim Vertragsabschluss gekannt hat²⁷³. In die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bürgen werden das vom Hauptschuldner bezogene Einkommen des Bürgen²⁷⁴ und pfändungsfreies Vermögen des Bürgen²⁷⁵ nicht einbezogen. Neben diesen Ermittlungsmethoden besteht hingegen keine standardisierte Formel zur Berechnung eines krassen Missverhältnisses zwischen der Haftungssumme und der Leis-

²⁶⁶ Für die Fälle, in welchen der OGH das Vorliegen eines groben Missverhältnisses bestätigt und nicht bestätigt hat: *Rosenmayr*, Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften Übersicht zur Judikatur des OGH, ZIK 2004, 196.

²⁶⁷ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 15; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 167; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99.

²⁶⁸ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 15; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 167.

²⁶⁹ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 15; *Eigner*, Interzedentenschutz 291. **AA** *I. Faber*, Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG, ÖBA 2004, 527 (531).

²⁷⁰ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 19; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kredit-sicherheiten I² Rz 1/150; *Eigner*, Interzedentenschutz 289; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k.

²⁷¹ *I. Faber*, ÖBA 2004, 532 f.

²⁷² *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 19; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kredit-sicherheiten I² Rz 1/150; *Eigner*, Interzedentenschutz 285; *Th. Rabl*, Bürgschaft 75; *R. Perner*, Bürgschaft 131; *G. Graf*, ÖBA 1998, 974.

²⁷³ *G. Graf*, ÖBA 1998, 974; vgl. *I. Faber*, ÖBA 2004, 533 f.

²⁷⁴ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 164; *Eigner*, Interzedentenschutz 286; *Thoß*, Bürgenschutz 156; *G. Graf*, Der Angehörige hat alle für die Sittenwidrigkeit seiner Haftungsvereinbarung sprechenden Umstände zu behaupten und beweisen. ÖBA 2000, 619 (624) (Entscheidungsanmerkung).

²⁷⁵ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 19; *Th. Rabl*, Bürgschaft 75; *Eigner*, Interzedentenschutz 318; *Thoß*, Bürgenschutz 152.

tungsfähigkeit des Bürgen²⁷⁶. Der OGH hat einmal eine Formel angewendet, nach welcher das krasse Missverhältnis abzulehnen sei, wenn der Bürge eine Leistung im Ausmaß von 25% der gesicherten Kreditsumme innerhalb von fünf Jahren erbringen kann²⁷⁷.

Weitere Gesichtspunkte werden auch bei der Bestimmung der inhaltlichen Missbilligung berücksichtigt. Die Abbedingung bürgschaftsrechtlicher Schutzvorschriften²⁷⁸, das Fehlen einer betragsmäßigen Haftungsbegrenzung²⁷⁹, strukturelle Ungleichgewichtslage zwischen dem Bürgen und einem verhandlungsstärkeren Gläubiger²⁸⁰ werden als Verstärkung der inhaltlichen Missbilligung angesehen. Hingegen vermindern das Vorliegen weiterer Sicherheiten mit Regressmöglichkeiten²⁸¹ und das wirtschaftliche Interesse des Bürgen am Hauptgeschäft²⁸² die inhaltliche Missbilligung. Das wirtschaftliche Interesse des Bürgen wird aber als Verminderung der inhaltlichen Missbilligung eher zurückhaltend angenommen, wenn der Bürge dem Druck der Abhängigkeit des Hauptschuldners, zB Unterhaltsleistungen, ausgesetzt ist²⁸³. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die hoffnungslose Überschuldung des Hauptschuldners werden zT außer Acht gelassen²⁸⁴, zT berücksichtigt²⁸⁵.

113

²⁷⁶ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 19; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150; Eigner, Interzedentenschutz 290; Thoß, Bürgenschutz 153 ff; G. Graf, ÖBA 1998, 274.

²⁷⁷ OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

²⁷⁸ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 21; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150; G. Graf, ÖBA 1995, 779; Th. Rabl, Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften, eolex 1998, 30; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁷⁹ G. Graf, ÖBA 1995, 779; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 21; Th. Rabl, eolex 1998, 30; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁸⁰ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 21.

²⁸¹ I. Faber, ÖBA 2004, 530 ff; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 21; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 168; R. Perner, Bürgschaft 131; Eigner, Interzedentenschutz 288; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; G. Graf, ÖBA 1998, 973; Thoß, Bürgenschutz 161 f. (Nach dem letzten Autor seien die anderen Sicherheiten nur dann zu berücksichtigen, wenn die Inanspruchnahme des Bürgen über ihn überforderndes Maß hinaus vertraglich verboten wurde.). **AA** Th. Rabl, Bürgschaft 76.

²⁸² Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 22; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150; G. Graf, ÖBA 1995, 780; Eigner, Interzedentenschutz 292 ff; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v.

²⁸³ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 21; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 161; Eigner, Interzedentenschutz 293; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a.

²⁸⁴ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 21; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/150; Eigner, Interzedentenschutz 287; G. Graf, ÖBA 1998, 973; Thoß, Bürgenschutz 151; Th. Rabl, Bürgschaft 76. (Nach dem letzten Autor sei die Vermögenverhältnisse des Hauptschuldners jedoch mitzuberücksichtigen, wenn das Hauptgeschäft ebenfalls dem Bürgen zugutekommt.)

²⁸⁵ I. Faber, ÖBA 2004, 530; G. Graf, ÖBA 1995, 780; Th. Rabl, eolex 1998, 30; R. Perner, Bürgschaft 131; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

(b) Verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen

- 114** Als zweites Kriterium wird das Vorliegen des Umstands geprüft, ob der Bürge den Bürgschaftsvertrag infolge verdünnter Entscheidungsfreiheit abgeschlossen hat. Nach der Lehre²⁸⁶, entgegen der Annahme des OGH in manchen Entscheidungen²⁸⁷, sei es nicht erforderlich, dass die Entscheidungsfreiheit des Bürgen durch die dem Gläubiger zurechenbaren Umstände beeinträchtigt wird.
- 115** Dieses Kriterium kommt häufig bei Haftungsübernahmen zugunsten von Familienmitgliedern vor, weshalb oft das Schlagwort „*Angehörigenbürgschaft*“ in der Lehre verwendet wird. Allerdings werden die unter diesem Schutzinstrument entwickelten Grundsätze nicht auf die Bürgschaften zugunsten der Familienangehörigen beschränkt²⁸⁸.
- 116** Zu den Umständen, die zur verdünnten Entscheidungsfreiheit des Bürgen führen, werden die folgenden Gesichtspunkte nicht abschließend gezählt: die aus gefühlsmäßiger Bindung zum Hauptschuldner oder familiär bedingtem Druck resultierende Zwangslage²⁸⁹, die geschäftliche Unerfahrenheit des Bürgen²⁹⁰, die Verharmlosung der an die Bürgschaft gebundenen Risiken²⁹¹, die Überrumpelung des Bürgen²⁹².

(c) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers

- 117** Im letzten Schritt der Sittenwidrigkeitskontrolle wird die Kenntnis bzw die fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme von der inhaltlichen Missbilligung der Bürgschaft und der verdünnten Entscheidungsfreiheit des Bürgen untersucht.

²⁸⁶ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 23; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 170; Eigner, Interzedentenschutz 297; G. Graf, Sittenwidrigkeit oder Reduktion der Haftung eines Interzedenten. ÖBA 2001, 166 (170) (Entscheidungsanmerkung).

²⁸⁷ OGH 16.2.2000, 7 Ob 217/99h; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 15.12.1998, 1 Ob 211/98f; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

²⁸⁸ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 16; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/154; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 162; Eigner, Interzedentenschutz 326 ff; Th. Rabl, Bürgschaft 86 f; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 52; G. Graf, ÖBA 1998, 972.

²⁸⁹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 24; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/151; G. Graf, ÖBA 1995, 779; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 169; Eigner, Interzedentenschutz 300; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁹⁰ G. Graf, ÖBA 1995, 779; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 27; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/151; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 169; Eigner, Interzedentenschutz 302; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 20.10.1999, 7 Ob 146/99t; OGH 30.6.1998, 1 Ob 87/98w; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁹¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 25; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/151; G. Graf, ÖBA 1995, 780; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 169; Eigner, Interzedentenschutz 298; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g; OGH 9.8.2011, 4 Ob 123/11h.

²⁹² Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 26; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/151; G. Graf, ÖBA 1995, 780; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 169; Eigner, Interzedentenschutz 299 ff; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 10.7.1997, 2 Ob 156/97y; OGH 20.4.2010, 1 Ob 39/10g.

Für die Zurechnung an den Gläubiger wird die Kenntnis und die fahrlässige Unkenntnis seiner Verhandlungsgehilfen und Boten als ausreichend angesehen²⁹³.

Nach einer Ansicht sei dem Gläubiger eine Aufgabe zur Nachforschung über das grobe Missverhältnis aufzuerlegen²⁹⁴. Ein Teil der Lehre erstreckt diese Aufgabe auf jene Tatbestände, die zur verdünnten Entscheidungsfreiheit des Bürgen führen²⁹⁵. Eine allgemeine Nachforschungsaufgabe wird aber abgelehnt und die Einzelheiten der Nachforschung werden auf die im Einzelfall für den Gläubiger zumutbaren Umständen begrenzt²⁹⁶. Die Frage, ob der Gläubiger eine Privatperson oder ein professionelles Institut, wie zB eine Bank, ist, spiele für die Intensität der Nachforschung über die Leistungsfähigkeit des Bürgen eine Rolle²⁹⁷. Zudem komme die Nachforschungsaufgabe des Gläubigers umso eher in Frage, je größer die Summe und je näher die persönliche Beziehung des Bürgen zum Hauptschuldner ist²⁹⁸. In der Lehre wird die Nachforschungsaufgabe allerdings mit der Begründung kritisiert, dass die Nachforschungsaufgabe die Vertragsfreiheit von zusätzlichen materiellen Voraussetzungen abhängig mache und die diesbezügliche Beweislast entgegen der allgemeinen Regel auf den Gläubiger überwältigt werde²⁹⁹.

iii. Rechtsfolge

Das kumulative Vorliegen der oben angeführten drei Kriterien führt zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags. In der Lehre wird die Frage aber zur Diskussion gestellt, ob der Bürgschaftsvertrag trotz des Vorliegens dieser Kriterien gerechtfertigt ist, wenn der Gläubiger das Risiko der Vermögensverschiebungen zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen durch den Abschluss einer Bürgschaft verhindern wollte. Von einem Teil der Lehre wird diese Frage bejaht, wenn der Bürgschaftsvertrag eine diesem Zweck entsprechende Abrede enthält³⁰⁰; von einem anderen Teil der Lehre wird diese Frage verneint³⁰¹.

Die Beweislast für die Sittenwidrigkeit trägt der Bürge³⁰². Allerdings gehen ein Teil der

²⁹³ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 28.

²⁹⁴ P. Bydlinski, ZIK 1995, 137; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/152; Eigner, Interzedentenschutz 311; Th. Rabl, Bürgschaft 66.

²⁹⁵ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/152; Eigner, Interzedentenschutz 311.

²⁹⁶ P. Bydlinski, ZIK 1995, 137; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/152.

²⁹⁷ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/152; Th. Rabl, Bürgschaft 66.

²⁹⁸ P. Bydlinski, ZIK 1995, 137; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/152.

²⁹⁹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 28.

³⁰⁰ Thoß, Bürgenschutz 143 f, 159.

³⁰¹ Eigner, Interzedentenschutz 169, 303; Th. Rabl, Bürgschaft 90 f.

³⁰² Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 17; Gamerith in Rummel, ABGB³ § vor 1360 Rz 5a; Eigner, Interzedentenschutz 310; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

Lehre³⁰³ und der OGH in manchen Entscheidungen³⁰⁴ von einer verdünnten Entscheidungsfreiheit und fahrlässiger Unkenntnis des Gläubigers ohne zusätzliche Handlung aus, wenn der Bürge die Bürgschaft beim Vorliegen eines nahen Verwandtschaftsverhältnisses einget. Diese Vorgehensweise wird mit dem Argument in der Lehre kritisiert, dass sie der allgemeinen Beweisregel nicht entspreche³⁰⁵.

- 121 Nach einem Teil der Lehre³⁰⁶ und dem OGH³⁰⁷ sei die Verminderung der Haftung des Bürgen im Wege der Teilnichtigkeit auf ein vertretbares Maß möglich, das vom Bürgen realistisch erfüllt werden könne und das Sicherungsinteresse des Gläubigers nicht schlechthin als wertlos erscheinen lasse. Die Teilnichtigkeit der sittenwidrigen Bürgschaft ist aber fragwürdig: Das Gericht ist nicht dazu berechtigt, einen sittenwidrigen Bürgschaftsvertrag in einen den Sitten entsprechenden Vertrag umzuwandeln³⁰⁸.

b. Türkei

- 122 In der Lehre wird die hoffnungslose Überschuldung des Bürgen beim Vorliegen weiterer Kriterien als sittenwidrig angesehen³⁰⁹. Die Begründung und der Ausgangspunkt der Sittenwidrigkeit sind jedoch nicht immer identisch.
- 123 Nach einer Ansicht verstoße das krasse Missverhältnis zwischen der Schuld des Bürgen und seiner Leistungsfähigkeit gegen den in § 23 Abs 2 TMK vorgesehenen Persönlichkeitsschutz³¹⁰. Nach dieser Ansicht liege eine krasse Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit des Bürgen vor, wenn der Bürge seine Haftung ohne eine wesentliche Änderung in seinem Vermögensverhältnis nicht erfüllen kann³¹¹. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, weil der Schutz der Persönlichkeit nicht davon abhängig sein sollte, wie viel der

³⁰³ *Thoß*, Bürgenschutz 170 ff; *G. Graf*, ÖBA 2000, 624. Als ein Indiz: *Th. Rabl*, Bürgschaft 88.

³⁰⁴ OGH 25.6.2002, 1 Ob 136/02k; OGH 26.11.2002, 10 Ob 315/02z. **AA** OGH 27.1.2000, 8 Ob 320/99p.

³⁰⁵ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 17; *Eigner*, Interzedentenschutz 308 ff. Im Ergebnis zustimmend: OGH 21.10.1999, 6 Ob 200/99a.

³⁰⁶ *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/153; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 171; *I. Faber*, ÖBA 2004, 541 f; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 ABGB Rz 173; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 879 - Teil 3 Rz 51; *Eigner*, Interzedentenschutz 314 ff; *Th. Rabl*, *ecolex* 1998, 8; *Th. Rabl*, Bürgschaft 84 f; *G. Graf*, ÖBA 1998, 971; *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25d Rz 6; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 700.

³⁰⁷ OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 11.5.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 27.3.1995, 1 Ob 544/95; OGH 11.7.2000, 10 Ob 80/00p.

³⁰⁸ Im Ergebnis zustimmend mit der Ablehnung der Teilnichtigkeit: *Thoß*, Bürgenschutz 179 ff.

³⁰⁹ *Grassinger*, *Savunma* 68 ff; *Özen, Kefalet*³ 251; *Gümüş*, *Borçlar*² 312 f; *Kocaman*, *Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* (Hrsg), Yargıtay Kararları Sempozyumu XV (1999) 105 (120); *M. Yılmaz*, *TAAD* 2011/7, 87; *Gönültaş*, *Def'i* 49 ff; *İyim*, *Kefalet* 71; *Süccüllü*, *Kefalet* 64; *Fountoulakis*, *Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt*, *AJP* 2010, 423 (431 ff).

³¹⁰ *Grassinger*, *Savunma* 69 f; *M. Yılmaz*, *TAAD* 2011/7, 87; *İyim*, *Kefalet* 71; *Süccüllü*, *Kefalet* 64.

³¹¹ *Grassinger*, *Savunma* 69 f; *İyim*, *Kefalet* 71; *Süccüllü*, *Kefalet* 64.

Bürge verdient oder wie groß sein Vermögen ist. Die bloße Abstellung auf die fehlende Leistungsfähigkeit sollte nicht allein zur Sittenwidrigkeit führen.

Nach einer anderen Ansicht sei die krasse Überforderung des Bürgen erst bei kumulativem Vorliegen unterschiedlicher Kriterien sittenwidrig³¹². Das erste Kriterium sei die aufgrund der geschäftlichen Unerfahrenheit fehlende Fähigkeit des Bürgen, das mit der Bürgschaft verbundene Risiko wahrnehmen zu können³¹³. Das zweite Kriterium sei die Übernahme der Bürgschaft unter einer psychischen Zwangslage³¹⁴. Das dritte und letzte Kriterium sei die Unterlassung der Aufklärung des Bürgen über die Ernsthaftigkeit des mit der Bürgschaft verbundenen Risikos³¹⁵. Nach dieser Ansicht trage der Bürge die Beweislast für seine psychische Zwangslage und die Überforderung. Beim Vorliegen einer Zwangslage und der Überforderung des Bürgen liege eine Vermutung für die Ausnutzung der Lage des Bürgen durch den Gläubiger vor³¹⁶. Diese Ansicht ist aber fragwürdig. Zuerst ist es nicht klar, über welches Risiko der Gläubiger den Bürgen aufklären muss. Es gibt keine allgemeine Aufklärungsaufgabe des Gläubigers bei den Bürgschaftsverträgen³¹⁷. Zweitens ist sich der Bürge über die Ernsthaftigkeit des übernommenen Risikos in betraglicher Hinsicht ja voll bewusst, da die summenmäßige Begrenzung der Haftung im Bürgschaftsvertrag eigenschriftlich geschrieben sein muss³¹⁸. Ferner weisen die geschäftliche Unerfahrenheit und die psychische Zwangslage auf dasselbe Problem, der verdünnten Entscheidungsfreiheit, hin. Schlussendlich ist es bei dieser Ansicht nicht klar, warum eine Vermutung der Ausnutzung der Lage des Bürgen durch den Gläubiger vorliegt.

Man kann die oben für das österreichische Recht dargelegten Kriterien der Sittenwidrigkeitskontrolle hier ebenfalls gelten lassen und beim Vorliegen dieser Kriterien die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft auch nach türkischem Recht annehmen. Jedoch ist die Anlehnung an die sinngemäße Anwendung der Tatbestände des Wuchers bzw der Übervorteilung nach türkischem Recht problematisch. Zuerst sind die Voraussetzungen der Übervorteilung nach türkischem Recht mit den Kriterien der Sittenwidrigkeitskontrolle nicht vereinbar³¹⁹. Ferner ist die Anfechtung des Vertrags wegen Übervorteilung an bestimmte Fristen gebunden. Gemäß

³¹² Özen, Kefalet³ 259; Gümüş, Borçlar² 312 f.

³¹³ Özen, Kefalet³ 259.

³¹⁴ Özen, Kefalet³ 259.

³¹⁵ Özen, Kefalet³ 259.

³¹⁶ Özen, Kefalet³ 260 f.

³¹⁷ Oben Rz 41.

³¹⁸ Oben Rz 74.

³¹⁹ Für dieselben Gründe: Oben Rz 109.

§ 28 Abs 2 TBK kann die Übervorteilung nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Vertragsabschluss nicht mehr geltend gemacht werden. Diese Befristung wäre für die Bürgschaftsverträge unbefriedigend, da die verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen nicht von einer Frist abhängt³²⁰. Aus diesen Gründen wäre es empfehlenswert, die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft beim Vorliegen der oben angeführten Gründe³²¹ wie einen speziellen Fall der Sittenwidrigkeit, getrennt vom Wuchertatbestand bzw Übervorteilungstatbestand³²², anzuerkennen.

- 126** Hinsichtlich der Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit der Bürgschaft aufgrund der Überforderung des Bürgen gibt es keine Einigkeit in der Lehre. Nach einer Ansicht sei das Gericht dazu berechtigt, die Haftungssumme des Bürgen zu reduzieren³²³. Nach einer anderen Ansicht sei die Reduktion der Summe der Bürgschaft nicht möglich, weil sich die Sittenwidrigkeit nicht nur auf die finanzielle Überforderung des Bürgen berufe³²⁴.

c. Vergleich

- 127** Sowohl in Österreich als auch in der Türkei ist es anerkannt, dass die finanzielle Überforderung des Bürgen bei Erfüllung weiterer Kriterien zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft führen kann. Zur Begründung der Sittenwidrigkeit werden unterschiedliche Kriterien in der Lehre beider Länder und in der österreichischen Rechtsprechung berücksichtigt; die Kriterien werden unterschiedlich behandelt. Insgesamt sind die in der türkischen Lehre vorgebrachten Kriterien im Vergleich zur österreichischen Lehre und Rechtsprechung wenig überzeugend. Abgesehen von der Anlehnung an den Wuchertatbestand ist es aber in der Türkei möglich, die in Österreich vorgenommene Sittenwidrigkeitskontrolle in das türkische Recht aufzunehmen.
- 128** Keine Einigkeit über die Teilnichtigkeit einer aufgrund finanzieller Überforderung sittenwidrigen Bürgschaft besteht in beiden Ländern. Nach einem Teil der Meinungsvertreter sei die Teilnichtigkeit zulässig, nach einem anderen Teil sei der Bürgschaftsvertrag im Ganzen nichtig zu erklären. In beiden Ländern ist die Berechtigung des Richters, eine sittenwidrige Bürgschaft durch die Verringerung der Haftungssumme des Bürgen wirksam zu machen, aber fragwürdig.

³²⁰ *Fountoulakis*, AJP 2010, 431.

³²¹ Oben Rz 111 ff.

³²² *Fountoulakis*, AJP 2010, 431.

³²³ *Grassinger*, Savunma 72.

³²⁴ *Özen*, Kefalet³ 260.

C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich

6. Belehrung des potenziellen Verbraucher-Ehegatten-Bürgen

a. Vorbemerkung

Aus dem KSchG ergeben sich besondere Aufklärungsaufgaben des Gläubigers gegenüber dem Verbraucher-Bürgen. In diesem Teil werden nur zwei davon, nämlich §§ 25a und 25c KSchG, erörtert, da nur diese den Übereilungsschutz des Bürgen betreffen. Erörtert wird die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, die sich aus dem § 25b KSchG ergibt, aufgrund seines unterschiedlichen Schutzzwecks in einem anderen Teil³²⁵. 129

Die Frage stellt sich, ob es weitere Aufklärungs- oder Informationsaufgaben des Gläubigers gegenüber dem Verbraucher-Bürgen, und zwar aus anderen Regeln als §§ 25a-c KSchG, gibt. Hier sind § 5a KSchG, FAGG und FernFinG zu nennen. Obwohl der Inhalt des § 5a Abs 1 KSchG nicht viel mit einem Bürgschaftsvertrag zu tun hat, könnte man den Geltungsbereich dieser Regel aufgrund seiner Allgemeinheit auf die Verbraucher-Bürgschaften erstrecken. Tatsächlich differenziert die Regel nicht, ob der Unternehmer oder der Verbraucher die vertragstypische Leistung erbringt. Allerdings steht § 5a Abs 2 Z 6 KSchG, der Verträge über Finanzdienstleistungen betrifft, der Erstreckung des Geltungsbereichs der Informationsaufgabe des Unternehmers aus § 5a KSchG auf die Bürgschaftsverträge entgegen. Das Gesetz setzt nicht ausdrücklich voraus, dass die Finanzdienstleistung unbedingt vom Unternehmer stammen muss. Wenn der Begriff „*Finanzdienstleistung*“ weit verstanden wird, kann auch die Bürgschaft darunter fallen. Unterstützt werden kann diese Annahme durch die Begriffsbestimmung der Finanzdienstleistung gemäß § 3 FernFinG. Gemäß dieser Regel fasst der Begriff „*Finanzdienstleistung*“ ua jede Bankdienstleistung, zu der die in § 1 Abs 1 BWG aufgezählten Geschäfte gehören³²⁶. Nach § 1 Abs 1 Z 8 BWG zählt die Übernahme der Bürgschaft zu den Bankdienstleistungen. Aus diesem Grund hat der Gläubiger den Verbraucher-Bürgen gemäß § 5a KSchG nicht zu informieren. Es steht aber zur Diskussion, ob eine Gesetzeslücke bzw ein Schutzbedarf besteht. Einen eventuellen Schutzbedarf kann man in diesem Fall ablehnen, da § 5a KSchG selbst nicht viel mit dem Schutz des Bürgen zu tun hat. Dort verlangte Informationen sind nicht auf einen Bürgschaftsvertrag zugeschnitten. Die Aufklärung des Bürgen gemäß § 5a Abs 1 Z 6 KSchG über die Laufzeit des Bürgschaftsvertrags, die Bedingungen für die Kündigung eines unbefristeten Bürgschaftsvertrags oder sich automatisch verlängernden Bürgschaftsvertrags wäre eigentlich bedeutsam, jedoch besteht darüber noch keine konkrete Lösung. 130

³²⁵ Unten Rz 302 ff.

³²⁶ Graf in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band Va⁴ § 3 FernFinG Rz 5 (Stand Mai 2015, lexisnexis.at).

- 131** § 1 Abs 2 Z 5 FAGG enthält dieselbe Regel, nach der FAGG für die Verträge über Finanzdienstleistungen nicht gilt. Daher ergibt sich keine Aufklärungsaufgabe bei Bürgschaftsverträgen aus dem FAGG. In der Lehre gibt es allerdings keine einheitliche Meinung darüber, ob FAGG auf Bürgschaftsverträge anzuwenden ist. Nach einer Ansicht gelte FAGG für Fälle der umgekehrten Rollenverteilung nicht: So zB, wenn die Ware vom Verbraucher stammt³²⁷. Die Frage sei nicht erheblich, ob es sich um ein entgeltliches, ein entgeltfremdes oder ein unentgeltliches Geschäft handelt³²⁸. Die Anwendung des FAGG sei auf Verbraucherbürgschaften abzulehnen³²⁹. Nach einer anderen Ansicht gebe es aber keinen Anhaltspunkt dafür, das Verbraucherschutzniveau dadurch abzusenken, dass der Bürgschaftsvertrag dem Anwendungsbereich des FAGG entzogen wird³³⁰. Deswegen sollte der Bürgschaftsvertrag unter den Anwendungsbereich des FAGG fallen können³³¹.
- 132** Keine Aufklärungsaufgabe des Gläubigers gegenüber dem Verbraucher-Bürgen ergibt sich aus dem FernFinG, da der Anwendungsbereich des FernFinG im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung und seinen Langtitel nur die Finanzdienstleistungen an die Verbraucher erfasst. Dementsprechend unterliegen die Verbraucherbürgschaften nicht dem FernFinG³³².

b. Belehrung des Verbraucher-Ehegatten-Bürgen

- 133** Gemäß § 25a KSchG hat ein Unternehmer, dessen Unternehmensgegenstand die Gewährung oder Vermittlung von Krediten ist, den Verbraucher-Bürgen, der der Ehegatte oder eingetragene Partner³³³ des Hauptschuldners ist, über drei bestimmte Folgen seiner Haftung zu belehren. Zum Ersten hat der Gläubiger den Verbraucher-Bürgen über die Bedeutung seiner Haftung zu belehren, wenn eine solidarische Bürgschaft eingegangen wird, dass der Gläubiger ihn schon vor dem Hauptschuldner ohne Rücksicht darauf belangen kann, wem von ihnen die Kreditsumme zugekommen ist. Zweitens hat der Gläubiger den Verbraucher-Bürgen darüber zu belehren, dass die Bürgschaft bei Auflösung der Ehe nicht wegfällt, sondern weiterbesteht. Drittens hat der Gläubiger den Verbraucher-Bürgen darüber zu informieren, dass das Gericht gemäß § 98 EheG auf den innerhalb eines Jahres nach der Rechtskraft der

³²⁷ Dehn in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 1 FAGG Rz 19 ff; Dehn, Praxisprobleme des FAGG, in *Leupold* (Hrsg), Forum Verbraucherrecht (2015) 1 (5 ff).

³²⁸ Dehn in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 1 FAGG Rz 36; Dehn in *Leupold* 8.

³²⁹ Dehn in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 1 FAGG Rz 36, 52; Dehn in *Leupold* 7.

³³⁰ Schwarzenegger in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 11 FAGG Rz 12.

³³¹ Schwarzenegger in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 11 FAGG Rz 12.

³³² Dehn in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 1 FAGG Rz 52.

³³³ Donath in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 25a KSchG Rz 1; Schwartze in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/29; Kolba in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25a Rz 6; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 946. AA Krejci in *Rummel*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 8.

Scheidung einzureichenden Antrag auszusprechen hat, dass derjenige, der im Innenverhältnis zur Zahlung verpflichtet ist, Hauptschuldner und der andere Ausfallbürge wird. In der Lehre wird es hinsichtlich dieses dritten Falls betreffend § 98 EheG darauf hingewiesen, dass die diesbezügliche Belehrung der Ehegatten über die Haftungsfolgen in manchen Fällen irreführen kann, da nicht alle Schulden der Ehegatten der Aufteilung gemäß § 98 EheG unterliegen³³⁴.

Für die Belehrung des Verbraucher-Bürgen ist die Frage unwichtig, ob der Hauptschuldner auch ein Verbraucher ist³³⁵. Des Weiteren bejaht die Lehre die Belehrungsaufgabe des Gläubigers gegenüber Personen, die die Eheschließung beabsichtigen, wenn deren Absicht dem Gläubiger bekannt ist³³⁶. **134**

Gemäß § 25a KSchG hat die Belehrung durch Übergabe einer von der Kreditvertragsurkunde gesonderten Urkunde zu erfolgen. Nach der hL ist die gesonderte Belehrungsurkunde, die nicht eine bloße Wiederholung des Gesetzestextes sein darf³³⁷, vor der Eingehung der Haftung zu übergeben³³⁸. **135**

Eine Verletzung der Belehrungsaufgabe führt gemäß § 32 KSchG zu einer Verwaltungsstrafe. In der Lehre gibt es keine einheitliche Meinung über die zivilrechtlichen Folgen der Verletzung der Belehrungsaufgabe. Nach einer Ansicht erscheine eine weitergehende zivilrechtliche Sanktion nicht adäquat und komme nicht in Frage³³⁹. Nach anderen Ansichten **136**

³³⁴ *Eigner*, Interzedentenschutz 45. Parallele Annahme: *Thunhart*, Informations- und Warnpflichten beim Konsumentenkredit in Österreich und den USA, ÖBA 2001, 843 (848).

³³⁵ *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang³ (2006) § 25a KSchG Rz 7; *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25a KSchG Rz 3; *Donath* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 25a KSchG Rz 1; *Eigner*, Interzedentenschutz 35; *Unger*, Rechtliche Unterschiede bei Aufnahme von Krediten durch Ehegatten und Lebensgefährten, ÖBA 2004, 680 (681); *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25a Rz 6; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 6.

³³⁶ *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 8; *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25a KSchG Rz 3; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25a KSchG Rz 5; *Eigner*, Interzedentenschutz 33 f; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 946.

³³⁷ *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25a KSchG Rz 2; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 109; *Eigner*, Interzedentenschutz 46; *Thoß*, Bürgenschutz 116 f. **AA** *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 9.

³³⁸ *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25a KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25a KSchG Rz 3; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 109; *Eigner*, Interzedentenschutz 38, 40; *Unger*, ÖBA 2004, 681; *Thunhart*, ÖBA 2001, 848; *Gruber*, Kredithaftung von Ehegatten, ÖBA 1991, 560 (561). Im zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss: *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 21. Bis zum Ende der Frist für die Geltendmachung des Rücktrittsrechts des Verbrauchers: *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25a Rz 8.

³³⁹ *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25a KSchG Rz 7; *Fink*, Zur Ehegattenbürgschaft, AnwBl 1986, 629. (Der letzte Aufsatz ist auf der Seite rdb.manz.at abrufbar. Jedoch wurde sie in dem Heft AnwBl aus dem Jahr 1986 in der Bibliothek der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien nicht gefunden.) In diesem Sinn: *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 947.

können hier Schadenersatzansprüche³⁴⁰ und ein Anfechtungsrecht wegen Irrtum³⁴¹ in Ausnahmefällen in Frage kommen. Eine schadenersatzrechtliche Folge der Verletzung der Belehrungsaufgabe wird aber mit den folgenden Begründungen in der Lehre kritisiert: Diese Folge entspreche weder dem Willen des Gesetzgebers, der keine zivilrechtliche Sanktion vorsehen wollte, noch stelle sie ein Fall der culpa in contrahendo dar³⁴²; bei der Belehrung gehe es nicht um ein Hindernis für den Vertragsabschluss oder einen Sach- oder Rechtsmangel, sondern nur darum, den Ehegatten bewusst zu machen, was sie meist wissen, aber außer Betracht lassen³⁴³.

7. Vorvertragliche Aufklärung des potenziellen Verbraucher-Bürgen

a. Aufklärungsbedarf

137 § 25c KSchG erlegt den Unternehmern eine besondere Aufgabe auf: Den Verbraucher-Bürgen auf die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners hinzuweisen, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird. Die Frage ist unerheblich, ob der Gläubiger die Unkenntnis des Bürgen in Bezug auf die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erkennt. § 25c KSchG setzt nicht voraus, dass der Gläubiger ein Kreditinstitut ist, und erfasst auch die Bürgschaften für andere Verbindlichkeiten als Kredite³⁴⁴. Ob der Hauptschuldner ein Verbraucher oder Unternehmer ist, ist nicht für die Aufklärung des Verbraucher-Bürgen bedeutsam³⁴⁵. Ferner wird eine bloß formularmäßige Aufklärung des Bürgen nicht als ausreichend angesehen³⁴⁶.

³⁴⁰ Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25a KSchG Rz 4; Eigner, Interzedentenschutz 48; Unger, ÖBA 2004, 682; Gruber in FS 200 Jahre ABGB 1001; Thoß, Bürgenschutz 117 ff; Thunhart, ÖBA 2001, 849; Gruber, ÖBA 1991, 562; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25a KSchG Rz 11.

³⁴¹ Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25a KSchG Rz 4; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 113; Eigner, Interzedentenschutz 52, 54; Unger, ÖBA 2004, 682; Thoß, Bürgenschutz 240; Thunhart, ÖBA 2001, 849; Gruber, ÖBA 1991, 563; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25a KSchG Rz 26; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25a KSchG Rz 11.

³⁴² Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25a KSchG Rz 8; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 112.

³⁴³ Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25a KSchG Rz 8.

³⁴⁴ Foglar-Deinhardstein, Die Bonitätsprüfung beim Verbraucherkredit (§ 7 VKrG) (2013) Rz 88; Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25c KSchG Rz 1; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 2; Eigner, Interzedentenschutz 61; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25c KSchG Rz 4; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25c Rz 10.

³⁴⁵ Foglar-Deinhardstein, Bonitätsprüfung Rz 88; Heinrich, Die Interzedentenwarnung nach § 25c KSchG unter besondere Berücksichtigung der Problematik der „echten Mitschuld“ JBl 2012, 359; Haas, Zur Aufklärung des Interzedenten über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners nach § 25c KSchG, JBl 2002, 538; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 2; Heinrich, Bonitätsprüfung im Verbraucherkreditrecht (2014) 37; G. Graf, ÖBA 1995, 781; Eigner, Interzedentenschutz 61; Wallner, Interzession von Verbrauchern, ÖBA 2007, 339 (342); Gorjany, JAP 2004/2005/14, 54; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25c KSchG Rz 5; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t.

³⁴⁶ Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 7; Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25c KSchG Rz 4; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/28; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 128; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 3; P. Bydlinski, Die formularmäßige Erklärung, der Bürge sei über die

Die Frage stellt sich, ob der Gläubiger den Verbraucher-Bürgen auch dann aufzuklären hat, wenn der Bürge über die schlechte finanzielle Lage des Hauptschuldners Bescheid weiß. Ein Teil der Lehre³⁴⁷ und der OGH³⁴⁸ in manchen Entscheidungen bejahen die Aufklärung des Bürgen in diesem Fall. Nach dieser Annahme sollte die Aufklärung das Risiko des Entstehens verringern und den Bürgen nachdrücklich warnen³⁴⁹. Diese Annahme ist aber fragwürdig, weil sie § 25c S 2 KSchG unbrauchbar macht, nach welchem der Gläubiger zu beweisen hat, dass der Bürge trotz der fehlenden Aufklärung die Bürgschaft doch eingegangen wäre. Ferner muss nicht ein Akt der Bank den Bürgen warnen, sondern der Inhalt der Information selbst. Nach einem anderen Teil der Lehre³⁵⁰ und dem OGH³⁵¹ in manchen anderen Entscheidungen falle der Aufklärungsbedarf bei Kenntnis des Bürgen von der schlechten Vermögenslage aus. Nach dieser Annahme verneinen die bei Aufklärungspflichten statuierten Rechtfertigungserwägungen den Aufklärungsbedarf des Bürgen³⁵², und der Umstand, dass der Bürge von der schlechten wirtschaftlichen Lage Kenntnis hatte, deute darauf

wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt worden, wird der Warnfunktion der Aufklärungspflicht nach § 25c KSchG nicht gerecht. ÖBA 2006, 598 (602) (Entscheidungsanmerkung); *Weissel*, ÖBA 2008, 502, 504; *Th. Rabl*, *ecolex* 2006/203 (Entscheidungsanmerkung); *Dullinger* in *Dullinger/Kaindl* 108; *Wallner*, ÖBA 2007, 346; *Gorjany*, JAP 2004/2005/14, 55; *Thoß*, Bürgenschutz 103; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 24; *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25c Rz 29; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 8; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 704; OGH 26.1.2006, 8 Ob 121/05k.

³⁴⁷ *Foglar-Deinhardstein*, Bonitätsprüfung Rz 90; *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 5; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 3; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 139; *Eigner*, Interzedentenschutz 87, 95, 368; *Wallner*, ÖBA 2007, 346; *Gorjany*, JAP 2004/2005/14, 54 f; *Gruber* in FS 200 Jahre ABGB 1003; *Thoß*, Bürgenschutz 93 f; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/28; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 6; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 33; *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25c Rz 12.

³⁴⁸ OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m; OGH 16.10.2003, 8 Ob 50/03s; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 3.9.2008, 3 Ob 111/08g; OGH 23.8.2001, 6 Ob 147/01p; OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y; OGH 22.10.2001, 1 Ob 132/01w; OGH 22.12.2003, 2 Ob 288/03x; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h; OGH 4.5.2005, 8 Ob 46/05f.

³⁴⁹ *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 5; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 3; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; *Eigner*, Interzedentenschutz 95; *Wallner*, ÖBA 2007, 346; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 33; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 6; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 23.8.2001, 6 Ob 147/01p; OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y; OGH 22.10.2001, 1 Ob 132/01w; OGH 22.12.2003, 2 Ob 288/03x; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h; OGH 4.5.2005, 8 Ob 46/05f.

³⁵⁰ *Heinrich*, JBl 2012, 368; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/106; *Bollenberger*, ÖBA 2012, 845; *P. Bydlinski*, Keine Aufklärungspflicht des Kreditgebers, wenn der Interzedent selbst die Kreditverhandlungen für den Hauptschuldner eigenverantwortlich führt und über dessen Finanzlage zur Ganze unterrichtet ist. ÖBA 2006, 206 (209); *Kletečka*, *ecolex* 2004, 268; *P. Bydlinski*, Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Interzession. Kündigung der Geschäftsverbindung aus wichtigem Grund. Rechtsfolgen der unterbliebenen Aufklärung des Interzedenten durch den Kreditgeber. ÖBA 2003, 620 (623 ff) (Entscheidungsanmerkung).

³⁵¹ OGH 30.5.2012, 7 Ob 115/11d; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m; OGH 19.10.2006, 3 Ob 209/06s.

³⁵² *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/106; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m.

hin, dass eine weitere Aufklärung ihn von der Haftungsübernahme nicht abgehalten hätte³⁵³.

- 139 Die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers ist nicht auf den Fall beschränkt, dass ein Gläubiger die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erkennt. Die Aufklärungsaufgabe besteht auch dann, wenn er die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erkennen muss. Daraus wird ein Nachforschungsaufwand des Gläubigers in der Lehre abgeleitet.

b. Nachforschung über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners

- 140 Es wird grundsätzlich angenommen, dass der Gläubiger eine sorgfältige Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners mit ihm zugänglichen Instrumenten durchzuführen habe, wie ein sorgfältiger Kreditgeber dies üblicherweise je nach Einzelfall tut³⁵⁴. In der Lehre wird die Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners durch einen Kreditgeber im Wesentlichen an zwei Parameter gebunden: das Einkommen bzw Vermögen des Kreditnehmers und die zuvor eingegangenen Verbindlichkeiten des Kreditnehmers³⁵⁵. Bei der Ermittlung kommen die Einsichtnahme in Belege, wie zB Lohnzettel, Bilanzen sowie Einholung einer Auskunft beim Steuerberater für einen sorgfältigen Gläubiger in Betracht³⁵⁶. Des Weiteren helfen einem sorgfältigen Gläubiger die Services von Kreditschutzverband 1870, Ediktsdatei sowie Lastenblatt des Grundbuchs bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners³⁵⁷. Es wäre hier empfehlenswert, die Intensität der Nachforschung als abhängig von den anderen gesetzlichen Aufgaben des Gläubigers und als deren Nebenfolge anzusehen, sofern solche vorhanden sind, zB § 7 VKrG³⁵⁸, § 39 BWG. Dementsprechend ist die Frage, ob der Gläubiger erkennen musste, bzw die Erkennbarkeit der Nichtrückzahlung des Kredites anhand der dem § 7 VKrG konformen Kreditwürdigkeitsprüfung zu beurteilen, wenn es sich beim Hauptgeschäft um einen Verbraucherkredit handelt. Geht es allerdings um einen Unternehmerkredit, dann kann man die Intensität der Nachforschung anhand der allgemeinen Regel, § 39 BWG, beurteilen. Die Erschwerung der Intensität der

³⁵³ *Heinrich*, JBl 2012, 368; *Kletečka*, *ecolex* 2004, 268; *P. Bydlinski*, ÖBA 2003, 624; *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*² 115; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m.

³⁵⁴ *Foglar-Deinhardtstein*, *Bonitätsprüfung* Rz 89; *Heinrich*, JBl 2012, 365; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/116; *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar* Va⁴ § 25c KSchG Rz 4; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 136; *G. Graf*, ÖBA 1995, 781; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 77, 81; *Thoß*, *Bürgenschutz* 95; *Weissel*, ÖBA 2008, 502; *Dullinger* in *Dullinger/Kaindl* 107; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y; OGH 22.10.2001, 1 Ob 132/01w.

³⁵⁵ *Haas*, JBl 2002, 538; *Heinrich*, JBl 2012, 365; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/117; *Heinrich*, *Bonitätsprüfung* 42; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 78; *Thoß*, *Bürgenschutz* 95.

³⁵⁶ *Haas*, JBl 2002, 538; *Heinrich*, JBl 2012, 366; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/117; *Heinrich*, *Bonitätsprüfung* 42; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 79, 81; *Gorjany*, JAP 2004/2005/14, 55; *Thoß*, *Bürgenschutz* 95; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 31.

³⁵⁷ *Haas*, JBl 2002, 538; *Heinrich*, JBl 2012, 366; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/117; *Heinrich*, *Bonitätsprüfung* 42; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 79, 81 ff; *Gorjany*, JAP 2004/2005/14, 55; *Thoß*, *Bürgenschutz* 96; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 31.

³⁵⁸ VKrG BGBl 2010/28.

Nachforschungsaufgabe des Gläubigers, nur weil ein Verbraucher als Bürge einsteht, würde sein berechtigtes Interesse an der Sicherstellung seiner Forderung in Zweifel stellen. Die strukturelle Unterlegenheit des Verbraucher-Bürgen rechtfertigt nicht eine Aufgabe des Gläubigers zur Herausgabe einer Information, die der Gläubiger nicht besetzt und normalerweise nicht zu kennen verpflichtet ist. Diese strukturelle Unterlegenheit versagt nur die Annahme des Unternehmer-Gläubigers, dass der Verbraucher-Bürge so gut wie er informiert ist. Daher untersucht man für die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers bei den Verbraucherbürgschaften nicht den Tatbestand, ob der Unternehmer die Unkenntnis des Verbraucher-Bürgen in Bezug auf die Vermögenslage des Hauptschuldners erkennt.

Nach Ermittlung der wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners wird die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers ausgelöst, wenn aus betriebswirtschaftlicher Sicht das Vermögen bzw die Einkommensquellen des Hauptschuldners für die Rückzahlung des Kredites nicht reichen³⁵⁹. In der Lehre werden die Einleitung exekutionsrechtlicher Maßnahmen aufgrund anderer Verbindlichkeiten, erfolglose Exekutionsschritte in jüngster Zeit und die Erstattung einer Strafanzeige als Indizien für die künftigen Rückzahlungsschwierigkeiten angesehen³⁶⁰.

Die Beweislast dafür, dass der Gläubiger die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erkannt hat oder erkennen musste, trifft den Verbraucher-Bürgen³⁶¹. Nach dem OGH³⁶² und einem Teil der Lehre³⁶³ stellen allerdings die Betätigungen des Gläubigers zur

³⁵⁹ Haas, JBl 2002, 538; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/117; Eigner, Interzedentenschutz 85.

³⁶⁰ Haas, JBl 2002, 538; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/117; Eigner, Interzedentenschutz 85; Dullinger in Dullinger/Kaindl 107.

³⁶¹ Haas, JBl 2002, 538; Eigner, Interzedentenschutz 87 f; Heinrich, JBl 2012, 367; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/119; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 7; Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25c KSchG Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 22; Thoß, Bürgenschutz 99; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 141; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25c KSchG Rz 32; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 3 f; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25c Rz 33; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 10; Dullinger in Dullinger/Kaindl 109; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w; OGH 22.12.2003, 2 Ob 288/03x; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h; OGH 19.6.2006, 8 Ob 71/06h; OGH 24.1.2008, 6 Ob 137/07a. **AA** Schwarzenegger, Der aktuelle Ministerialentwurf zur Novellierung des KSchG, JAP 1996/1997/1, 51 (60 f).

³⁶² OGH 23.6.2009, 3 Ob 1/09g; OGH 4.5.2005, 8 Ob 46/05f; OGH 22.12.2003, 2 Ob 288/03x; OGH 22.10.2001, 1 Ob 132/01w; OGH 24.9.2004, 8 Ob 57/04x; OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t; OGH 3.9.2008, 3 Ob 111/08g; OGH 11.12.2002, 7 Ob 228/02h; OGH 26.1.2006, 8 Ob 121/05k; OGH 16.10.2003, 8 Ob 50/03s; OGH 24.1.2008, 6 Ob 137/07a. (In den letzten vier Entscheidungen macht der OGH allerdings eine Unterscheidung für die nachträgliche Besicherung nicht.)

³⁶³ Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 7; Kletečka, ecolx 2004, 268 (Entscheidungsanmerkung); Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 22; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 4; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 116; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 142; Weissel, ÖBA 2008, 500; P. Bydlinski, ÖBA 2006, 602; Goriany, JAP 2004/2005/14, 56; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 5; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25c Rz 17, 33; Welsch/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 705; Harrer in Graf/Gruber 121. (Nach dem letzten Autor komme es aber nicht darauf, ob die Besicherung nachträglich ist.)

nachträglichen Besicherung der Hauptschuld einen Anscheinsbeweis dar, dass er an der Einbringlichkeit seiner Forderung zweifele. Diese Annahme kritisiert ein anderer Teil der Lehre und geht davon aus, dass die bestmögliche Absicherung einer Forderung ein legitimes Interesse jedes Gläubigers sei³⁶⁴, diese ein ganz routinemäßiges Geschäft in der Bankpraxis darstelle³⁶⁵, und dieser Anscheinsbeweis widrigenfalls bei allen Besicherungen schlechthin als gegeben anzunehmen wäre³⁶⁶.

c. Verhältnis zum Bankgeheimnis

- 143 Das Verhältnis zwischen der Aufklärung des Bürgen über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners nach § 25c KSchG und dem Bankgeheimnis des § 38 BWG erhält große Aufmerksamkeit. Nach der hL³⁶⁷ und der Rechtsprechung³⁶⁸ sei die Durchbrechung des Bankgeheimnisses aufgrund des Aufklärungsbedarfs des Verbraucher-Bürgen abzulehnen. Bei einer Kollision der Interessen habe die Bank auf die Besicherung zu verzichten³⁶⁹.
- 144 Ein Teil der Lehre unterscheidet den Aufklärungsbedarf nach § 25c KSchG vom Aufklärungsbedarf nach den allgemeinen Grundsätzen³⁷⁰, bejaht die Durchbrechung des Bankgeheimnisses beim Aufklärungsbedarf nach allgemeinen Grundsätzen und verneint in dem anderen Fall³⁷¹. Nach einer Ansicht schützt die Abstandnahme von der Besicherung sowohl

³⁶⁴ Haas, JBl 2002, 538; Eigner, Interzedentenschutz 88.

³⁶⁵ Haas, JBl 2002, 538; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/119; Eigner, Interzedentenschutz 88.

³⁶⁶ Wallner, ÖBA 2007, 351. In diesem Sinn: Thoß, Bürgenschutz 100.

³⁶⁷ Heinrich, Bonitätsprüfung 43; Heinrich, JBl 2012, 367; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/124 f; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 24; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 5; G. Graf, ÖBA 1995, 782; P. Bydlinski, Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen, ZIK 1995, 135 (140); P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 114; Eigner, Interzedentenschutz 101 ff; Unger, ÖBA 2004, 683; Goriany, JAP 2004/2005/14, 55; Eigner, Auslegungsfragen zu den §§ 25c, d KSchG JAP 2000/2001, 214 (217 f); Jabornegg, ÖBA 1997, 674 f; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; Schwarzenegger, JAP 1996/1997/1, 61; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 7; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 Rz 2; Dullinger in Dullinger/Kaindl 111. **AA** Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25c Rz 26.

³⁶⁸ OGH 20.10.1999, 7 Ob 261/99d.

³⁶⁹ Heinrich, Bonitätsprüfung 43; Heinrich, JBl 2012, 367; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/124; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 5; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 114, 155; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 24; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 5; P. Bydlinski, ZIK 1995, 140; Eigner, Interzedentenschutz 103 f; Goriany, JAP 2004/2005/14, 55; Eigner, JAP 2000/2001, 218; Jabornegg, ÖBA 1997, 674 f; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 7; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; Dullinger in Dullinger/Kaindl 11; Thoß, Bürgenschutz 110, 112. (Nach dem letzten Autor könne die eigenen Interessen der Bank jedoch zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses führen: Oben Rz 35.); OGH 20.10.1999, 7 Ob 261/99d. **AA** Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25c Rz 26.

³⁷⁰ Oben Rz 29 ff.

³⁷¹ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/125; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 24; G. Graf, ÖBA 1995, 782; Eigner, Interzedentenschutz 102; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 3; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 7.

den Interessen des potenziellen Bürgen, der von einer möglichen falschen Entscheidung abgehalten werde, als auch des Gläubigers, der von einem fragwürdigen Kreditgeschäft abgehalten werde³⁷². Nach einer anderen Ansicht führe die erkennbare Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners keineswegs zur Annahme, dass die Interessenabwägung jedenfalls zugunsten des Bürgen ausfalle, da die Aufklärung gemäß § 25c KSchG nicht nur in krassen Fällen, zB wirtschaftlicher Zusammenbruch, erfolgen sollte³⁷³.

Die Frage stellt sich aber, ob es einer Sonderwertung im Hinblick auf die Interessenkollision bedarf, die von der Wertung bei der Aufklärung nach den allgemeinen Grundsätzen abweicht. In beiden Fällen ist die Interessenlage gleich: der Aufklärungsbedarf des Bürgen, das Geheimhaltungsinteresse des Hauptschuldners und das Absicherungsinteresse der Bank. Aus diesem Grund wäre es empfehlenswert, die oben dargelegten Argumente auch hier als gültig zu betrachten³⁷⁴. Des Weiteren ist es hier fragwürdig, die Interessen des Bürgen durch den Verzicht auf die Besicherung zu schützen. Die Interessen des potenziellen Bürgen erfordern nicht immer, vom Abschluss des Bürgschaftsvertrags Abstand zu nehmen, sondern, bestmöglich über das Risiko seiner Haftungsübernahme informiert zu werden. 145

Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers wird kein Problem zwischen der Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers und dem Aufklärungsbedarf des Bürgen mit der Begründung angenommen, dass die Aufgabe des Gläubigers zur Aufklärung des Bürgen über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners als gesetzliche Verpflichtung zur Verwendung von Daten iSv § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000³⁷⁵ anzusehen sei³⁷⁶. Es ist aber fragwürdig, ob die Daten über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners tatsächlich nicht-sensible Daten iSv § 8 Abs 1 DSG 2000 sind. Bei dem § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000 geht es um nicht-sensible Daten. 146

d. Folge der Nichtaufklärung

Die Beweislast für die vorgenommene Aufklärung des Bürgen trägt der Gläubiger³⁷⁷. Die Einhaltung der Aufklärungsaufgabe wird nicht von Amts wegen geprüft³⁷⁸. Gemäß § 25c 147

³⁷² Böhler in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/125.

³⁷³ G. Graf, ÖBA 1995, 782. Ihm folgend: *Eigner*, Interzedentenschutz 101 f.

³⁷⁴ Oben Rz 38.

³⁷⁵ DSG 2000 BGBl I 1999/165.

³⁷⁶ *Eigner*, Interzedentenschutz 108 f; *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25c Rz 24; *Gorjany*, JAP 2004/2005/14, 55.

³⁷⁷ *Heinrich*, JB1 2012, 368; *P. Bydlinski*, ÖBA 2006, 602; *Wallner*, ÖBA 2007, 350; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 37; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25c KSchG Rz 10; OGH 26.1.2006, 8 Ob 121/05k; OGH 21.7.2005, 8 Ob 61/05m.

³⁷⁸ *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 2.

KSchG führt die Unterlassung der Aufklärung des Bürgen zum Anspruchsverlust bzw Haftungsbefreiung, was eher für eine Aufklärungsobliegenheit spricht³⁷⁹. Dem Gläubiger steht der Weg allerdings offen, den Umstand zu beweisen, dass der Bürge bei der erfolgten Aufklärung die Haftung zumindest in geringerem oder gar in vollem Maß übernommen hätte³⁸⁰. Ein Teil der Lehre schließt jedoch die geltungserhaltende Reduktion der Haftung des Bürgen entsprechend dem Wortlaut des § 25c S 2 KSchG aus und nimmt an, dass der Bürge bei fehlender Aufklärung entweder für die ganze Bürgschaftsschuld oder gar nicht hafte³⁸¹. Diese Vorgehensweise ist aber fragwürdig. Wenn der Richter den Bürgen aufgrund der Nichtaufklärung gänzlich befreien kann, muss er seine Haftung auch auf ein geringes Maß reduzieren können. (Argumentum a maiori ad minus)

- 148** Bei der Ermittlung der Frage, ob der Bürge trotz der Aufklärung die Bürgschaft eingegangen wäre, werden Nettoeinkommen, Vermögen, Verschuldung, Unterhaltspflichten, Mietkosten des Bürgen in der Lehre³⁸² und der Rechtsprechung³⁸³ als maßgebend betrachtet. Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit diese Faktoren in der ersten Phase zur Ermittlung des vermutlichen Willens des Bürgen führen können. Diese Faktoren helfen bei der Ermittlung der Zahlungsfähigkeit des Bürgen, hingegen deutet die Zahlungsfähigkeit des Bürgen nicht automatisch auf seinen Willen hin. Es spielen die Verhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner für die Eingehung der Bürgschaft eine wichtige Rolle, zB nahe persönliche Beziehung, Erwartungen vom Hauptschuldner, Vertrauen zu ihm, ein entgeltliches Geschäft, Nutzen aus dem Hauptgeschäft oder Ausschluss eines Regressverhältnisses³⁸⁴. Aus diesem Grund wäre es empfehlenswert, die Frage, ob der Bürge bei der fehlenden Aufklärung die

³⁷⁹ Haas, JBl 2002, 538; Heinrich, JBl 2012, 365; Foglar-Deinhardstein, Bonitätsprüfung Rz 90; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/122; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 7; Heinrich, Bonitätsprüfung 40; Weissel, ÖBA 2008, 496; Thoß, Bürgenschutz 82 ff; Th. Rabl, ecolex 2006/203; P. Bydlinski, Die §§ 25c und 25d KSchG auf Pfandbesteller nicht analog anzuwenden. ÖBA 2002, 930 (932) (Entscheidungsanmerkung); Th. Rabl, Verbraucherbürgschaft: Der OGH erstmals zu den §§ 25c, 25d KSchG, ecolex 2000, 271 (Entscheidungsanmerkung); P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 112; OGH 26.1.2006, 8 Ob 121/05k; OGH 27.11.2001, 1 Ob 29/01y. Für die Annahme der relativen Nichtigkeit: Eigner, Interzedentenschutz 110; Thunhart, ÖBA 2001, 850; Dullinger in Dullinger/Kaindl 110. Für den Ersatzanspruch und das Anfechtungsrecht des Bürgen: Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25c KSchG Rz 39, 40.

³⁸⁰ Thoß, Bürgenschutz 87 ff; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 115; G. Graf, ÖBA 2001, 169 f; Schwarzenegger, JAP 1996/1997/1, 60; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25c KSchG Rz 35, 37; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25c KSchG Rz 9; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c Rz 6; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 8; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 705; OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t.

³⁸¹ Wallner, ÖBA 2007, 352 f; Eigner, JAP 2000/2001, 216; Eigner, Interzedentenschutz 115 ff. Parallele Annahme: Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25c Rz 31.

³⁸² Haas, JBl 2002, 538; Heinrich, JBl 2012, 368; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25c KSchG Rz 8.

³⁸³ OGH 25.7.2000, 1 Ob 107/00t.

³⁸⁴ AA hinsichtlich der gefühlsmäßigen Bindung: Eigner, Interzedentenschutz 116; Thoß, Bürgenschutz 90.

Bürgschaft eingehen wäre, anhand der Beziehung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zu beantworten. Wenn man diese Frage bejahen kann, dann kann man die zweite, inwieweit der Bürge seine Haftung trotzdem übernommen hätte, anhand der Leistungsfähigkeit des Bürgen untersuchen.

Befriedigt der Bürge den Gläubiger trotz der fehlenden Aufklärung über die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners, steht ihm ein Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger gemäß § 1431 ABGB zu³⁸⁵. Zusätzlich gewährt die Lehre dem Bürgen noch einen Ersatzanspruch gegenüber dem Hauptschuldner nach § 1042 ABGB³⁸⁶, der sich mit Aufwand für einen anderen beschäftigt. Es steht allerdings zur Diskussion, ob dem Bürgen ein Schadenersatzanspruch nach § 1042 ABGB zusteht. Bei fehlender Aufklärung nimmt der Bürge irrtümlich an, dass er zur Erfüllung verpflichtet ist, und er kommt seiner eigenen Schuld nach. Des Weiteren erlischt die Schuld des Hauptschuldners durch die Erfüllung des Bürgen nicht. Aus diesen Gründen wäre es empfehlenswert, einen Anspruch nach § 1042 ABGB abzulehnen. 149

Schlussendlich sieht § 32 KSchG auf den Fall der Unterlassung der Aufklärung des Bürgen eine Verwaltungsstrafe vor. 150

8. Verbraucherrechtliche Mäßigungsberechtigung des Richters

a. Mäßigungsbedarf

Für den überforderten Verbraucher-Bürgen sieht § 25d KSchG ein besonderes Schutzinstrument vor, das den Richter zur Mäßigung der Haftungssumme des Verbraucher-Bürgen berechtigt. Für die Anwendung des § 25d KSchG ist es nicht erforderlich, dass der Hauptschuldner Verbraucher ist³⁸⁷. Des Weiteren beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 25d KSchG nicht auf die Kreditbürgschaften³⁸⁸. Die richterliche Mäßigung setzt allerdings das kumulative Vorliegen folgender Umstände voraus: Das unbillige Missverhältnis zwischen der Haftung und der Leistungsfähigkeit des Bürgen; die Erkennbarkeit der Umstände, 151

³⁸⁵ Heinrich, Bonitätsprüfung 44; Heinrich, JBl 2012, 367; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/123; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 7; Eigner, Interzedentenschutz 111; Goriany, JAP 2004/2005/14, 56; Dullinger in Dullinger/Kaindl 110; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 705.

³⁸⁶ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/123; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 7; Eigner, Interzedentenschutz 111.

³⁸⁷ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 154; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25d KSchG Rz 3; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 12; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25d KSchG Rz 4.

³⁸⁸ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 149; Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25d KSchG Rz 2; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25d KSchG Rz 3; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 1; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 12; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 11; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 7.8.2008, 6 Ob 94/07b; OGH 18.1.2011, 4 Ob 195/10w.

die dieses Missverhältnis begründet oder herbeigeführt haben, durch den Gläubiger zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme.

- 152 Der Richter hat unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen, ob ein unbilliges Missverhältnis zwischen der Haftung und der Leistungsfähigkeit des Bürgen besteht. Grundsätzlich muss diese Voraussetzung bereits zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme vorliegen³⁸⁹. Allerdings löst auch ein nach der Haftungsübernahme eintretendes Missverhältnis die richterliche Mäßigung aus, wenn die Umstände, die zum unbilligen Missverhältnis geführt haben, für den Gläubiger zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme erkennbar waren³⁹⁰. Die hL³⁹¹ und der OGH³⁹² verneinen aber den Mäßigungsbedarf mit der Begründung, dass kein sozialer Bedarf bestehe, wenn der Bürge nachträglich zu Einkommen oder Vermögen gelangt und das unbillige Missverhältnis dadurch beseitigt wird. Nach einer Ansicht müsse der Bürge nicht unbedingt auf seine Inanspruchnahme warten, damit er sich auf § 25d KSchG berufen kann³⁹³: Der Gläubiger habe ja die Möglichkeit, den Bürgen zum für sich günstigen Zeitpunkt in Anspruch zu nehmen. Der Bürge könne sich darauf ab dem Zeitpunkt berufen, an dem der Gläubiger ihn in Anspruch nehmen darf. Vor diesem Zeitpunkt könne er aber nicht § 25d KSchG geltend machen, da auch die nachträglichen Umstände bei der Beurteilung des Missverhältnisses berücksichtigt werden, die gegen die Mäßigung wirken³⁹⁴.

b. Mäßigungskriterien

i. Allgemein

- 153 Die Mäßigung der Haftung des Bürgen kann bis zur ganzen Entlassung des Bürgen führen. Der Umfang der Mäßigung unterliegt der Billigkeit des Gerichts. § 25d Abs 2 KSchG zählt

³⁸⁹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 157; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25d KSchG Rz 4; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 15; I. Faber, ÖBA 2004, 529; Eigner, Interzedentenschutz 336; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 13; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y.

³⁹⁰ Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 4; Thoß, Bürgenschutz 188; G. Graf, ÖBA 1995, 785; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 24, 26, 56 f; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 12; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25d KSchG Rz 5; Eigner, Interzedentenschutz 336; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 7.1.2007, 6 Ob 192/07i. **AA** Th. Rabl, Bürgschaft 68; Th. Rabl, ecolex 2000, 271.

³⁹¹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 159; Donath in Schwimann, Taschenkommentar³ § 25d KSchG Rz 3; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25d KSchG Rz 4; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 15; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 4; R. Perner, Bürgschaft 135; G. Graf, ÖBA 1995, 785; I. Faber, ÖBA 2004, 529; Marwan-Schlosser, Sittenwidrigkeit der Haftungsübernahme durch mittellose Angehörige, RdW 1995, 373 (374); P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 119; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 24; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25d KSchG Rz 5. Im Ergebnis zustimmend: Thoß, Bürgenschutz 190. **AA** Th. Rabl, Bürgschaft 68; Th. Rabl, ecolex 2000, 271; Eigner, Interzedentenschutz 337, 339.

³⁹² OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 7.8.2003, 8 Ob 73/03y; OGH 7.1.2007, 6 Ob 192/07i; OGH 19.1.2011, 7 Ob 219/10x; OGH 25.4.2012, 7 Ob 59/12w.

³⁹³ Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 59. Kritisch vor der Inanspruchnahme: Schwarzenegger, JAP 1996/1997/1, 61.

³⁹⁴ Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 59.

ein paar Kriterien auf. Der Richter ist aber bei der Mäßigung nicht auf diese Kriterien beschränkt und kann auch weitere Umstände in seine Beurteilung einbeziehen³⁹⁵.

ii. Interesse des Gläubigers an der Bürgschaft

Als erstes Kriterium nennt das Gesetz das Interesse des Gläubigers an der Begründung der Haftung. Die Gesetzesmaterialien enthalten drei Fallgruppen, die das Interesse des Gläubigers als schutzwürdig erachten lassen³⁹⁶. Die sind die Hintanhaltung der Vermögensverschiebung zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, die Förderung der ordnungsgemäßen Kreditabwicklung durch die Einbindung der dem Hauptschuldner nahestehenden Personen in die wirtschaftliche Risikogemeinschaft und die mögliche finanzielle Unterstützung des Bürgen durch einen Dritten. Nach einer Ansicht seien ergänzend die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners und das Bestehen weiterer Sicherheiten mitzuberoücksichtigen; die gute wirtschaftliche Lage und die weiteren Sicherheiten vermindern die Schutzwürdigkeit des Interesses des Gläubigers an der Bürgschaft³⁹⁷.

154

iii. Verschulden des Bürgen

§ 25d Abs 2 Z 2 KSchG erwähnt das Verschulden des Bürgen an den Umständen, die das unbillige Missverhältnis zwischen seiner Haftung und der Leistungsfähigkeit begründet oder herbeigeführt haben. In der Lehre wird dieses Kriterium mit den Argumenten kritisiert, dass den Bürgen vor dem Vertragsabschluss keinerlei Aufgaben treffen, seine Bonität zu halten³⁹⁸, und dass die nachträgliche, nicht voraussehbare Verschlechterung der Leistungsfähigkeit des Bürgen ohnehin unbeachtlich sei³⁹⁹. Nach einer Ansicht in der Lehre⁴⁰⁰ und den Gesetzesmaterialien⁴⁰¹ könne man das Verschulden des Bürgen darin sehen, dass der Bürge eine nachträgliche Verbesserung seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse leichtfertig verspiele oder aufgebe. Aber auch keine Aufgabe zur vorausschauenden Vermögensbildung wird dem Bürgen auferlegt⁴⁰². Ein anderer Anwendungsbereich dieses Kriteriums kann man darin sehen, dass sich die Leistungsfähigkeit des Bürgen aufgrund des ihm zurechenbaren

155

³⁹⁵ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 162; Eigner, Interzedentenschutz 340; Thoß, Bürgenschutz 191; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 14; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 27; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25d KSchG Rz 6.

³⁹⁶ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 28.

³⁹⁷ I. Faber, ÖBA 2004, 532, 534; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 30; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 16; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25d KSchG Rz 7.

³⁹⁸ G. Graf, ÖBA 1995, 785; Eigner, Interzedentenschutz 338, 344; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 33.

³⁹⁹ Eigner, Interzedentenschutz 339, 444; Harrer in Graf/Gruber 111; G. Graf, ÖBA 1995, 785; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 164; Th. Rabl, Bürgenschaft 69; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 17; Krejci in Rummel, ABGB³ § 25d KSchG Rz 8.

⁴⁰⁰ I. Faber, ÖBA 2004, 536; Thoß, Bürgenschutz 194.

⁴⁰¹ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 28.

⁴⁰² I. Faber, ÖBA 2004, 536; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 161; Eigner, Interzedentenschutz 344.

Umstandes nachträglich verschlechtert, der zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme dem Gläubiger erkennbar war, zB der Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund eines wichtigen Grundes für den Arbeitgeber des Bürgen wie etwa Spielsucht. Unter diesem Kriterium kann man zudem noch den Umstand sehen, dass der Bürge über seine Einkommensverhältnisse unvollständige Angaben macht⁴⁰³.

iv. Nutzen des Bürgen aus der Leistung des Gläubigers

156 § 25d Abs 2 Z 3 KSchG weist auf den Nutzen des Bürgen aus der Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner hin. Nach einer Ansicht in der Lehre bereite die Anwendung dieses Umstandes Schwierigkeiten, weil die richterliche Mäßigung auf den Schutz des bloßen Interzedenten abzielt, dessen Eigeninteresse am Hauptgeschäft möglicherweise die Interzession ausschließe⁴⁰⁴. Allerdings erweist sich die Anwendung dieses Kriteriums hinsichtlich einer anderen Ansicht, nach der das Bestehen eines Regressverhältnisses für das Vorliegen einer Interzession bestimmend sei, als unproblematisch⁴⁰⁵. Die Gesetzesmaterialien enthalten für dieses Kriterium folgende Beispiele: Die Benutzung der mit dem aufgenommenen Kredit angeschafften Wohnung durch den Bürgen und die Bürgschaft eines Geschäftsführers eines Unternehmens für dessen Verbindlichkeiten⁴⁰⁶.

v. Die verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen

157 § 25d Abs 2 Z 4 weist auf die Tatbestände hin, die zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme zur verdünnten Entscheidungsfreiheit des Bürgen führen, nämlich der Leichtsinn, die Zwangslage, die Unerfahrenheit, die Gemütsaufregung und die Abhängigkeit des Bürgen vom Hauptschuldner. In der Lehre gibt es keine Einigkeit, ob die Erkennbarkeit dieser Umstände für den Gläubiger bzw vorsätzliche oder fahrlässige Ausnützung dieser Tatbestände durch den Gläubiger erforderlich ist, damit der Richter dieses Kriterium in seine Beurteilung einbeziehen kann. Von einem Teil der Lehre wird die Erkennbarkeit für den Gläubiger verlangt⁴⁰⁷, von einem anderen Teil wird das bloße Vorliegen dieses Kriterium auf Seiten des

⁴⁰³ OGH 11.9.2003, 6 Ob 156/03i.

⁴⁰⁴ G. Graf, ÖBA 1995, 786; Eigner, Interzedentenschutz 344; Thoß, Bürgenschutz 194. Parallele Ansicht: G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 124.

⁴⁰⁵ G. Graf, Gegenüber welchen Mitschuldnern gelten die §§ 25c und 25d KSchG? ZFR 2012, 165 (171); Foglar-Deinhardstein, Bonitätsprüfung Rz 92; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25c KSchG Rz 1; Kellner, Zum Interzession des § 25c KSchG, ZaK 2009, 207 (208); Heinrich, JBl 2012, 363; Heinrich, Zum Anwendungsbereich von §§ 25c und 25d KSchG, ÖBA 2012, 465 (467 ff) (Entscheidungsanmerkung); Kellner, Ob Interzession iSv § 25c KSchG oder „echte Mitschuld“ vorliegt, hängt vom Vertrag zwischen Bank und Mithaftenden ab. Ein Eigeninteresse an der Kreditaufnahme ist dabei bloß ein Indiz für eine „echte Mitschuld“. ÖBA 2010, 55 (58 f) (Entscheidungsanmerkung); OGH 23.6.2009, 3 Ob 1/09g; OGH 20.4.2010, 4 Ob 205/09i; OGH 13.6.2006, 10 Ob 34/06g.

⁴⁰⁶ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 29.

⁴⁰⁷ Eigner, Interzedentenschutz 306; Thoß, Bürgenschutz 202; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 35.

Bürgen als ausreichend betrachtet⁴⁰⁸. Da die Mäßigungskriterien nicht nur auf diejenigen unter § 25d Abs 2 KSchG beschränkt sind, kann man bei der Beurteilung auch das bloße Vorliegen der verdünnten Entscheidungsfreiheit ohne Erkennbarkeit für den Gläubiger berücksichtigen.

c. Das Verhältnis zur Sittenwidrigkeitskontrolle

Im Endeffekt werden bei der Sittenwidrigkeitskontrolle gemäß § 879 ABGB und bei der richterlichen Mäßigung gemäß § 25d KSchG dieselben Umstände berücksichtigt. In der Lehre wird die richterliche Mäßigung gemäß § 25d KSchG nicht als „*lex specialis*“ zur Sittenwidrigkeitskontrolle angesehen. Dementsprechend verdrängt § 25d KSchG die Anwendbarkeit der Sittenwidrigkeitskontrolle gemäß § 879 ABGB nicht auf die Verbrauchergeschäfte⁴⁰⁹. 158

Es bestehen aber auch die Unterschiede, die sich aus der Anwendung dieser Rechtsbehelfe ergeben. Zum Ersten setzt die Anwendbarkeit der richterlichen Mäßigung gemäß § 25d KSchG nicht die verdünnte Entscheidungsfreiheit des Bürgen voraus, die aber bei der Beurteilung des Ausmaßes der Mäßigung berücksichtigt werden kann⁴¹⁰. Jedoch weist eine Ansicht in der Lehre darauf hin, das Gewicht auf diesen Unterschied nicht allzu sehr zu legen, weil § 25d KSchG auf Verbrauchergeschäfte angewendet wird, denen immer eine Ungleichgewichtslage innewohnt⁴¹¹. Ein anderer Unterschied liegt darin, dass die nachträgliche Verbesserung der Vermögenslage des Bürgen den Schutz gemäß § 25d KSchG versagt⁴¹². Hingegen hat die nachträgliche Verbesserung der Vermögenslage des Bürgen keine Wirkung auf das Sittenwidrigkeitsverdikt. Darüber hinaus kann das nachträgliche unbillige Missverhältnis zwischen der Haftung und der Leistungsfähigkeit des Bürgen zur richterlichen Mäßigung führen, sofern die Umstände, die das unbillige Missverhältnis begründet oder herbeigeführt 159

⁴⁰⁸ I. Faber, ÖBA 2004, 538; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 166; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 28; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 9.

⁴⁰⁹ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/157; Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydliniski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25d KSchG Rz 2; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 2; Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 5a; I. Faber, ÖBA 2004, 541; Eigner, Interzedentenschutz 340; R. Perner, Bürgschaft 135; Th. Rabl, Risiko Angehörigenbürgschaft: Schlaglichter aus Judikatur und KSchG-Novelle, *ecolex* 1996, 443; G. Graf, ÖBA 1995, 787; Thoß, Bürgenschutz 209; Wallner, ÖBA 2007, 339; Gruber in FS 200 Jahre ABGB 1004; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/34; Th. Rabl, Bürgschaft 70; G. Graf, ÖBA 2001, 169; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 8; OGH 28.6.2000, 6 Ob 117/00z; OGH 15.3.2001, 6 Ob 184/00b.

⁴¹⁰ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1346 Rz 23; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 152; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 9; G. Graf, ÖBA 1995, 784.

⁴¹¹ Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/157.

⁴¹² Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/158; Eigner, Interzedentenschutz 292; Marwan-Schlosser, RdW 1995, 374.

haben, für den Gläubiger zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme erkennbar waren. Hingegen spielen das nachträgliche Missverhältnis zwischen der Haftungssumme und der Leistungsfähigkeit des Bürgen keine Rolle für das Sittenwidrigkeitsverdikt. Schlussendlich wird das Interesse des Gläubigers an der Vermeidung der Vermögensverschiebungen zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen bei der Beurteilung der Mäßigung gemäß § 25d KSchG als ein berechtigtes Interesse und bei der Sittenwidrigkeitskontrolle von einem Teil der Lehre als ein nicht berechtigtes Interesse erachtet.

9. Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung

a. Allgemein

- 160** Einem Bürgen, der eine natürliche Person ist, steht zudem der Weg offen, sich von seinen Schulden durch ein Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung gemäß §§ 199 ff IO gegen den Willen aller Gläubiger zu befreien. Dieses Schutzinstrument bezieht sich allerdings nicht nur auf die Bürgschaftsschulden. Unter den Anwendungsbereich dieses Instruments fallen auch andere Schulden eines Bürgen. Ferner berührt die Restschuldbefreiung nicht die Wirksamkeit bzw Bestehen der Schulden des Bürgen, sondern deren Zwangsvollstreckung⁴¹³. Befriedigt der Bürge seinen Gläubiger nach dem Restschuldbefreiungsverdikt, steht ihm gemäß § 214 IO kein Kondiktionsanspruch zu.

b. Durchführung des Abschöpfungsverfahrens mit Restschuldbefreiung

i. Einleitung des Verfahrens

- 161** Gemäß § 199 IO setzt das Abschöpfungsverfahren zunächst einen Antrag des Bürgen im Laufe des Insolvenzverfahrens, spätestens mit dem Antrag auf Annahme eines Zahlungsplans, voraus. Es ist erforderlich, dem Antrag die Erklärung beizufügen, dass der Bürge den pfändbaren Teil seiner Forderungen auf Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis oder auf sonstige wiederkehrende Leistungen mit Einkommensersatzfunktion für die Zeit von sieben Jahren nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem das Abschöpfungsverfahren eingeleitet wird, an einen vom Gericht zu bestellenden Treuhänder abtritt. Sind die Forderungen bereits an einen Dritten abgetreten oder verpfändet, so ist in der Erklärung darauf hinzuweisen.
- 162** Nach der Antragsstellung prüft das Gericht gemäß §§ 200, 202 IO von Amts wegen, ob dem vom Bürgen angebotenen, zulässigen Zahlungsplan die Bestätigung versagt wurde, und ob die Kosten des Abschöpfungsverfahrens voraussichtlich gedeckt sind. Sind die Fragen zu verneinen, wird das Abschöpfungsverfahren nicht eingeleitet. Des Weiteren hat das Gericht

⁴¹³ *Thoß*, Bürgenschutz 227.

die Einleitung des Verfahrens auf Antrag eines Insolvenzgläubigers beim Vorliegen folgender Gründe gemäß § 201 IO abzuweisen: Bestimmte Straftaten des Bürgen, die vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der Auskunft- und Mitwirkungsaufgaben während des Insolvenzverfahrens durch den Bürgen, die Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger durch den Bürgen innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die vorsätzliche oder grob fahrlässige schriftliche Erteilung von unrichtigen oder unvollständigen Angaben über die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse oder die wirtschaftlichen Verhältnisse der vom Bürgen als Organ vertretenen juristischen Personen durch den Bürgen ohne vorsätzliche Mitwirkung des Gläubigers zur Erhaltung der einer Insolvenzforderung zugrundeliegenden Leistung, die Versagung der Bestätigung des Zahlungsplans aus bestimmten Gründen sowie die Einleitung eines Abschöpfungsverfahrens vor weniger als 20 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des letzten Insolvenzverfahrens. Liegen diese Hindernisse nicht vor, leitet das Gericht das Abschöpfungsverfahren ein.

ii. Wohlverhaltensphase

Nach der Einleitung des Abschöpfungsverfahrens geht der pfändbare Teil der Bezüge des Bürgen entsprechend seiner Erklärung auf den Treuhänder über. Zusätzlich erlegt § 210 IO dem Bürgen für die Dauer dieser Abtretungserklärung folgende Aufgaben auf: Die Ausübung einer angemessenen Erwerbstätigkeit, die Übergabe des zusätzlich erworbenen Vermögens an den Treuhänder, die Mitteilung jedes Wechsels des Wohnsitzes an das Gericht und den Treuhänder, die Nichtverheimlichung der von der Abtretungserklärung erfassten Bezüge sowie deren Nichtunterlassung, die Mitteilung über die Erwerbstätigkeit und das Vermögen an das Gericht und den Treuhänder auf Verlangen, Leistung der Zahlungen zur Befriedigung der Gläubiger nur an den Treuhänder, Nichteinräumung besonderer Vorteile an einen Insolvenzgläubiger, die Nichtübernahme von neuen, bei deren Fälligkeit unleistbaren Schulden. Kommt der Bürge nicht seinen Mitteilungsaufgaben den Wechsel seines Wohnsitzes, seine Erwerbstätigkeit bzw Vermögen betreffend auf Verlangen nach, wird das Abschöpfungsverfahren von Amts wegen gemäß § 210a IO eingestellt. Darüber hinaus führen die schuldhafte Verletzung der weiteren Aufgaben und die Verurteilung des Bürgen zu bestimmten Straftaten auf Antrag eines Insolvenzgläubigers innerhalb eines Jahres ab Kenntnis davon gemäß § 211 IO ebenfalls zur Einstellung des Verfahrens.

163

iii. Restschuldbefreiung

Im Anschluss an das Abschöpfungsverfahren spricht das Gericht unter bestimmten Voraus-

164

setzungen die Restschuldbefreiung aus. Dadurch werden die Schulden des Bürgen in Naturalobligationen umgewandelt. Die Durchsetzung dieser Forderungen ist gemäß § 213 IO rechtlich eingeschränkt.

165 Das Gesetz sieht unterschiedliche Befriedigungsquoten für die Befreiung des Schuldners von seinen Schulden vor. Das Gericht hat das Abschöpfungsverfahren für beendet zu erklären und den Bürgen von der Zwangsvollstreckung seiner Schulden zu befreien, wenn die Insolvenzgläubiger am Ende der dreijährigen Laufzeit der Abtretungserklärung 50% der Forderungen erhalten haben, oder wenn die Insolvenzgläubiger am Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung 10% der Forderungen erhalten haben. Sind die Quoten während der Laufzeit der Abtretungserklärung nicht erfüllt, kann der Bürge dennoch von seinen Schulden nach Billigkeit befreit werden. Nach dem Gesetz liegen Billigkeitsgründe insbesondere dann vor, wenn die Insolvenzgläubiger nur geringfügig weniger als 10% der Forderungen erhalten haben, oder wenn diese Quote aufgrund der Verfahrenskosten unterschritten wurde. In dem Fall, dass kein Billigkeitsgrund vorliegt, kann das Gericht die Entscheidung über die Restschuldbefreiung bis zu drei Jahren aussetzen, eine neue Quote für die offenen einzelnen oder alle Forderungen, die sich auf die 10% Quote ergeben, unter Berücksichtigung der Umstände, insbesondere § 213 Abs 3 Z 1-4 IO, festlegen und das Abschöpfungsverfahren für beendet erklären. Entspricht allerdings diese letztere Variante ebenfalls nicht der Billigkeit, wird die Restschuldbefreiung nicht ausgesprochen. Das Gericht kann das Abschöpfungsverfahren in diesem Fall um höchstens drei Jahre verlängern.

166 Schlussendlich ist der Widerruf der Restschuldbefreiung innerhalb von zwei Jahren nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über Restschuldbefreiung auf Antrag eines Insolvenzgläubigers gemäß § 216 IO möglich, wenn der Bürge die Befriedigung der Gläubiger durch die vorsätzliche Verletzung seiner Aufgaben erheblich beeinträchtigt hat. Für den Widerruf ist es aber noch erforderlich, dass der den Antrag stellende Insolvenzgläubiger bis zum Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung keine Kenntnis von der Verletzung hatte.

c. Das Verhältnis zu den anderen Rechtsbehelfen

i. Zur Sittenwidrigkeitskontrolle

167 Da das Insolvenzrecht durch das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung dem finanziell überforderten Bürgen die Lösung ermöglicht, eine ausweglose lebenslange Überschuldung zu verhindern, stellt die Lehre die Anwendung bzw Funktion der Sittenwidrigkeitskontrolle zur Diskussion und untersucht, ob die Sittenwidrigkeitskontrolle aufgrund des Abschöpfungsverfahrens mit Restschuldbefreiung hinfällig geworden ist. In der Lehre wird

die Verdrängung der Sittenwidrigkeitskontrolle durch das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung jedoch verneint⁴¹⁴. Die vorgebrachten Argumente für die weitere Anwendung der Sittenwidrigkeitskontrolle lassen sich wie folgt zusammen:

Die finanzielle Überforderung auf Dauer sei zwar durch das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung stark abgemildert, deswegen sei die finanzielle Überforderung des Bürgen bei Sittenwidrigkeitskontrolle von geringerer Bedeutung als bisher⁴¹⁵. Das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung schließe aber die Sittenwidrigkeitskontrolle nicht gänzlich aus, bei der entsprechenden Stärke der übrigen Elemente könne die Haftung des Bürgen weiterhin sittenwidrig sein⁴¹⁶. Des Weiteren spreche auch das verständliche Interesse der übrigen Gläubiger, die ihre Ansprüche unter vollkommen unbedenklichen Umständen begründet haben, für die Sittenwidrigkeitskontrolle⁴¹⁷, da sich ihre Befriedigung im Gegenzug zur Verbesserung der Stellung des bisher sittenwidrig handelnden Gläubigers verkleinern würden⁴¹⁸. Ferner sei es anzumerken, dass das Abschöpfungsverfahren nicht jedem finanziell überforderten Bürgen offen stehe⁴¹⁹. 168

Die Sittenwidrigkeitskontrolle und die Restschuldbefreiung haben verschiedene Zielrichtungen, nämlich einerseits Korrektur bzw Beseitigung der Verträge, andererseits Erteilung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit⁴²⁰. Außerdem sei der Schutz vor dem Verlust der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit dem materiellen Recht nicht völlig fremd, zB § 944 ABGB⁴²¹. 169

Die Verdrängung der Sittenwidrigkeitskontrolle wird auch mit einer Fallkonstellation kritisiert, dass der Bürge vor der Restschuldbefreiung aufgrund eines Ausschlussgrunds ausgeschlossen wird, der in keinem Zusammenhang mit der sittenwidrigen Bürgschaft steht⁴²². Darüber hinaus berühre das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung nicht die eigentliche Kernproblematik der Sittenwidrigkeitskontrolle und lasse alle anderen Kriterien der Problematik außer der Überforderung des Bürgen außer Acht⁴²³. Auch die unterschiedliche systematische Stellung von beiden Rechtsbehelfen wird für die weitere Anwendung 170

⁴¹⁴ P. Bydlinski, ZIK 1995, 138; Thoß, Bürgenschutz 224; Eigner, Interzedentenschutz 333; Th. Rabl, Bürgschaft 167.

⁴¹⁵ P. Bydlinski, ZIK 1995, 138.

⁴¹⁶ P. Bydlinski, ZIK 1995, 138.

⁴¹⁷ P. Bydlinski, ZIK 1995, 138; Thoß, Bürgenschutz 224.

⁴¹⁸ Thoß, Bürgenschutz 224.

⁴¹⁹ P. Bydlinski, ZIK 1995, 138; Thoß, Bürgenschutz 224.

⁴²⁰ Eigner, Interzedentenschutz 334.

⁴²¹ Eigner, Interzedentenschutz 333 f.

⁴²² Thoß, Bürgenschutz 221 ff.

⁴²³ Thoß, Bürgenschutz 227.

der Sittenwidrigkeitskontrolle vorgebracht. Das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung sei nicht Teil des materiellen Rechts und beschäftige sich überhaupt nicht mit der Frage, ob eine Schuld wirksam begründet wurde⁴²⁴.

- 171** Eine eventuelle Vorgangsweise, dass das Gericht die Bürgschaft nur dann für sittenwidrig erklärt, wenn das Gericht nach einer summarischen Prüfung dazu gelangt sei, dass sich der Bürge von seinen Schulden durch das Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung nicht befreien könne, wird auch verneint⁴²⁵. Zum Ersten bleibe so eine summarische Prüfung im Laufe des Insolvenzverfahrens bzw bei der Durchführung des Abschöpfungsverfahrens mit Restschuldbefreiung unbeachtet⁴²⁶. Zweitens führe so ein Verhältnis dazu, die Sittenwidrigkeitskontrolle den Ausschlussgründen des Abschöpfungsverfahrens mit Restschuldbefreiung, getrennt von seinen eigenen Kriterien, zu unterwerfen und den Bürgen durch seine vom Bürgschaftsvertrag unabhängigen Geschäfte zu benachteiligen⁴²⁷.
- 172** In diesem Zusammenhang wird es in der Lehre noch vorgebracht, dass der Abschluss einer den Bürgen überfordernden sittenwidrigen Bürgschaft innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Bürgen zumeist vom Abschöpfungsverfahren mit Restschuldbefreiung ausschließe, da dies regelmäßig einen Ausschlussgrund bzw Einleitungshindernis im Gestalt von vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger gemäß § 201 Abs 1 Z 3 IO darstelle⁴²⁸. Diese Ansicht ist aber fragwürdig. Eine sittenwidrige Bürgschaft enthält das Kriterium verdünnter Entscheidungsfreiheit des Bürgen, die sich zumeist aus gefühlsmäßiger Zwangslage, geschäftlicher Unerfahrenheit oder Überrumpelung ergibt. Es ist nicht klar, inwieweit diese Tatbestände mit vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger vereinbar sind.

ii. Zur verbraucherrechtlichen Mäßigungsberechtigung des Richters

- 173** § 213 IO und § 25d KSchG enthalten die identischen Umstände, die in die Beurteilung des Richters einzubeziehen sind: Nutzen des Schuldners aus der Leistung des Gläubigers und die Kenntnis oder die fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verbindlichkeit von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei Fälligkeit. Nach den

⁴²⁴ *Thoß*, Bürgenschutz 227 f.

⁴²⁵ *Thoß*, Bürgenschutz 223.

⁴²⁶ *Thoß*, Bürgenschutz 223.

⁴²⁷ *Thoß*, Bürgenschutz 223.

⁴²⁸ *Thoß*, Bürgenschutz 221.

Gesetzesmaterialien⁴²⁹ und der hL⁴³⁰ seien die Umstände, die bereits zur richterlichen Mäßigung gemäß § 25d KSchG geführt haben, nicht noch einmal im Insolvenzverfahren zugunsten des Bürgen zu berücksichtigen. Diese Vorgangsweise ist aber fragwürdig. Wenn man die Stütze der Restschuldbefreiung im Schutz der Menschenwürde und Sozialstaatsprinzipien sieht, sollten diese Umstände nochmal in die Beurteilung über die Restschuldbefreiung zugunsten des redlichen Verbraucher-Bürgen einbezogen werden können, der lange Jahre aufgrund eines zumeist unentgeltliches Geschäftes vom Existenzminimum lebt.

Nach einer Ansicht stelle der Umstand, dass bereits eine Mäßigung erfolgt ist und der Bürge innerhalb von drei Jahren danach die Durchführung eines Abschöpfungsverfahrens beantragt, einen Anscheinsbeweis für das Vorliegen eines Einleitungshindernisses gemäß § 201 Abs 1 Z 3 IO (vorsätzliche oder grob fahrlässige Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger durch die unverhältnismäßigen Verbindlichkeiten oder Vermögensverschleuderung innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens) dar⁴³¹. Des Weiteren stelle auch die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit aufgrund der nach der richterlichen Mäßigung eingegangenen Verbindlichkeiten, die in keinem Verhältnis zu der Einkommenssituation des Bürgen stehen, einen Anscheinsbeweis für das Einleitungshindernis dar, da dem Bürgen seine Leistungsfähigkeit bereits im Mäßigungsverfahren vor Augen geführt wurde⁴³². 174

Diese Ansicht ist aber fragwürdig. Zunächst, in Verbindung mit der ersten Annahme, ist es nicht klar, was genau einen Anscheinsbeweis für das Einleitungshindernis iSv § 201 Abs 1 Z 3 IO darstellen soll. Nach dem Wortlaut dieser Regel kann der Antrag auf Eröffnung des Abschöpfungsverfahrens selbst kein Einleitungshindernis sein. Die Entscheidung des Gerichts über die Mäßigung der Haftungssumme gemäß § 25d KSchG kann auch kein Einleitungshindernis iSv § 201 Abs 1 Z 3 IO sein, da es sich bei dieser Regel um die vorsätzliche oder grob fahrlässige Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung der Gläubiger durch die unverhältnismäßigen Verbindlichkeiten oder die Vermögensverschleuderung des Bürgen handelt. Die Entscheidung des Gerichts über die Mäßigung der Haftungssumme erfüllt nicht diese Voraussetzung. Auch der Antrag des Bürgen auf Eröffnung des Mäßigungsverfahrens kann kein Einleitungshindernis sein, da dies weder die Begründung der unverhältnismäßigen 175

⁴²⁹ Erläut RV 311 BlgNr 20. GP 29

⁴³⁰ P. Bydlinski, ZIK 1995, 139; I. Faber, ÖBA 2004, 540; Thoß, Bürgenschutz 235; Apathy in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar Va⁴ § 25d KSchG Rz 10; P. Bydlinski, Der Bürge im Konkurs, ÖBA 2005, 97 (99); Eigner, Interzedentenschutz 350; Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 25d KSchG Rz 54; Kolba in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 25d Rz 21. **AA** G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1347 Rz 168; Th. Rabl, Bürgschaft 71.

⁴³¹ Thoß, Bürgenschutz 233 f.

⁴³² Thoß, Bürgenschutz 234.

Verbindlichkeiten noch die Vermögensverschleuderung darstellt. Des Weiteren stellt die richterliche Mäßigung innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht sicher, dass der Bürge seinen Antrag auf Mäßigung innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Insolvenzverfahren eingereicht hat. Das Eingehen der Bürgschaft kann auch nicht ein Einleitungshindernis sein, da diese Haftungssumme bereits auf ein vertretbares Maß gemäßigt wurde bzw zu einer verhältnismäßigen Verbindlichkeit gemacht wurde. Die gemäßigte Bürgschaftssumme spricht eher für die anderen Gläubiger, da sich ihre Teile im Vermögen des Schuldners für ihre Forderungen vermehren, während der Bürgschaftsgläubiger nun weniger erhält. Ferner stellt die richterliche Mäßigung innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht sicher, dass der Bürge die Bürgschaft innerhalb von drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingegangen ist.

- 176** In Verbindung mit der zweiten Annahme stellt sich die Frage, ob die nach der richterlichen Mäßigung eingegangenen Verbindlichkeiten des Verbraucher-Bürgen wirklich einen Anscheinsbeweis darstellen, dass der Verbraucher-Bürge vorsätzlich oder grob fahrlässig die Befriedigung seiner Gläubiger vereitelt oder schmälert, weil der Bürge seine Leistungsfähigkeit im Mäßigungsverfahren vor Augen hatte. Das Bürgschaftsrecht und das Verbraucherrecht sehen diverse Schutzinstrumente zugunsten des Verbraucher-Bürgen aufgrund ua übereilten Handlungen, mangelnden Rechtskenntnissen, wirtschaftlicher Unterlegenheit, verdünnter Entscheidungsfreiheit vor. Der Grund hinter diesem Schutz spricht bereits gegen so einen Anscheinsbeweis. Des Weiteren verhindert oder schmälert die Anwendung eines Schutzinstruments grundsätzlich nicht den Schutz des Verbrauchers durch ein anderes Schutzinstrument. ZB sieht das Gesetz die Schriftform für die Bürgschaft vor, um den Bürgen von einer übereilten Haftungsübernahme abzuhalten. Daneben steht dem Verbraucher-Bürgen das verbraucherrechtliche Rücktrittsrecht gemäß § 3 KSchG in vollem Umfang zu. Daher sollte die Anwendung der richterlichen Mäßigung gemäß § 25d KSchG nicht zu einer Schlechterstellung des Verbraucher-Bürgen bzw zur Beweislastumkehr im Insolvenzverfahren führen.

D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei

10. Zustimmung des Ehegatten

a. Allgemein

- 177** Gemäß § 584 TBK bedarf die Bürgschaft einer verheirateten Person zu ihrer Gültigkeit der

schriftlichen Zustimmung des Ehegatten. Dieses Erfordernis gilt bei jedem Güterstand⁴³³.

Das Zustimmungserfordernis wird nicht als eine Schriftform, sondern als eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit verheirateter Personen angesehen⁴³⁴. Weder der Bürge noch sein Ehegatte können auf dieses Erfordernis verzichten⁴³⁵. Ferner gilt das Zustimmungserfordernis gemäß § 603 TBK für alle Arten der persönlichen Sicherungsgeschäfte, die von einer natürlichen Person eingegangen werden.

b. Umfang des Erfordernisses

Eine verheiratete Person braucht die Zustimmung ihres Ehegatten für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags. Neben der Eingehung der Bürgschaft ist die Zustimmung für bestimmte nachträgliche Abänderungen notwendig, die auf drei Fälle beschränkt sind. Zum Ersten braucht der Bürge die Zustimmung seines Ehegatten, wenn der Höchstbetrag der Haftungssumme des Bürgen sich nachträglich erhöht. Zweitens unterliegt der nachträgliche Verzicht auf die Vorausklage der Zustimmung des Ehegatten. Drittens ist die Zustimmung für den Fall erforderlich, dass die nachträgliche Änderung eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten bedeutet. Der Begriff „Sicherheiten“ erfasst sowohl die persönlichen als auch die dinglichen Sicherheiten⁴³⁶, zB Entlassung der mithaftenden Personen, Freigabe von Pfändern. Die Antwort auf die Frage, in welchem Fall die Verminderung erheblich ist, ist einzel-fallbezogen⁴³⁷.

178

179

⁴³³ *Reisoğlu*, Kefalet 91; *Özen*, Kefalet³ 185; *Grassinger*, Genel Kredi Sözleşmelerindeki Kefalet Hükümleri, in *Topbaş/Üçışık* (Hrsg), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri (2013) 315 (320, 321); *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 362; *Baş*, İÜHFMD 2012/2, 119; *Gümüş*, Borçlar² 306; *Kırca*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni, in FS Ansay (2006) 435 (439); *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 113 (117); *Badur*, Eşin Rızası, TBBD 2013/109, 251 (278); *Grassinger*, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İBD 2013/3, 16 (23); *Demirbaş*, Kefalet 44; *İyim*, Kefalet 21; *Acar*, Mütelsil 120; *Kaderli*, Das schweizerische Bankgeschäft² (1955) 239; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 6; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 1; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 40. **AA** *Aksoyoğlu*, Borçlar Kanunu Tasarı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, BD 2010/72, 94 (98).

⁴³⁴ *Özen*, Kefalet³ 184; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 673; *Grassinger* in *Topbaş/Üçışık* 322; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 361; *Baş*, İÜHFMD 2012/2, 117; *Gümüş*, Borçlar² 305; *Toplandı*, YÜHFD 2009/1, 184; *İyim*, Kefalet 20; *Şahan*, Kefalet 14; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 119; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 3; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 494 Rz 1; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 3; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 38, 39; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 494 Rz 1.

⁴³⁵ *Baş*, İÜHFMD 2012/2, 117; *Gümüş*, Borçlar² 309; *Kırca* in FS Ansay 438; *Demir*, TBBD 2013/108, 94; *Aksoyoğlu*, BD 2010/72, 94, 98; *Badur*, TBBD 2013/109, 287; *İyim*, Kefalet 21; *Acar*, Mütelsil 120; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 119; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 4; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 494 Rz 1; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 494 Rz 1.

⁴³⁶ *Özen*, Kefalet³ 191; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 364; *Baş*, İÜHFMD 2012/2, 119; *Gümüş*, Borçlar² 308; *Kırca* in FS Ansay 442; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 123; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 18; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 494 Rz 5.

⁴³⁷ *Özen*, Kefalet³ 191; *Baş*, İÜHFMD 2012/2, 119 f; *Gümüş*, Borçlar² 308; *Kırca* in FS Ansay 443; *Badur*, TBBD 2013/109, 282; *Demirbaş*, Kefalet 46; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 20; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 494 Rz 5.

- 180** Die Antwort auf die Frage, ob die Zustimmung des Ehegatten auch dann nötig ist, wenn die Person des Hauptschuldners gewechselt wird, ergibt sich nicht aus dem § 584 TBK. Die Lehre legt aber den Begriff „Sicherheiten“ weit aus. Dieser Begriff erfasse auch das Vermögen des Hauptschuldners⁴³⁸, da dies dem Bürgen nach der Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung steht. Daher sei die Zustimmung für den Wechsel in der Person des Hauptschuldners nötig, sofern die Vermögenslage des neuen Hauptschuldners schlechter als des vorherigen Hauptschuldners sei⁴³⁹.

c. Form und Zeitpunkt der Zustimmung

- 181** Die Zustimmung ist schriftlich abzugeben. Die Erteilung der Zustimmung mit elektronischer Signatur ist aber auch möglich⁴⁴⁰. Sie kann auf eine von der Bürgschaftsurkunde getrennte Urkunde gesetzt werden⁴⁴¹. Daraus muss sich aber hinreichend ergeben, für welche Bürgschaft sie erteilt wurde.
- 182** Es ist nicht möglich, eine allgemeine Zustimmung für alle künftigen Bürgschaften zu erteilen⁴⁴². Allerdings ist es möglich, mehrere bestimmte Bürgschaften die Zustimmung gleichzeitig zu erteilen⁴⁴³. Nach § 584 Abs 1 TBK muss die Zustimmung spätestens gleichzeitig mit dem Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags abgegeben werden. Nach einer Ansicht sei diese Regel allerdings so auszulegen, dass die Zustimmung spätestens gleichzeitig mit der Abgabe der Bürgschaftserklärung erteilt werden müsse⁴⁴⁴. Auf diese Weise erspare man

⁴³⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 92; *Özen*, Kefalet³ 192; *Grassinger* in *Topbaş/Üçışık* 322 f; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 364; *Baş*, İÜHF 2012/2, 120; *Gümüş*, *Borçlar*² 308; *Kırca* in FS Ansay 443; *Badur*, TBBD 2013/109, 282; *Acar*, *Müteselsil* 126; *Çevik*, BÜHFHKHD 2011/89-90, 123.

⁴³⁹ *Reisoğlu*, Kefalet 92, 308; *Özen*, Kefalet³ 192; *Grassinger* in *Topbaş/Üçışık* 322 f; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 364; *Baş*, İÜHF 2012/2, 120; *Gümüş*, *Borçlar*² 308; *Acar*, *Müteselsil* 126; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, *Obligationenrecht*² § 494 Rz 4. Unabhängig von der Vermögenslage des neuen Hauptschuldners: *Giovanoli* in *Becker*, *Bürgschaftsrecht* § 493 Rz 45; *Pestalozzi* in *Basler*, *Obligationenrecht I*⁶ § 493 Rz 18.

⁴⁴⁰ *Baş*, İÜHF 2012/2, 122; *Kırca* in FS Ansay 443; *Badur*, TBBD 2013/109, 289; *Gündüz*, Kefalet 161; *Demirbaş*, Kefalet 46; *İyim*, Kefalet 29.

⁴⁴¹ *Reisoğlu*, Kefalet 92; *Gümüş*, *Borçlar*² 306; *Kırca* in FS Ansay 445; *Gündüz*, Kefalet 163; *İyim*, Kefalet 29; *Acar*, *Müteselsil* 133; *Beck*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 29; *Giovanoli* in *Becker*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 5; *Pestalozzi* in *Basler*, *Obligationenrecht I*⁶ § 494 Rz 2.

⁴⁴² *Reisoğlu*, Kefalet 91; *Özen*, Kefalet³ 193; *Grassinger* in *Topbaş/Üçışık* 322; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 363; *Baş*, İÜHF 2012/2, 118; *Gümüş*, *Borçlar*² 309; *Kırca* in FS Ansay 444; *Toplandı*, YÜHFD 2009/1, 185; *Demir*, TBBD 2013/108, 94; *Badur*, TBBD 2013/109, 290; *Grassinger*, *İBD* 2013/3, 25; *Sönmez*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi, *İzBD* 2012/2, 171 (175); *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 77; *Gündüz*, Kefalet 162; *Uzun*, Kefalet 46; *İyim*, Kefalet 21; *Aksoy*, Kefalet 92; *Acar*, *Müteselsil* 133; *Çevik*, BÜHFHKHD 2011/89-90, 124; *Beck*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 27; *Giovanoli* in *Becker*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 7; *Guhl*, *Bürgschaftsrecht* 40; *Pestalozzi* in *Basler*, *Obligationenrecht I*⁶ § 494 Rz 1; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, *Obligationenrecht*² § 494 Rz 1; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, *Handkommentar* 2² § 494 Rz 2.

⁴⁴³ *Özen*, Kefalet³ 193; *Baş*, İÜHF 2012/2, 118; *Gümüş*, *Borçlar*² 309; *Kırca* in FS Ansay 444; *Badur*, TBBD 2013/109, 290; *Gündüz*, Kefalet 162; *Acar*, *Müteselsil* 133; *Çevik*, BÜHFHKHD 2011/89-90, 124; *Beck*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 27.

⁴⁴⁴ *Özen*, Kefalet³ 193; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 361; *Baş*, İÜHF 2012/2, 121; *Gümüş*, *Borçlar*² 306; *Demirbaş*, Kefalet 46; *Beck*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 23; *Giovanoli* in *Becker*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 8; *Pestalozzi*

sich den Druck auf den Ehegatten des Bürgen wegen der nachträglichen Erlangung der Zustimmung⁴⁴⁵. Diese Begründung ist aber fragwürdig, da ein ähnlicher Druck auch vor der schriftlichen Willenserklärung des Bürgen besteht. Nach einer anderen Ansicht führe die fehlende Zustimmung des Ehegatten nicht gleich zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags, sondern es bleibe dessen Gültigkeit in der Schwebe, der andere Ehegatte kann diese Zustimmung nachträglich erteilen⁴⁴⁶. Schlussendlich kann die Zustimmung an eine Bedingung gebunden werden⁴⁴⁷.

d. Die Ausnahmen

i. Fälle

§ 584 Abs 1 TBK enthält zwei Fälle, in welchen die Zustimmung des Ehegatten nicht erforderlich ist. Zum Ersten ist die Zustimmung des Ehegatten dann nicht mehr erforderlich, wenn die Ehe durch richterliches Urteil getrennt ist. Zweitens ist die Zustimmung nicht mehr erforderlich, wenn ein Ehegatte das Recht hat, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben. Welcher Ehegatte dieses Recht hat, spielt hier keine Rolle. 183

Die Frage stellt sich, ob eine Ausnahme auch dann besteht, wenn der Ehegatte, dessen Zustimmung einzuholen ist, handlungsunfähig ist. Die hL nimmt hier keine Ausnahme an⁴⁴⁸. In einem solchen Fall sei die Zustimmung vom gesetzlichen Vertreter des handlungsunfähigen Ehegatten einzuholen. In diesem Zusammenhang ist ein anderer fragwürdiger Fall die Bürgschaft für die Schuld des Ehegatten. Ein Teil der Lehre schafft nicht das Zustimmungserfordernis mit dem Argument ab, dass die Bürgschaft zur Erschwerung der Last auf der Familie führe⁴⁴⁹. 184

ii. Personen und bestimmte Kredite

Nach dem Inkrafttreten des TBK wurden viele Beschwerden über den Umfang dieses Erfordernisses vorgebracht. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber nachträglich den Umfang dieses Erfordernisses umgestaltet und eingeschränkt, indem er einen neuen Absatz zum § 584 185

in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 494 Rz 2; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 494 Rz 5. **AA** *Wiegand* in *Wiegand* 195, 196.

⁴⁴⁵ *Baş*, İÜHFM 2012/2, 121; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 24; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 10.

⁴⁴⁶ *Toplandı*, YÜHFD 2009/1, 184.

⁴⁴⁷ *Özen*, Kefalet³ 192; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 363; *İyim*, Kefalet 28.

⁴⁴⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 93; *Özen*, Kefalet³ 185; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 362; *Baş*, İÜHFM 2012/2, 123; *Aksoyoğlu*, BD 2010/72, 99; *Badur*, TBBD 2013/109, 285; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 120; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 8; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 494 Rz 1. **AA** *Grassinger*, Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesine Dair Hükümlerin İncelenmesi, İKÜHFD 2005/1-2, 83 (89 f).

⁴⁴⁹ *Özen*, Kefalet³ 189 f; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 362; *Badur*, TBBD 2013/109, 286 f; *Baş*, İÜHFM 2012/2, 124; *Gümüç*, Borçlar² 306; *İyim*, Kefalet 24; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 121. **AA** *Reisoğlu*, Kefalet 91; *Grassinger* in *Topbaş/Üçışık* 321; *Acar*, Mütelselil 123.

TBK hinzugefügt hat. Zum Ersten ist die Zustimmung nicht erforderlich für die Bürgschaft einer Person, die Eigentümer eines im Handelsregister eingetragenen Unternehmens ist, sofern die Bürgschaft die Geschäfte des Unternehmens betrifft. Ähnliches gilt für die Geschäftsführer und die Mitglieder einer Gesellschaft, sofern die Bürgschaft die Geschäfte der Gesellschaft betrifft. Die Zustimmung benötigen auch nicht die Gewerbetreibende und die Handwerker für die ihre beruflichen Tätigkeiten betreffenden Bürgschaften. Vom Erfordernis hat der Gesetzgeber weiters noch die Kredite befreit, die von einer öffentlich-rechtlichen Bank zur Unterstützung der Agrarproduktion oder Gewerbetreibenden und Handwerkern im Rahmen von einem bestimmten Gesetz eingeräumt werden. Die Bürgschaften für die Kredite, die den Mitgliedern der landwirtschaftlichen Genossenschaften sowie Gewerbebetreibenden- und Handwerker-genossenschaften von Genossenschaften und öffentlich-rechtlichen Instituten eingeräumt werden, sind ebenfalls von diesem Erfordernis befreit.

e. Folge der fehlenden Zustimmung

- 186** Die Nichteinholung der Zustimmung des Ehegatten führt zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags. Das Zustimmungserfordernis sei nach der Lehre von Amts wegen zu prüfen⁴⁵⁰. Hingegen vertritt Yargıtay die gegenteilige Meinung, wonach dieses Zustimmungserfordernis nicht von Amts wegen zu prüfen sei⁴⁵¹. Die Frage stellt sich, ob oder inwieweit der Bürgschaftsvertrag gültig ist, wenn die Zustimmung und der abgeschlossene Bürgschaftsvertrag einander nicht entsprechen, zB solidarische Bürgschaft statt der einfachen Bürgschaft oder ein höherer Haftungsbetrag für den Bürgen. Nach einem Teil der Lehre scheitert der Bürgschaftsvertrag bei einem Konflikt an der fehlenden Zustimmung⁴⁵². Nach einem anderen Teil der Lehre bleibe der Bürgschaftsvertrag aufrecht, insofern der Vertrag an die Zustimmung angepasst wird bzw Teilnichtigkeit angenommen wird⁴⁵³.
- 187** Für die nachträglichen Abänderungen der Bürgschaft hat die fehlende Zustimmung unterschiedliche Folgen. Stimmt der Ehegatte nicht der Erhöhung des Haftungsbetrags des Bürgen oder der Umwandlung der einfachen Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft zu, bleibt die Haftung des Bürgen unverändert bzw wie vorher⁴⁵⁴. Nimmt der Gläubiger allerdings eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten ohne Zustimmung des Ehegatten des Bürgen vor, dann haftet der Gläubiger für die Verminderung, bzw verliert seinen Anspruch im Ausmaß

⁴⁵⁰ *Badur*, TBBD 2013/109, 288; *Gümüş*, *Borçlar*² 309; *Uzun*, *Kefalet* 46; *Aksoy*, *Kefalet* 92; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 127; *Pestalozzi* in *Basler*, *Obligationenrecht I*⁶ § 494 Rz 1.

⁴⁵¹ *Yargıtay* 27.6.2013, 12 HD 2013/24337.

⁴⁵² *Kırca* in *FS Ansay* 445; *Özen*, *Kefalet*³ 195 f; *Baş*, *IÜHFM* 2012/2, 126; *Gümüş*, *Borçlar*² 309.

⁴⁵³ *Badur*, TBBD 2013/109, 292; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 363; *İyim*, *Kefalet* 31 *Acar*, *Müteselsil* 135; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 125.

⁴⁵⁴ *Reisoğlu*, *Kefalet* 91; *Özen*, *Kefalet*³ 194 f; *Gümüş*, *Borçlar*² 309; *İyim*, *Kefalet* 32; *Acar*, *Müteselsil* 137, 138; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 128; *Beck*, *Bürgschaftsrecht* § 494 Rz 33.

der Verminderung⁴⁵⁵.

Die Zustimmung steht im freien Ermessen des Ehegatten und ist nicht auf bestimmte Tatbestände eingeschränkt. In der Lehre ist die Frage aber strittig, ob der Richter den Bürgen von diesem Erfordernis befreien kann, wenn der Ehegatte die Zustimmung ohne hinreichende Begründung verweigert⁴⁵⁶. **188**

Die Nichterlangung der Zustimmung des Ehegatten bedeutet keine Haftung für den potenziellen Bürgen. Führt allerdings der Erklärende seinen Vertragspartner über seinen Familienstand irre, zB durch falsche Antwort oder gar keine Antwort auf die Frage nach dem Familienstand, dann sollte er aus der unerlaubten Handlung gemäß § 49 Abs 2 TBK oder culpa in contrahendo⁴⁵⁷ zum Ersatz verpflichtet sein. **189**

11. Unverzichtbarkeit der dem Bürgen eingeräumten Rechte im Voraus

§ 582 Abs 3 TBK enthält eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit und verbietet den im Voraus erklärten Verzicht des Bürgen auf die ihm unter dem fünfzehnten Teil „Bürgschaftsvertrag“ des TBK eingeräumten Rechte, soweit nicht etwas Anderes sich aus dem Gesetz ergibt. Das Verbot bezieht sich nur auf die bürgschaftsrechtlichen Schutzinstrumente. Der Verzicht auf die Rechte, die dem Bürgen aus anderen Rechtsgeschäften zustehen, fällt nicht unter den Geltungsbereich des § 582 Abs 3 TBK. **190**

Da das Gesetz nur den im Voraus erklärten Verzicht für ungültig hält, ist ein nachträglicher Verzicht zulässig. Allerdings stellt sich die Frage, wann man von einem im Voraus erklärten Verzicht sprechen kann. Ohne Zweifel gilt dieses Verbot bei Eingehung der Bürgschaft. Dieses Verbot ist aber in zeitlicher Hinsicht nicht nur auf den Vertragsabschluss beschränkt. Nach der Lehre ist ein Verzicht erst dann rechtsverbindlich, wenn sich der entsprechende Tatbestand verwirklicht hat⁴⁵⁸. Nur in diesem Fall ist der Verzicht zulässig, zB erst nach der Unterlassung bzw Verletzung einer Aufgabe durch den Gläubiger. **191**

Das Gesetz erstreckt das Verbot nicht auf alle Bürgschaftsregeln. Aus den folgenden Artikeln **192**

⁴⁵⁵ *Reisoğlu*, Kefalet 91; *Özen*, Kefalet³ 195; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 364; *Gümüş*, Borçlar² 310; *İyim*, Kefalet 32; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 128; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 33.

⁴⁵⁶ **Verneinend:** *Kırca* in FS Ansay 447; *Reisoğlu*, Kefalet 90; *Özen* in *Topbaş/Üçışık* 363; *Baş*, İÜHFM 2012/2, 127; *Çevik*, BÜHFKHHD 2011/89-90, 129; *Gümüş*, Borçlar² 309; *Ceylan*, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri ile İlgili Yeni Düzenlemeler, İBD 2014/1, 61 (77); *İyim*, Kefalet 33; *Aksoy*, Kefalet 93; *Acar*, Mütessesil 136 f; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 494 Rz 12; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 494 Rz 3; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 494 Rz 2; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 494 Rz 3. **Bejahend:** *Aksoyoğlu*, BD 2010/72, 99; *Badur*, TBBD 2013/109, 289; *M. Yılmaz*, TAAD 2011/7, 79.

⁴⁵⁷ *Baş*, İÜHFM 2012/2, 125.

⁴⁵⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 29, 31; *Gümüş*, Borçlar² 297; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 136; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 27; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 89.

ergeben sich die Verzichtbarkeit deutlich: Der Regress des zahlenden Bürgen auf den anderen Mitbürgen gemäß § 587 Abs 2 und 4 TBK, Haftungsumfang des Bürgen gemäß § 589 Abs 2 und 3 TBK, der Übergang der Rechte auf den zahlenden Bürgen gemäß § 596 Abs 2 und 4 TBK. Ferner sind jene Rechte des Bürgen als verzichtbar anzusehen, deren Verzichtbarkeit sich aus den Bürgschaftsregeln des TBK mittelbar ergibt⁴⁵⁹, zB die Umwandlung einer einfachen Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft.

- 193** Im Zusammenhang mit der Unverzichtbarkeit der Rechte des Bürgen ist auch § 4 Abs 2 TKHK für den Verbraucher-Bürgen von großer Bedeutung und erwähnenswert. Nach dieser Regel können die Bedingungen im Vertrag während der Laufzeit des Vertrags nicht zum Nachteil des Verbrauchers geändert werden.
- 194** Die Angemessenheit der Unverzichtbarkeit der dem Bürgen eingeräumten Rechte ist fragwürdig. Es ist zuerst nicht klar, warum diese Rechte unter Privaten nicht abbedungen werden können. Zweitens enthalten §§ 21-25 TBK diverse Kontrollmechanismen für die Prüfung der Wirksamkeit der Klausel in AGB. Aufgrund dieser Kontrollmechanismen ist es auch nicht klar, warum man § 582 Abs 3 TBK benötigt.

12. Maximale Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen

- 195** Gemäß § 598 Abs 3 TBK fallen die Bürgschaften natürlicher Personen mit Ablauf von zehn Jahren nach Abschluss des Bürgschaftsvertrags dahin. Der Umstand ist bedeutungslos, dass die Hauptschuld erst in einem künftigen Zeitpunkt zustande kommen wird⁴⁶⁰. Die Wirkung des Fristablaufs tritt von Gesetzes wegen ein, daher ist die Geltendmachung des Fristablaufs durch den Bürgen nicht erforderlich⁴⁶¹. Die Hemmung oder Unterbrechung dieser Frist ist grundsätzlich nicht möglich⁴⁶². Jedoch sollte man diese Frist als gehemmt ansehen, wenn der Bürge die Schuldbetreibung gegen ihn zB durch die Leistung dinglicher Sicherheit einstellt⁴⁶³. Widrigenfalls könnte sich der Bürge unbilligerweise von seiner Haftung befreien.

⁴⁵⁹ Beck, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 139; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 27.

⁴⁶⁰ Özen, Kefalet³ 578; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 703; Gümüş, Borçlar² 383; Uzun, Kefalet 107; Şen, Kefalet 61; Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi, İKÜHFD 2011/2, 53 (70); Çınar, Kefilin 65; Kuntalp/Altınok-Ormancı in FS Toroslu 746; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 23.

⁴⁶¹ Özen, Kefalet³ 579; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 703; Uzun, Kefalet 107; Şen, Kefalet 61; Acar, Mütessesil 384; Özen, İKÜHFD 2011/2, 71; Çınar, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi (2013) 71; Kuntalp/Altınok-Ormancı in FS Toroslu 745; Beck, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 58; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 20, 23; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 509 Rz 12; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 509 Rz 9; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 509 Rz 8.

⁴⁶² Reisoğlu, Kefalet 295; Özen, Kefalet³ 578; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 703; Gümüş, Borçlar² 383; Uzun, Kefalet 107; Acar, Mütessesil 381; Çınar, Kefilin 67; Kuntalp/Altınok-Ormancı in FS Toroslu 745; Beck, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 57.

⁴⁶³ Barlas, İZBD 2011/2, 24. Für dieses Schutzinstrument: Unten Rz 281 ff.

Gemäß § 598 Abs 4 TBK ist die maximale Befristung nicht so zu verstehen, dass die Haftung für alle innerhalb dieser zehnjährigen Frist begründeten bzw fällig gewordenen Schulden des Hauptschuldners nach Fristablauf weiter aufrecht bleibt. Der Gläubiger kann den Bürgen nur innerhalb der zehn jährigen Frist in Anspruch nehmen. Die Antwort auf die Frage, ob der Gläubiger seine Forderung gegen den Bürgen gerichtlich geltend machen muss, geht allerdings nicht aus dem Gesetzestexts hervor. Um den Reiz der Bürgschaft für den Gläubiger nicht weiter zu beeinträchtigen, wäre es empfehlenswert, die außergerichtliche Geltendmachung für ausreichend zu betrachten. Ferner befreit der Bürge sich nicht von seiner Haftung, wenn die maximale Befristung während der Betreuung der Schuld gegen Bürgen bzw im Laufe des Verfahrens abläuft⁴⁶⁴. Die Frage stellt sich noch, ob der Bürge seine nach Ablauf dieser Frist vorgenommene Leistung mit einem Kondiktionsanspruch zurückverlangen kann. Nach einer Ansicht könne der Bürge dies tun, weil er nach Ablauf dieser Frist eine nicht geschuldete Leistung vornehme⁴⁶⁵.

196

Die Verlängerung der Bürgschaft einer natürlichen Person ist möglich. Die Verlängerung bedarf der Schriftform. Die Zustimmung des Ehegatten ist nicht erforderlich, sofern keine erhebliche Verminderung der Sicherheiten während der verlängerten Zeit vorkommt⁴⁶⁶. § 598 Abs 5 TBK sieht zwei Beschränkungen in zeitlicher Hinsicht vor. Zunächst ist die Verlängerung nur dann möglich, wenn sie nicht früher als ein Jahr vor dem Dahinfallen der Bürgschaft vereinbart wird, somit frühestens nach Ablauf von neun Jahren. Widrigenfalls ist die Verlängerung für den Bürgen nicht verbindlich. Darüber hinaus muss die Verlängerung vor dem Dahinfallen der Bürgschaft vorgenommen werden. Zweitens kann die Verlängerung nur für höchstens weitere zehn Jahre vorgenommen werden. Allerdings ist die Erneuerung des Bürgschaftsvertrags möglich und die Erneuerung ist nicht in zeitlicher Hinsicht, mit Vorbehalt maximaler Frist, beschränkt⁴⁶⁷. In diesem Fall müssen alle Gültigkeitsvoraussetzungen der Bürgschaft aber wieder erfüllt werden⁴⁶⁸.

197

⁴⁶⁴ *Reisoğlu*, Kefalet 295; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 704; *Uzun*, Kefalet 109; *Çınar*, Kefilin 73; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 59. **AA** *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 33.

⁴⁶⁵ *Uzun*, Kefalet 108; *Acar*, Mütəselsil 385; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 71.

⁴⁶⁶ *Reisoğlu*, Kefalet 297; *Özen*, Kefalet³ 580; *Gümüş*, Borçlar² 384; *Uzun*, Kefalet 112; *Çınar*, Kefilin 70; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 72; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 68; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 509 Rz 16.

⁴⁶⁷ *Reisoğlu*, Kefalet 297; *Özen*, Kefalet³ 581; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 704; *Gümüş*, Borçlar² 385; *Uzun*, Kefalet 113; *Acar*, Mütəselsil 384; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 72; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 70; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 133; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 509 Rz 13, 16; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 509 Rz 12.

⁴⁶⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 297; *Özen*, Kefalet³ 581; *Uzun*, Kefalet 113; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 72; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 509 Rz 70; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 509 Rz 16; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 509 Rz 12.

198 Die Frage stellt sich, ob die maximale Befristung der Bürgschaften natürlicher Personen die ordentliche Kündigung ausschließt. Die Antwort auf diese Frage sollte nein sein. Eine gegenteilige Annahme würde dazu führen, dass eine natürliche Person mit der Bürgschaft mindestens zehn Jahre lang verbunden bleibt, während eine juristische Person bzw. Gesellschaft ihre Bürgschaft unter Einhaltung der kürzeren Fristen kündigen kann, obwohl die zehnjährige Frist eigentlich für den Schutz natürlicher Personen vorgesehen ist.

Eine Ansicht in der schweizerischen Lehre lehnt allerdings das Kündigungsrecht des Bürgen ohne Begründung ab, wenn dies nicht gesondert abgesprochen wird⁴⁶⁹.

199 Die maximale Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen gehört zugunsten des Bürgen zum relativ zwingenden Recht. Eine längere Frist kann man nicht vereinbaren. Die Bürgschaft gilt nur als auf zehn Jahre abgeschlossen, wenn der Bürgschaftsvertrag eine längere Frist enthält.

200 Die Angemessenheit der maximalen Befristung der Bürgschaften natürlicher Personen ist fragwürdig. Dem Bürgen steht sowohl das ordentliche als auch das außerordentliche Kündigungsrecht zu. Eine zeitliche Knebelung des Bürgen besteht nicht. Ferner decken die Bürgschaften natürlicher Personen, die länger als zehn Jahre dauern, schon einen wichtigen Bedarf bei den Krediten für den Hauskauf.

⁴⁶⁹ Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 509 Rz 9.

III. Direkte Inanspruchnahme

A. Probleme im Überblick

BÜRGSCHAFTEN sind Sicherungsmittel. Der Bürge übernimmt die Bürgschaft zur Unterstützung des Hauptschuldners und steht an der zweiten Linie hinter dem Hauptschuldner für eine ihm fremde Verbindlichkeit zur Verfügung. Aus Billigkeitsgründen hat der Bürge ein berechtigtes Interesse daran, dass der Gläubiger ihn nicht zu seiner Befriedigung anhält, sofern der Gläubiger seine Befriedigung auch aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangen kann. Ferner ist es dem Bürgen aufgrund seiner persönlichen Beziehung zum Hauptschuldner nicht immer leicht, gegen den Hauptschuldner so streng vorzugehen, wie der Gläubiger dies tun kann⁴⁷⁰. Auf der anderen Seite stellt die Haftung des Bürgen aber für den Gläubiger ein sehr wertvolles Instrument dar. Man sieht die Funktion der Bürgschaft im Schutz des Gläubigers vor der Zahlungsunfähigkeit und der Zahlungsunwilligkeit des Hauptschuldners. Die Erschwerung der Belangbarkeit des Bürgen führt zur Unbrauchbarkeit der Schutzinstrumente des Bürgen, da dies der Bürgschaft den Reiz nimmt und der Gläubiger nun seine Forderung auf anderen Wegen sicherstellen möchte. Nachfolgend werden die Schutzinstrumente erörtert, die die Härten der Mitverpflichtung des Bürgen durch die Einschränkung seiner Belangbarkeit bzw die Fernhaltung der Betreuung ausgleichen, ohne allzu schwere Beeinträchtigung der wertvollen Bedeutung der Bürgschaft für den Gläubiger zu bewirken.

201

B. Vergleichbare Instrumente

13. Vorausaufrechnung

a. Österreich

i. Allgemein

Das Schutzinstrument der Vorausaufrechnung, wonach der Bürge seine Leistung beim Vorliegen einseitiger oder beidseitiger Aufrechnungslage zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger verweigern kann, ist in der jüngeren Lehre umstritten.

202

Nach einem Teil der Lehre sei die Vorausaufrechnung dem System des ABGB fremd, dem Bürgen stehe kein Leistungsverweigerungsrecht zu⁴⁷¹. Das Leistungsverweigerungsrecht

203

⁴⁷⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts (schweizerisches) Bundesblatt 1939/51, 870.

⁴⁷¹ *Th. Rabl*, Bürgschaft 103 ff; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 8; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung

werde nicht aus dem Grundsatz der Akzessorietät, sondern aus jenem der Subsidiarität abgeleitet⁴⁷². Anders als im deutschen Recht sei die Subsidiarität der Bürgschaft im ABGB schwach ausgebildet, zB werden dem Bürgen weder das Schutzinstrument der Vorausklage noch das Schutzinstrument der Vorausverwertung der Pfänder eingeräumt⁴⁷³. § 129 Abs 3 HGB, nach welchem ein für die Schuld der Gesellschaft in Anspruch genommener Gesellschafter der OHG die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann, stehe mit dem Subsidiaritätskonzept des ABGB nicht im Einklang, daher sei eine Analogie nicht möglich⁴⁷⁴. Mit demselben Argument wird auch die Analogiefähigkeit des § 129 Abs 2 UGB abgelehnt⁴⁷⁵, nach welchem der Gesellschafter der OHG die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange die Gesellschaft ihre Schuld durch Aufrechnung mit einer fälligen Forderung tilgen kann. Der OGH folgt dieser Auffassung im Ergebnis und verneint das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen⁴⁷⁶. Nach dem OGH sei der Bürge in diesem Fall in einer vergleichbaren Lage wie jener Bürge, der für einen Schuldner einsteht, der trotz seiner ausreichenden liquiden Mittel seine Schuld nicht tilgt.

- 204** Nach einem anderen Teil der Lehre könne sich der Bürge auf das Vorliegen einer Aufrechnungslage zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger berufen. Diesbezügliche Ansichten sind aber sehr unterschiedlich. Nach einer Ansicht stellen die Akzessorietät und die analoge Anwendbarkeit des § 129 HGB aufgrund des ähnlichen Interessenkonflikts eine ausreichende Grundlage für das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen dar, wenn der Hauptschuldner das Aufrechnungsrecht hat⁴⁷⁷. Gleich wie beim Vorliegen eines Anfechtungsrechts des Hauptschuldners sei es dem Gläubiger zumutbar, gegen den Hauptschuldner vorzugehen und Klarheit zu schaffen⁴⁷⁸. Darüber hinaus sei die Ausübung des Aufrechnungsrechts sehr wahrscheinlich und der Bürge müsste seine Leistung beim Fehlen eines Leistungsverweigerungsrechts dann nach § 1431 ABGB zurückverlangen, was ein unnötiges Hin und Her sei⁴⁷⁹.

(1995) 21 ff. (Nach der letzten Autorin kann jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht in bestimmten Ausnahmefällen in Frage kommen: Unten Rz 204.)

⁴⁷² *Th. Rabl*, Bürgschaft 104; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 8.

⁴⁷³ *Th. Rabl*, Bürgschaft 104 f; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 8.

⁴⁷⁴ *Th. Rabl*, Bürgschaft 104; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12.

⁴⁷⁵ *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 8.

⁴⁷⁶ OGH 1.1.1992, 6 Ob 634/91.

⁴⁷⁷ *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 697; *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 66 f; *P. Bydlinski*, Der Bürge kann dem Gläubiger gegenüber nicht die Gegenforderung des Hauptschuldners einredeweise geltend machen. ÖBA 1992, 660 (661) (Entscheidungsanmerkung). Ihm zustimmend: *Schett*, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt und ihre Bedeutung, JAP 1991/92, 201 (203).

⁴⁷⁸ *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 697; *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 67.

⁴⁷⁹ *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 697.

Für den Fall, dass nur dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht zusteht, könne der Bürge aber seine Leistung nicht verweigern, weil er wie der Hauptschuldner verpflichtet sei und der Gläubiger nach dem Bürgschaftskonzept des ABGB nicht die Aufgabe habe, bei seiner Entscheidung die Interessen des Bürgen zu berücksichtigen⁴⁸⁰. § 129 Abs 3 HGB sei entgegen dem ersten Fall, in welchem dem Hauptschuldner ein Aufrechnungsrecht zusteht, hier nicht analog anwendbar⁴⁸¹. Nach einer anderen Ansicht könne der Bürge seine Leistung auch dann verweigern, wenn nur dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht zusteht⁴⁸². Begründet wird diese Ansicht mit der *Sorgfaltspflicht* des Gläubigers⁴⁸³. Ferner zwingt diese Ansicht den Gläubiger zur Aufrechnung, damit der Gläubiger den Bürgen tunlichst gar nicht in Anspruch nehme⁴⁸⁴. Nach einer dritten Ansicht könne der Bürge seine Schuld gegenüber dem Gläubiger mit einer Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger aufrechnen⁴⁸⁵. Nach einer vierten Ansicht stehe dem Bürgen das Leistungsverweigerungsrecht nur dann und aufgrund der Akzessorietät zu, wenn sich die Forderung des Hauptschuldners aus dem Hauptgeschäft ergibt⁴⁸⁶. Nach einer fünften Ansicht ergebe sich das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen beim Vorliegen eines Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners bloß aus der Nachrangigkeit seiner Haftung und der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld⁴⁸⁷.

Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen beim Vorliegen einer Aufrechnungslage zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger wird im deutschen Recht anerkannt. Der Wortlaut des § 770 Abs 2 BGB gewährt dem Bürgen das Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Gläubiger das Recht zur Aufrechnung hat. Die Frage ist aber strittig, ob dem Bürgen auch ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, wenn nur dem Hauptschuldner das Recht zur Aufrechnung zusteht⁴⁸⁸.

ii. Grundlagen

(a) Legitimes Interesse des Bürgen

Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen beim Vorliegen eines Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners ist eigentlich dem österreichischen Bürgschaftsrecht nicht ganz fremd. 205

⁴⁸⁰ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 698.

⁴⁸¹ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 698.

⁴⁸² Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6.

⁴⁸³ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6. **AA** in Bezug auf den Bürgen und Zahler: Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1357 Rz 3.

⁴⁸⁴ Gamerith in Rummel, ABGB³ vor § 1360 Rz 4, § 1360 Rz 4, § 1364 Rz 3.

⁴⁸⁵ Koch, Die Gegenseitigkeit und deren Nachbildung durch Aufrechnungsvertrag, JBl 1989, 222 (226). **AA** OGH 20.12.1991, 6 Ob 634/91.

⁴⁸⁶ Dullinger, Aufrechnung 21, 23. (Die Autorin versagt jedoch dem Bürgen und Zahler das Leistungsverweigerungsrecht auf der Seite 22.)

⁴⁸⁷ R. Perner, Bürgschaft 92, 147.

⁴⁸⁸ **Bejahend:** Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 770 Rz 10; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht³ Rz 302. **Verneinend:** Horn in Staudinger, BGB²⁰¹² § 770 Rz 9.

Beim Abschluss des Bürgschaftsvertrags hat der Bürge ein gesetzlich anerkanntes schutzwürdiges Interesse daran, dass die Befriedigung des Gläubigers mittelbar oder unmittelbar aus dem Vermögen des Hauptschuldners erfolgt. Dieses Interesse entspricht im Grunde dem Subsidiaritätsprinzip bzw dem Nachrangigkeitsprinzip der Haftung des Bürgen, das auf die Stellung des Bürgen einerseits gegenüber dem Gläubiger andererseits gegenüber dem Hauptschuldner wirkt.

(b) Anspruch auf die Aufrechnung

- 206** Entgegen dem deutschen und schweizerischen Recht ergibt sich aus dem ABGB nicht ausdrücklich, dass der Bürge den Gläubiger im Regelfall dazu zwingen kann, sich für die Befriedigung zunächst an den Hauptschuldner oder an dingliche Sicherheiten zu halten. Die sogenannte Vorausklage und die Vorausverwertung der Pfänder sind im ABGB nicht ausdrücklich geregelt. Hinsichtlich dieses Aspekts ist die Subsidiarität im Bürgschaftskonzept des ABGB schwach ausgebildet. Dementsprechend ist es im Ergebnis schwer erreichbar, dass der Bürge den Gläubiger zur Aufrechnung zwingen kann.
- 207** Anderes gilt aber dann, wenn man die Grundlagen so eines Anspruchs in den anderen Bereichen der Subsidiarität untersucht, etwa bei der Stellung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner. Hinsichtlich dieses Aspekts ist die Stellung des Bürgen vergleichsweise nicht schwächer ausgeprägt. Ihm stehen diverse Schutzinstrumente zur Verfügung. So kennt das Bürgschaftskonzept des ABGB zB einen Anspruch auf Sicherstellung der Regressforderung (§ 1364 ABGB) und einen Anspruch auf Sicherstellung der verbürgten Schuld (§ 1365 ABGB). In dieser Hinsicht ist das Konzept des ABGB in diesem Bereich, der Stellung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner, sogar stärker als im deutschen und schweizerischen Recht ausgeprägt, da beide Rechtsordnungen dem Bürgen nicht das Recht einräumen, die Sicherstellung der verbürgten Schuld zu begehren.
- 208** Unter Berücksichtigung der Stellung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner kann man davon ausgehen, dass der Bürge vom Hauptschuldner bestimmte Handlungen erwarten darf, die den Bürgen von den unerwünschten Folgen der Bürgschaft bewahrt und das eigene Vermögen des Bürgen für die Befriedigung des Gläubigers in den Hintergrund drängt. Unter diesen Handlungen kann man auch das Begehren des Bürgen sehen, dass der Hauptschuldner die Hauptschuld im Wege der Aufrechnung mit seiner Gegenforderung tilgt. So ein Anspruch des Bürgen ist nicht weit entfernt von den Ansprüchen der §§ 1364, 1365 ABGB und ist sogar praktischer als diese. Vor allem sollte derjenige, der die Sicherstellung der verbürgten Schuld begehren kann, auch die Tilgung dieser Schuld im Wege der Aufrechnung begehren

können. Daher kann man hier einen Größenschluss vornehmen. In dem Fall, dass der Hauptschuldner diesem Begehren des Bürgen nicht nachkommt, kann man die Rechtsfolge der Unterlassung der Sicherstellung durch den Hauptschuldner gemäß §§ 1364, 1365 ABGB analog anwenden. Jedoch ist es anzumerken, dass der Bürge den Hauptschuldner nur im Ausmaß seiner Regressforderung zur Aufrechnung zwingen können sollte, weil das legitime Interesse des Bürgen an der Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Hauptschuldners nur in diesem Ausmaß besteht.

(c) Ungleichgewicht der gegenüberstehenden Interessen

Das Recht des Bürgen, vom Hauptschuldner die Aufrechnung zu begehren, rechtfertigt allein noch nicht die Aufgabe des Gläubigers, nach Fälligkeit der Bürgschaftsschuld den Bürgen nicht in Anspruch zu nehmen, bzw das Recht des Bürgen, seine Leistung nach der Fälligkeit zu verweigern. Eine Rechtfertigung zur Verweigerung der Leistung liegt in der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme des Bürgen. **209**

Das Interesse des Bürgen, dass die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Hauptschuldners erfolgt, steht dem Interesse des Gläubigers an seiner Befriedigung durch den Bürgen entgegen. Indem der Bürge den Hauptschuldner zur Aufrechnung zwingt, erspart er sich Zeit, Kosten und Nerven. Muss er jedoch gleich nach seiner Inanspruchnahme den Gläubiger befriedigen, geht dieses ohnehin sparsame Interesse des Bürgen an der Tilgung im Wege der Aufrechnung im Ganzen ins Leere. Diesem schutzwürdigen Interesse des Bürgen steht die fragwürdige Schutzwürdigkeit des Interesses des Gläubigers an der Inanspruchnahme des Bürgen entgegen. Der temporäre Zufluss aus dem Vermögen des Bürgen in das Vermögen des Gläubigers nutzt dem Gläubiger nicht viel, da er nun, mit der vom Bürgen geforderten Leistung, die fällige Gegenforderung des Hauptschuldners begleichen muss. Danach muss der Hauptschuldner noch damit die Regressforderung des Bürgen begleichen. Im Ergebnis besteht ein krasses Missverhältnis zwischen den Interessen des Gläubigers und den Interessen des Bürgen. Dieses Missverhältnis stellt einen unnötigen Umweg dar und kostet Zeit, Geld und Nerven. Das Interesse des Gläubigers an der Inanspruchnahme des Bürgen steht in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen, die der Bürge dadurch erleidet. Dieses Ungleichgewicht tritt aber nur im Ausmaß und in der Höhe der Gegenforderung des Hauptschuldners ein, weil die Haftung des Bürgen den darüberhinausgehenden Teil der Hauptschuld sowieso decken muss. **210**

Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen beim Vorliegen des Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners ist dem Bürgschaftskonzept des ABGB nicht fremd. Die Begründung dieses Rechts des Bürgen liegt einerseits in seinem Verhältnis zum Hauptschuldner, andererseits **211**

in der Folge seiner rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme durch den Gläubiger. Der Umfang des Leistungsverweigerungsrechts des Bürgen ist auf die Höhe seiner möglichen Regressforderung und die Höhe der Gegenforderung des Hauptschuldners beschränkt. Für die Ausübung dieses Recht ist die Frage nicht bestimmend, ob der Gläubiger ein Recht zur Aufrechnung hat, daher ist das Recht des Gläubigers zur Aufrechnung bedeutungslos.

- 212** Schlussendlich sieht der neue § 129 Abs 2 UGB, anders als der frühere § 129 HGB, ausdrücklich vor, dass der Gesellschafter seine Leistung aufgrund eines Aufrechnungsrechts der Gesellschaft verweigern kann. Diese Regel bietet ausreichende Grundlage für die Annahme des Leistungsverweigerungsrechts des Bürgen und ist aufgrund der Ähnlichkeit der geschützten Interessen analogiefähig. Allerdings kann man das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auch ohne Anlehnung an die analoge Anwendung des § 129 Abs 2 UGB annehmen.

iii. Disposition

- 213** Gegenüber der Verzichtbarkeit des Rechts des Bürgen zur Verweigerung seiner Leistung beim Vorliegen einer Aufrechnungslage zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger gibt es grundsätzlich keine Bedenken in der Lehre⁴⁸⁹. Nach einer Ansicht könne der Hauptschuldner sich aber gegen den Bürgen auf das Vorliegen seines Aufrechnungsrecht berufen, wenn der Bürge seine Schuld ohne Einverständnis des Hauptschuldners erfüllt⁴⁹⁰. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, da der Hauptschuldner von Anfang an weiß, dass der Gläubiger den Bürgen zur Zahlung anhält, wenn er seine Schuld nicht tilgt. Hinsichtlich der weiteren Aspekte der Disposition über die Aufrechnungslage könnte man auf die unten angeführten Ausführungen verweisen⁴⁹¹.

b. Türkei

i. Durchsetzbarkeit

- 214** Gemäß § 140 TBK kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zur Aufrechnung zusteht. Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Frage bedeutungslos, ob auch dem Gläubiger das Recht zur Aufrechnung zusteht. Der Bürge kann seine Leistung im Ausmaß verweigern, wie der Hauptschuldner die Hauptschuld durch die Aufrechnung tilgen kann⁴⁹².

Nach einer Ansicht in der Schweiz reiche die einseitige Aufrechnungslage entgegen dem

⁴⁸⁹ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 701 f.

⁴⁹⁰ Dullinger, Aufrechnung 26.

⁴⁹¹ Unten Rz 216 ff.

⁴⁹² Grassinger, Savunma 38; Çınar, Kefilin 33; Acar, Mütessesil 258; Aepli in Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen Art. 114, 126 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) (1991) § 121 Rz 47.

Gesetzeswortlaut des § 121 OR⁴⁹³ nicht für das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen aus⁴⁹⁴. Entsprechend dieser Ansicht wird vertreten, dass auch dem Gläubiger das Recht zur Aufrechnung zustehen müsse, widrigenfalls würde das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen eine nicht zu rechtfertigende ewige Benachteiligung des Gläubigers darstellen, weil der Hauptschuldner zur Ausübung seiner Aufrechnungsbefugnis nicht gezwungen werden könne⁴⁹⁵. Nach einer anderen Begründung liege die Rechtfertigung der Vorausaufrechnung weit näher bei den Schutzinstrumenten der Vorklage und der Vorausverwertung der Pfänder, deswegen müsse auch dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht zustehen⁴⁹⁶.

ii. Disponibilität über die Aufrechnungslage

(a) Durch den Gläubiger

Aus der Disponibilität der Aufrechnungslage durch den Gläubiger ergeben sich keine Besonderheiten. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Frage nicht erheblich, ob der Gläubiger das Aufrechnungsrecht hat. Wenn der Gläubiger aber das Aufrechnungsrecht hat, kann der Bürge von ihm die Aufrechnung nicht verlangen. Das Schutzinstrument des Bürgen stellt auf das Recht des Hauptschuldners ab. Darüber hinaus fällt die Aufrechnungslage nicht unter die Rechte und Sicherheiten gemäß § 592 TBK⁴⁹⁷, die der Gläubiger beibehalten muss⁴⁹⁸. Aus diesen Gründen steht es in der freien Disposition des Gläubigers, die Aufrechnungslage ungenutzt verfallen zu lassen, darauf zu verzichten oder über die Aufrechnungslage anderweitig zu verfügen⁴⁹⁹. Es ist anzumerken, dass das Gesetz den Gläubiger, anders als bei Vorklage oder Vorausverwertung der Sicherheiten, auch nicht dazu zwingt, dass er seine Befriedigung zuerst in der Aufrechnung zu suchen hat. 215

(b) Durch den Hauptschuldner

(1) Disposition

Schwierigkeiten ergeben sich aber aus der Frage, ob der Hauptschuldner über die Aufrechnungslage frei disponieren kann. Da der Bürge ein schutzwürdiges Vertrauen darauf hat, dass der Hauptschuldner sein bestmögliches tut, um seine Schuld zu tilgen, sollte der Hauptschuldner nicht so frei wie der Gläubiger sein. Ein ähnliches schutzwürdiges Vertrauen des 216

⁴⁹³ OR AS 27 317.

⁴⁹⁴ *Aepli* in *Zürcher*, Obligationenrecht § 121 Rz 34; *Zellweger-Gutknecht* in *Berner Kommentar*, Verrechnung, Art. 120-126 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation (2012) § 121 Rz 26, 32; *Killias/Wiget* in *Furrer/Schnyder* (Hrsg), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR² (2012) § 121 Rz 3.

⁴⁹⁵ *Aepli* in *Zürcher*, Obligationenrecht § 121 Rz 34.

⁴⁹⁶ *Zellweger-Gutknecht* in *Berner*, Obligationenrecht § 121 Rz 31, 43.

⁴⁹⁷ Unten Rz 359 ff.

⁴⁹⁸ *Zellweger-Gutknecht* in *Berner*, Obligationenrecht § 121 Rz 48.

⁴⁹⁹ *Zellweger-Gutknecht* in *Berner*, Obligationenrecht § 121 Rz 51.

Bürgen wird durch § 595 TBK⁵⁰⁰ geschützt, nach welchem der Bürge eine bestimmte Handlung vom Hauptschuldner erwarten kann, nämlich die Sicherung der Regressforderung oder die Befreiung des Bürgen von der Bürgschaft.

(2) Wirkung auf die Stellung des Bürgen

217 Die Frage stellt sich, welche Wirkung die Disposition des Hauptschuldners auf die Stellung des Bürgen hat. Nach einer Ansicht gelte hier § 591 Abs 2 TBK⁵⁰¹, nach welchem der Bürge die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners trotz des Verzichts des Hauptschuldners darauf gegen den Gläubiger unberührt geltend machen kann⁵⁰². Das Schutzinstrument des Bürgen zur Verweigerung der Leistung aufgrund des Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners sei identisch mit der Durchsetzung der Verteidigungsmittel des Hauptschuldners⁵⁰³. Diese Ansicht ist aber fragwürdig. Zunächst ist es festzuhalten, dass das Schutzinstrument der Vorausrechnung mit der Geltendmachung der Verteidigungsmittel des Hauptschuldners iSv § 591 TBK nicht identisch ist. Gemeint sind damit die Verteidigungsmittel, die die Erfüllbarkeit bzw Klagbarkeit der Hauptschuld betreffen, zB deren Verjährung, deren Wegfall. Die Geltendmachung dieser Verteidigungsmittel ergibt sich aus dem Akzessorietätsprinzip bzw der Abhängigkeit. Die Vorausrechnung hat aber mit dem Akzessorietätsprinzip nichts zu tun. Der Bürge kann in diesem Fall anders als bei § 591 TBK dem Zahlungsanspruch des Gläubigers nicht dasselbe entgegensetzen, was der Hauptschuldner gegen den Gläubiger geltend machen kann, nämlich nicht die Aufrechnung selbst, sondern nur die Leistungsverweigerung. Ferner ist der Wortlaut des § 140 TBK ganz deutlich, wonach dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht nur dann zusteht, wenn dem Hauptschuldner das Recht zur Aufrechnung zusteht. Aus diesen Gründen kann der Bürge seine Leistung nicht mehr verweigern, wenn der Hauptschuldner auf sein Aufrechnungsrecht verzichtet, es verfallen lässt oder über dieses Recht beliebig verfügt⁵⁰⁴.

Nach einer Ansicht in der schweizerischen Lehre sei die Wirkung der Disposition auf das Aufrechnungsrecht je nach der Art der Disposition mit Vorbehalt des offenbaren Rechtsmissbrauchs zu bestimmen⁵⁰⁵. Nach dieser Ansicht wirke die Disposition des Hauptschuldners im Wege des bloßen Verzichts auf das Aufrechnungsrecht nicht auf die Stellung des Bürgen. Jedoch wirke das Entfallen des Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners auf die

⁵⁰⁰ Unten Rz 335 ff.

⁵⁰¹ Unten Rz 408.

⁵⁰² *Özen*, Kefalet³ 385; *Çınar*, Kefilin 35; *Şen*, Kefalet 24; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 21.

⁵⁰³ *Özen*, Kefalet³ 385; *Çınar*, Kefilin 35; *Şen*, Kefalet 24.

⁵⁰⁴ Im Ergebnis zustimmend: *Grassinger*, Savunma 38; *F. Yavuz*, Roma 100 f, 122 f; *Tandoğan*, Borçlar II³ 795; *Acar*, Mütelselil 259; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 5.

⁵⁰⁵ *Aeppli* in *Zürcher*, Obligationenrecht § 121 Rz 15 f, 50; *Zellweger-Gutknecht* in *Berner*, Obligationenrecht § 121 Rz 51 ff, 59.

Stellung des Bürgen, wenn dies im Wege einer anderen Rechtshandlung, zB einer Forderungsabtretung oder Erfüllung, geschieht. Nach einer anderen Ansicht sei der Zeitpunkt und die Kenntnis des Bürgen vom Verzicht ausschlaggebend⁵⁰⁶. Nach dieser Ansicht wirke der Verzicht des Hauptschuldners auf die Stellung Bürgen, wenn der Bürge die Bürgschaft im Wissen des Verzichts eingeht.

(c) Durch den Bürgen

(1) Verzicht

Zuerst stellt die Frage sich, ob der Bürge auf die Vorausaufrechnung im Voraus verzichten kann. Grundsätzlich können die dem Bürgen eingeräumten Rechte gemäß § 582 Abs 3 TBK⁵⁰⁷ im Voraus nicht verzichtet werden, soweit sich nicht etwas Anderes aus dem Gesetz ergibt. Allerdings sieht § 582 Abs 3 TBK die beschränkte Unverzichtbarkeit nur für die Rechte des Bürgen vor, die im fünfzehnten Teil „Bürgschaft“ des TBK geregelt sind. Das Schutzinstrument der Vorausaufrechnung ist aber unter einem anderen Titel des TBK geregelt. Daher stellt sich die Frage, ob es sich hier um eine Gesetzeslücke oder einen Umkehrschluss handelt. Wenn man den Grundgedanken der Revision der bürgschaftsrechtlichen Regeln des TBK in Betracht zieht, nämlich den besseren Schutz des Bürgen, dann kann man von einer Gesetzeslücke sprechen und vermuten, dass die Frage der Verzichtbarkeit der Vorausaufrechnung bei der Revision des TBK vergessen wurde. Tatsächlich ergibt sich aus der Gesetzesvorlage keine diesbezügliche Information. Darüber hinaus ergibt sich aus der Gesetzesvorlage, dass der Gesetzgeber das schweizerische Bürgschaftsrecht bei der Revision als Vorbild genommen hat. Die schweizerische Lehre nimmt zwar eine Gesetzeslücke an, erklärt aber die Vorausaufrechnung mit dem Argument für verzichtbar, dass der Bürge auch auf ein vergleichbares Instrument, das Schutzinstrument der Vorausverwertung der Pfänder, verzichten kann⁵⁰⁸. Vermutlich besteht auch eine Gesetzeslücke im TBK, die die Verzichtbarkeit des Rechts des Bürgen zur Verweigerung seiner Leistung betrifft. Jedoch ist es anzumerken, dass der Bürge, entgegen dem schweizerischen Bürgschaftsrecht, nicht vollkommen auf das Schutzinstrument der vorgängigen Verwertung der Pfänder verzichten kann und der Umfang dieses Verzichts eng ist⁵⁰⁹. Aus diesem Grund entspricht die Unverzichtbarkeit der

⁵⁰⁶ Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 502 Rz 12; Killias/Wiget in Furrer/Schnyder, Obligationenrecht² § 121 Rz 4.

⁵⁰⁷ Oben Rz 190 ff.

⁵⁰⁸ Aepli in Zürcher, Obligationenrecht § 121 Rz 10; Zellweger-Gutknecht in Berner, Obligationenrecht § 121 Rz 62, 64. Nur hinsichtlich der Verzichtbarkeit: Killias/Wiget in Furrer/Schnyder, Obligationenrecht² § 121 Rz 5.

⁵⁰⁹ Unten Rz 243.

Vorausaufrechnung, entgegen der rechtlichen Lage in der Schweiz, der Absicht des türkischen Gesetzgebers besser.

(2) Unterlassung

219 Zweitens stellt sich die Frage, ob die Unterlassung des Leistungsverweigerungsrechts eine Wirkung auf das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner hat. Nach einer Ansicht sei es möglich, dass die Inanspruchnahme des Hauptschuldners durch den Bürgen nach der Befriedigung des Gläubigers ausgeschlossen sei, weil die Leistungsverweigerung aufgrund der Aufrechnungslage mit den Verteidigungsmitteln iSv § 591 TBK identisch sei⁵¹⁰. Diese Ansicht ist fragwürdig. Grundsätzlich kann der Hauptschuldner sein Aufrechnungsrecht, das sich aus der Aufrechnungslage zwischen ihm und dem Gläubiger ergibt, in seinem Verhältnis zum Bürgen nicht ausüben. Es fehlt an der Gegenseitigkeit der Forderungen. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Gegenseitigkeit der Forderungen ergibt sich zwar aus dem § 188 TBK, die Anwendung dieser Regel auf den Bürgschaftsfall ist aber erörterungsbedürftig. § 188 TBK gewährt einem Schuldner folgende zwei Rechte: Verteidigungsmittel, die der Forderung des Abtretenden entgegengestanden haben, gegen den Erwerber geltend zu machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhalten hat; seine Gegenforderung, die zum Zeitpunkt der Abtretung nicht fällig war, dennoch zur Aufrechnung zu bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene Forderung fällig wurde. Entsprechend dieser Regel ist es möglich, dass der Schuldner seine Schuld trotz der Abtretung mit einer Forderung weiterhin aufrechnen kann⁵¹¹. Wenn man § 188 Abs 1 TBK im Bürgschaftsrecht ohne Ausnahme anwenden würde, dann könnte der Hauptschuldner nach der Befriedigung des Gläubigers bzw dem Übergang der Forderung auf den Bürgen weiterhin die Aufrechnung geltend machen. Diese Rechtsfolge würde aber nicht der Billigkeit entsprechen, da der Hauptschuldner seine Schuld trotz des voraussehbaren Wegfalls der Aufrechnungslage nach der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen bzw trotz der voraussehbaren Inanspruchnahme des Bürgen nicht vorher mit seiner Forderung aufrechnet und die Tür für die Inanspruchnahme des Bürgen öffnet⁵¹². Deswegen sollte der Hauptschuldner sich nicht mehr auf § 188 Abs 1 TBK berufen können, wenn er seine Schuld im Wege der Aufrechnung hätte tilgen können⁵¹³.

Nach einer Ansicht in der schweizerischen Lehre könne der Hauptschuldner sich jedoch auf § 188 TBK bzw § 169 OR gerade dann berufen, wenn der Bürge seine Schuld zu früh -

⁵¹⁰ Özen, Kefalet³ 385.

⁵¹¹ Zellweger-Gutknecht in Berner, Obligationenrecht § 121 Rz 73.

⁵¹² Zellweger-Gutknecht in Berner, Obligationenrecht § 121 Rz 73.

⁵¹³ Zellweger-Gutknecht in Berner, Obligationenrecht § 121 Rz 73. Im Ergebnis zustimmend: Aepli in Zürcher, Obligationenrecht § 121 Rz 13 f, 56.

insbesondere vor der Fälligkeit der verbürgten Schuld - leistet und die Aufrechnung durch den Hauptschuldner verhindert⁵¹⁴. Diese Ansicht steht aber zur Diskussion, weil die fehlende Fälligkeit der Hauptschuld grundsätzlich die Aufrechnung durch den Hauptschuldner nicht automatisch verhindert. Der Hauptschuldner muss die Fälligkeit der Hauptschuld nicht abwarten, um seiner Verbindlichkeit nachzukommen, soweit sich nicht etwas Anderes aus den Besonderheiten des Einzelfalles ergibt, zB Vertragszinsen zugunsten des Gläubigers. Grundsätzlich kann der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit vor der Fälligkeit tilgen. Die Art der Tilgung ist unerheblich, sei es Erfüllung oder Aufrechnung.

c. Vergleich

Obwohl sich im österreichischen Recht eine analogiefähige Regel findet, bestehen große Bedenken gegenüber dem Recht des Bürgen zur Verweigerung seiner Leistung beim Vorliegen eines Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners in der Lehre und der Rechtsprechung, während dieses Recht des Bürgen in der Türkei im Gesetz geregelt ist. Allerdings kann man dieses Recht des Bürgen auch in Österreich bejahen, wenn man die Grundlage bzw Begründung dieses Rechts im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner und der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme des Bürgen sucht. Ferner kann man in beiden Ländern annehmen, dass die Frage, ob auch dem Gläubiger das Recht zur Aufrechnung zusteht, für das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen nicht bestimmend ist. Der Gläubiger kann über sein Aufrechnungsrecht beliebig verfügen. **220**

Der Hauptschuldner ist aber in beiden Ländern nicht so frei wie der Gläubiger nach der hier vertretenen Auffassung, da der Bürge bestimmte Handlungen vom Hauptschuldner erwarten kann. Jedoch steht dem Bürgen kein Leistungsverweigerungsrecht mehr zu, wenn die Aufrechnungslage nicht mehr besteht, sei es durch den Hauptschuldner oder sei es durch den Gläubiger. **221**

In der österreichischen Lehre wurde es darauf hingewiesen, dass der Bürge auf seine Leistungsverweigerungsrecht verzichten kann. Nach türkischem Recht ist die Zulässigkeit des Verzichts des Bürgen nicht klar. Schlussendlich sollte der Hauptschuldner sich in beiden Ländern auf die Aufrechnungslage zwischen ihm und dem Gläubiger nicht mehr berufen können, wenn der Bürge seiner Verbindlichkeit nachkommt, ohne dass er sein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht hat oder die Einwilligung des Hauptschuldners holt. **222**

⁵¹⁴ Zellweger-Gutknecht in Berner, Obligationenrecht § 121 Rz 75.

14. Vorausgegangene Mahnung

a. Österreich

i. Allgemein

- 223** Gemäß § 1355 ABGB kann der Gläubiger den Bürgen erst dann belangen, nachdem er den Hauptschuldner erfolglos gemahnt hat. Dieses Erfordernis ist aber nicht zwingend⁵¹⁵ und der Bürge kann darauf verzichten. Der Verzicht geschieht meistens in der Form der Haftungsübernahme als „Bürge und Zahler“. Hingegen ist es aber auch möglich, die Belangbarkeit des Bürgen an weitere Tatbestände, zB Vorausverwertung der Pfänder oder erfolglose Eintreibung der Forderung beim Hauptschuldner zu knüpfen. Grundsätzlich setzt aber die Inanspruchnahme des Bürgen keinen weiteren Tatbestand als erfolglose Mahnung voraus, sofern etwas Anderes nicht vereinbart wurde.
- 224** Für die Form der Mahnung gibt es kein Formerfordernis. Jede Form wird als ausreichend angesehen, sofern nicht Gegenteiliges vereinbart wurde⁵¹⁶. Es muss ein angemessener Zeitraum zwischen der Mahnung und der Inanspruchnahme des Bürgen liegen, damit der Hauptschuldner für die Erfüllung seiner Schuld genug Zeit hat⁵¹⁷. In der Lehre gibt es keine Einigkeit darüber, ob die Mahnung des Hauptschuldners vor der Fälligkeit der Hauptschuld dieses Erfordernis für die Belangbarkeit des Bürgen erfüllt⁵¹⁸. Jedenfalls, selbst wenn die Fälligkeit ohne Mahnung eintritt, ist die Mahnung aber für die Inanspruchnahme des Bürgen erforderlich⁵¹⁹. Nach dem Fälligkeitseintritt kann der Bürge aber, ohne Mahnung, seine Schuld erfüllen⁵²⁰.
- 225** Die erfolglose Mahnung des Hauptschuldners ist nicht von Amts wegen zu prüfen; der Bürge

⁵¹⁵ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1355 Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 3; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1355 Rz 4; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1355 Rz 2; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1355 Rz 1, 4.

⁵¹⁶ Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1355 Rz 1; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1355 Rz 1.

⁵¹⁷ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1355 Rz 4; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 2; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1355 Rz 2; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1355 Rz 1; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1355 Rz 2; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/10; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 21; OGH 11.10.1990, 7 Ob 664/90.

⁵¹⁸ **Bejahend:** Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1355 Rz 1; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 2. **Verneinend:** G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1355 Rz 2; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1355 Rz 2.

⁵¹⁹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1355 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 2; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1355 Rz 1; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1355 Rz 2; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/10; OGH 19.12.2012, 3 Ob 203/12t.

⁵²⁰ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1355 Rz 2; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1355 Rz 3; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 2; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1355 Rz 3.

muss dies geltend machen. Die Beweislast für die vorgenommene Mahnung und die Erleichterungen der Belangbarkeit des Bürgen trägt der Gläubiger⁵²¹.

ii. Die Ausnahmen

Gemäß § 1356 ABGB fällt das Erfordernis der vorausgegangenen Mahnung bei Insolvenz und unbekanntem Aufenthalts des Hauptschuldners weg. Die Ausgleichseröffnung wurde dem Konkurs in der Lehre gleichgestellt⁵²². Diese Tatbestände führen auch zur unmittelbaren Belangbarkeit des Bürgen, selbst wenn er nur für den Ausfall einsteht (Ausfallbürgschaft). Die Insolvenz des Hauptschuldners bewirkt nicht die Fälligkeit der Schuld des Bürgen⁵²³. Nach der Lehre⁵²⁴ und dem OGH⁵²⁵ komme es bei unbekanntem Aufenthalt des Hauptschuldners auf den Zeitpunkt an, zu dem der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nimmt, und nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptschuld. Eine gegenteilige Annahme würde zur unmittelbaren Belangbarkeit des Bürgen führen, selbst wenn der Gläubiger, der bei Fälligkeit unbekanntem Aufenthalts war, zur Zeit der Klage gegen den Bürgen auffindbar ist. 226

b. Türkei

i. Allgemein

Verzichtet der Bürge auf die Vorausklage⁵²⁶, kann er schon vor dem Hauptschuldner belangt werden. Der Verzicht geschieht meistens in Form einer Haftungsübernahme als „Solidarbürge“. In diesem Fall kann der Gläubiger den Bürgen allerdings gemäß § 586 Abs 1 TBK erst dann belangen, wenn der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden ist. Dieses Erfordernis hat zwingenden Charakter. Der Bürge kann auf dieses Schutzinstrument nicht im Voraus verzichten⁵²⁷. 227

Die Belangbarkeit des Bürgen setzt zunächst voraus, dass der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand ist. Dies ist der Fall, wenn er seiner Schuld nach der Fälligkeit nicht 228

⁵²¹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1355 Rz 3; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 4; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1355 Rz 5; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1355 Rz 2; OGH 19.12.2012, 3 Ob 203/12t; OGH 11.10.1990, 7 Ob 664/90.

⁵²² Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1356 Rz 1; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1356 Rz 2.

⁵²³ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 99 f; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 4, § 1356 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1356 Rz 2; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/219; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/55; Th. Rabl, Bürgschaft 112, 156; R. Perner, Bürgschaft 116.

⁵²⁴ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1356 Rz 1; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1356 Rz 3; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1356 Rz 3.

⁵²⁵ OGH 19.12.2012, 3 Ob 203/12t.

⁵²⁶ Unten Rz 264 ff.

⁵²⁷ Özen, Kefalet³ 319; Gümüş, Borçlar² 347; Özen, Kefalet Sözleşmesinin Türleri, in İnceoğlu (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (2012) 373 (377); Grassinger in Topbaş/Üçışık 320; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 487; Aksoyoğlu, BD 2010/72, 102; Demirbaş, Kefalet 125; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 18.

nachkommt⁵²⁸. Der Verzug des Hauptschuldners ist aber nicht erforderlich⁵²⁹. Folglich muss der Gläubiger den Hauptschuldner mahnen. Dies muss nach dem Rückstand des Hauptschuldners vorgenommen werden, widrigenfalls wirkt die Mahnung nicht gegen den Bürgen⁵³⁰. Für die Gültigkeit der Mahnung sieht das Gesetz kein Formerfordernis vor. Weiters ist die Mahnung selbst dann notwendig, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld eine solche nicht voraussetzt⁵³¹. Erfüllt der Hauptschuldner seine Schuld innerhalb einer angemessenen, geschäftsüblichen Frist nach der Mahnung immer noch nicht, dann kann der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen⁵³².

- 229 Die Mahnung des Hauptschuldners wird nicht von Amts wegen geprüft. Dies muss durch den Bürgen geltend gemacht werden⁵³³. Der Gläubiger trägt die Beweislast dafür.

ii. Die Ausnahmen

- 230 § 586 Abs 1 S 2 TBK befreit den Gläubiger vom Erfordernis der Mahnung des Hauptschuldners, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners offenkundig ist. Dies liegt vor, wenn er bereits in Konkurs geraten ist oder ein Verlustschein⁵³⁴ gegen ihn ausgestellt wurde⁵³⁵. Dasselbe gilt auch, wenn er Nachlassstundung erhalten hat oder bereits einen Nachlassvertrag abgeschlossen hat. Darüber hinaus sollte der Gläubiger den Bürgen ohne Mahnung auch dann belangen können, wenn die Belangung des Hauptschuldners in der Türkei unmöglich oder unzumutbar geworden ist⁵³⁶, da dieser Umstand die unmittelbare Be-

⁵²⁸ Özen, Kefalet³ 318; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 682; Gümüſ, Borçlar² 347; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 486, 487; Akbaſ, Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduđu Savunma Olanakları, İBD 2009/1, 197 (210); Barlas, İzBD 2011/2, 21; Çakır, THD 2014/96, 19; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 20; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 17. AA Guhl, Bürgschaftsrecht 58.

⁵²⁹ Özen, Kefalet³ 318; Gümüſ, Borçlar² 347; Özen in Inceođlu 377; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 486; Akbaſ, İBD 2009/1, 210; Barlas, İzBD 2011/2, 21; Çakır, THD 2014/96, 19; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 20.

⁵³⁰ Özen, Kefalet³ 318; Gümüſ, Borçlar² 347; Özen in Inceođlu 377; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 487; Akbaſ, İBD 2009/1, 210; Çakır, THD 2014/96, 19; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 20; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 18; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 496 Rz 7; Staffebach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 496 Rz 4.

⁵³¹ Özen, Kefalet³ 320; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 682; Gümüſ, Borçlar² 347; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 487; Akbaſ, İBD 2009/1, 210; Toplandı, YÜHFD 2009/1, 189; Aksoyođlu, BD 2010/72, 102; Demirbaſ, Kefalet 124; Çakır, THD 2014/96, 19; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 20; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 18; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 496 Rz 7; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 496 Rz 3.

⁵³² Özen, Kefalet³ 320; Gümüſ, Borçlar² 348; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 488; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 20.

⁵³³ Özen in Inceođlu 383.

⁵³⁴ Verlustschein ist ein von öffentlichen Behörden ausgestellter Nachweis für eine ganz oder teilweise erfolglose Schuldbetreibung.

⁵³⁵ Özen, Kefalet³ 321; Gümüſ, Borçlar² 348; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 489; Akbaſ, İBD 2009/1, 210; Demirbaſ, Kefalet 127; Çakır, THD 2014/96, 19; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 22; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 22; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 496 Rz 8; Staffebach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 496 Rz 4; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 496 Rz 3.

⁵³⁶ Özen, Kefalet³ 321; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 489; Akbaſ, İBD 2009/1, 210; Demirbaſ, Kefalet 127; Çakır, THD 2014/96, 20; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 22; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 496 Rz 9.

langbarkeit des Bürgen sogar beim Vorliegen der Vorausklage ermöglicht⁵³⁷.

c. Vergleich

In beiden Ländern ist die vorausgegangene Mahnung des Hauptschuldners für die Belangbarkeit des Bürgen erforderlich. Jedoch befinden sie sich in den verschiedenen Ebenen der gesetzlich geregelten Nachrangigkeit der Bürgschaft. Während dieses Erfordernis im gesetzlichen Grundtyp der Bürgschaft in Österreich vorausgesetzt wird, ist die vorausgegangene Mahnung des Hauptschuldners nach türkischem Recht dann erforderlich, wenn die Parteien die Nachrangigkeit der Bürgschaft verringern, indem sie die Vorausklage abdingen. Ferner besteht ein weiterer Unterschied darin, dass der Bürge nach türkischem Recht auf dieses Schutzinstrument nicht verzichten kann, während der Bürge in Österreich darauf wirksam verzichten kann. 231

Für die Mahnung des Hauptschuldners wird in beiden Ländern kein Formerfordernis vorgesehen. Die Mahnung des Hauptschuldners kann formfrei erfolgen. Eine andere Gemeinsamkeit besteht darin, dass die Mahnung selbst dann erforderlich ist, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld ohne Mahnung eintritt. Die Frage, ob die vor der Fälligkeit vorgenommene Mahnung gegen den Bürgen wirkt, ist in der österreichischen Lehre umstritten. Hingegen wird die Wirkung solcher Mahnung gegen den Bürgen in der türkischen Lehre einhellig abgelehnt. Eine Gemeinsamkeit besteht weiters darin, dass der Gläubiger erst eine angemessene Frist nach der erfolgten Mahnung abwarten muss, bevor er den Bürgen zu seiner Befriedigung anhalten kann. Schlussendlich wird der Umfang der Ausnahmen vom Mahnungserfordernis nach türkischem Recht breiter als derjenige in Österreich geregelt, da sie jeden Fall enthält, in dem die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners offenkundig ist. 232

15. Vorausverwertung der Pfänder

a. Österreich

Nach der einhelligen Lehre stehe dem Bürgen das Schutzinstrument nicht zu, den Gläubiger auf die für die Hauptschuld bestellten Pfänder zu verweisen⁵³⁸. Es wird ausdrücklich betont, dass das dem Bürgen in § 495 Abs 2 OR und § 772 Abs 2 BGB eingeräumte Schutzinstrument der Vorausverwertung der Pfänder dem österreichischen Recht fremd sei⁵³⁹. Außerdem sieht auch § 1360 ABGB vor, dass dem Gläubiger freisteht, den Bürgen der Ordnung nach 233

⁵³⁷ Unten Rz 267.

⁵³⁸ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1351 Rz 1, 1360 Rz 1; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 1, 1360 Rz 1; *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1355 ABGB Rz 1; *Schwartze in Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/40; *Th. Rabl*, Bürgschaft 104 f.

⁵³⁹ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1351 Rz 1; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1355 Rz 1; *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1355 ABGB Rz 1; *Schwartze in Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/40; *Th. Rabl*, Bürgschaft 104 f.

(§ 1355 ABGB) zu belangen, wenn ihm vor oder bei Leistung der Bürgschaft ein Pfand gegeben wird. Aus der ausdrücklichen Regelung dieses Rechts des Gläubigers ist es ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Rechtsfolge ohne Zweifel eintreten lassen wollte, wenn ein Pfand vor oder bei Leistung der Bürgschaft gegeben wird. Die Frage ist aber bedenklich, ob der Gesetzgeber diese Rechtsfolge auch dann eintreten lassen wollte bzw dem Gläubiger dasselbe Recht auch dann zusteht, wenn das Pfand nachträglich gegeben wird. In dieser Hinsicht ist die Frage diskussionsbedürftig, ob der Bürge den Gläubiger auf die nachträglichen Pfänder verweisen kann.

- 234** Im Gegensatz zum OR und BGB ist die Nachrangigkeit der Bürgschaft im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger im ABGB schwach ausgebildet. So räumt § 1355 ABGB dem Bürgen ausdrücklich nur das Recht ein, vom Gläubiger zu verlangen, zunächst den Hauptschuldner gerichtlich oder außergerichtlich einzumahnen, bevor er vom Bürgen Befriedigung verlangt. Wenn es aber auf eine Vorausklage wie in § 495 Abs 1 OR und § 772 Abs 1 BGB oder die Verwertung der dinglichen Sicherheiten wie in § 495 Abs 2 OR und § 772 Abs 2 BGB ankommt, schweigt das ABGB. Der Bürge hat aber ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Hauptschuldners erfolgt, da er für eine materiell fremde Verbindlichkeit einsteht. Dieses Vertrauen des Bürgen gewinnt an größerer Bedeutung, wenn bereits ein bestimmtes Vermögensstück des Hauptschuldners für die Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung steht.
- 235** Obwohl die Bürgschaftsregeln des ABGB, anders als in OR und BGB, das Schutzinstrument der Verweisung des Gläubigers auf die für die Hauptschuld bestellten Pfänder nicht ausdrücklich anordnet, stehen sie aber auch nicht einem solchen Instrument des Bürgen in Hinsicht der nachträglichen Pfänder entgegen. §§ 1342-1367 ABGB enthalten kein ausdrückliches Hindernis. Das ABGB schweigt hierzu. Wie oben dargelegt, hat der Bürge ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Hauptschuldners erfolgt. Dieses Vertrauen wird auch in der Schweiz und in Deutschland als schutzwürdig angesehen, sofern nicht etwas Anderes im Bürgschaftsvertrag vorgesehen wird. Daher stellt sich die Frage, ob die Nichtregelung dieses Schutzinstruments tatsächlich dem Plan des Gesetzgebers entspricht, bzw ob es hier um einen Umkehrschluss geht. Wenn es tatsächlich nicht dem Plan des Gesetzgebers entspricht, kann man von einer Gesetzeslücke ausgehen. Die eventuelle Annahme eines Umkehrchlusses ist aber jedenfalls um jene Fälle zu reduzieren, in denen der Hauptschuldner selbst den Gläubiger auf die Verwertung der Pfänder verweisen kann. Es ist in der Lehre, in Anlehnung der Abhängigkeit bzw Akzessorietät der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit, anerkannt, dass der Bürge nicht

schlechter als der Hauptschuldner gestellt werden darf⁵⁴⁰. Ferner ist es allgemein anerkannt, dass der Bürge dem Gläubiger die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners entgegenhalten kann⁵⁴¹.

Selbst wenn weder mit dem Bürgen im Bürgschaftsvertrag noch mit dem Hauptschuldner im Hauptvertrag das Instrument der Verweisung des Gläubigers auf andere Pfänder vereinbart wurde, kann der Bürge die Verwertung der Pfänder immer noch in beschränktem Umfang verlangen. Die gesetzliche Grundlage dieses vergleichsweise beschränkten Schutzinstruments liegt in § 263 EO⁵⁴². Nach dieser Regel kann ein Schuldner, an wessen beweglicher körperlicher Sache in der Gewahrsame des Gläubigers dem Gläubiger ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht für seine zu betreibende Forderung zusteht, die Einschränkung der Pfändung auf diese Sache beantragen, soweit die Forderung des Gläubigers durch diese Sache gedeckt ist. Mit Rücksicht auf die allgemeine Folgerung, dass der Bürge die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners geltend machen kann, sollte dem Bürgen auch die Verteidigungsmittel gemäß § 263 EO zustehen, dass das Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht an der Sache des Hauptschuldners vorher verwertet werden muss. In diesem Fall ist das Verteidigungsmittel für den Hauptschuldner und den Bürgen identisch: Die Verweisung des Gläubigers auf die Verwertung seines Pfandrechts oder Zurückbehaltungsrechts an einer beweglichen körperlichen Sache des Hauptschuldners in der Gewahrsame des Gläubigers. Aufgrund des engen Zusammenhangs kann man dieses Schutzinstrument auch auf andere Sicherungsinstrumente an einer beweglichen körperlichen Sache erstrecken, zB auf Sicherungseigentum oder Eigentumsvorbehalt. Es ist jedoch wieder anzumerken, dass dieses Instrument dem Bürgen aufgrund des § 1360 ABGB nur dann zusteht, wenn ein Pfand dem Gläubiger nach der Bürgschaft gegeben wird.

236

Wenn man dieses Schutzinstrument des Bürgen nach österreichischem Recht anerkennt, stehen zwei weitere Fragen zur Diskussion. Die erste Frage betrifft die Verzichtbarkeit dieses Instruments durch eventuelle Abreden zwischen den Parteien; die zweite betrifft die vorzusehenden Ausnahmen von der Geltendmachung dieses Instruments. Die Antwort auf die

237

⁵⁴⁰ *Schwartze* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/4, 37; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*⁴ § 1346 Rz 2; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1351 Rz 8; *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1347 Rz 3; *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*² 19; *P. Bydlinski*, *Wertpapierrecht 2*; *Wühl*, *Sicherungsmehrheit* 7.

⁵⁴¹ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*⁴ § 1346 Rz 2; *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches II*¹⁴ Rz 666; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1351 Rz 10; *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*³ § 1351 Rz 6; *Schwartze* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten I*² Rz 2/38; *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*² 19; *P. Bydlinski*, *Wertpapierrecht 2*; *Harrer*, *Einreden des Bürgen*, in *FS Honsell* (2002) 515 (516); *Th. Rabl*, *Bürgschaft* 94; *Schett*, *JAP* 1991/92, 203.

⁵⁴² EO RBGBI 1896/79.

erste Frage hängt davon ab, ob § 263 EO zwingend ist. Für die Antwort auf die zweite Frage könnte man auf die nachfolgenden Erläuterungen verweisen⁵⁴³.

b. Türkei

i. Mit Vorausklage

(a) Allgemein

- 238** Gemäß § 585 Abs 2 TBK steht dem Bürgen das Schutzinstrument zu, den Gläubiger dazu zu zwingen, sich vorerst an das Pfand zu halten, das vor der oder gleichzeitig mit der Eingehung der Bürgschaft für die Hauptschuld bestellt wurde. Dieses Instrument ist nicht absolut zwingend und der Bürge kann bis zu einem bestimmten Umfang darauf verzichten⁵⁴⁴.
- 239** Der Begriff „Pfand“ im Gesetzestext erfasst jegliche Art von dinglichen Sicherheiten. Für die Belangbarkeit des Bürgen ist es erforderlich, dass der Gläubiger die Betreuung auf Pfandverwertung bis zur Ausstellung eines Pfandausfallscheines durchgeführt hat⁵⁴⁵. Nach einer Ansicht sind auch die Pfänder zu verwerten, die erst nachträglich vom Hauptschuldner bestellt wurden⁵⁴⁶. Trotz des Wortlauts des § 585 Abs 2 TBK erstreckt eine andere Ansicht dieses Erfordernis auf alle Pfänder unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Bestellung⁵⁴⁷. Der Umfang der Aufgabe des Gläubigers zur Beibehaltung der anderen Sicherheiten⁵⁴⁸ und der Umfang des Übergangs der dinglichen Sicherheiten⁵⁴⁹ spielen hier nach dieser Ansicht keine Rolle. Der Ausgangspunkt dieser Ansicht ist § 45 Abs 1 İİK, nach welchem die Betreuung für die pfandgesicherten Forderungen durch Verwertung des Pfandes, mit Vorbehalt der § 45 Abs 2-4 İİK unterliegenden Forderungen, fortgesetzt wird. Nach dieser Regel kann ein Schuldner seinen Gläubiger auf die Verwertung der bestellten Pfänder verweisen. Im hier erörternden Fall steht dieses Schutzinstrument dem Hauptschuldner zu. Nach dieser Ansicht könne der Bürge, da er gemäß § 591 Abs 1 TBK die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners geltend machen kann⁵⁵⁰, sich immer auf dieses Schutzinstrument des Hauptschuldners aus § 45 Abs 1 İİK berufen⁵⁵¹. Diese Ansicht ist fragwürdig. Aus der ausdrücklichen Regelung des Umfangs des Rechts des Bürgen ist es ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolge (den Gläubiger auf die Pfänder verweisen zu können) nur eintreten lassen wollte, wenn

⁵⁴³ Unten Rz 242, 247.

⁵⁴⁴ Für die Folgen des Verzichts: Unten Rz 243.

⁵⁴⁵ *Özen*, Kefalet³ 301; *Pestalozzi in Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 495 Rz 8.

⁵⁴⁶ *Grassinger*, İKÜHFD 2005/1-2, 91; *Doğan*, Kefalet 13; *F. Yavuz*, Roma 88; *Aksoy*, Kefalet 111 f; *Tandoğan*, Borçlar II³ 767; *Grassinger*, Savunma 216.

⁵⁴⁷ *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 681; *Özen*, Kefalet³ 298 ff; *Demirbaş*, Kefalet 109; *Uzun*, Kefalet 51; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 33.

⁵⁴⁸ Unten Rz 360.

⁵⁴⁹ Unten Rz 462 ff.

⁵⁵⁰ Unten Rz 400 ff.

⁵⁵¹ *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 680; *Özen*, Kefalet³ 298; *Demirbaş*, Kefalet 109; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 33.

die Voraussetzungen des § 585 Abs 2 TBK erfüllt sind. Diese Voraussetzungen betreffen die Bestellung der Pfänder vor oder gleichzeitig mit der Bürgschaft. Hier stehen daher die Rechtsfolgen mehrerer Tatbestände miteinander nicht in vollem Einklang. Allerdings ist diese fehlende Vollharmonie nicht unlösbar, da § 585 Abs 2 TBK *lex specialis* gegenüber den anderen zwei Normen ist. Deswegen geht er vor⁵⁵². Es ist aber trotzdem fragwürdig und ergibt sich nicht aus der Gesetzesvorlage, aus welchem Grund der Gesetzgeber dieses Schutzinstrument des Bürgen um die nachträglichen Pfänder reduzieren wollte.

§ 585 Abs 2 TBK nimmt keine Rücksicht darauf, von wem das Pfand bestellt wurde. Nach einer Ansicht seien alle bestehenden Pfänder zu verwerten, selbst wenn diese von einem Dritten bestellt wurden⁵⁵³. Nach einer anderen Ansicht seien hier alle Pfänder außer diejenigen zu verwerten, die nachträglich von einem Dritten bestellt wurden⁵⁵⁴. Die Verwertung aller bestehenden Pfänder ist aber fragwürdig. Es ist nicht gerecht, dem Bürgen eine privilegierte Stellung gegenüber dem Drittpfandbesteller einzuräumen. Im Endeffekt steht auch der Drittpfandbesteller für eine fremde Schuld ein. In dieser Hinsicht gibt es keinen Unterschied zwischen dem Bürgen und dem Pfandbesteller. Aus diesem Grund wäre es empfehlenswert, die Anwendung des § 585 Abs 2 TBK durch die teleologische Reduktion nur auf die Pfänder zu beschränken, die vom Hauptschuldner bestellt werden. **240**

Schlussendlich wird die Vorausverwertung der Pfänder nicht von Amts wegen geprüft. Der Bürge muss dieses Instrument gegen den Gläubiger erheben⁵⁵⁵. **241**

(b) Die Ausnahmen

Gemäß § 585 Abs 2 S 2 TBK fällt dieses Schutzinstrument weg, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat. Nach einer Ansicht stelle der Konkurs aber eine Ausnahme nur für die Pfandrechte dar, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangt wurden⁵⁵⁶. Diese Ausnahme gelte nicht für die von Dritten gegebenen Pfänder, da der Gläubiger nicht bis zum Abschluss des Konkurses des Hauptschuldners zu warten habe, um solche Pfandrechte zu verwerten⁵⁵⁷. Diese Ansicht wird mit dem Argument in der Lehre kritisiert, dass der Gläubiger für die Verwertung seines Pfandrechts an einer **242**

⁵⁵² Im Ergebnis zustimmend: Yargıtay 17.6.1998, 12 HD 1998/7405; Yargıtay 14.10.1972, HGK 1972/841.

⁵⁵³ C. Yavuz, Borçlar¹¹ 681; Özen, Kefalet³ 297; Demirbaş, Kefalet 109; Reisoğlu, Batider 1961/2, 208; Beck, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 37; Guhl, Bürgschaftsrecht 53; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 495 Rz 8.

⁵⁵⁴ Eren, Özel 786; Tandoğan, Borçlar II³ 767; Reisoğlu, Batider 1961/2, 208; Grassinger, Savunma 216, 218.

⁵⁵⁵ Özen, Kefalet³ 297.

⁵⁵⁶ Reisoğlu, Kefalet 168; Özen, Kefalet³ 300 f; Gümüş, Borçlar² 339; Demirbaş, Kefalet 115; Grassinger, İKÜHFD 2005/1-2, 92; Doğan, Kefalet 15; F. Yavuz, Roma 88; Grassinger, Savunma 217.

⁵⁵⁷ Reisoğlu, Kefalet 168; Özen, Kefalet³ 300 f; Demirbaş, Kefalet 115; Grassinger, İKÜHFD 2005/1-2, 92; Grassinger, Savunma 217.

Sache aus dem Vermögen des Hauptschuldners gemäß §§ 185 Abs 1, 193 Abs 4 İİK eigentlich nicht bis zum Abschluss des Konkurses warten müsse⁵⁵⁸.

ii. Ohne Vorausklage

(a) Allgemein

- 243** Gemäß § 586 Abs 1 TBK führt der Verzicht auf Vorausklage automatisch zur Verkürzung des Schutzinstruments der Vorausverwertung der Pfänder, sofern die Parteien nicht etwas Gegenteiliges vereinbart haben. In diesem Fall kann der Bürge nur die Verwertung des Faust- und Forderungspfands verlangen, nicht aber des Grundpfands. Diese Regel setzt gleichzeitig die Grenze der Verzichtbarkeit der Vorausverwertung der Pfänder fest und ist zwingendes Recht⁵⁵⁹. Hier wäre es empfehlenswert, den Begriff „*Faust- und Forderungspfand*“ weit auszulegen, und ähnliche Rechte an beweglichen Sachen und Forderungen mit dem Sicherungszweck aufgrund ihrer raschen Verwertungsmöglichkeit darunter zu sehen. Nach einer Ansicht in der Lehre könne der Bürge trotz des klaren Wortlauts des § 586 TBK immer noch die Vorausverwertung der Grundpfänder verlangen⁵⁶⁰. Diese Ansicht beruft sich auf die oben dargelegte Begründung, § 45 İİK⁵⁶¹. Diese Ansicht erscheint aber aus demselben oben angeführten Grund fragwürdig⁵⁶².
- 244** Der Gesetzestext nimmt keine Rücksicht auf den Zeitpunkt der Pfandbestellung. Nach einer Ansicht seien hier alle Faust- und Forderungspfandrechte gemeint, die zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Bürgen bestehen⁵⁶³. Diese Ansicht lässt den Umfang der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers⁵⁶⁴ und den Umfang des Übergangs der dinglichen Rechte⁵⁶⁵ außer Acht. Es ist unerklärlich, dass der Gesetzgeber den Umfang dieses Schutzinstruments beim Vorliegen der Vorausklage nur auf die bei der Eingehung der Bürgschaft bereits bestehenden Pfänder ausdrücklich beschränken wollte⁵⁶⁶, während er eine solche Beschränkung für die Bürgschaft ohne Vorausklage nicht vorsieht, die eigentlich der rascheren Befriedigung des Gläubigers bezweckt.
- 245** Der Wortlaut des § 586 Abs 2 TBK nimmt keine Rücksicht darauf, von wem das Pfand bestellt wurde. Nach einer Ansicht seien alle Pfänder unabhängig davon gemeint, ob es vom

⁵⁵⁸ Öztekin, Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar, BD 2008/67, 6 (16).

⁵⁵⁹ Özen, Kefalet³ 303 f, 328, 565; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 682; Özen in İnceoğlu 382; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 494; Çakır, THD 2014/96, 20; Acar, Mütessesil 229. AA Gümüş, Borçlar² 391.

⁵⁶⁰ Özen, Kefalet³ 313 f; Özen in İnceoğlu 376; Acar, Mütessesil 232. AA Çakır, THD 2014/96, 18.

⁵⁶¹ Oben Rz 239.

⁵⁶² Oben Rz 239.

⁵⁶³ Özen, Kefalet³ 325; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 682; Gümüş, Borçlar² 349Ö Özen in İnceoğlu 381; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 491; Demirbaş, Kefalet 129; Çakır, THD 2014/96, 20; Acar, Mütessesil 226 f.

⁵⁶⁴ Unten Rz 360.

⁵⁶⁵ Unten Rz 462 ff.

⁵⁶⁶ Oben Rz 238.

Hauptschuldner oder einem Dritten bestellt wurde⁵⁶⁷. Nach einer anderen Ansicht seien hier nur diejenigen Pfänder gemeint, die auf den Bürgen nach der Befriedigung des Gläubigers übergehen⁵⁶⁸. Aus dem oben dargelegten Grund wäre es empfehlenswert, den Anwendungsbereich dieser Regel nur auf die Faust- und Forderungspfänder zu beschränken, die vom Hauptschuldner bestellt wurden⁵⁶⁹.

Die Vorausverwertung der Pfänder mangels Vorklage wird nicht von Amts wegen geprüft. Der Bürge muss dieses Schutzinstrument gegen den Gläubiger geltend machen⁵⁷⁰. **246**

(b) Die Ausnahmen

§ 586 Abs 2 TBK enthält drei Ausnahmen. Die erste Ausnahme betrifft den Fall, dass die Faust- und Forderungspfänder nach dem Ermessen des Richters voraussichtlich keine Deckung bieten. In diesem Fall kann der Gläubiger im Ausmaß von diesem ungedeckten Überschuss den Bürgen in Anspruch nehmen⁵⁷¹. Die anderen zwei Ausnahmen betreffen den Konkurs und die Nachlassstundung des Hauptschuldners. Nach einer Ansicht beziehen sich diese letzteren Ausnahmen aber nur auf die Pfänder, die vom Hauptschuldner bestellt wurden⁵⁷². **247**

c. Vergleich

Eine Gemeinsamkeit zwischen österreichischem Recht und türkischem Recht besteht darin, dass der Bürge den Gläubiger auf die Verwertung seiner Pfandrechte verweisen kann. Die Anerkennung dieses Instruments in Österreich ist aber im Vergleich zur gesetzlichen Lage in der Türkei nicht einfach. Während dieses Schutzinstrument des Bürgen im türkischen Bürgschaftsrecht ausdrücklich geregelt ist, hat der Gesetzgeber in Österreich das Recht des Gläubigers, den Bürgen vorerst belangen zu können, für bestimmte Fälle ausdrücklich geregelt. Die Vorausverwertung der Pfänder bedarf in Österreich weiterer Argumentation und man muss Analogieschlüsse für die Begründung dieses Instruments ziehen, indem man die anderen Schutzinstrumente des Bürgen berücksichtigt, die dem Bürgen aufgrund der Abhängigkeit seiner Schuld von der Hauptverbindlichkeit zustehen. **248**

Der Umfang des Schutzinstruments der Verweisung des Bürgschaftsgläubigers auf die Pfänder beschränkt sich nach österreichischem Recht einerseits aufgrund des Wortlauts des § 263 **249**

⁵⁶⁷ Özen, Kefalet³ 325; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 682; Özen in Inceoğlu 381; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 491; Demirbaş, Kefalet 129; Çakır, THD 2014/96, 18; Acar, Mütelselil 226 f.

⁵⁶⁸ Reisoğlu, Kefalet 171.

⁵⁶⁹ Oben Rz 240.

⁵⁷⁰ Özen, Kefalet³ 329; Özen in Inceoğlu 383; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 494.

⁵⁷¹ Özen, Kefalet³ 327; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 683; Gümüç, Borçlar² 350; Özen in Inceoğlu 381; Özen, EÜHFD 2006/3-4, 492; Barlas, İzBD 2011/2, 22; Demirbaş, Kefalet 131; Çakır, THD 2014/96, 20; Acar, Mütelselil 233; Beck, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 30; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 496 Rz 29.

⁵⁷² Özen, Kefalet³ 327 f.

EO auf die Pfänder, die an einer beweglichen körperlichen Sache des Hauptschuldners eingeräumt werden, und andererseits aufgrund des § 1360 ABGB auf die Pfänder, die dem Gläubiger nach der Bürgschaft gegeben werden. Nach türkischem Recht besteht eine ähnliche Beschränkung im Grundtyp dieses Instruments nicht, dieses Instrument ist nicht auf die Pfänder an einer beweglichen körperlichen Sache des Hauptschuldners beschränkt. Die Parteien können aber dieses Instrument auf die Faustpfand- und Forderungspfandrechte des Gläubigers beschränken. Ferner wird in der türkischen Lehre vorgeschlagen, dieses Instrument auf die Pfänder an den Sachen zu erstrecken, die zu einem Dritten gehören. Jedoch ist die Angemessenheit dieser Ansicht fragwürdig.

- 250** Ein Unterschied betrifft den zeitlichen Umfang des Rechts des Bürgen, den Gläubiger auf die Pfänder zu verweisen. In zeitlicher Hinsicht ist das Recht des Bürgen in Österreich auf die nachträglichen Pfänder beschränkt. Der Bürge kann nur die Verwertung der nachträglichen Pfänder verlangen. Der Gesetzgeber in der Türkei hat im Grundtyp dieses Instruments eine fragwürdige zeitliche Beschränkung auf die vorhandenen dinglichen Sicherheiten bei der Bürgschaftsübernahme vorgesehen, die er für den Fall nicht vorgesehen hat, in dem der Bürge auf dieses Instrument bis zu den erlaubten Grenzen verzichtet. Nach dieser Beschränkung kann der Bürge die Verwertung der Pfänder im Grundtyp dieses Instruments nicht verlangen, die dem Gläubiger nach Bürgschaft gegeben werden.
- 251** Hinsichtlich der Verzichtbarkeit dieses Instruments ist das Gesetz in der Türkei eindeutig. Das Gesetz beschränkt den Umfang eines wirksamen Verzichts auf die Grundpfandrechte. Nach österreichischem Recht hängt die Verzichtbarkeit dieses Instruments von der Frage ab, ob § 263 EO als zwingend anzusehen ist. Weitere Fragezeichen bestehen in dem österreichischen Recht darin, in welchen Fällen eine Ausnahme von diesem Schutzinstrument des Bürgen zu machen ist. Bei der Ermittlung der in Frage stehenden Ausnahmefällen in Österreich kann man die Ausnahmen dieses Instruments nach türkischem Recht berücksichtigen.

C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich

16. Beschränkung der Kreditbürgschaft des vormaligen Ehegatten auf den Ausfall

a. Allgemein

- 252** Gemäß § 98 EheG⁵⁷³ steht dem Bürgen, der für eine Kreditverbindlichkeit seines vormaligen Ehegatten eingestanden hat, der Weg offen, seine Haftung nach der Ehescheidung auf den Ausfall zu beschränken⁵⁷⁴. Nach dem Bürgschaftsmodell des § 98 EheG kann der Bürge den

⁵⁷³ § 98 EheG betrifft eigentlich nicht nur die Bürgschaft, sondern auch andere Arten von Mitverpflichtungen. Aufgrund des Themas dieser Arbeit wird die Beschränkung der Haftung hier nur anhand der Stellung des Bürgen untersucht.

⁵⁷⁴ *Eigner*, Interzedentenschutz 228 f; *Unger*, ÖBA 2004, 685; *Koch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*,

Gläubiger darauf verweisen, dass der Gläubiger zuerst versuchen solle, seine Befriedigung durch die Exekutionsführung gegen den Hauptschuldner und die Verwertung sonstiger Sicherheiten zu erlangen.

b. Voraussetzungen

Zunächst setzt die Beschränkung der Bürgenhaftung eine Schuldenaufteilung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner voraus, nach der der Hauptschuldner zahlungspflichtig ist. Diese Aufteilung beruft sich entweder auf eine in einem Aufteilungsverfahren gefällte Gerichtsentscheidung nach § 92 EheG oder eine individuelle Vereinbarung der Ehegatten in Zusammenhang mit einem Eheauflösungsverfahren nach §§ 97 Abs 5, 55a Abs 2 EheG. Nach der Lehre⁵⁷⁵ und dem OGH⁵⁷⁶ erfüllen die individuellen Vereinbarungen nach der Eheauflösung nicht diese Voraussetzung. Weiters wird es als notwendig angesehen, dass die Wirksamkeit der Vereinbarung nicht an den künftigen Eintritt einer Bedingung geknüpft ist⁵⁷⁷.

Beim Vorliegen einer Schuldenaufteilung hat das Gericht auf Antrag von einem oder beiden Ehegatten auszusprechen, dass derjenige, der im Innenverhältnis zur Zahlung verpflichtet ist, Hauptschuldner ist und der andere als Bürge nur für den Ausfall haftet. Gemäß § 98 Abs 1 S 2 EheG muss dieser Antrag innerhalb von einem Jahr nach dem Eintritt der Rechtskraft der Eheauflösungsentscheidung gestellt werden. Nach der Lehre⁵⁷⁸ und dem OGH⁵⁷⁹ kann der Antrag allerdings bis zum Abschluss eines fristgerecht eingeleiteten Aufteilungsverfahrens über die interne Zahlungsverpflichtung eingereicht werden.

In der Lehre gibt es keine einheitliche Erläuterung darüber, ob ein Vorausverzicht der Ehegatten auf die Antragstellung nach § 98 EheG die Beschränkung der Bürgenhaftung verhindert. Nach einem Teil der Lehre sei der Vorausverzicht unwirksam⁵⁸⁰, nach einem anderen

ABGB⁴ § 98 EheG Rz 2; *Schwimmann* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 3; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 5 (Stand: November 2011, lexisnexis.at); *Koziol*, Die Ausfallbürgschaft des geschiedenen Ehegatten kraft Richterspruchs, RdW 1986, 5 (6); *Gamerith*, Die Kreditmithaftung geschiedener Ehegatten nach § 98 EheG, RdW 1987, 183 (187); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 5; OGH 9.4.2015, 2 Ob 168/14s; OGH 24.9.1992, 6 Ob 520/92.

⁵⁷⁵ *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 1; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek* Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 2.

⁵⁷⁶ OGH 3.3.1988, 6 Ob 531/88.

⁵⁷⁷ *Schwimmann* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 4; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 3; OGH 13.10.2009, 1 Ob 194/09z.

⁵⁷⁸ *Schwimmann* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 5; *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 3; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 2; *Gamerith*, RdW 1987, 191; *Fink*, AnwBl 1986, 629; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 3.

⁵⁷⁹ OGH 10.5.2005, 5 Ob 63/05g; OGH 22.12.2010, 2 Ob 25/10f.

⁵⁸⁰ *Gitschthaler* in *Schwimmann*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 2; *Gamerith*, RdW 1987, 190. Hinsichtlich des ehelichen Gemeinschaftsvermögens: *Unger*, ÖBA 2004, 685.

Teil sei er aber wirksam⁵⁸¹.

c. Geltungsbereich

- 256 Der Rechtsbehelf der Beschränkung der Bürgenhaftung gilt nur für die aufteilungsrelevanten Kreditverbindlichkeiten nach § 81 Abs 1 EheG und die Kreditverbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsleben nach § 83 Abs 1 EheG⁵⁸². Nach der hL⁵⁸³ und dem OGH⁵⁸⁴ sei der Begriff „Kreditverbindlichkeit“ im weiteren Sinn zu verstehen, nach dem dieser Begriff Verbindlichkeiten aus allen Verträgen erfasse, in denen die Leistungspflicht des vormaligen Ehegatten des Bürgen gegenüber seinem Vertragspartner hinausgeschoben ist. Die bloße Zug-um-Zug-Geschäfte fallen aber nicht unter diesen Begriff⁵⁸⁵.

d. Wirkung

i. Allgemein

- 257 Die Beschränkung der Belangbarkeit des Bürgen führt gemäß § 98 Abs 2 EheG dazu, dass der Gläubiger den Bürgen erst dann in Anspruch nehmen kann, wenn er zuvor seine Befriedigung durch die Exekution gegen den Hauptschuldner und durch die Verwertung anderer Sicherheiten nicht in angemessener Frist erlangen konnte. Selbst wenn der Gläubiger bereits ein Exekutionsverfahren eingeleitet oder einen Exekutionstitel gegen den Bürgen erwirkt hat, kann der Bürge den dazwischen ergangenen Richterspruch nach § 98 EheG gegen den Gläubiger geltend machen⁵⁸⁶. Nach einer Ansicht sei die Aufgabe des Gläubigers zur Verwertung von Sicherheiten gemäß § 98 Abs 2 Z 3 EheG aber nur auf die Sicherheiten zu beschränken, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangt wurden oder die keinen

⁵⁸¹ *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 4. Nur hinsichtlich der ehelichen Ersparnisse: *Eigner*, Interzedentenschutz 218 f; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 3.

⁵⁸² *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 2; *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 2; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 4; *Eigner*, Interzedentenschutz 220 ff; *Gamerith*, RdW 1987, 186; *Fink*, AnwBl 1986, 629; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 4; OGH 27.8.2009, 8 Ob 22/09g; OGH 20.1.2004, 5 Ob 183/03b; OGH 2.3.2000, 9 Ob 44/00m; OGH 31.8.1989, 6 Ob 651/89.

⁵⁸³ *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 2; *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 2; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 4; *Eigner*, Interzedentenschutz 220 ff; *Gamerith*, RdW 1987, 185; *Fink*, AnwBl 1986, 629; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 6. **AA** *Koziol*, RdW 1986, 5 f; *Koziol*, Zur Haftung des geschiedenen Ehegatten für Kredite (§ 98 EheG) RdW 1990, 243 (244).

⁵⁸⁴ OGH 20.1.2004, 5 Ob 183/03b; OGH 9.9.2002, 7 Ob 192/02i; OGH 26.7.1996, 1 Ob 2141/96a; OGH 19.3.1992, 7 Ob 526/92.

⁵⁸⁵ *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 2; *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 2; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 4; *Eigner*, Interzedentenschutz 225 f; *Koziol*, RdW 1986, 6; OGH 20.1.2004, 5 Ob 183/03b.

⁵⁸⁶ *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 5; *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 2; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 4; *Eigner*, Interzedentenschutz 264 ff; *Unger*, ÖBA 2004, 686; *M. Bydlinski*, Entscheidung nach § 98 EheG und anhängiges Verfahren, ÖBA 1991, 106 (109 f); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 3; OGH 20.1.2004, 5 Ob 183/03b; OGH 3.2.1993, 3 Ob 3/93; OGH 28.6.1990, 8 Ob 604/90.

Ausgleichsanspruch gegen den Ausfallbürgen geben, und diese Regel sei entsprechend teleologisch zu reduzieren⁵⁸⁷. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, weil es nach so einer Reduktion keinen Bedarf an § 98 Abs 2 Z 3 EheG mehr gibt. Die Vermögensgegenstände des Hauptschuldners, die das Objekt eines Pfandrechts sein können, müssen ja schon vor der Inanspruchnahme des Bürgen gemäß § 98 Abs 2 Z 1, 2 EheG verwertet worden sein.

Die Frage ist umstritten, inwieweit der Schutz des § 98 EheG gilt. Nach einem Teil der Lehre⁵⁸⁸ und dem OGH⁵⁸⁹ gelte die Beschränkung der Belangbarkeit des Bürgen nur gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger, aber nicht gegenüber demjenigen, der nachträglich von Gesetzes wegen in die Rechte des ursprünglichen Gläubigers eintritt. Nach einer Ansicht könne § 98 EheG im Lichte des § 896 S 3 ABGB gegenüber den übrigen Mitverpflichteten nicht nachteilig sein⁵⁹⁰. Nach einer anderen Ansicht verstoße die Erstreckung der Wirkung des § 98 EheG auf die Mitverpflichteten gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁵⁹¹. Der OGH begründet seine Ansicht mit dem Argument, dass sich die Rechtsstellung desjenigen, der nachträglich an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers tritt, widrigenfalls ohne eine Mitwirkungsmöglichkeit verschlechtere. Er durfte nach der Sach- und Rechtslage zur Zeit der Begründung seiner Haftungsübernahme davon ausgehen, dass er nach der Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers jeden beider Mitschuldner in Regress nehmen könne, ohne sich vorher an die anderen Mitverpflichteten halten zu müssen. Dieses Argument ist fragwürdig. Der ursprüngliche Gläubiger hat auch die gleiche Erwartung und begegnet der gleichen Verschlechterung seiner Rechtsstellung ohne eine Mitwirkungsmöglichkeit. Dies verhindert aber nicht die Anwendung des § 98 EheG. Außerdem beeinträchtigt das Argument des OGH die Funktion des § 98 EheG, da der ursprüngliche Gläubiger zuerst einen anderen Mitverpflichteten in Anspruch nehmen kann, der gleich danach gegen den vormaligen Ehegatten vorgeht⁵⁹².

Nach einem anderen Teil der Lehre sollten die durch den § 98 EheG geschaffenen Haftungserleichterungen auch unter dem Verhältnis zwischen Sicherungsgebern gelten und der Schutzzweck des § 98 EheG sollte nicht entwertet werden⁵⁹³. Nach einer Ansicht entwerte

⁵⁸⁷ *Wühl*, Sicherungsmehrheit 39.

⁵⁸⁸ *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 6; *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 3; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 5; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1356 Rz 5; *Iro*, Zum Bürgenregress gegenüber dem Ausfallbürgen gemäß § 98 EheG, RdW 1996, 154 (Entscheidungsanmerkung); *Gamerith*, RdW 1987, 187 f; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 10.

⁵⁸⁹ OGH 21.11.1995, 4 Ob 589/95.

⁵⁹⁰ *Gamerith*, RdW 1987, 187 f.

⁵⁹¹ *Iro*, RdW 1996, 154.

⁵⁹² Für diese Logik: *Th. Rabl*, *ecolex* 1996, 443; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 259; *Iro*, RdW 1996, 154.

⁵⁹³ *Th. Rabl*, *ecolex* 1996, 443; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 259.

das Inkrafttreten des § 98 EheG das Vertrauen der anderen Mitverpflichteten, die ihre Haftung nach dem Inkrafttreten dieser Regel eingegangen sind, in die Sach- und Rechtslage⁵⁹⁴. Außerdem spielen §§ 894, 896 ABGB hier keine Rolle, da sie gesetzlichen Haftungsprivilegien, wie zB § 98 EheG, nicht entgegenstehen⁵⁹⁵. Nach einer anderen Ansicht muss die Erstreckung der Wirkung des § 98 EheG auf die Mitverpflichteten anders begründen⁵⁹⁶. Erstens sei es abzulehnen, dass die Mitverpflichteten vom Verfahren nach § 98 EheG ausgeschlossen sind, da sie gemäß § 229 AußStrG⁵⁹⁷ ihren eigenen Standpunkt im Rekurs vertreten können⁵⁹⁸. Zweitens bestehe kein Bedarf an einem weitergehenden Schutz des Vertrauens der Mitverpflichteten, da sie ja einen Bürgen, dessen Haftung auf den Ausfall zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger vertraglich beschränkt ist, auch nicht ohne erfolglosen Befriedigungsversuch auf anderem Wege direkt in Anspruch nehmen könnten⁵⁹⁹.

- 260** Der Einfluss des Gläubigers auf die Haftungsbeschränkung gemäß § 98 EheG ist gering⁶⁰⁰. Seine Mitwirkungsmöglichkeit ist auf die Ermittlung der Voraussetzungen und des Geltungsbereichs dieses Rechtsbehelfs beschränkt⁶⁰¹. Ferner kann die individuelle Vereinbarung der Ehegatten über die interne Aufteilung einer Sittenwidrigkeitskontrolle untergezogen werden, wenn eine Gläubigerschädigungsabsicht durch die individuelle Vereinbarung verfolgt wird⁶⁰².
- 261** Der Haftungsumfang des Bürgen ist umstritten. Nach einem Teil der Lehre habe der Bürge, dessen Haftung gemäß § 98 EheG beschränkt wurde, dem Gläubiger die Zinsen und die Kosten der Betreibungsmaßnahmen gegen den Hauptschuldner zu ersetzen, selbst wenn er für diese Kosten vorher nicht eingestanden hat⁶⁰³. Nach einer Ansicht berufe die Bürgschaft

⁵⁹⁴ *Th. Rabl*, *ecolex* 1996, 443. **AA** *Eigner*, *Interzedentenschutz* 256 f.

⁵⁹⁵ *Th. Rabl*, *ecolex* 1996, 443. *Eigner*, *Interzedentenschutz* 258.

⁵⁹⁶ *Eigner*, *Interzedentenschutz* 257 ff.

⁵⁹⁷ AußStrG BGBl I 2003/111.

⁵⁹⁸ *Eigner*, *Interzedentenschutz* 257 f. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit: *M. Bydlinski*, *Verfahrens- und materiellrechtliche Fragen bei der Ehegattenbürgschaft*, ÖBA 1988, 468; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 11.

⁵⁹⁹ *Eigner*, *Interzedentenschutz* 259 f.

⁶⁰⁰ *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar I*⁴ § 98 EheG Rz 10; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 268; *Unger*, ÖBA 2004, 686; *Gamerith*, RdW 1987, 189; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 11; OGH 9.4.2015, 2 Ob 168/14s; OGH 21.2.2002, 8 Ob 300/01b; OGH 21.11.1995, 4 Ob 589/95; OGH 1.9.1987, 5 Ob 571/87.

⁶⁰¹ *Schwimann in Schwimann*, *Taschenkommentar*³ § 98 EheG Rz 6; *Koch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 3; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar I*⁴ § 98 EheG Rz 11; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 268 f; *Unger*, ÖBA 2004, 686; *Gamerith*, RdW 1987, 189 f; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 11; OGH 9.4.2015, 2 Ob 168/14s.

⁶⁰² *Schwimann in Schwimann*, *Taschenkommentar*³ § 98 EheG Rz 6; *Unger*, ÖBA 2004, 686; *Koch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 98 EheG Rz 3; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar I*⁴ § 98 EheG Rz 11; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 269; *Gamerith*, RdW 1987, 190; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 12; OGH 21.2.2002, 8 Ob 300/01b; OGH 21.11.1995, 4 Ob 589/95; OGH 1.9.1987, 5 Ob 571/87.

⁶⁰³ *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar I*⁴ § 98 EheG Rz 14; *Gamerith*, RdW 1987, 191. Auf die Rechtsverfolgungskosten hingedeutet: *P. Bydlinski*, *Kreditbürgschaft*² 109; *Stabentheiner in Rummel*,

gemäß § 98 EheG sich nicht auf eine Willenserklärung, die nach den Auslegungsgrundsätzen eng auszulegen sei⁶⁰⁴. Nach einer anderen Ansicht habe der Gläubiger keine Mitwirkungsmöglichkeit an der Gerichtsentscheidung im Interesse des Bürgen über die Beschränkung der Haftung des Ehegatten, daher hafte der Bürge auch für diese Posten.⁶⁰⁵ Nach einem anderen Teil der Lehre ändere die Beschränkung der Haftung des Ehegatten auf den Ausfall nicht den Inhalt seiner vorherigen Haftung und er hafte für die Posten nicht, für die er vorher nicht eingestanden hat⁶⁰⁶.

Schlussendlich wird die beschränkte Belangbarkeit des Ehegatten nicht von Amts wegen geprüft. Dies muss geltend gemacht werden. **262**

ii. Die Ausnahmen

In bestimmten Fällen fällt allerdings die Wirkung dieser Beschränkung weg. Zunächst spricht § 98 Abs 2 S 2 EheG von der unmöglichen, unzumutbaren Exekutionsführung gegen Hauptschuldner im Ausland. In der Lehre werden aber die Exekutionsversuche im EU-Ausland weder als unmöglich noch als unzumutbar betrachtet⁶⁰⁷. Des Weiteren gelten die oben dargelegten Tatbestände⁶⁰⁸ auch hier aufgrund des Verweises in § 98 Abs 2 EheG auf § 1356 ABGB, nämlich Insolvenz und unbekannter Aufenthalt des Hauptschuldners. **263**

D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei

17. Vorausklage

a. Allgemein

Gemäß § 585 Abs 1 TBK setzt die Belangbarkeit des Bürgen voraus, dass sich der Gläubiger zuerst für seine Befriedigung an den Hauptschuldner hält. Diese Voraussetzung erfordert eine sorgfältige Schuldbetreibung gegen den Hauptschuldner bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins. Unterlassung der erforderlichen Sorgfalt führt zum Verlust der Rechte des Gläubigers gegenüber dem Bürgen im Ausmaß, als hätte er eine Befriedigung erlangen können⁶⁰⁹. Hat der Gläubiger einmal einen definitiven Verlustschein für seine Forderung erwirkt, kann er den Bürgen in Anspruch nehmen, selbst wenn der Hauptschuldner **264**

ABGB³ § 98 EheG Rz 8.

⁶⁰⁴ *Gamerith*, RdW 1987, 191. (Die Erklärungen am gegebenen Ort sind nicht ganz klar, ob die Stellungnahme sich auch die sich aus dem Vertrag ergebenden Bürgschaften bezieht. Jedoch gilt dort angegebene Begründung auch für die Bürgschaften aus einem Vertrag, da der Gläubiger im Regelfall nicht alle Eintreibungsmöglichkeiten beim Hauptschuldner auszuschöpfen hat, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt.)

⁶⁰⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 98 EheG Rz 8.

⁶⁰⁶ *Eigner*, Interzedentenschutz 248 f; *M. Bydlinski*, ÖBA 1988, 471.

⁶⁰⁷ *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 98 EheG Rz 7; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar I⁴ § 98 EheG Rz 13. Für Deutschland: *Fink*, AnwBl 1986, 629.

⁶⁰⁸ Oben Rz 226.

⁶⁰⁹ *Özen*, Kefalet³ 291; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 680; *Gümüş*, Borçlar² 334; *Demirbaş*, Kefalet 98; *Gönültaş*, Def'iler 26; *Doğan*, Kefalet 10; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 32; *Tandoğan*, Borçlar II³ 765; *Grassinger*, Savunma 212; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 19.

nachträglich in die Lage kommt, seine Schuld erfüllen zu können⁶¹⁰. Des Weiteren ist die Frage unerheblich, ob die Betreuung gegen den Hauptschuldner vor oder nach der Eingehung der Bürgschaft durchgeführt wurde⁶¹¹. In der Lehre wird es für die Belangbarkeit des Bürgen nicht als ausreichend erachtet, wenn der Verlustschein für eine andere Forderung als die durch die Bürgschaft besicherte Forderung erwirkt wurde⁶¹².

- 265** Die Vorklage hat keinen zwingenden Charakter. Dementsprechend kann der Bürge auf dieses Schutzinstrument im Voraus oder nachträglich verzichten⁶¹³.
- 266** Der Tatbestand, dass der Hauptschuldner bisher nicht belangt wurde, wird nicht von Amts wegen geprüft. Der Bürge muss die Vorklage geltend machen. Der Gläubiger trägt die Beweislast für die vorausgegangene Belangung des Hauptschuldners. Dagegen trägt der Bürge die Beweislast dafür, dass der Gläubiger dabei nicht sorgfältig war⁶¹⁴.

b. Die Ausnahmen

- 267** Neben der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins fällt das Schutzinstrument der Vorklage in die in § 585 Abs 1 TBK geregelten Fällen aus. Diese sind Konkurs des Hauptschuldners, Nachlassstundung des Hauptschuldners und die unmögliche oder unzumutbare Belangung des Hauptschuldners in der Türkei. Die Forderung des Gläubigers muss aber in all diesen Fällen fällig sein, damit er gegen den Bürgen vorgehen kann. Die Beweislast für das Vorliegen einer Ausnahme trägt der Gläubiger.
- 268** Für die Belangbarkeit des Bürgen ist die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners ausreichend, der Gläubiger muss nicht den Abschluss des Konkurses abwarten⁶¹⁵. Diese Ausnahme betrifft aber nur den Konkurs des Hauptschuldners; der Konkurs

⁶¹⁰ *Reisoğlu*, Kefalet³ 165; *Özen*, Kefalet³ 287; *Gümüş*, Borçlar² 336; *Demirbaş*, Kefalet 99; *Gönültaş*, Def'iler 24; *Doğan*, Kefalet 5; *Tandoğan*, Borçlar II³ 765; *Reisoğlu*, Kefilin Def'i Hakları, Batider 1961/2, 177 (209); *Grassinger*, Savunma 207, 212; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 17, 23; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 495 Rz 1.

⁶¹¹ *Gönültaş*, Def'iler 25; *Tandoğan*, Borçlar II³ 763; *Özen*, Kefalet³ 287 f; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 19 (Die letzten drei Autoren beschränken ihre Meinungen auf den Fall, dass der Bürge vom Verlustschein Kenntnis hatte.); *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 21.

⁶¹² *Özen*, Kefalet³ 287; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 680; *Gümüş*, Borçlar² 335; *Demirbaş*, Kefalet 98; *Gönültaş*, Def'iler 25; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 32; *Tandoğan*, Borçlar II³ 765; *Reisoğlu*, Kefalet 164; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 18; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 17.

⁶¹³ *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 679; *Özen*, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, EÜHFD 2006/3-4, 477 (486); *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 11.

⁶¹⁴ *Özen*, Kefalet³ 291; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 20; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 495 Rz 6.

⁶¹⁵ *Reisoğlu*, Kefalet 163; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 680; *Grassinger*, Savunma 207; *Gönültaş*, Def'iler 26; *Demirbaş*, Kefalet 103; *Tandoğan*, Borçlar II³ 763; *Özen*, Kefalet³ 293. (Die letzten zwei Autoren beschränken ihre Meinungen auf den Fall, dass der Bürge vom Konkurs Kenntnis hatte.); *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 27; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 11; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 495 Rz 3; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 495 Rz 2.

des Bürgen fällt nicht darunter⁶¹⁶. Gemäß § 590 Abs 1 TBK bewirkt der Konkurs des Hauptschuldners nicht die Fälligkeit der Hauptschuld gegenüber dem Bürgen. Der Bürge kann aber seine Schuld schon leisten. Der Widerruf des Konkurses ändert nicht die Rechtslage⁶¹⁷. Nach einer Ansicht könne der Bürge aber nach dem Widerruf des Konkurses die Vorausklage geltend machen, wenn der Gläubiger seine Konkurseingabe zurückzieht, ohne dass er die Zustimmung des Bürgen dafür einholt⁶¹⁸.

Die Nachlassstundung des Hauptschuldners hat der Gesetzgeber, hinsichtlich der Belangbarkeit des Bürgen, mit dem Konkurs gleichgestellt. Der Gläubiger muss also nicht den Abschluss des Nachlassvertrags abwarten, um den Bürgen in Anspruch nehmen zu können. **269**

Die dritte Ausnahme betrifft den Fall, dass die Belangung des Hauptschuldners in der Türkei unmöglich oder unzumutbar geworden ist. Dies ist der Fall, wenn der Hauptschuldner aufgrund verfahrensrechtlicher Gründe, zB aufgrund der fehlenden Zuständigkeit der türkischen Gerichte, nicht in der Türkei beklagt werden kann oder er keine Aktiva in der Türkei hat. Nach einer Ansicht gelte dieser Fall nur dann als Ausnahme, wenn er nach dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags eintritt⁶¹⁹. Diese Ansicht hat aber keinen Anhaltspunkt im TBK und beruft sich eigentlich auf den Wortlaut des § 495 Abs 1 OR, der das Vorbild des § 585 TBK ist. § 585 TBK weist, im Gegensatz zum § 495 Abs 1 OR, nicht darauf hin, dass diese Tatbestände nach der Eingehung der Bürgschaft eintreten müssen. Daher kann der Gläubiger den Bürgen selbst dann in Anspruch nehmen, wenn dieser Tatbestand bereits vor der Eingehung der Bürgschaft gegeben ist. **270**

In der Lehre ist eine weitere Ausnahme für den Fall angenommen, dass die Belangung des Hauptschuldners mit sehr hohen Kosten verbunden ist⁶²⁰. **271**

Schlussendlich ist es hier kurz zu bemerken, dass der Gläubiger gemäß § 585 Abs 3 TBK den Bürgen, der nur für den Ausfall haftet, auch direkt in Anspruch nehmen kann, wenn die Belangung des Hauptschuldners in der Türkei unmöglich ist oder der Hauptschuldner einen Nachlassvertrag abgeschlossen hat. **272**

⁶¹⁶ *Özen*, Kefalet³ 81; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 22; *Grassinger*, Savunma 210.

⁶¹⁷ *Özen*, Kefalet³ 292, 293; *Doğan*, Kefalet 8; *Grassinger*, Savunma 208; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 12; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 495 Rz 3; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 495 Rz 1; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 495 Rz 2.

⁶¹⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 163; *Demirbaş*, Kefalet 104; *Gönültaş*, Def'iler 28; *Tandoğan*, Borçlar II³ 764; *Grassinger*, Savunma 209; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 12; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 495 Rz 3; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 495 Rz 2.

⁶¹⁹ *Reisoğlu*, Kefalet 166; *Özen*, Kefalet³ 294 f.; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 680; *Gümüş*, Borçlar² 336; *Demirbaş*, Kefalet 94, 100.

⁶²⁰ *Özen*, Kefalet³ 294.

18. Teilung bei der Mitbürgschaft

a. Allgemein

- 273 § 587 TBK sieht das Schutzinstrument der Teilung für die Mitbürgschaft vor. Dieses Schutzinstrument teilt die Hauptschuld bzw den Betrag auf die Kopfteile unter den mehreren Bürgen auf. Vor der Darstellung der Einzelheiten dieses Instruments ist es notwendig, den Begriff „Mitbürgschaft“ iSv § 587 TBK zu definieren. Eine Mitbürgschaft iSv § 587 TBK liegt nicht automatisch vor, wenn mehrere Bürgen für dieselbe Hauptschuld eintreten. Das kumulative Vorliegen von drei Voraussetzungen ist erforderlich: Identität der Hauptschuld, Identität des Hauptschuldners und die Haftungsübernahme mit der Rücksichtnahme auf einen anderen Bürgen⁶²¹. Aufgrund dieser letzteren Voraussetzung ist es im Einzelfall möglich, dass nur ein Bürge das Schutzinstrument der Teilung erheben kann⁶²².
- 274 Es ist nicht erforderlich, dass die Bürgen dieselbe Urkunde zusammen unterschreiben⁶²³. Für die Annahme einer Haftungsübernahme mit Rücksicht auf die Mitbürgschaft ist es ausreichend, dass sie aus den Umständen abgeleitet werden kann, da sie die Stellung des Bürgen erleichtert.

b. Mit Vorausklage

- 275 Gemäß § 587 Abs 1 TBK kann ein Mitbürge den Gläubiger für den über seinen eigenen Kopfteil hinausgehenden Teil des Anspruchs des Gläubigers auf die anderen Bürgen und auf die Pfänder verweisen, die dem Gläubiger für die Bürgschaftsschulden der anderen Bürgen gegeben wurden. Mit den anderen Worten gibt das Schutzinstrument der Teilung dem Bürgen für die Kopfteile der anderen Bürgen die oben genannten zwei Instrumente: Die Vorausklage und die Vorausverwertung der Pfänder.
- 276 Das Gesetz ist für den Fall nicht eindeutig, dass von einem Bürgen sein Kopfteil nicht erhaltlich ist. Daher stellt sich die Frage, ob ein Mitbürge die Teilung auch für diesen nichterhaltlichen Kopfteil erheben kann. Nach einer Ansicht gelte das Schutzinstrument der Teilung auch in diesem Fall, und der Gläubiger könne den nichterhaltlichen Kopfteil eines Bürgen von den anderen nur anteilmäßig verlangen⁶²⁴. Nach einer anderen Ansicht stelle die erste

⁶²¹ Özen, Kefalet³ 330, 334; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 684; Gümüş, Borçlar² 352; Demirbaş, Kefalet 138 ff; Doğan, Kefalet 28, 30; Grassinger, Savunma 218 f; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 2 f; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 497 Rz 7; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 497 Rz 1; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 497 Rz 1.

⁶²² Özen, Kefalet³ 337; Gümüş, Borçlar² 352; İpek, GÜHFD 2004/1, 535; Demirbaş, Kefalet 139.

⁶²³ Özen, Kefalet³ 338; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 684; Gümüş, Borçlar² 352; Barlas in Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 65; İpek, GÜHFD 2004/1, 534; Taşdelen in FS İmregün 735; Tandoğan, Batider 1977/1, 41; Demirbaş, Kefalet 139; Şahan, Kefalet 32; Tandoğan, Borçlar II³ 772; Reisoğlu, Kefalet 75, 177; Grassinger, Savunma 219.

⁶²⁴ Reisoğlu, Kefalet 181; Özen, Kefalet³ 340; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 685; Gümüş, Borçlar² 355; İpek, GÜHFD 2004/1, 538; Demirbaş, Kefalet 153; Tandoğan, Borçlar II³ 773; Beck, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 18.

Ansicht eine erhebliche Beeinträchtigung der Stellung des Gläubigers dar und vermindere das Interesse der Gläubiger in der Praxis am Abschluss eines Bürgschaftsvertrags⁶²⁵. Aus diesem Grund sollte der Gläubiger diesen nichterhältlichen Kopfteil eines Bürgen von einem beliebigen Bürgen in vollem Umfang verlangen können⁶²⁶.

§ 587 Abs 1 TBK ist nicht absolut zwingendes Recht. Die Verkürzung dieses Instruments ist 277 bis zu einem bestimmten Ausmaß zulässig. Darüber hinaus wird dieses Instrument nicht von Amts wegen geprüft. Der Mitbürge muss dieses Instrument gegen den Gläubiger geltend machen.

c. Ohne Vorausklage

Gemäß § 587 Abs 2 TBK führt der Verzicht auf die Vorausklage zur Verkürzung des Schutz- 278 instruments der Teilung⁶²⁷. In diesem Fall kann ein Mitbürge den Gläubiger für den über seinen Kopfteil hinausgehenden Teil nur darauf verweisen, gegen alle neben ihm ohne Vorausklage haftenden Bürgen, die Bürgschaft mit ihm oder vor ihm eingegangen sind und in der Türkei belangt werden können, Betreibung einzuleiten. Der Erlass eines Zahlungsbefehls ist ausreichend. Die Betreibung muss nicht bis zum Ende erfolglos durchgeführt werden⁶²⁸. Nach Ablauf der im Zahlungsbefehl vorgesehenen siebentägigen Frist nach § 60 Abs 1 Z 2 İİK kann der Gläubiger einen beliebigen Mitbürgen auch für den Kopfteil eines anderen Bürgen belangen.

Gemäß § 587 Abs 2 S 3 TBK kann ein Mitbürge das Schutzinstrument der Teilung dem 279 Gläubiger selbst dann entgegenhalten, wenn ein oder mehrere von den Bürgen ihren Kopfteil bereits bezahlt oder die Betreibung durch die Leistung dinglicher Sicherheit⁶²⁹ eingestellt haben⁶³⁰.

Der Verzicht auf das in § 587 Abs 2 TBK geregelte Schutzinstrument, also verkürzte Teilung, 280 im Voraus ist unwirksam. Ferner wird dieses Schutzinstrument nicht von Amts wegen geprüft. Der Mitbürge muss dieses Instrument gegen den Gläubiger geltend machen.

⁶²⁵ Grassinger, Savunma 221.

⁶²⁶ Grassinger, Savunma 222.

⁶²⁷ Tandoğan, Borçlar II³ 774; Çakır, THD 2014/96, 22; Beck, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 22, 23; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 497 Rz 6; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 497 Rz 5; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 497 Rz 5. **AA** Demirbaş, Kefalet 156, 160.

⁶²⁸ Özen, Kefalet³ 348; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 686; Özen in Inceoğlu 385; Demirbaş, Kefalet 168; Çakır, THD 2014/96, 22; Beck, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 32; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 497 Rz 5; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 497 Rz 4.

⁶²⁹ Für dieses Instrument: Unten Rz 281 ff.

⁶³⁰ C. Yavuz, Borçlar¹¹ 686; Reisoğlu, Kefalet 185; Guhl, Bürgschaftsrecht 20, 63. **AA** Özen, Kefalet³ 346, 348; Özen in Inceoğlu 385; Gümüş, Borçlar² 358; Demirbaş, Kefalet 169 f; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 16.

19. Einstellung der Betreuung durch die Leistung dinglicher Sicherheit

- 281** Gemäß § 590 Abs 2 TBK kann der Bürge gegen Leistung dinglicher Sicherheit vom Gericht verlangen, dass die Schuldbetreibung gegen ihn eingestellt wird, bis alle Pfänder⁶³¹ verwertet sind und gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt oder der Beschluss über den Abschluss des Nachlassvertrags gefasst wird. Dem Bürgen steht dieses Recht bei jeder Art der Bürgschaft zu. Es ist fragwürdig, dass § 590 Abs 2 TBK den Konkurs des Hauptschuldners und die unmögliche bzw unzumutbare Belangung des Hauptschuldners nicht zu den Fällen zählt, in denen die Einstellung der Betreuung gegen den Bürgen aufgehoben wird bzw nicht zulässig ist.
- 282** Der Begriff „*dingliche Sicherheit*“ erfasst jede Art der dinglichen Sicherheiten, zB Pfandrecht, Sicherungseigentum oder Eigentumsvorbehalt⁶³². Das Gericht entscheidet über die Frage, ob die Sicherheit ausreichend sei⁶³³. Grundsätzlich muss die dingliche Sicherheit die Höhe der Bürgschaftssumme decken⁶³⁴, widrigenfalls werden die Interessen des Gläubigers allzu sehr beeinträchtigt. Nach einer Ansicht müsse die Deckung jedoch nur die wahrscheinliche Höhe der Forderung des Gläubigers am Ende der eingestellten Betreuung gegen den Bürgen decken⁶³⁵. Ferner seien der Vermögenszustand des Hauptschuldners⁶³⁶ und das Vorliegen anderer Sicherheiten nach dieser Ansicht für den Wert der vom Bürgen zu leistenden dinglichen Sicherheit maßgebend⁶³⁷.
- 283** Handelt es sich um eine Mitbürgschaft, hat ein Mitbürge vorerst eine dingliche Sicherheit nur für seinen eigenen Kopfteil zu leisten⁶³⁸. Verzichtet er aber auf das Schutzinstrument der Teilung bis zu den erlaubten Grenzen, dann muss seine Sicherheitsleistung auch die Kopfteile der anderen Bürgen decken, wenn der Gläubiger die Betreuung gegen die anderen Bürgen eingeleitet hat, die auf das Schutzinstrument der Teilung bis zu den erlaubten Grenzen verzichtet haben und die Bürgschaft mit ihm oder vor ihm eingegangen sind und in der Türkei belangt werden können⁶³⁹.
- 284** Dem Gläubiger steht das Recht zu, vom Bürgen Nachdeckung zu verlangen, wenn sich die

⁶³¹ Oben Rz 240.

⁶³² *Özen*, Kefalet³ 82 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 21; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 14; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 77; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 501 Rz 8.

⁶³³ *Özen*, Kefalet³ 84; *Grassinger*, Kefalet Sözleşmesinde Def'iler ve Sona Erme, in *İnceoğlu* (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (2012) 363 (368); *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 24.

⁶³⁴ *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 13 f; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 501 Rz 9.

⁶³⁵ *Grassinger* in *İnceoğlu* 368; *Özen*, Kefalet³ 83; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 23.

⁶³⁶ **AA** *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 501 Rz 9.

⁶³⁷ *Özen*, Kefalet³ 84; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 23; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 77.

⁶³⁸ Parallele Annahme: *Özen*, Kefalet³ 83; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 22.

⁶³⁹ Parallele Annahme: *Özen*, Kefalet³ 83; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 22.

geleistete dingliche Sicherheit nachträglich als ungenügend erweist⁶⁴⁰, zB durch Verminderung des Wertes der Sicherheit. In der Lehre wird es angenommen, dass der Gläubiger nach dem Dahinfallen der Einstellung der Betreibung die Wahl habe, die bisher eingestellte Betreibung fortzusetzen oder für die Verwertung der geleisteten dinglichen Sicherheit eine neue Betreibung einzuleiten⁶⁴¹. Die Annahme, dass der Gläubiger die bisher eingestellte Betreibung fortsetzen kann, ist aber fragwürdig, weil die Betreibung der pfandgesicherten Forderungen durch Verwertung des Pfandes gemäß § 45 Abs 1 İİK, in der Schweiz gemäß § 41 Abs 1 SchKG⁶⁴², fortzusetzen sind.

Schlussendlich gehört § 590 Abs 2 TBK zum zwingenden Recht, ein Verzicht auf dieses Schutzinstrument im Voraus ist unwirksam. **285**

20. Unverzichtbarkeit der Vorausklage und Pfandverwertung bei Verbrauchergeschäften

Gemäß § 4 Abs 6 TKHK⁶⁴³ ist der Verzicht eines Verbraucher-Bürgen, der für die Schuld eines anderen Verbrauchers einsteht, auf die Vorausklage und die Vorausverwertung der Pfänder nicht zulässig. Diese Regel enthält keine zeitliche Beschränkung; ein nachträglicher Verzicht ist ebenfalls unzulässig. Daneben ergibt sich die Unzulässigkeit eines nachträglichen Verzichts auch aus einer anderen verbraucherrechtlichen Regel, die oben kurz angeführt wurde⁶⁴⁴. Hier hat der Gesetzgeber den Schutz des Sicherungsgebers daran gebunden, dass der Hauptschuldner auch ein Verbraucher ist. Dementsprechend fällt die Bürgschaft eines Verbrauchers für die Schuld eines Unternehmers nicht unter den Anwendungsbereich dieser Regel. **286**

⁶⁴⁰ Özen, Kefalet³ 84; Beck, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 25; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 11; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 501 Rz 9; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 501 Rz 5.

⁶⁴¹ Özen, Kefalet³ 86; Gümüş, Borçlar² 375; Beck, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 30; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 501 Rz 10; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 501 Rz 6.

⁶⁴² SchKG AS 11 529.

⁶⁴³ Diese Regel betrifft eigentlich nicht nur die Bürgschaften. Nach dem ersten Satz dieser Regel sind die Personalsicherheiten, die die Schuld eines Verbrauchers absichern, immer Bürgschaft, die mit den Schutzinstrumenten der Vorausklage und Vorausverwertung der Pfänder ausgestattet ist. Nach dem zweiten Satz der Regel gelten die Personalsicherheiten, die die Forderung eines Verbrauchers absichern, als Bürgschaft unter Verzicht auf die Vorausklage und Vorausverwertung der Grundpfänder.

⁶⁴⁴ Oben Rz 193.

IV. Vermehrung der Haftungssumme

A. Probleme im Überblick

DIE Haftung des Bürgen besichert in der ersten Linie die Hauptschuld. Daneben fallen 287
Döfters auch weitere Nebenposten unter den Umfang der Haftung des Bürgen, nämlich Zinsen, Folgen des Verzuges des Hauptschuldners, Kosten für die Ausklagung bzw. Betreuung gegen den Hauptschuldner. Diese weiteren Posten belasten den Bürgen manchmal überraschend und stark. Ferner kann die Ungewissheit dieser Posten den Bürgen hinsichtlich seiner künftigen finanziellen Lage irreführen. Die Besonderheiten dieser Posten liegen darin, dass sie durch den Bürgen bzw. Gläubiger leicht vermieden werden können, ohne dass die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigt wird. Um dieses Problem zu überwinden, ist es erforderlich, den Bürgen mit besonderen Rechtsbehelfen auszustatten. Außerdem steht auch die Frage, wofür der Bürge haftet, wenn die Haftungserklärung des Bürgen betreffend die Nebenposten, die im logischen Zusammenhang mit seiner Haftung stehen, keine klare Aussage enthält.

B. Vergleichbare Instrumente

21. Enge Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen

a. Österreich

Führt die Auslegung der Erklärung des Verpflichteten bei einem einseitig verpflichteten 288
Rechtsgeschäft zu keinem eindeutigen Ergebnis, dann ist gemäß § 915 S 1 ABGB anzunehmen, dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte. In der Lehre wird der Begriff „*einseitig verpflichtetes Rechtsgeschäft*“ als „*unentgeltliche Zuwendung*“ verstanden, die durch die Freigebigkeit charakterisiert wird⁶⁴⁵. In den relativ alten Entscheidungen hat der OGH die Bürgschaft im Regelfall als unentgeltlich betrachtet und diesen Auslegungsgrundsatz auf die Bürgschaft angewendet⁶⁴⁶. Dagegen wird in der aktuellen Lehre die Unentgeltlichkeit der Bürgschaft, dementsprechend die Anwendung dieser Auslegungsregel auf die Bürgschaft, verneint⁶⁴⁷. Nach einer Ansicht sei die Sicht des

⁶⁴⁵ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 915 Rz 3 (Stand Februar 2014, rdb.manz.at); Binder/Kolmasch in Schwimann, Praxiskommentar IV⁴ § 915 Rz 4; Bollenberger in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 915 Rz 2; Kolmasch in Schwimann, Taschenkommentar³ § 915 Rz 2; F. Bydlinski, ÖBA 1999, 826.

⁶⁴⁶ OGH 26.1.1978, 7 Ob 743/77; OGH 23.2.1996, 1 Ob 326/98t; OGH 27.2.1996, 10 Ob 509/96; OGH 28.1.1997, 1 Ob 2385/96h.

⁶⁴⁷ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 915 Rz 3; Binder/Kolmasch, Praxiskommentar IV⁴ § 915 Rz 12; Bollenberger in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 915 Rz 2; Kolmasch in Schwimann, Taschenkommentar³ § 915 Rz 5; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1346 Rz 4; P. Bydlinski, Kredibürgschaft² 22 f; F. Bydlinski, ÖBA 1999, 826 f; Blümel/Herndl, RdW 2015, 220; P. Bydlinski, recht 1994,

Gläubigers bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit eines Geschäfts maßgebend und die Bürgschaft sei als Teil der Gegenleistung anzusehen⁶⁴⁸. In den jüngst ergangenen Entscheidungen hat der OGH seine Ansicht geändert und der Entgeltlichkeit der Bürgschaft im Regelfall zugestimmt⁶⁴⁹.

Im deutschen Schrifttum ist die Frage der Entgeltlichkeit bzw Unentgeltlichkeit des Bürgschaftsvertrags im Regelfall umstritten⁶⁵⁰. Da der Wortlaut des § 1 HWiG⁶⁵¹, derzeit (entgeltliche Leistung des Unternehmers) § 312 BGB⁶⁵², für das Widerrufsrecht des Verbrauchers die Entgeltlichkeit des Verbrauchergeschäfts vorausgesetzt hat, hat die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts aus § 1 HWiG auf den Bürgschaftsvertrag zahlreiche Diskussionen ausgelöst⁶⁵³.

- 289** Die Annahme, dass die Bürgschaft im Regelfall entgeltlich sei, ist aber fragwürdig. Die Bürgschaft ist ein Sicherungsgeschäft, in dem der Gläubiger das Risiko der Zahlungsunfähigkeit bzw Zahlungsunwilligkeit des Hauptschuldners auf den Bürgen überwälzt. Die Schuld bzw Leistung des Bürgen stellt eine Risikoübernahme dar. Im Regelfall verspricht weder der Gläubiger noch der Hauptschuldner dem Bürgen eine Gegenleistung in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis, die an die Erbringung der Risikoübernahme geknüpft wird. Der Bürge erlangt weder eine Gegenleistung noch einen Anspruch auf eine solche. Der Abschluss des Hauptgeschäfts steht immer noch im freien Ermessen des Gläubigers. Im Regelfall verspricht der Gläubiger dem Bürgen nicht den Abschluss des Hauptgeschäfts als eine Gegenleistung in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis mit der Leistung des Bürgen bzw Risikoübernahme. Daher ist die Bürgschaft im Regelfall ein unentgeltliches Rechtsgeschäft wie eine Schenkung. Auf der anderen Seite ist es zuzugeben,

255; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 2/3; *P. Bydlinski*, Zur Auslegung einer Haftungserklärung als Bürgschaft oder Garantie. ÖBA 2001, 477 (479) (Entscheidungsanmerkung); *P. Bydlinski*, Verbürgung für einen Kredit zur Finanzierung der Fertigstellung eines Bauwerks. ÖBA 1993, 479 (483 f) (Entscheidungsanmerkung); *Wühl*, *Sicherungsmehrheit* 48 f; *Bacher*, *Ausgleichsansprüche zwischen mehreren Sicherern einer fremden Schuld* (1994) 174 f, 178.

⁶⁴⁸ *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 915 Rz 3; *Binder/Kolmasch*, *Praxiskommentar IV*⁴ § 915 Rz 12; *Bollenberger* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 915 Rz 2; *Kolmasch* in *Schwimann*, *Taschenkommentar*³ § 915 Rz 5; *F. Bydlinski*, ÖBA 1999, 826; *Blümel/Herndl*, RdW 2015, 220; *P. Bydlinski*, ÖBA 1993, 483 f; *Wühl*, *Sicherungsmehrheit* 48; *Bacher*, *Ausgleichsansprüche* 175, 178.

⁶⁴⁹ OGH 17.12.2010, 6 Ob 142/10s; OGH 22.11.1999, 7 Ob 260/99g.

⁶⁵⁰ Für die Entgeltlichkeit: *Habersack* in *Münchener*, Band 5⁶ § 765 Rz 5; *Hermann*, *Der Schutz des Bürgen* (1996) 28, 29; *Lambsdorff/Skora*, *Bürgschaftsrechts Rz 7*; *Meier*, *Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich?* ZIP 2015, 1156 (1158, 1159). Für die Unentgeltlichkeit: *Horn* in *Staudinger*, BGB²⁰¹² Vorbemerkungen zu §§ 765-778 Rz 6.

⁶⁵¹ HWiG dBGBI 1986, 122.

⁶⁵² *Meier*, ZIP 2015, 1156 ff.

⁶⁵³ *Cekovic-Vuletic*, *Schutz des Bürgen Untersuchung des Vertragsschlusses und der Folgen des Vertrags im geltenden Recht* (1995) 9 ff; *Hermann*, *Schutz* 25 ff, 131 ff; *Lambsdorff/Skora*, *Bürgschaftsrechts Rz 199*; BGH 24.1.1991, IX ZR 174/90; BGH 9.3.1993, XI ZR 179/92.

dass die Bürgschaft nicht eine freigebige Zuwendung bzw eine Freigabe eines Vermögensteils wie eine Schenkung ist, da der Bürge nach Befriedigung des Gläubigers an die Stelle des Gläubigers tritt und die Forderung des Gläubigers auf den Bürgen übergeht. Rein theoretisch findet keine Verminderung im Vermögen des Bürgen statt. Jedoch ist es zu beachten, dass auf den Bürgen meistens eine aufgrund der Vermögenslage des Hauptschuldners unbezahlte Forderung übergeht. Deswegen entspricht die fehlende Freigebigkeit in der Theorie nicht immer der Praxis. Des Weiteren steht auch die Annahme zur Diskussion, dass die Bürgschaft aus der Sicht des Gläubigers, entgeltlich und aus einer anderen Sicht unentgeltlich sei. Die Bürgschaft sollte aus allen Ansichten einheitlich sein. Aus diesen Gründen wäre es empfehlenswert, die Bürgschaft im Regelfall als unentgeltlich zu betrachten und unter dem Anwendungsbereich des § 915 S 1 ABGB zu sehen.

b. Türkei

Nach den in der Lehre anerkannten subsidiarischen Auslegungsgrundsätzen ist ein unklarer Punkt in erster Stufe zum Nachteil dessen Diktierenden und in zweiter Stufe zugunsten des dadurch Beschuldigten auszulegen⁶⁵⁴. Diese Grundsätze hängen nicht davon ab, ob das Rechtsgeschäft entgeltlich oder unentgeltlich ist. Dementsprechend ist die Verpflichtungserklärung des Bürgen im Zweifel so auszulegen, dass sich der Bürge eher die geringere Last auferlegen wollte, sofern er den unklaren Punkt nicht selbst diktiert hat. **290**

In der Lehre werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Nach einer Ansicht sei die Verpflichtungserklärung des Bürgen aufgrund der fehlenden Entgeltlichkeit zugunsten des Bürgen auszulegen⁶⁵⁵. Nach einer anderen Ansicht sei die Erklärung des Bürgen nicht eng auszulegen, sofern der Bürge ein eigenes Interesse an dem Hauptgeschäft hat⁶⁵⁶. **291**

Aufgrund seiner Relevanz ist der gesetzliche Umfang der Haftung des Bürgen hier kurz zu berühren. Gemäß § 589 TBK kann der Gläubiger den Bürgen in allen Fällen nur bis zum in der Bürgschaftsurkunde angegebenen Höchstbetrag in Anspruch nehmen. Mangels anderer Abrede fallen unter diesen Betrag die Hauptschuld, gesetzliche Folgen des Verschuldens und des Verzugs des Hauptschuldners, die Kosten der Betreibung und Ausklagung des Hauptschuldners, die Kosten für die Herausgabe und die Übertragung von Pfändern, Vertragszinsen des laufenden Jahres und eines verfallenen Jahres, oder gegebenenfalls laufende und eine verfallene Annuität. Die Vereinbarungen sind gemäß § 589 TBK absolut unwirksam, nach **292**

⁶⁵⁴ *Serozan*, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku (2011) 343.

⁶⁵⁵ *Reisoğlu*, Kefalet 61; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 47, 99; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 1; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 492 Rz 2.

⁶⁵⁶ *Özen*, Kefalet³ 123, 163; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 29.

denen der Bürge für den aus dem Dahinfallen des Vertrags entstehenden Schaden und für eine Konventionalstrafe haftet. Schlussendlich ist es anzumerken, dass die Haftung des Bürgen die Rückstellungsschuld des Hauptschuldners bei einem Vertragsrücktritt aufgrund des engeren logischen Zusammenhangs erfasst⁶⁵⁷. Wenn der Rücktritt im Wege des Verzugs des Hauptschuldners erfolgt, ergibt sich diese Folge aus dem Gesetzestext⁶⁵⁸. In den anderen Fällen kann man diese Folge durch die Auslegung der Willenserklärung des Bürgen nach dem Vertrauensprinzip erreichen, also wie sie vom Gläubiger in guten Treuen angenommen werden musste.

c. Vergleich

- 293 In beiden Ländern ist die bürgenfreundliche Auslegung der im Zweifel stehenden Punkte nach den allgemeinen Auslegungsregeln möglich, obwohl TBK, entgegen dem ABGB, keine klare Regel darüber enthält, dass sich der Verpflichtende im Zweifel eher die geringere Last auferlegen wollte. Ein Unterschied besteht jedoch in diesem Zusammenhang. Nach ABGB hängt die bürgenfreundliche Auslegung erst von der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts ab, während bei der bürgenfreundliche Auslegung nach türkischem Recht darauf ankommt, ob der Bürge den im Zweifel stehenden Punkt diktiert hat.

22. Auskunftserteilung über den Stand der Hauptschuld auf Verlangen

a. Österreich

- 294 In der Lehre⁶⁵⁹ und der Rechtsprechung⁶⁶⁰ ist es anerkannt, dass dem Bürgen ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch zwecks Bestimmung seines Haftungsumfangs zusteht. Nach der hL⁶⁶¹ und der Rechtsprechung⁶⁶² stehe das Bankgeheimnis der Auskunftserteilung nicht entgegen. Der Anhaltspunkt dieser Aufgabe und deren zeitlicher Umfang ergeben sich nicht ganz klar aus den bürgschaftsrechtlichen Regeln des ABGB. Der OGH deutet auf die sinngemäße Anwendung des § 1366 ABGB hin⁶⁶³. Eine Ansicht weist sowohl auf § 1364

⁶⁵⁷ Wiegand in Wiegand 189. Durch die Realvertragstheorie: Serozan, Sözleşmeden Dönme² (2007) 88. Im Ergebnis zustimmend: Yargıtay 9.3.1977, HGK 1977/216. **AA** Grassinger, Savunma 21; Aksoy, Kefalet 42; Yargıtay 20.3.1984, 13 HD 1984/2118.

⁶⁵⁸ P. Bydlinski, recht 1994, 256. **AA** Wiegand in Wiegand 189.

⁶⁵⁹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 ABGB Rz 10; Eigner, Interzedentenschutz 206 f; Avancini, JBI 1985, 195ff; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 7; R. Perner, Bürgschaft 101; Jabornegg, ÖBA 1986, 416.

⁶⁶⁰ OGH 7.11.1991, 6 Ob 590/91; OGH 29.5.1986, 5 Ob 510/85. Für den Drittpfandbesteller: OGH 26.2.2008, 1 Ob 264/07s; OGH 20.11.2001, 3 Ob 81/01k.

⁶⁶¹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 ABGB Rz 10; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 14; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1366 Rz 5; Eigner, Interzedentenschutz 207; Avancini, JBI 1985, 206 (Nach dem Autor stehe das Bankgeheimnis jedoch erst nach der Fälligkeit der Hauptschuld nicht mehr entgegen.); Jabornegg, ÖBA 1986, 417. **AA** Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 Rz 2.

⁶⁶² OGH 7.11.1991, 6 Ob 590/91; OGH 29.5.1986, 5 Ob 510/85.

⁶⁶³ OGH 29.5.1986, 5 Ob 510/85. Für den Drittpfandbesteller: OGH 26.2.2008, 1 Ob 264/07s.

ABGB bzw umfassende Sorgfaltsaufgaben des Gläubigers als auch auf § 1366 ABGB bzw dessen extensive Auslegung hin⁶⁶⁴. In den Kommentaren sind diesbezügliche Erläuterungen meistens unter dem § 1364 ABGB zu finden⁶⁶⁵.

Im Einzelnen werden bei den Ansichten in der Lehre unterschiedliche Begründungen vorgebracht. Nach einer Ansicht komme der Auskunftsanspruch des Bürgen nur dann gemäß §§ 1358, 1366 ABGB, wenn das Hauptgeschäft in die Phase komme, welche zur Zahlung des Bürgen führe⁶⁶⁶. Vor dieser Phase habe der Bürge keinen Anspruch auf Feststellung der Höhe der Hauptschuld⁶⁶⁷. 295

Nach einer Ansicht ist der Auskunftsanspruch des Bürgen grundsätzlich an die Bekanntgabe der Höhe der Bürgschaftsschuld gerichtet und diese Auskunft über die Höhe der Bürgschaftsschuld gibt auch die Höhe der Hauptschuld an, wenn die Bürgschaft betraglich unbeschränkt ist oder die Höhe der Hauptschuld unter der Betragsgrenze der Bürgschaft liegt⁶⁶⁸. Der Auskunftsanspruch des Bürgen sei auf die Höhe der Bürgschaftsschuld beschränkt. Nach dieser Ansicht müsse das Recht dem Bürgen bei einer grundlos kündbaren Bürgschaft vor der Kündigung der Bürgschaft zustehen, Auskunft über seine Haftung und über ihn relevante Bedingungen der Hauptschuld, wann immer es den Bürgen interessiert, vom Gläubiger zu verlangen, da er ein berechtigtes Interesse an der Auskunft habe⁶⁶⁹. Der Bürge sei aber nach Erteilung der Auskunft nicht zur Kündigung der Bürgschaft gezwungen⁶⁷⁰. Bei einer ordentlich nicht kündbaren Bürgschaft stehe dem Bürgen ein Auskunftsanspruch in drei Fällen zu. Erstens sei das gemäß § 1366 ABGB der Fall, wenn die Hauptschuld endgültig entstanden ist⁶⁷¹. Zweitens ergebe sich der Auskunftsanspruch aus der analogen Anwendung des § 1366 ABGB, wenn das Hauptgeschäft trotz des Ablaufs der Zeit, auf welche die Bürgschaft beschränkt ist, fortfährt⁶⁷². Drittens müsse ein Auskunftsanspruch dem Bürgen beim Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsrechts vor der Kündigung zugestanden werden⁶⁷³. Betref-

296

⁶⁶⁴ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1364 Rz 7, § 1366 Rz 2a.

⁶⁶⁵ *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1364 ABGB Rz 10; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1364 Rz 2; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 14.

⁶⁶⁶ *Jabornegg*, ÖBA 1986, 415; *Jabornegg*, Bedeutung einer Kontosperrre. Zum Rechnungslegungsanspruch des Bürgen oder Drittpfandbestellers. ÖBA 1992, 654 (657) (Entscheidungsanmerkung).

⁶⁶⁷ *Jabornegg*, ÖBA 1986, 416.

⁶⁶⁸ *Avancini*, JBl 1985, 196; *R. Perner*, Bürgschaft 101.

⁶⁶⁹ *Avancini*, JBl 1985, 196; *R. Perner*, Bürgschaft 101.

⁶⁷⁰ *Avancini*, JBl 1985, 196.

⁶⁷¹ *Avancini*, JBl 1985, 196 f.; *R. Perner*, Bürgschaft 101 f.

⁶⁷² *Avancini*, JBl 1985, 196 f. Zustimmend: *Eigner*, Interzedentenschutz 206 f.

⁶⁷³ *Avancini*, JBl 1985, 197; *R. Perner*, Bürgschaft 102. Zustimmend: *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1366 Rz 1.

fend das Bankgeheimnis wird es vorgebracht, dass das Bankgeheimnis die Auskunftserteilung vor der Fälligkeit der Hauptschuld verhindere, allerdings stelle das Bankgeheimnis nach der Fälligkeit kein Hindernis für die Auskunftserteilung dar⁶⁷⁴.

- 297** Nach einer Ansicht stehe dem Bürgen ein Auskunftsanspruch zu, jedoch sei dies durch die analoge Anwendung des § 1366 ABGB nur dann möglich, wenn die Zeit abgelaufen ist, innerhalb welcher die Hauptschuld bzw. Schulden entsteht/entstehen, für die der Bürge einzustehen hat⁶⁷⁵. Außer dem Fall der zeitlichen Beschränkung der Haftung des Bürgen sei ein Auskunftsanspruch des Bürgen aus dem ABGB nicht ableitbar⁶⁷⁶. Nach dieser Ansicht sei das Verhältnis zwischen der Auskunftserteilung und dem Bankgeheimnis durch die analoge Anwendung des § 38 Abs 2 Z 7 BWG zu überwinden, da die Auskunftserteilung zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen dem Kreditinstitut und den Kunden erforderlich sei⁶⁷⁷.

b. Türkei

- 298** Gemäß § 594 Abs 1 S 2 TBK hat der Gläubiger jederzeit den Bürgen über den Stand der Hauptschuld zu informieren, wenn der Bürge diese Auskunft verlangt. Obwohl es sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht ergibt, fällt auch die Auskunftserteilung über die angefallenen Zinsen unter diese Aufgabe⁶⁷⁸. Für die Auskunftserteilung ist es nicht nötig, dass der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand ist.
- 299** Die Vereinbarkeit dieser Aufgabe mit gesetzlichen bzw. vertraglichen Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers ist fragwürdig. Eine Ansicht behandelt dieses Problem hinsichtlich des Bankgeheimnisses⁶⁷⁹. Nach dieser Ansicht gehe diese Aufgabe dem Bankgeheimnis vor. Eine Begründung gibt diese Ansicht aber nicht an. Es wäre hier empfehlenswert, die oben vorgeschlagene Lösung auch hier anzuwenden⁶⁸⁰. Dementsprechend kann der Gläubiger dem Bürgen keine Auskunft erteilen, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Einwilligung des Hauptschuldners eingegangen ist.
- 300** Schlussendlich gehört diese Aufgabe des Gläubigers zum zwingenden Recht. Der Verzicht des Bürgen im Voraus ist nicht wirksam.

⁶⁷⁴ *Avancini*, JBl 1985, 206. (Nach dem Autor gelte diese Lösung auch für die Verständigung des Bürgen über die Fälligkeit der Hauptschuld, unten Rz 475.)

⁶⁷⁵ *Eigner*, Interzedentenschutz 206 f.

⁶⁷⁶ *Eigner*, Interzedentenschutz 207.

⁶⁷⁷ *Eigner*, Interzedentenschutz 207.

⁶⁷⁸ *Özen*, Kefalet³ 413 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 13.

⁶⁷⁹ *Özen*, Kefalet³ 414; *Gümüş*, Borçlar² 428; *Çınar*, Kefilin 147; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 13; *Giovannoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 5; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 505 Rz 5.

⁶⁸⁰ Oben Rz 38.

c. Vergleich

In beiden Ländern hat der Gläubiger auf Verlangen des Bürgen die Aufgabe der Auskunftserteilung über den Stand der Hauptschuld. In Österreich besteht keine Einigkeit darüber, ab welchem Zeitpunkt der Bürge Auskünfte über den Stand der Hauptschuld verlangen kann. Hingegen regelt TBK die Benachrichtigung des Bürgen über den Stand der Hauptschuld konkreter im Vergleich zu den Bürgschaftsregeln des ABGB und ermöglicht dem Bürgen, jederzeit über den Stand der Hauptschuld Auskunft zu verlangen. Während es grundsätzlich kein Hindernis für die Abbedingung dieser Aufgabe nach österreichischem Recht besteht, ist der Verzicht auf diese Aufgabe nach türkischem Recht nicht zulässig. Das Verhältnis dieser Aufgabe zu Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers erweist sich in beiden Ländern als problematisch.

301

23. Verständigung über die Säumigkeit des Hauptschuldners

a. Österreich

Gemäß § 25b Abs 2 KSchG hat der Gläubiger den Verbraucher-Bürgen, der für einen von einem in § 25a KSchG genannten Unternehmer gewährten Kredit eingestanden hat, von der Säumigkeit des Hauptschuldners in angemessener Zeit zu verständigen. Die Frage ist nicht erheblich, ob der Hauptschuldner auch ein Verbraucher ist⁶⁸¹. In der Lehre wird die schriftliche Verständigung nicht vorausgesetzt⁶⁸². Nach einer Ansicht sei die Zahlungsaufforderung des Gläubigers an den Bürgen als Verständigung iSv § 25b Abs 2 KSchG anzusehen⁶⁸³.

302

Die Unterlassung dieser Aufgabe führt zur Befreiung des Bürgen von den Kreditzinsen, den Verzugszinsen und den Kosten der Verfolgung des Hauptschuldners, die in der Zwischenzeit ab der Kenntnis des Gläubigers von der Säumigkeit des Hauptschuldners bis zum Verzugsseintritt beim Verbraucher-Bürgen entstehen. Diese Sanktion hat aber erst dann Bedeutung, wenn der Bürge auch für diese Nebenposten eingestanden hat⁶⁸⁴. Nach einer Ansicht sei weder das Verschulden des Gläubigers noch der bloße Tatbestand, dass der Bürge trotz der rechtzeitigen Verständigung durch den Gläubiger den Anfall von Zinsen und Kosten nicht

303

⁶⁸¹ Donath in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 25b KSchG Rz 1; *Eigner*, Interzedentenschutz 149; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25a KSchG Rz 3; *Kolba* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25b Rz 3.

⁶⁸² Donath in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 25b KSchG Rz 4; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25b KSchG Rz 4; *Unger*, ÖBA 2004, 683; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 26; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 2.

⁶⁸³ *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25b KSchG Rz 5; *Eigner*, Interzedentenschutz 158. Für die auch dem Bürgen zugestellte Einmahnung gemäß § 1355 ABGB in diesem Sinn: *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 25.

⁶⁸⁴ *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25b KSchG Rz 7; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1347 ABGB Rz 122, § 1353 Rz 11; *Eigner*, Interzedentenschutz 150; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/46; *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 5, 32.

hätte vermeiden können, für diese Rechtsfolge erforderlich⁶⁸⁵. Die Entbindung des Gläubigers von dieser Aufgabe wird in der Lehre als unwirksam betrachtet⁶⁸⁶. Darüber hinaus sieht § 32 KSchG eine Verwaltungsstrafe für die Unterlassung dieser Aufgabe vor⁶⁸⁷.

- 304** Die Vereinbarkeit der Verständigungsaufgabe des Gläubigers mit dem Bankgeheimnis ist fragwürdig. Es wäre empfehlenswert, einer zu den obigen Argumenten parallelen Lösung auch hier zu folgen⁶⁸⁸. Dementsprechend kann der Gläubiger den Bürgen nicht verständigen, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Einwilligung des Hauptschuldners eingegangen ist.
- 305** Schlussendlich wird die Meinung in der Lehre vertreten, dass eine solche Aufgabe zur Verständigung des Bürgen durch den Gläubiger über die Säumigkeit des Hauptschuldners auch außerhalb des KSchG durch § 1364 ABGB erreichbar sei⁶⁸⁹.

b. Türkei

- 306** Gemäß § 594 Abs 1 S 1 TBK hat der Gläubiger den Bürgen von der Säumigkeit des Hauptschuldners zu verständigen, wenn der Hauptschuldner mit der Bezahlung von Kapital, von Zinsen für ein halbes Jahr oder einer Jahresamortisation sechs Monate im Rückstand ist. Die sechsmonatige Frist beginnt mit der Fälligkeit des jeweiligen Postens. Der Verzug des Hauptschuldners ist nicht erforderlich⁶⁹⁰. Der Gläubiger kann den Bürgen schon vor dem Ablauf dieser sechsmonatigen Frist verständigen. In diesem Fall muss er die Verständigung beim Fristablauf für denselben Rückstand nicht wiederholen⁶⁹¹. Auf den ersten Blick spricht der Umstand gegen den Bürgen, dass die Aufgabe des Gläubigers nicht zeitnah, sondern erst nach Ablauf der sechs Monate besteht. Allerdings hat der Gesetzgeber ein anderes Schutzinstrument vorgesehen, nach welchem die Fälligkeit der Hauptschuld dem Bürgen mitzuteilen ist⁶⁹².
- 307** Für die Verständigung verlangt das Gesetz keine besondere Form. Durch die Verständigung ist der Bürge davon in Kenntnis zu setzen, worauf sich der Rückstand des Hauptschuldners bezieht und seit wann der Rückstand besteht. Unterlässt der Gläubiger die Verständigung des

⁶⁸⁵ *Apathy in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25b KSchG Rz 7; *Dullinger in Dullinger/Kaindl* 119.

⁶⁸⁶ *Kathrein/Schoditsch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25b KSchG Rz 2; *Donath in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 25b KSchG Rz 5; *Apathy in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar Va⁴ § 25b KSchG Rz 7; *Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 36; *Kolba in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25b Rz 9.

⁶⁸⁷ **AA** *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 4.

⁶⁸⁸ Oben Rz 38.

⁶⁸⁹ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 5a, § 1364 Rz 8. Im Ergebnis zustimmend: *Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 25b KSchG Rz 36; *Kolba in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 25b Rz 9.

⁶⁹⁰ *Özen*, Kefalet³ 412 f; *Gümüş*, Borçlar² 427; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 8; *Giovanoli in Becker*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 3; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 87; *Pestalozzi in Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 505 Rz 4.

⁶⁹¹ *Özen*, Kefalet³ 413; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 10; *Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 505 Rz 4. **AA** *Pestalozzi in Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 505 Rz 4.

⁶⁹² Unten Rz 317 ff.

Bürgen, dann verliert er seine Rechte gegenüber dem Bürgen im Ausmaß des dem Bürgen daraus entstandenen Schadens.

Die Vereinbarkeit der Verständigungsaufgabe des Gläubigers mit seinen gesetzlichen bzw vertraglichen Geheimhaltungsaufgaben ist fragwürdig. Es wäre empfehlenswert, derselben Lösung, die für das österreichische Recht vorgeschlagen wurde, auch hier zu folgen⁶⁹³. **308**

Schlussendlich gehört diese Aufgabe des Gläubigers zum zwingenden Recht. Der Verzicht des Bürgen im Voraus ist unwirksam. **309**

c. Vergleich

Der erste Unterschied zwischen den Ländern betrifft den Charakter der Bürgschaft. Nach österreichischem Recht hat der Gläubiger den Bürgen nur dann zu verständigen, wenn die Bürgschaft ein Verbrauchergeschäft ist. Nach türkischem Recht besteht eine solche Beschränkung nicht. Der zweite Unterschied liegt darin, dass der Gläubiger den Bürgen nach türkischem Recht erst nach Ablauf von sechs Monaten ab der Fälligkeit des jeweiligen Postens zu verständigen hat, während er den Bürgen nach österreichischem Recht in angemessener Zeit zu verständigen hat. Die Gemeinsamkeiten bestehen darin, dass die Verständigung des Bürgen formlos erfolgen kann, und dass diese Aufgabe des Gläubigers unabdingbar ist. Schlussendlich ist das Verhältnis zwischen der Verständigungsaufgabe und gesetzlichen bzw vertraglichen Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers in beiden Ländern nicht fragwürdig. **310**

C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich

24. Ständige enge Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen

Gemäß § 1353 S 1 ABGB kann die Haftungserklärung des Bürgen nicht weiter ausgedehnt werden, als sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat. Daraus wird eine spezielle Auslegungsregel abgeleitet, nach welcher mangels ausdrücklicher bzw eindeutiger Erklärung im Zweifel zugunsten der milderen Haftungsalternative für den Bürgen zu entscheiden ist⁶⁹⁴. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist eine mildere Haftung für den Verpflichteten im Zweifel nur dann anzunehmen, wenn das auslegungsbedürftige Geschäft ein unentgeltliches Geschäft ist **311**

⁶⁹³ Oben Rz 38.

⁶⁹⁴ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 1; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 1; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1353 Rz 1; P. Bydlinski, Zur Auslegung einer undeutlichen Haftungserklärung, ÖBA 2011, 656 (660) (Entscheidungsanmerkung); W. Faber, Abgrenzung von Garantie und Bürgschaft / Verhältnis von § 915 zu § 1353 ABGB / Bürgschaft auf erstes Anfordern, JBl 2012, 654 (664) (Entscheidungsanmerkung); Lukas, Novation zugunsten des Bürgen? ÖZW 1995, 40 (44); Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 662; OGH 27.8.2013, 4 Ob 92/13b; OGH 17.3.1998, 4 Ob 45/98s; OGH 1.10.2008, 6 Ob 131/08w; OGH 27.3.2013, 4 Ob 92/13b. **Für eine anderweitige Auslegung dieser Regel:** G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1353 ABGB Rz 6; Th. Rabl, Unzulässige Klauseln in Bürgschaftsformularen, ecollex 2010, 344 (346) (Entscheidungsanmerkung).

oder die Vertragsklausel von der anderen Seite verfasst wurde⁶⁹⁵. Hier kommt es aber nicht darauf an, ob die Bürgschaft ein entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft ist. Dagegen sei diese Auslegungsregel nach einer Ansicht in der Lehre⁶⁹⁶ und dem OGH⁶⁹⁷ nicht anzuwenden, wenn der Bürge ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse an dem Hauptgeschäft hat bzw er Entgelt bekommt.

- 312** Im Lichte dieser Auslegungsregel beschränkt sich der Haftungsumfang des Bürgen nur auf die Hauptschuld. Sonstige Posten in Verbindung mit dem Hauptgeschäft, zB Zinsen, Verzugsfolgen, Betreibungs- und Ausklagungskosten, fallen nicht darunter, sofern diese im Bürgschaftsvertrag nicht ausdrücklich vereinbart wurden⁶⁹⁸.
- 313** § 7 Abs 1 S 3 WuchG⁶⁹⁹ enthält eine besondere Regel, nach welcher die Bürgschaft trotz der Nichtigkeit eines wucherischen Vertrags für Bereicherungsansprüche fortbesteht. Abgesehen von dieser Regel ist die Frage aber umstritten, ob die bereicherungsrechtlichen Ansprüche des Gläubigers im Falle des Nichtbestehens bzw der nachträglichen Unwirksamkeit der Hauptschuld von der Bürgschaft erfasst sind, wenn dies im Bürgschaftsvertrag nicht ausdrücklich vereinbart wurde. ZT wird diese Frage in Anlehnung an die enge Auslegung der Erklärung des Bürgen verneint⁷⁰⁰, zT wird diese Frage in Anlehnung an die ergänzende Vertragsauslegung bejaht⁷⁰¹. Nach einer Ansicht sei die Ausdehnung der Haftung des Bürgen auf den Kondiktionsanspruch des Gläubigers jedoch nur dann möglich, wenn der Rückforderungsanspruch des Gläubigers eine Geldschuld ist⁷⁰². Nach dieser Ansicht könne man die Erklärung des Bürgen auf die Rückgabe eines Kaufgegenstandes bzw einer Sache nicht erstrecken, weil dies ein anders geartetes, von den anderen Faktoren abhängiges Risiko sei⁷⁰³. Diese Ansicht ist aber fragwürdig. Der Gläubiger, der eine Sachleistung im Rahmen des Hauptgeschäfts vorgenommen hat und die nun zurückfordert, ist genauso schutzwürdig wie

⁶⁹⁵ Oben Rz 288 f.

⁶⁹⁶ P. Bydlinski, ÖBA 2011, 660; Wühl, Sicherungsmehrheit 50; Bacher, Ausgleichsansprüche 174 f.

⁶⁹⁷ OGH 17.12.2010, 6 Ob 142/10s.

⁶⁹⁸ Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1353 Rz 5; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 6; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 5; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1353 ABGB Rz 2, 3; Eigner, Interzedentenschutz 159; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 5, 10 (Nach den letzten Autoren sei die Haftung für die Rechtsverfolgungskosten zweifelhaft.) Hinsichtlich der Verzugsfolgen: OGH 20.6.1990, 1 Ob 582/90; OGH 17.3.1998, 4 Ob 45/98s; OGH 17.12.2010, 6 Ob 142/10; OGH 15.12.2014, 6 Ob 195/41s; OGH 24.8.2011, 3 Ob 117/11v.

⁶⁹⁹ WuchG BGBl 1949/271.

⁷⁰⁰ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 6; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 3a; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1353 Rz 7. Ohne Hinweis auf die enge Auslegung gemäß § 1353 ABGB: Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 663.

⁷⁰¹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 5; P. Bydlinski, ÖBA 1987, 693 ff; Thoß, Bürgenschutz 61 ff; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 65 f.

⁷⁰² P. Bydlinski, ÖBA 1987, 693; Thoß, Bürgenschutz 68.

⁷⁰³ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 693, 695; Thoß, Bürgenschutz 68.

ein anderer Gläubiger, der dem Hauptschuldner Darlehen gibt. Daher ist er auch dazu berechtigt, zu erwarten, dass die Haftung des Bürgen die Rückstellungsschuld des Hauptschuldners erfasst. Dies hat mit der Art bzw Eigenschaft der Schuld nichts zu tun. Ferner hat die Schuld des Bürgen mit der Art der Hauptschuld nichts zu tun. Durch die Auslegung der Haftungserklärung des Bürgen im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben ist es anzunehmen, dass der Bürge nicht nur für die im Vertrag vereinbarte Schuld des Hauptschuldners, sondern auch für die Rückstellung der Leistung des Gläubigers einsteht. Diese Auslegung steht völlig im Einklang mit der Funktion der Bürgschaft, den Gläubiger vor den unerwünschten Folgen der Zahlungsunfähigkeit bzw Zahlungsunwilligkeit des Hauptschuldners zu schützen, aber widerspricht dem § 1353 S 1 ABGB⁷⁰⁴.

Auch im deutschen Schrifttum wird es darauf hingewiesen, dass die Haftung des Bürgen im Regelfall auf die Bereicherungsansprüche des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner zu erstrecken ist⁷⁰⁵.

Das Verhältnis zwischen § 1353 S 1 ABGB und § 915 S 1 ABGB ist nicht problematisch, weil beide Regeln zu demselben Ergebnis führen. Hingegen kann eine Kollision zwischen den Rechtsfolgen des § 1353 S 1 ABGB und § 915 S 2 ABGB bestehen, wenn der Bürge ein Entgelt bekommt. Dieser Widerspruch ist allerdings nicht unlösbar. Man kann hier entweder dieses Problem durch die teleologische Reduktion des § 1353 S 1 ABGB oder durch den Grundsatz überwinden, dass die speziellere Regel der allgemeineren vorgeht. Die Rechtfertigung der Teilreduktion aufgrund der Entgeltlichkeit ist aber fragwürdig, weil das Entgelt, das der Bürge bekommt, meistens ein Tropfen auf den heißen Stein ist. Daher wäre die letztere Lösung empfehlenswert, dass § 1353 S 1 ABGB als *lex specialis* dem § 915 S 2 als allgemeine Regel vorgeht⁷⁰⁶, sofern eine Teilreduktion nicht zu rechtfertigen ist. Eine Ansicht in der Lehre schlägt hier vor, die Lösung zur Diskussion zu stellen, dass das Verhältnis zwischen § 1353 S 1 ABGB und § 915 S 2 ABGB als nebeneinander zu verstehen sei, mit der Möglichkeit zur Wertung und Gewichtung in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls⁷⁰⁷.

25. Rechtzeitige Eintreibung der Zinsen durch den Gläubiger

Gemäß § 1353 S 2 ABGB haftet der Bürge, der sich für ein zinsbares Kapital verbürgt hat, nur für jene rückständigen Zinsen, welche der Gläubiger noch nicht einzutreiben berechtigt

⁷⁰⁴ **AA** Thoß, Bürgenschutz 67.

⁷⁰⁵ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 765 Rz 62; Horn in Staudinger, BGB²⁰¹² § 765 Rz 96. **AA** Hermann, Schutz 51.

⁷⁰⁶ **AA** Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 662.

⁷⁰⁷ W. Faber, JBl 2012, 664.

war. Daraus leitet die Lehre eine Aufgabe für den Gläubiger ab: Bereits fällig gewordene Zinsen unverzüglich geltend zu machen⁷⁰⁸. Nach der Lehre beziehe sich diese Aufgabe nur auf die Vertragszinsen und nicht auf Verzugszinsen⁷⁰⁹. Es ist hier kurz anzumerken, dass der Bürge mangels gesonderter Abrede für die Zinsen nicht haftet⁷¹⁰.

- 316** Unterlassung dieser Aufgabe führt zum Verlust des Anspruchs des Gläubigers im Ausmaß der jeweiligen Zinsen⁷¹¹. Es gibt keine Einstimmung in der Lehre, ob das Verschulden des Gläubigers für diese Folge erforderlich sei⁷¹². Nach einer Ansicht sei der Umstand für diese Aufgabe nicht entscheidend, ob die Zinsen beim Hauptschuldner einbringlich sind oder nicht⁷¹³. Abgesehen von dieser Diskussion bleibt die Haftung des Bürgen aber für die Zinsen, die nach Insolvenzeröffnung angefallen sind und als Insolvenzforderung nicht geltend gemacht werden können, von dieser Aufgabe unberührt.

D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei

26. Mitteilung der Fälligestellung der Hauptschuld durch den Gläubiger

- 317** Gemäß § 590 Abs 3 TBK tritt die Wirkung der Kündigung der Fälligkeit der Hauptschuld für den Bürgen erst nach der Mitteilung dieser an den Bürgen ein, wenn die Hauptschuld zu ihrer Fälligkeit einer Kündigung bedarf. Die Mitteilung ist für die Belangbarkeit des Bürgen erforderlich. Mangels Mitteilung haftet der Bürge nicht für die Verzugsfolgen und die Betreibungs- und Ausklagungskosten, die vor der Mitteilung der Kündigung entstanden sind⁷¹⁴.
- 318** Eine bestimmte Form sieht das Gesetz für die Mitteilung nicht vor. Auch eine mündliche Mitteilung an den Bürgen genügt für die Erfüllung dieser Aufgabe. Darüber hinaus ist die Mitteilung der Kündigung an den Bürgen nicht nur bei der Fälligestellung der Hauptschuld durch den Gläubiger, sondern auch bei der Fälligestellung der Hauptschuld durch den Hauptschuldner erforderlich. Die Frage erhält Aufmerksamkeit, ob man eine Ausnahme von der

⁷⁰⁸ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 7; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1353 ABGB Rz 8; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 5; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1353 Rz 8.

⁷⁰⁹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 7; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1353 ABGB Rz 9; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 5.

⁷¹⁰ Oben Rz 312.

⁷¹¹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 7; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1353 Rz 8; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1353 ABGB Rz 9.

⁷¹² **Bejahend:** P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1353 Rz 7. **Verneinend:** Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1353 ABGB Rz 9; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1353 Rz 5.

⁷¹³ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1353 Rz 2.

⁷¹⁴ Özen, Kefalet³ 79 f; Beck, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 18. Hinsichtlich der Betreibungskosten: Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 501 Rz 12.

Mitteilungsaufgabe machen könnte, wenn die Fälligkeit der Hauptschuld nach der diesbezüglichen Aufforderung des Bürgen eintritt⁷¹⁵. Da die Aufforderung nicht gleichzeitig die Fälligkeit der Hauptschuld bewirkt, wäre es empfehlenswert, keine Ausnahme zu machen, damit der Bürge den Zeitpunkt der Fälligkeit genau wissen kann⁷¹⁶.

Die Mitteilung der Fälligkeit der Hauptschuld an den Bürgen wird nicht von Amts wegen geprüft. Ein Verzicht des Bürgen auf diese Aufgabe im Voraus ist nicht zulässig⁷¹⁷. **319**

27. Aufsicht über die Leistung des Dienstleisters durch den Gläubiger

Gemäß § 592 Abs 2 TBK ist die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen, die in Folge eines gesetz- bzw vertragswidrigen Verhaltens des Dienstleisters in Frage kommt, im Ausmaß zu reduzieren, als der Gläubiger diese hätte vermeiden können. Das ist der Fall, wenn der Gläubiger die Aufsicht über den Dienstleister, für die er verantwortlich ist, oder die ihm zumutbaren Sorgfalt unterlassen hat⁷¹⁸. Für die Verantwortlichkeit bzw Zumutbarkeit sind die Geschäftsübung, der Grundsatz von Treu und Glauben und die Umstände im Einzelfall entscheidend⁷¹⁹. **320**

Ein Teil der Lehre beschränkt die Haftung des Gläubigers auf seine Absicht und grobe Fahrlässigkeit⁷²⁰. Ein anderer Teil der Lehre setzt das Verschulden des Gläubigers für die Reduzierung der Haftung des Bürgen nicht voraus⁷²¹. Darüber hinaus wird die Verantwortlichkeit des Gläubigers in dem Fall abgelehnt, dass das Entstehen der Forderung des Gläubigers nur bei ganz sorgfältiger und besonderer Überwachung und unter Zuhilfenahme außerordentlicher Mittel hätte vermieden können⁷²². **321**

Die Unterlassung dieser Aufgabe kann je nach dem vermeidbaren Teil der Forderung bis zur ganzen Befreiung des Bürgen führen. Der Bürge trägt die Beweislast für die Unterlassung der Aufsicht und die Kausalität⁷²³. **322**

Schlussendlich gehört dieses Schutzinstrument zum zwingenden Recht. Ein im Voraus erklärter Verzicht ist unzulässig. **323**

⁷¹⁵ Unten Rz 499 ff.

⁷¹⁶ Im Ergebnis zustimmend: *Uzun*, Kefalet 94. **AA** *Özen*, Kefalet³ 572; *Acar*, Mütessesil 408; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 67.

⁷¹⁷ *Gümüş*, Borçlar² 373; *Özen*, Kefalet³ 79; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 501 Rz 18.

⁷¹⁸ *Özen*, Kefalet³ 594; *Gümüş*, Borçlar² 427; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 35; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 21 ff.

⁷¹⁹ *Özen*, Kefalet³ 594; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 36; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 21 ff.

⁷²⁰ *Özen*, Kefalet³ 594 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 35; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 20; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 15.

⁷²¹ *Gümüş*, Borçlar² 427; *Çınar*, Kefilin 167.

⁷²² *Özen*, Kefalet³ 595; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 36.

⁷²³ *Özen*, Kefalet³ 595; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 39.

28. Zahlungsannahme durch den Gläubiger

- 324** Gemäß § 593 Abs 1 TBK kann der Bürge nach der Fälligkeit der Hauptschuld seine Schuld erfüllen, selbst wenn die Fälligkeit seiner eigenen Schuld noch nicht eingetreten hat. Dagegen ist der Bürge aber zur Erfüllung nicht gezwungen. Es macht hier keinen Unterschied, wie die Fälligkeit der Hauptschuld eingetreten hat, zB Konkurs des Hauptschuldners.
- 325** § 593 Abs 1 S 2 TBK sieht eine besondere Regel vor, nach welcher der Gläubiger die von einem von mehreren Bürgen angebotene Teilleistung anzunehmen hat, sofern die angebotene Teilleistung so groß wie der Kopfteil des Bürgen im Innenverhältnis unter den Bürgen ist. Einerseits stellt dies eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 84 TBK dar, nach welcher der Gläubiger die Teilleistungen nicht anzunehmen hat. Andererseits vervollständigt das das Schutzinstrument der Teilung⁷²⁴. Nach einer Ansicht habe der Gläubiger aber nur die Teilleistungen der Mitbürgen⁷²⁵ anzunehmen; er brauche die Teilleistungen mehrerer Bürgen, die unabhängig voneinander die Bürgschaft eingegangen sind, nicht anzunehmen⁷²⁶.
- 326** In Folge der ungerechtfertigten Verweigerung der Zahlungsannahme kommt der Gläubiger in den Gläubigerverzug. Das Verschulden des Gläubigers ist nicht erforderlich⁷²⁷. Die Rechtsfolge des Gläubigerverzugs ist gemäß § 593 Abs 2 TBK die gänzliche Befreiung des Bürgen. Der Bürge braucht den Gegenstand seiner Schuld nicht zu hinterlegen. Diese Rechtsfolge stellt eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen dar, nach welchen der Rücktritt vom Vertrag beim Gläubigerverzug nur dann möglich ist, wenn der Leistungsgegenstand nicht hinterlegungsfähig ist. Hier kann man diese Rechtsfolge aber mit dem Charakter des Bürgschaftsvertrags rechtfertigen. Durch die Bürgschaft übernimmt der Bürge eine Aufgabe zur Befriedigung fremder Interessen. Diese Aufgabe kann man als erfüllt ansehen, wenn der Bürge die Erfüllung seiner Schuld gehörig angeboten hat. Eine neue Aufgabe zur Hinterlegung des Leistungsgegenstands bzw weiterer Mühe um die Befriedigung des Gläubigers geht über die Funktion der Bürgschaft hinaus. In der Lehre wird es angenommen, dass die gänzliche Befreiung des Bürgen nur eine zusätzliche Option für die Rechtsfolge des Gläubigerverzugs sei⁷²⁸. So könne der Bürge nach dem Gläubigerverzug wählen, ob er seinen Leistungsgegenstand hinterlegt oder sich von seiner Haftung gänzlich befreit. Es ist anzumerken, dass die gänzliche Befreiung nur diejenige Schuld des Bürgen betrifft,

⁷²⁴ Beck, Bürgschaftsrecht § 504 Rz 8.

⁷²⁵ Für den Begriff „Mitbürgschaft“: Oben Rz 273.

⁷²⁶ Gümüş, Borçlar² 402; Beck, Bürgschaftsrecht § 504 Rz 9.

⁷²⁷ Özen, Kefalet³ 409; Gümüş, Borçlar² 404; Beck, Bürgschaftsrecht § 504 Rz 10; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 504 Rz 5; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 504 Rz 4; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 504 Rz 3; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 504 Rz 4.

⁷²⁸ Özen, Kefalet³ 479 f.

deren Erfüllung der Bürge angeboten hat. Bei einer Bürgschaft für mehrere Hauptschulden, zB ein Mietverhältnis, besteht die Haftung des Bürgen für die übrigen Schulden bzw das andauernde Verhältnis fort.

Die Befreiung eines Bürgen hat die Rechtsfolge der Teilbefreiung für die anderen Bürgen, deren Haftung sich im Ausmaß des Kopfteils des Ausscheidenden im Innenverhältnis vermindert⁷²⁹. **327**

Schlussendlich kann der Bürge auf die Aufgabe des Gläubigers zur Zahlungsannahme im Voraus nicht verzichten. **328**

⁷²⁹ Özen, Kefalet³ 409 ff; Gümüş, Borçlar² 402; Beck, Bürgschaftsrecht § 504 Rz 12; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 504 Rz 6; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 504 Rz 3; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 504 Rz 5.

V. Belastung mit der Hauptschuld

A. Probleme im Überblick

AUF die Sicherstellung der Forderung des Gläubigers ist die Funktion der Bürgschaft **329** ausgerichtet, ohne dass sie den Zweck verfolgt, dem Bürgen die Last des Hauptgeschäfts endgültig aufzuerlegen. Der reine Bürge hat von Anfang an die Absicht, trotz der übernommenen Haftung schadlos zu bleiben. Diese Erwartung trifft aber nicht immer zu. Ein Schutzbedarf besteht darin, die Last des Hauptgeschäfts vom Bürgen fernzuhalten, während auch die schutzwürdigen Interessen des Gläubigers beachtet werden sollten.

Ferner trifft die Haftung des Bürgen oft mit den anderen Sicherheiten zusammen. Hier **330** kommt das Problem vor, wer letztlich die Last bei der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners auf sich zu nehmen hat oder wie diese Last aufgeteilt wird. Hier kommen die Lösungsansätze in Frage, dass der den Gläubiger schneller befriedigende Sicherungsgeber den vollen Regress auf die anderen habe, dass ein Sicherungsgeber gegenüber den anderen wegen des Wesens seiner Haftung privilegiert werde, und dass ein Ausgleich unter den Sicherungsgebern auf der Basis der Gleichwertigkeit erfolge.

B. Vergleichbare Instrumente

29. Sicherstellung der Regressforderung des Bürgen durch den Hauptschuldner

a. Österreich

i. Zivilrechtlich

Gemäß § 1364 S 1 HS 2 ABGB kann der Bürge mit der Fälligkeit der Hauptschuld die Si- **331** cherstellung der Regressforderung vom Hauptschuldner verlangen, wenn er die Bürgschaft mit der Einwilligung des Hauptschuldners eingegangen ist. Der Hauptschuldner kann den Anspruch des Bürgen durch die Sicherheitsleistung, Befriedigung des Gläubigers oder Befreiung des Bürgen von der Bürgschaft abwenden⁷³⁰. Die Rechtsfolge der Unterlassung dieser Aufgabe durch den Hauptschuldner bleibt allerdings offen. Ein Schadenersatzanspruch oder die Zwangsvollstreckung kann nach der Unterlassung dieser Aufgabe in Frage kommen.

ii. Insolvenzrechtlich

§ 16 IO räumt dem Gläubiger einer bedingten Forderung das Recht ein, bei Insolvenz seines **332** Schuldners eine Sicherstellung für seine bedingte Forderung zu verlangen. Es ist anerkannt,

⁷³⁰ Eigner, Interzedentenschutz 145; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 1; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 2; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 1.

dass die Regressforderung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner durch die Leistung an den Gläubiger bedingt sei⁷³¹. Dementsprechend stehe dem Bürgen der Sicherstellungsanspruch gemäß § 16 IO zu. Diese Annahme ist aber fragwürdig. Die Frage stellt sich zunächst, ob die Regressforderung des Bürgen eine bedingte Forderung ist. „Die Leistung an den Gläubiger“ erweist sich eher als eine Voraussetzung für den Übergang der Rechte des Gläubigers⁷³². Durch den Abschluss des Bürgschaftsvertrags entsteht weder eine Schuld des Hauptschuldners noch ein diesbezüglicher Schwebezustand. Die Regressforderung des Bürgen kommt erst dann in Frage, wenn er den Gläubiger befriedigt hat.

333 Zweitens ist das Verhältnis dieser Regel zum schuldrechtlichen Sicherstellungsanspruch des Bürgen fragwürdig. Es wäre nicht sachgerecht, dem Bürgen zwei kumulative Sicherstellungsansprüche einzuräumen. Darüber hinaus kann man auf das Erfordernis der Einwilligung des Hauptschuldners zum Abschluss des Bürgschaftsvertrags durch den Wortlaut des § 16 IO nicht einfach gelangen.

334 Drittens stellt sich die Frage, ob ein Bedarf an einem insolvenzrechtlichen Sicherstellungsanspruch des Bürgen besteht. In Folge der Befriedigung des Gläubigers tritt der Bürge in die Stellung des Gläubigers ein, dessen Forderung auf den Bürgen übergeht. Diese Forderung ist bereits bei der Verteilung der Insolvenzmasse zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger seine Forderung anmeldet. Für den Fall, dass der Gläubiger seine Forderung nicht anmeldet, sieht § 17 Abs 2 IO vor, dass der Bürge seine künftige und wahrscheinliche Forderung anmelden kann.

b. Türkei

335 § 595 TBK räumt dem Bürgen den Anspruch auf Sicherstellung seiner Regressforderung und den erst bei der Fälligkeit der Hauptschuld durchsetzbaren Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft gegenüber dem Hauptschuldner ein. Die Fälligkeit der Hauptschuld ist grundsätzlich für den Sicherstellungsanspruch nicht erforderlich. Für die Durchsetzung dieser Ansprüche verlangt die Lehre nicht die Zustimmung des Hauptschuldners für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags⁷³³. Es wäre aber empfehlenswert, für die Durchsetzung dieser Ansprüche die Einwilligung des Hauptschuldners zur Bürgschaftsübernahme zu verlangen, da

⁷³¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 21; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 72; P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Schett, Der Interzessionar im Konkurs des Hauptschuldners, RdW 1995, 249 (250); Th. Rabl, Der Rückgriff des Bürgen im Konkurs des Hauptschuldners, ecolex 1998, 615; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; R. Perner, Bürgschaft 121. Für die Regressforderung eines Gesamtschuldners: OGH 3.2.1960, 5 Ob 23/60; OGH 28.6.1994, 5 Ob 64/94.

⁷³² Hinsichtlich der Ablehnung des aufschiebend bedingten Charakters der Regressforderung des Bürgen: Dullinger, Aufrechnung 315; Th. Rabl, Bürgschaft 165.

⁷³³ In der Lehre wird diese Zustimmung und die Bürgschaftsübernahme als „Auftragsverhältnis“ angesehen: Reisoğlu, Kefalet 264; Özen, Kefalet³ 440; Grassinger, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki

der Bürge die Stellung des Hauptschuldners ohne seine Einwilligung nicht erschweren können sollte.

Das Gesetz teilt die Fälle, in welchen der Bürge vom Hauptschuldner die Sicherstellung seiner Regressforderung bzw Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann, in drei Gruppen ein. Nach § 595 Z 1 TBK steht dem Bürgen der Sicherstellungsanspruch bzw Befreiungsanspruch zu, wenn der Hauptschuldner seinem Versprechen gegenüber dem Bürgen zuwiderhandelt, zB Entlastung des Bürgen nach gewisser Zeit. Das Verschulden des Hauptschuldners ist hier nicht vorausgesetzt⁷³⁴. **336**

§ 595 Z 2 TBK sieht zwei weitere Fälle vor. Der erste Fall betrifft den Verzug des Hauptschuldners. Der zweite betrifft die Erschwerung der Rechtsverfolgung des Hauptschuldners durch die Verlegung des Wohnsitzes in ein anderes Land. **337**

Zuletzt enthält § 595 Z 3 TBK drei Fälle, in welchen die Gefahr der Inanspruchnahme des Bürgen seit Eingehung der Bürgschaft erheblich größer geworden ist. Die ersten zwei sind die Verschlimmerung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners und die Entwertung von Sicherheiten. Das Verschulden des Hauptschuldners ist für diese zwei Fälle nicht vorausgesetzt⁷³⁵. Der dritte Fall unter § 595 Z 3 TBK betrifft bloß das Verschulden des Hauptschuldners, das die Gefahr der Inanspruchnahme des Bürgen erheblich erhöht, zB Verbürgung für den Dienstleister und seine Vertragsverletzungen⁷³⁶. **338**

Die Höhe der vom Hauptschuldner zu leistenden Sicherheit ist je nach dem Ausmaß der möglichen Regressforderung des Bürgen zu bestimmen⁷³⁷. Die Rechtsfolge der Nichtleistung der Sicherheit bleibt allerdings im Gesetz offen. Diesbezüglich wird in der Lehre vorgeschlagen, dass der Sicherstellungsanspruch des Bürgen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden könne⁷³⁸. Beim Vorliegen eines Verschuldens des Hauptschuldners sei er dem Bürgen noch schadenersatzpflichtig⁷³⁹. **339**

Hukuki İlişki, İHFM 1996/1-2, 389 (393); *Badur*, MÜHFD 2002/1, 150; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 3; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 506 Rz 1. **AA** *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 2.

⁷³⁴ *Reisoğlu*, Kefalet 264 f; *Özen*, Kefalet³ 442; *Şen*, Kefalet 63; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 698; *Grassinger*, İHFM 1996/1-2, 395; *Şahan*, Kefalet 87; *Öztürk*, Rücü 106; *Badur*, MÜHFD 2002/1, 151. **AA** *Gümiş*, Borçlar² 445.

⁷³⁵ *Reisoğlu*, Kefalet 265; *Özen*, Kefalet³ 443; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 699; *Gümiş*, Borçlar² 446; *Grassinger*, İHFM 1996/1-2, 396; *Şahan*, Kefalet 88; *Eren*, Özel 800; *Badur*, MÜHFD 2002/1, 152; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 12 f; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 506 Rz 6.

⁷³⁶ *Özen*, Kefalet³ 444; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 14; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 9.

⁷³⁷ *Özen*, Kefalet³ 445; *Grassinger*, İHFM 1996/1-2, 398; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 17; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 506 Rz 3.

⁷³⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 266; *Özen*, Kefalet³ 445; *Badur*, MÜHFD 2002/1, 150; *Gümiş*, Borçlar² 446; *Grassinger*, İHFM 1996/1-2, 398; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 19; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 506 Rz 3.

⁷³⁹ *Gümiş*, Borçlar² 446; *Grassinger*, İHFM 1996/1-2, 398; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 19.

- 340 Die Beweislast für den Eintritt der oben angeführten Fälle trifft den Bürgen⁷⁴⁰. Schlussendlich ist der Verzicht des Bürgen auf diese Ansprüche im Voraus unwirksam.

c. Vergleich

- 341 In beiden Ländern hat der Gesetzgeber dem Bürgen den Sicherstellungsanspruch gegenüber dem Hauptschuldner eingeräumt, obwohl der Hauptschuldner nicht eine Partei des Bürgschaftsvertrags nach den Rechten beider Länder sein muss. Ein Unterschied ergibt sich allerdings aus der Durchsetzung dieses Anspruchs. Nach österreichischem Recht ist die Durchsetzung dieses Anspruchs erst mit der Fälligkeit der Hauptschuld möglich, während der Bürge diesen Anspruch nach türkischem Recht grundsätzlich vor der Fälligkeit der Hauptschuld mit Vorbehalt bestimmter Voraussetzungen geltend machen kann. Daher ist der Umfang des Sicherstellungsanspruchs des Bürgen nach dem türkischem Recht in zeitlicher Hinsicht breiter. Darüber hinaus verlangt der Gesetzestext in der Türkei für die Durchsetzung des Sicherstellungsanspruchs im Gegensatz zum ABGB nicht die Einwilligung des Hauptschuldners zur Bürgschaftsübernahme.
- 342 Ein anderer Unterschied liegt darin, dass dem Bürgen der Freistellungsanspruch nach österreichischem Recht nicht zusteht. Ferner wird in der österreichischen Lehre diskutiert, ob dem Bürgen ein weiterer Sicherstellungsanspruch aus dem Insolvenzrecht zusteht.
- 343 Der Gesetzgeber in beiden Ländern hat nicht die Rechtsfolge der Unterlassung dieser Aufgabe berührt. Möglicherweise kommt ein Schadenersatzanspruch des Bürgen oder die Zwangsvollstreckung in Frage. Für beide Länder wäre die Lösung der Erlangung einer Sicherheit durch die Zwangsvollstreckung empfehlenswert, da sie für Bürgen sicherer als ein bloßer Schadenersatzanspruch wäre.

30. Verständigung des Bürgen über mögliche Verteidigungsmittel durch den Hauptschuldner

a. Österreich

- 344 Grundsätzlich sieht § 1361 ABGB eine Aufgabe für den Bürgen vor: Er hat sich mit dem Hauptschuldner einzuverstehen, bevor er den Gläubiger befriedigt. Widrigenfalls kann der Hauptschuldner alle Verteidigungsmittel in Verbindung mit der besicherten Hauptschuld gegen den Bürgen geltend machen. Daraus ergibt sich aber gleichzeitig eine Aufgabe für den Hauptschuldner: Den Bürgen über seine Verteidigungsmittel, zB Verjährung, Anfechtungsrecht, in einer angemessenen Frist zu informieren, wenn der Bürge sich beim Hauptschuldner diesbezüglich meldet. Antwortet der Hauptschuldner auf die Aufforderung des Bürgen

⁷⁴⁰ Özen, Kefalet³ 441; Grassinger, IHFM 1996/1-2, 397; Beck, Bürgschaftsrecht § 506 Rz 6.

nicht in angemessener Frist oder erteilt er seine Zustimmung zur Befriedigung des Gläubigers, kann er seine Verteidigungsmittel aus dem Hauptverhältnis gegen den Bürgen nicht mehr geltend machen⁷⁴¹.

Nach einer Ansicht taue die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen nach der erfolglosen Rückfrage an den Hauptschuldner zum erfolgreichen Regress nicht, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Absprache mit dem Hauptschuldner eingegangen ist⁷⁴². In diesem Zusammenhang sei es nach einer anderen Ansicht aber fraglich, ob hier nicht ein Auftrag oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliege, die einen selbständigen Regressanspruch ermögliche⁷⁴³. Diese letztere Ansicht ist aber fragwürdig, da der Bürge nicht die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine eigene Schuld erfüllt. Die Schuld des Hauptschuldners erlischt nicht nach der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen. 345

Nach einer Ansicht falle das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners gegen den Gläubiger unter die Verteidigungsmittel, die der Hauptschuldner gegen den Bürgen geltend machen kann, wenn der Bürge den Gläubiger ohne sein Einverständnis befriedigt⁷⁴⁴. Für diesen Fall stehe dem Bürgen ein Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger zu⁷⁴⁵. Die Verständigung des Bürgen über die vorhandene Aufrechnungslage habe aber für den Bürgen keinen Nutzen, wenn der Bürge seine Leistung an den Gläubiger nicht verweigern kann⁷⁴⁶. Daher treffe den Hauptschuldner die Aufgabe, seine Gegenforderung an den Bürgen zu übertragen⁷⁴⁷. Widrigenfalls könne der Hauptschuldner sein Aufrechnungsrecht dem Bürgen nicht entgegenhalten⁷⁴⁸. Diese Ansicht ist aber im Hinblick darauf fragwürdig, ob der Hauptschuldner das Vorliegen seines Aufrechnungsrecht dem Bürgen überhaupt entgegenhalten kann. Die Erfüllung des Bürgen bzw seine Inanspruchnahme ist eigentlich die Folge der Nichterfüllung des Hauptschuldners und die Aufrechnung ist eine Art der Schuldtilgung. Wenn der Bürge die Bürgschaft mit der Zustimmung des Hauptschuldners eingeht, ist dem Hauptschuldner von Anfang an klar, dass der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nimmt, wenn er seine Schuld nicht tilgt, und dass die Hauptforderung nach der Befriedigung des Gläubigers auf den Bürgen übergeht. Der Hauptschuldner ist in diesem Fall nicht schutzwürdig, wenn er seiner 346

⁷⁴¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1361 Rz 2; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1361 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1361 ABGB Rz 7; Dullinger, Aufrechnung 25; OGH 19.10.1976, 3 Ob 577/76.

⁷⁴² P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1361 Rz 2.

⁷⁴³ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1361 ABGB Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1361 Rz 5; Th. Rabl, Bürgschaft 133.

⁷⁴⁴ Dullinger, Aufrechnung 26; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1361 Rz 2a.

⁷⁴⁵ Dullinger, Aufrechnung 27; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1361 Rz 2a.

⁷⁴⁶ Dullinger, Aufrechnung 26; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1361 Rz 2a.

⁷⁴⁷ Dullinger, Aufrechnung 26.

⁷⁴⁸ Dullinger, Aufrechnung 26.

Schuld nicht nachkommt und demzufolge der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nimmt.

- 347 Schlussendlich gewährt die Lehre dem Bürgen einen Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger, wenn der Bürge seine Schuld ohne Einverständnis des Hauptschuldners erfüllt und seinen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner aufgrund der Ungültigkeit der Hauptschuld nicht durchsetzen kann⁷⁴⁹.

b. Türkei

- 348 Gemäß § 591 Abs 3 TBK verliert der Bürge nicht seinen Regressanspruch, wenn er die Geltendmachung der Verteidigungsmittel des Hauptschuldners gegen den Gläubiger unterlässt, die er nicht gekannt hat und nicht kennen musste. Der Bürge kann sich aber nicht darauf berufen, dass er keine Kenntnis von den Verteidigungsmitteln hatte, falls er sich vor der Befriedigung des Gläubigers nicht beim Hauptschuldner erkundigt hat. Daraus ergibt sich die Aufgabe des Hauptschuldners, den Bürgen über seine Verteidigungsmittel aus dem Hauptgeschäft zu informieren. Gibt der Hauptschuldner dem Bürgen keine, unrichtige oder ungenügende Information, dann bleibt der Regressanspruch des Bürgen unberührt. Der Hauptschuldner kann seine Verteidigungsmittel aus dem Hauptgeschäft nicht gegen den Bürgen geltend machen.
- 349 Gemäß § 591 Abs 3 S 2 TBK trägt der Hauptschuldner die Beweislast dafür, dass der Bürge die Verteidigungsmittel gekannt hat oder kennen musste. Keine eindeutige Antwort auf die Frage ergibt sich aber aus dem Gesetz, ob der Hauptschuldner den Bürgen über die Verteidigungsmittel auch dann gemäß § 591 Abs 3 TBK zu informieren hat, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Absprache bzw Einwilligung des Hauptschuldners eingeht.
- 350 Unterlässt der Bürge die Erkundigung über die Verteidigungsmittel beim Hauptschuldner, steht ihm ein Kondiktionsanspruch zu, falls die Hauptschuld ungültig ist.

c. Vergleich

- 351 Kein großer Unterschied besteht in der Verständigung des Bürgen über die Verteidigungsmittel. In beiden Ländern muss sich der Bürge zuerst über die Verteidigungsmittel gegen den Gläubiger beim Hauptschuldner erkundigen. Dann tritt die Aufgabe des Hauptschuldners zur Verständigung des Bürgen über diese Verteidigungsmittel in Kraft. Es steht aber in beiden Ländern zur Diskussion, ob der Hauptschuldner den Bürgen auch dann zu informieren hat, wenn der Bürge die Bürgschaft eingeht, ohne dass er dies mit dem Hauptschuldner abspricht bzw die Einwilligung des Hauptschuldners holt. Für die Beweislast sieht das türkische Recht

⁷⁴⁹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1361 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1361 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1361 ABGB Rz 4.

eine klare Regel vor, nach welcher der Hauptschuldner zu beweisen hat, dass der Bürge von den Verteidigungsmitteln Kenntnis hatte oder haben musste. Schlussendlich steht dem Bürgen in beiden Ländern ein Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger zu, falls er den Gläubiger ohne eine gültige Hauptschuld befriedigt.

31. Beibehaltung der anderen Sicherheiten durch den Gläubiger

a. Österreich

Der Wortlaut des § 1360 HS 3 ABGB untersagt dem Gläubiger, das vor oder bei der Eingehung der Bürgschaft gegebene Pfand zum Nachteil des Bürgen freizugeben. Ein Nachteil für den Bürgen kommt hinsichtlich der Durchsetzung seiner Regressansprüche in Frage. Nach einem Teil der Lehre erfasse diese Aufgabe alle Pfänder unabhängig davon, wann sie bestellt wurden. Dementsprechend seien die nachträglich bestellten Pfänder mit den bereits bestehenden Pfänder gleichzustellen, da auch die nachträglichen Sicherheiten auf den Bürgen übergehen⁷⁵⁰. Nach einem anderen Teil der Lehre⁷⁵¹ und dem OGH⁷⁵² sei diese Aufgabe grundsätzlich entsprechend dem Gesetzeswortlaut nur auf die Pfänder beschränkt, die zum Verbürgungszeitpunkt bereits bestellt wurden. So erfasse die Aufgabe des Gläubigers nicht die später bestellten Pfänder, da der Bürge diese Pfänder bei der Haftungsübernahme nicht berücksichtigt habe⁷⁵³. Eine Ausnahme davon sei aber zu machen, wenn sich der Bürge auf das Entstehen einer nachträglichen Sicherheit bei der Haftungsübernahme verlassen durfte⁷⁵⁴. Dieses Vertrauen sei nur dann und insoweit schutzwürdig, wenn diese Sicherheit bei der Ausgleichung dem Bürgen zugutekommt⁷⁵⁵. In Anlehnung an die Erwartungen des Bürgen lehnt eine Ansicht die Erstreckung der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers auf die vor der oder bereits bei der Bürgschaftsübernahme gegebenen Pfänder, von denen der Bürge keine Kenntnis hatte, ab⁷⁵⁶. Begründet wird diese Ansicht mit dem Argument, dass der Bürge

352

⁷⁵⁰ Eigner, Interzedentenschutz 129; Hoyer, Der Rückgriff zwischen Bürgen und Pfandbestellern, JBl 1987, 764 (772); Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1360 Rz 3; Bacher, Ausgleichsansprüche 138, 140.

⁷⁵¹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 2; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1360 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1360 ABGB Rz 1; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/47; Dullinger in Dullinger/Kaindl 113.

⁷⁵² OGH 28.6.2005, 10 Ob 68/05k; OGH 3.8.2006, 8 Ob 79/06k.

⁷⁵³ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 2; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1360 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 2; Dullinger in Dullinger/Kaindl 113.

⁷⁵⁴ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 2; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/47; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w; OGH 3.8.2006, 8 Ob 79/06k. **AA** Wühl, Sicherungsmehrheit 127. (Der Autor vertritt jedoch auf den Seiten 192, 193 die gegenteilige Auffassung.)

⁷⁵⁵ OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w. **AA** hinsichtlich der gänzlichen Haftungsbefreiung: Riss, Der Gläubiger verletzt eine Schutzpflicht, wenn er den Kreditbetrag auszahlt, obwohl er eine im Kreditbetrag angeführte Kreditsicherheit nicht einholt, auf die ein Mithaftender vertraut. ÖBA 2007, 490 (495 f) (Entscheidungsanmerkung).

⁷⁵⁶ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 2; Wühl, Sicherungsmehrheit 110 f, 116, 132. (Der letzte Autor vertritt jedoch auf den Seiten 179 ff die gegenteilige Auffassung.)

mit alleiniger Haftung bzw keinem Ausgleichsanspruch gerechnet habe, als er die Bürgschaft eingegangen ist⁷⁵⁷. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, weil der Ausgleichsanspruch des Bürgen nicht davon abhängt, ob der Bürge von so einer anderen Sicherheit bei der Haftungsübernahme Kenntnis hatte. Ferner werden durch die Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers nicht nur die Erwartungen des Bürgen, sondern auch seine Interessen geschützt, selbst wenn er von diesen Interessen keine Kenntnis hatte. Nach dieser Ansicht müsste man die Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers abschaffen, wenn ein Bürge über das Rechtsinstitut der Bürgschaft bzw die Aufteilung der Last unter den Mithaftenden nicht informiert ist. Der Bürge ist aber nicht weniger schutzwürdig, wenn er sich mit dem ABGB nicht gut auskennt. Schlussendlich ist die Rechtsfolge dieser Ansicht auch dann fragwürdig, wenn der Gläubiger und der Hauptschuldner den Bürgen über die anderen Sicherheiten beim Abschluss des Bürgschaftsvertrags nicht informiert haben.

§ 776 BGB enthält eine parallele Regel, nach welcher der Gläubiger eine dingliche oder persönliche Sicherheit nicht freigegeben darf, aus der der Bürge Ausgleich erlangen kann. Entsprechend dem Wortlaut des § 776 Abs 2 BGB wird die Frage in der Lehre als bedeutungslos betrachtet, ob diese Sicherheit vor oder nach der Bürgschaft gegeben wurde⁷⁵⁸.

- 353** Kommt der Gläubiger der Beibehaltungsaufgabe nicht nach, hat er den Bürgen so zu stellen, als ob diese Pfänder noch dem Bürgen zur Verfügung stehen würde⁷⁵⁹. Die Beweislast für den Ausfall bzw dessen Ausmaß trägt der Bürge⁷⁶⁰. Neben der Freigabe des Pfandes tritt die Haftung des Gläubigers auch dann ein, wenn er das Pfand beseitigt, beeinträchtigt oder dessen Wert vermindert⁷⁶¹. Für den Fall, dass der Gläubiger nach der Bestellung des Pfandes nicht den nötigen Akt vornimmt, sieht § 79 GBG⁷⁶² eine besondere Regel vor, nach welcher der Bürge die Eintragung eines dem Gläubiger eingeräumten Pfandrechts an einer Liegenschaft oder dem bürgerlichen Recht des Hauptschuldners im Namen des Gläubigers, unabhängig von der Zeit der Bestellung dinglicher Sicherheit⁷⁶³, begehren kann⁷⁶⁴.

⁷⁵⁷ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 2; Wühl, Sicherungsmehrheit 110.

⁷⁵⁸ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 776 Rz 1; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht³ Rz 236; Cekovic-Vuletic, Schutz 72.

⁷⁵⁹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 3; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1360 Rz 4; Mader, Zum Rückgriffsanspruch nach § 1359 ABGB, JBl 1987, 287 (294); Hoyer, JBl 1987, 772; Dullinger in Dullinger/Kaindl 113; OGH 21.12.1995, 3 Ob 568/94; OGH 28.6.2005, 10 Ob 58/05k.

⁷⁶⁰ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 3; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1360 Rz 4; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 4.

⁷⁶¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 2; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 4; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1360 Rz 3; OGH 28.6.2005, 10 Ob 58/05k; OGH 25.4.2012, 7 Ob 59/12w.

⁷⁶² GBG 1955 BGBl 1955/39.

⁷⁶³ Eigner, Interzedentenschutz 129.

⁷⁶⁴ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1365 Rz 5; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1365 Rz 3.

Nach dem OGH⁷⁶⁵ und einem Teil der Lehre⁷⁶⁶ sei das Verschulden des Gläubigers an der Verletzung der Beibehaltungsaufgabe nicht erforderlich. Der Verzicht auf das Verschulden für die Haftung des Gläubigers wird aber mit dem Argument in der Lehre kritisiert, dass es keinen Grund für die Annahme der verschuldensunabhängigen Haftung bestehe⁷⁶⁷. Eine Ansicht in der Lehre erachtet die Verletzung der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers als eine Obliegenheitsverletzung, welche zur automatischen Kürzung des Anspruchs des Gläubigers führe⁷⁶⁸. Nach einer anderen Ansicht⁷⁶⁹ und dem OGH⁷⁷⁰ führe die Aufgabenverletzung zum Schadenersatzanspruch. Der Schaden des Bürgen trete in dem Ausmaß ein, in dem sein künftiger Regressanspruch Deckung finden würde⁷⁷¹. Nach dem OGH trete der Schaden mit dem Verlust der Sicherheit und nicht erst dann ein, wenn feststeht, dass die Hauptschuld nicht mehr hereingebracht werden kann⁷⁷². 354

§ 1363 Abs 3 ABGB enthält eine besondere Regel, nach welcher die Entlassung eines Mitbürgen gegen die übrigen Mitbürgen nicht wirkt⁷⁷³. Demzufolge wird es angenommen, dass die Entlassung eines Mitbürgen nicht die Haftung des Gläubigers aufgrund der Verletzung der Beibehaltungsaufgabe verursache bzw der Bürge den Wegfall eines Mitbürgen dem Gläubiger nicht haftungsmindernd entgegenhalten könne⁷⁷⁴. 355

Nach einer Ansicht falle das Aufrechnungsrecht des Gläubigers sinngemäß unter diese Aufgabe und der Gläubiger sei dem Bürgen verantwortlich, wenn er seine Gegenverbindlichkeit erfüllt⁷⁷⁵. Diese Ansicht wird aber mit den Argumenten kritisiert, dass die Unterlassung der Ausübung eines Aufrechnungsrechts mit der Freigabe einer dinglichen Sicherheit nicht gleichzustellen sei und das Aufrechnungsrecht des Gläubigers nach seiner Befriedigung nicht auf den Bürgen übergehe⁷⁷⁶. 356

⁷⁶⁵ OGH 21.12.1995, 3 Ob 568/94.

⁷⁶⁶ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 2; Eigner, Interzedentenschutz 132; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1360 Rz 2.

⁷⁶⁷ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 4; Wühl, Sicherungsmehrheit 124, 149.

⁷⁶⁸ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 4; Wühl, Sicherungsmehrheit 147.

⁷⁶⁹ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1360 ABGB Rz 2, 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1360 Rz 2; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/47; Bacher, Ausgleichsansprüche 135.

⁷⁷⁰ OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w; OGH 28.6.2005, 10 Ob 58/05k; OGH 21.12.1995, 3 Ob 568/94.

⁷⁷¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1360 Rz 2; Dullinger in Dullinger/Kaindl 113; Wühl, Sicherungsmehrheit 131, 132; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w.

⁷⁷² OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w.

⁷⁷³ Unten Rz 439 f.

⁷⁷⁴ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1360 Rz 5; Eigner, Interzedentenschutz 131; Hoyer, JBl 1987, 771; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1360 Rz 1a; Dullinger in Dullinger/Kaindl 113; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w.

⁷⁷⁵ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1360 Rz 4.

⁷⁷⁶ Dullinger, Aufrechnung 24; P. Bydlinski, ÖBA 1987, 698.

357 Die Aufgabe des Gläubigers zur Beibehaltung der Pfänder aus § 1360 ABGB ist dispositiv⁷⁷⁷. Die Abbedingung dieser Aufgabe in AGB könne aber nach dem OGH⁷⁷⁸ und der Lehre⁷⁷⁹ gemäß § 879 Abs 3 ABGB sittenwidrig sein.

358 Schlussendlich erstreckt die Lehre die Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers auch auf andere analogiefähige Sicherheiten bzw dingliche Sicherheiten, zB Eigentumsvorbehalt⁷⁸⁰.

b. Türkei

359 § 592 Abs 1 und 4 TBK versagen dem Gläubiger, die Sicherheiten zum Nachteil des Bürgen zu verringern und freizugeben. Der Nachteil des Bürgen besteht darin, dass er die anderen Sicherheiten bei der Ausgleichung nicht nutzen kann. Zu den beizubehaltenden Sicherheiten hat der Gesetzgeber die bei der Eingehung der Bürgschaft vorhandenen Pfandrechte, anderweitigen Sicherheiten und Vorzugsrechte, die einen bevorzugten Rang bei der Schuldbetreibung gegen den Hauptschuldner gewähren, sowie die vom Hauptschuldner nachträglich speziell für die Hauptschuld erlangten Pfandrechte gezählt. Dementsprechend fallen unter die Aufgabe des Gläubigers nicht nur die dinglichen Sicherheiten, sondern auch die weiteren persönlichen Sicherheiten. Ferner als bereits vorhandene Sicherheiten sind jene Sicherheiten anzusehen, die gleichzeitig mit der Eingehung der Bürgschaft oder in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bürgschaft vertraglich bestellt wurden⁷⁸¹. Nach einer Ansicht fallen darunter alle jenen Sicherheiten, auf welche der Bürge sich bei der Eingehung der Bürgschaft verlassen hat⁷⁸². Diese Ansicht ist aber in Anbetracht der nachträglich bestellten dinglichen Sicherheiten fragwürdig, da diese Sicherheiten dem Bürgen nach dem Bürgschaftsmodell des TBK nicht immer zur Verfügung stehen⁷⁸³.

360 Für die Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers ist es wichtig, zu welchem Zeitpunkt und von wem die Sicherheit bestellt wurde. Der Gläubiger hat die Sicherheiten, die bereits bei der Eingehung der Bürgschaft vorhanden sind, unabhängig von deren Besteller beizubehalten.

⁷⁷⁷ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1360 Rz 4a; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 5; *Ofner in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1360 Rz 6; *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1360 ABGB Rz 10; *Wühl*, Sicherungsmehrheit 72, 154; *Dullinger in Dullinger/Kaindl* 114; OGH 9.11.1988, 1 Ob 666/88.

⁷⁷⁸ OGH 7.3.2006, 1 Ob 247/05p; OGH 9.11.1988, 1 Ob 666/88.

⁷⁷⁹ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1360 Rz 4a; *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1360 ABGB Rz 10; *Eigner*, Interzedentenschutz 132; *Schwartzte in Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/44, 47; *Dullinger in Dullinger/Kaindl* 114. Im Ergebnis zT zustimmend: *Wühl*, Sicherungsmehrheit 155 f.

⁷⁸⁰ *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1360 Rz 6; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1360 Rz 5; *Eigner*, Interzedentenschutz 131; *Wühl*, Sicherungsmehrheit 176; *Dullinger in Dullinger/Kaindl* 113.

⁷⁸¹ *Giovanoli in Becker*, Bürgschaftsrecht § 495 Rz 23. Erst nach dem Übertragungsakt oder der Eintragung im Grundbuch: *Özen*, Kefalet³ 423; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 21.

⁷⁸² *Özen*, Kefalet³ 423; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 21.

⁷⁸³ Unten Rz 451, 463.

Für die nachträglich bestellten Sicherheiten ist der Umfang der Beibehaltungsaufgabe aber kleiner. In diesem Fall erfasst die Aufgabe des Gläubigers nur die Sicherheiten, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners speziell für die Hauptschuld erlangt wurden. „Speziell“ bedeutet nicht, dass die Sicherheit ausschließlich für die Hauptschuld bestellt wurde, sondern, dass die Hauptschuld bei der Pfandbestellung speziell genannt wurde⁷⁸⁴. Dementsprechend besteht die Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers nicht für die vom Hauptschuldner nachträglich durch die Generalpfandklausel erlangten Sicherheiten, die für alle Schulden des Hauptschuldners beansprucht werden können⁷⁸⁵. Trotz des Wortlauts des Gesetzestextes erstreckt eine Ansicht dieses Nichtbestehen auf die vor der Eingehung der Bürgschaft durch die Generalpfandklausel bestellten Sicherheiten⁷⁸⁶.

Die Verletzung der Beibehaltungsaufgabe führt zur Befreiung des Bürgen von der Bürgschaft im Ausmaß des Wertes der jeweiligen Sicherheit. Die Verletzung ist dann der Fall, wenn der Gläubiger die Sicherheiten freigibt oder deren Wert vermindert. Der Bürge trägt die Beweislast für die Verletzung der Aufgabe⁷⁸⁷. Der Gläubiger hat die Möglichkeit, den Gegenbeweis zu erbringen, dass der Schaden des Bürgen geringer als der Wert der Sicherheit ist, zB nicht volle, sondern nur anteilmäßige Regressmöglichkeit⁷⁸⁸. Außerdem ist die Verletzung dieser Aufgabe verschuldensabhängig⁷⁸⁹. Hier hat der Gläubiger zu beweisen, dass ihn keinerlei Verschulden trifft⁷⁹⁰. Nach einer Ansicht in Anlehnung an § 592 Abs 4 TBK führe die grob fahrlässige oder absichtliche Freigabe der Sicherheiten zur Befreiung des Bürgen von seiner ganzen Haftung unabhängig von dem Wert bzw der Deckung der Sicherheit⁷⁹¹.

361

⁷⁸⁴ Özen, Kefalet³ 423 f; Özen in FS Serozan 1447; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 24; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 7; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 8; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 502 Rz 4.

⁷⁸⁵ Özen, Kefalet³ 424; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 25; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 8.

⁷⁸⁶ Özen, Kefalet³ 421; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 9; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 9.

⁷⁸⁷ Reisoğlu, Kefalet 259; Özen, Kefalet³ 429; Gümüş, Borçlar² 422; Acar, Mütessesil 313; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 32; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 13; Guhl, Bürgschaftsrecht 85; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 11.

⁷⁸⁸ Reisoğlu, Kefalet 259; Özen, Kefalet³ 429; Gümüş, Borçlar² 422; Çınar, Kefilin 138; Acar, Mütessesil 313; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 31; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 13; Guhl, Bürgschaftsrecht 85; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 11.

⁷⁸⁹ Reisoğlu, Kefalet 260; Özen, Kefalet³ 425, 427; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 694; Gümüş, Borçlar² 422; Şahan, Kefalet 47; Tandoğan, Borçlar II³ 785; Acar, Mütessesil 313; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 30; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 13; Guhl, Bürgschaftsrecht 85. AA Wiegand in Wiegand 190; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 503 Rz 12.

⁷⁹⁰ Reisoğlu, Kefalet 260; Özen, Kefalet³ 427; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 694; Gümüş, Borçlar² 422; Şahan, Kefalet 47; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 30; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 13; Guhl, Bürgschaftsrecht 85.

⁷⁹¹ Özen, Kefalet³ 427 f, 436 f; Gümüş, Borçlar² 426; Çınar, Kefilin 139; Acar, Mütessesil 314; Çevik, BÜHFKHHD 2011/89-90, 129; Reisoğlu, Kefalet 261; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 64; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 23; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 503 Rz 11.

362 Aus dem § 592 TBK ergibt sich nicht unmittelbar, ob es möglich ist, den Gläubiger von der Beibehaltungsaufgabe bei der Eingehung der Bürgschaft zu entbinden. Normalerweise ist die Entbindung des Gläubigers gemäß § 583 Abs 3 TBK im Voraus nicht möglich⁷⁹². Allerdings erlaubt § 584 Abs 2 TBK die nachträglichen Änderungen betreffend die Sicherheiten. Ferner ist auch die Änderung des Umfangs der Sicherheiten, die auf den Bürgen übergehen, möglich⁷⁹³. Daher ist die Befreiung des Gläubigers von dieser Aufgabe bei oder nach der Bürgschaftsübernahme zulässig⁷⁹⁴. Es ist aber zu beachten, dass die Zustimmung des Ehegatten für die Verminderung der Sicherheiten erforderlich ist, wenn die Verminderung erheblich ist⁷⁹⁵.

c. Vergleich

363 Der erste Unterschied zwischen den Ländern betrifft den Umfang der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers hinsichtlich der Art der Sicherheiten, die bei der Eingehung der Bürgschaft bereits vorhanden sind. Nach dem Wortlaut des Gesetzestexts des ABGB und der Lehre besteht die Aufgabe des Gläubigers nur für die Pfänder, während sich die Aufgabe des Gläubigers nach türkischem Recht auch auf sonstige persönliche und anderweitige Sicherheiten bezieht.

364 Ein anderer Unterschied besteht in der Beibehaltung der nachträglich bestellten Sicherheiten. Obwohl eine Ansicht in Österreich die Aufgabe des Gläubigers auf die nachträglich bestellten Pfänder erstreckt, beschränken der Gesetzeswortlaut des ABGB und eine andere Ansicht die Aufgabe des Gläubigers zur Beibehaltung der Sicherheiten nur auf diejenigen Pfänder, die dem Gläubiger vor oder bei der Leistung der Bürgschaft gegeben wurden. Nach türkischem Recht habe der Gläubiger nur diejenigen nachträglichen Sicherheiten beizubehalten, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners speziell für die verbürgte Schuld erlangt wurden.

365 Die Frage, ob die Verletzung der Beibehaltungsaufgabe zum Schadenersatzanspruch des Bürgen oder zu einer automatischen Befreiung führt, ist in Österreich umstritten. Nach türkischem Recht führt die Verletzung dieser Aufgabe zur automatischen Haftungsbe freiung bzw -verminderung.

⁷⁹² Oben Rz 191.

⁷⁹³ Unten Rz 452.

⁷⁹⁴ Im Ergebnis zustimmend: *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 9. **AA** *Çınar*, Kefilin 140 f; *Acar*, Mütessesil 305.

⁷⁹⁵ Oben Rz 179.

32. Übergabe der Beweismittel durch den Gläubiger

a. Österreich

Gemäß § 1358 S 2 ABGB hat der Gläubiger die Rechtsbehelfe und die Sicherheiten an den Bürgen Zug um Zug auszuliefern⁷⁹⁶. Unter den Begriff „Rechtsbehelfe“ fallen alle Arten von Beweismitteln, ua Schuldurkunden, Wechsel, bereits erwirkte Exekutionstitel⁷⁹⁷. Besteht ein Bedarf, habe der Gläubiger den Bürgen zusätzlich mündlich zu informieren⁷⁹⁸. 366

Das Verhältnis der Aufgabe des Gläubigers zur Übergabe der Rechtsbehelfe bzw Beweismittel zu seinen gesetzlichen bzw vertraglichen Geheimhaltungsaufgaben ist fragwürdig. In der Lehre⁷⁹⁹ und der Rechtsprechung⁸⁰⁰ wird es angenommen, dass diese Aufgabe des Gläubigers nicht durch das Bankgeheimnis eingeschränkt sei. Der OGH begründet seine Ansicht damit, dass die Verweigerung des Hauptschuldners, der Übergabe der vorhandenen Rechtsbehelfe bzw der Auskunft an den Bürgen unter Berufung auf das Bankgeheimnis, einen Rechtsmissbrauch darstelle⁸⁰¹. Hier wäre es empfehlenswert, der oben dargelegten Lösung zu folgen⁸⁰². Dementsprechend untersagt man dem Gläubiger die Übergabe der Beweismittel, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Absprache mit dem Hauptschuldner eingeht. 367

Es kann vorkommen, dass der Gläubiger nach der Leistung des Bürgen die Beweismittel weiter benötigt, zB Teilzahlung des Bürgen. Für diesen Fall wird in der Lehre vorgeschlagen, dass der Gläubiger dem Bürgen die Einsicht in die Originale erlaubt und die beglaubigten Abschriften zukommen lässt⁸⁰³. 368

b. Türkei

§ 592 Abs 3 S 1 TBK erlegt dem Gläubiger die Aufgabe auf, dem Bürgen die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden Zug um Zug zu übergeben⁸⁰⁴ und die nötigen 369

⁷⁹⁶ Für den Erwerb dieser durch den Bürgen: Unten Rz 428.

⁷⁹⁷ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 11; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 14; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 19; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 43; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 9.

⁷⁹⁸ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 11; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 43.

⁷⁹⁹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 11; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 14; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 19; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 45; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 9; Avancini, JBl 1985, 206. **AA** Laurer, ÖJZ 1986, 386; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG³ § 38 Rz 2.

⁸⁰⁰ OGH 2.2.1984, 6 Ob 613/83; OGH 7.11.1991, 6 Ob 590/91.

⁸⁰¹ OGH 2.2.1984, 6 Ob 613/83; OGH 7.11.1991, 6 Ob 590/91.

⁸⁰² Oben Rz 38.

⁸⁰³ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 11; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 14; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 19; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 44; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 9; R. Perner, Bürgschaft 107; Gamerith, Die Teilbürgschaft ÖBA 1988, 759 (769).

⁸⁰⁴ C. Yavuz, Borçlar¹¹ 694; Gümüş, Borçlar² 426; Aksoy, Kefalet 128; Tandoğan, Borçlar II³ 786; Çakır, THD 2014/96, 19; Acar, Mütessesil 317; Grassinger, Savunma 163; Beck, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 44; Giovanoli

Auskünfte zu erteilen, zB Schuldscheine, Schuldanerkennung, Vertrag für das Hauptgeschäft. Sofern es notwendig ist, hat der Gläubiger den Bürgen auch mündlich zu informieren. In dem Fall, dass der Gläubiger die Urkunde bzw den Nachweis weiter benötigt, hat er dem Bürgen die beglaubigte Abschrift zu übergeben, zB bei Teilzahlung oder Sicherstellung anderer Rechte des Gläubigers⁸⁰⁵. Das Verhältnis dieser Aufgabe zu gesetzlichen bzw vertraglichen Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers ist nicht ganz klar. Es wäre empfehlenswert, der oben dargelegten Lösung auch hier zu folgen⁸⁰⁶. Für die Wirkungen der Verletzung dieser Aufgabe gilt die oben dargelegte Rechtsfolge gemäß § 592 Abs 4 TBK⁸⁰⁷.

c. Vergleich

- 370** Zwischen den Ländern besteht kein erheblicher Unterschied. Der Gläubiger hat dem Bürgen die vorhandenen Beweismittel Zug um Zug auszuliefern. Braucht der Gläubiger diese weiterhin, erlangt der Bürge deren beglaubigte Abschriften. Das Verhältnis dieser Aufgabe des Gläubigers zu seinen Geheimhaltungsaufgaben ist in beiden Ländern problematisch, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Einwilligung des Hauptschuldners eingeht. Schlussendlich hat der Gesetzgeber in der Türkei die Rechtsfolge der Verletzung dieser Aufgabe ausdrücklich vorgesehen, die zur Haftungsbefreiung des Bürgen führt.

33. Zustimmung beim Wechsel der Person des Hauptschuldners

a. Österreich

- 371** Gemäß § 1407 Abs 2 S 2 ABGB wird der Bürge nach Schuldübernahme von seiner Haftung befreit, wenn er nicht dem Schuldnerwechsel zustimmt. Der Anwendungsbereich dieser Regel ist auf die privaten Schuldübernahmen beschränkt⁸⁰⁸.
- 372** In der Lehre wird die Zustimmung des Bürgen nicht verlangt, wenn die Schuldübernahme durch die Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Umgründung einer Gesellschaft geschieht⁸⁰⁹. Eine Ansicht begründet die Abschaffung des Zustimmungserfordernisses in diesem Fall mit den folgenden Gründen: Es gebe grundsätzlich keinen Unterschied betreffend die Schutzwürdigkeit zwischen dem Bürgen und anderen Gläubigern der übertragenen Gesellschaft, da

in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 34; Yargıtay 10.12.1993, 19 HD 1993/8484.

⁸⁰⁵ *Özen*, Kefalet³ 432; *Gümüş*, Borçlar² 424; *Acar*, Mütessesil 316; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 503 Rz 53; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 503 Rz 19.

⁸⁰⁶ Oben Rz 38.

⁸⁰⁷ Oben Rz 361.

⁸⁰⁸ *Neumayr* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1407 Rz 2; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1407 Rz 4; *Kogler* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 1407 Rz 6; *Stern*, Umgründungen, Bürgen und Drittpfandbesteller, RdW 2001, 650; *Böhler*, Unternehmensveräußerung und Kreditsicherheiten, ÖBA 2013, 710 (711).

⁸⁰⁹ *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1407 Rz 4; *Stern*, RdW 2001, 650; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 4; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/288.

der Bürge in derselben Position wie andere Gläubiger sei⁸¹⁰; eine unterschiedliche Behandlung wäre nur sinnvoll, wenn die für Gläubiger geltenden Schutzvorschriften für den Bürgen nicht oder eingeschränkt zur Anwendung kommen sollten⁸¹¹; das Übergehen des gesamten Vermögens der übertragenden Gesellschaft führe nicht automatisch zu einer Bonitätsverschlechterung⁸¹²; dem Bürgen stehe, wie alle anderen Gläubiger, ein Sicherstellungsanspruch aus § 226 AktG⁸¹³, § 15 SpaltG⁸¹⁴ zu⁸¹⁵. Die Abschaffung des Zustimmungserfordernisses mit diesen Argumenten ist aber fragwürdig. Neben der Lage des Vermögens, zu dem die Hauptschuld gehört, ist auch dessen Verwaltung für den Bürgen wichtig. Darüber hinaus ist die Regressforderung des Bürgen keine bedingte Forderung. Ihre Aufstellung ist prinzipiell nicht vom Parteiwillen abhängig und an Voraussetzungen gebunden. Aus diesem Grund ist es zweifelhaft, ob der Bürge als oder wie ein Gläubiger der Gesellschaft angesehen werden kann, und ob ihm ein Sicherstellungsanspruch bei der Umgründung zusteht.

Für den Übergang der Sicherheiten bei der Unternehmensveräußerung enthält § 38 UGB **373** eine spezielle Regel. Gemäß § 38 Abs 1 S 2 UGB fällt die Bürgschaft, die eine unternehmensbezogene Verbindlichkeit besichert, mit der Schuldübernahme im Wege des Unternehmensübergangs nicht weg, selbst wenn die Zustimmung des Bürgen für die Schuldübernahme nicht geholt wurde. Für diesen Fall hat der Gesetzgeber das Zustimmungserfordernis damit kompensiert, dass er dem Bürgen ein Widerspruchsrecht in § 38 Abs 2 S 2 UGB gewährt hat. Im Fall des wirksamen Widerspruchs des Bürgen, der binnen drei Monaten nach der Mitteilung von der Übernahme geltend zu machen ist, besteht das Rechtsverhältnis, aus dem sich die besicherte Hauptschuld ergibt, mit dem Veräußerer gemäß § 38 Abs 2 S 3 UGB fort. Es ist aber zu beachten, dass der Widerspruch des Bürgen nicht zum Wegfall der Bürgschaft, sondern nur zur Verhinderung der Enthftung des Veräußerers führt. Diese Rechtsfolge wird aber mit dem Argument in der Lehre kritisiert, dass die Verhinderung der Enthftung des Veräußerers aufgrund des Widerspruchs des Bürgen unter systematischen und historisch-teleologischen Aspekten nicht aufrechterhalten werden könne, und es bestehe ein Korrekturbedarf hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerspruchsrechts des Bürgen⁸¹⁶.

Im Zusammenhang mit der Unternehmensveräußerung stellt sich die Frage, ob dem Bürgen **374**

⁸¹⁰ *Stern*, RdW 2001, 650.

⁸¹¹ *Stern*, RdW 2001, 650.

⁸¹² *Stern*, RdW 2001, 650.

⁸¹³ AktG BGBl 1965/98.

⁸¹⁴ SpaltG BGBl 1996/304.

⁸¹⁵ *Stern*, RdW 2001, 650.

⁸¹⁶ *Böhler*, ÖBA 2013, 715 ff.

immer noch ein Widerspruchsrecht zusteht, wenn die Haftung des Veräußerers für die Verbindlichkeiten, die vor Ablauf von fünf Jahren nach Unternehmensübergang fällig werden, gemäß § 39 UGB fortbesteht. In diesem Fall hängt das Fortbestehen der Haftung des Veräußerers nicht von der Geltendmachung des Widerspruchsrechts des Bürgen ab. Es wäre daher empfehlenswert, den Anwendungsbereich des Widerspruchsrechts des Bürgen nur auf die Verbindlichkeiten des Veräußerers zu beschränken, die nicht unter § 39 UGB fallen und von denen der Veräußerer nicht gleich mit dem Unternehmensübergang befreit wird, da sich die Gefahr der Belastung mit der Hauptschuld für den Bürgen in diesem Fall nicht ändert. Diese Gefahr kann sich bei den Schulden ändern, die nach Ablauf von fünf Jahren nach Unternehmensübergang fällig werden, da der Veräußerer für diese Schulden nicht weiter haften muss. Nach einer Ansicht sei die Einschränkung des Widerspruchsrechts des Bürgen aber in den Fällen nicht gerechtfertigt, in welchen der Veräußerer für die Schuld forthaftet, weil die Haftung des Übernehmers und die fortdauernde Haftung des Veräußerers, für den die begünstigte Verjährungsfrist gemäß § 39 Abs 2 UGB gilt, ja unterschiedlich verjähren können. Dies würde dazu führen können, dass der Bürge zu einem Zeitpunkt belangt wird, zu dem die Haftung des Veräußerers bereits verjährt ist, weshalb dem Bürgen in diesem Fall kein Regress möglich ist⁸¹⁷. Die Rechtfertigung des Widerspruchsrechts des Bürgen mit diesem Argument ist aber fragwürdig, da der Bürge die Verjährung der Haftung des Veräußerers gegen den Gläubiger geltend machen kann⁸¹⁸. In diesem Fall sollte der Gläubiger den Bürgen für die Schuld des Unternehmenserwerbers nicht in Anspruch nehmen können, da er die Schuld des Veräußerers nicht völlig übernimmt, sondern der Schuld nur beiträgt. Der Bürge haftet in diesem Fall nicht für die Schuld eines anderen Gesamtschuldners⁸¹⁹.

- 375** § 1407 Abs 2 S 2 ABGB sieht nicht ausdrücklich vor, dass der Bürge seine Zustimmung schriftlich abgeben muss. Da die Schuldübernahme zu einer Verschlechterung der Stellung des Bürgen führen kann, wäre es empfehlenswert, für die Zustimmung des Bürgen die schriftliche Form zu verlangen. Darüber hinaus berührt § 38 UGB nicht die Frage, in welcher Form der Bürge sein Widerspruchsrecht geltend zu machen hat. Die mündliche Mitteilung vom Widerspruch sollte hier genügen, da es keinen Bedarf an der Warnung des Bürgen besteht.

b. Türkei

- 376** Gemäß § 198 Abs 2 TBK fällt die Bürgschaft in Folge der Schuldübernahme weg, wenn der

⁸¹⁷ Böhler, ÖBA 2013, 714 f.

⁸¹⁸ Unten Rz 401.

⁸¹⁹ **AA** Böhler, ÖBA 2013, 714.

Bürge dieser Schuldübernahme nicht schriftlich zugestimmt hat. Die Frage ist umstritten, bis wann der Bürge seine Zustimmung erteilen muss. Nach einer Ansicht sei die Zustimmung des Bürgen spätestens bis zum Eintritt der befreienden Wirkung der Schuldübernahme für den bisherigen Schuldner einzuholen⁸²⁰. Nach einer anderen Ansicht sei eine erst nachträgliche Zustimmung des Bürgen ebenso wirksam⁸²¹. Eine generelle, im Voraus erteilte Zustimmung des Bürgen ist nicht wirksam. Die Zustimmung ist für jede Schuldübernahme gesondert zu erteilen⁸²². Widrigenfalls kann der Schutzzweck, der hinter dem Zustimmungserfordernis liegt, seine Funktion verlieren, da der Bürge für die Leute eintreten muss, deren Leistungsfähigkeit er nicht kennt.

Der Fall ist problematisch, dass die Schuldübernahme nicht durch einen Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger, sondern zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer erfolgt. Nach einer Ansicht in der Lehre sei die Zustimmung des Bürgen nicht erforderlich, wenn die Schuldübernahme durch die Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Umgründung einer Gesellschaft geschieht⁸²³. Diese Ansicht nimmt die Weiterhaftung des Bürgen im Erbgang als Vorbild für die Weiterhaftung des Bürgen in diesem gesellschaftsrechtlichen Fall⁸²⁴. Es ist aber fragwürdig, inwieweit man den Erbgang als Vorbild für die gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge nehmen kann. Im gesellschaftsrechtlichen Bereich hat der Gesetzgeber den Gläubigern der Gesellschaft das Recht gewährt, gemäß §§ 157, 175 TTK⁸²⁵ Sicherheit für ihre Forderungen zu verlangen. Ein ähnliches Recht hat der Bürge nicht. Ferner ist auch die Frage umstritten, ob die Zustimmung des Bürgen erforderlich ist, wenn der Hauptschuldner, eine Gesellschaft, ihre Rechtsform ändert⁸²⁶.

377

378

⁸²⁰ *Reisoğlu*, Kefalet 43; *Özen*, Kefalet³ 102; *Gönültaş*, Def'i 69; *Şen*, Kefalet 50; *Aksoy*, Kefalet 68; *Güvener*, Kefalet 67; *Acar*, Mütessesil 422 f; *Grassinger*, Savunma 140; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 78; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 115; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 18; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 493 Rz 9; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 493 Rz 11.

⁸²¹ *Reisoğlu*, Kefalet 308; *Gümüş*, Borçlar² 380; *Başıyigit*, LHD 2005, 3329; *Uzun*, Kefalet 161; *Şahan*, Kefalet 77; *Tandoğan*, Borçlar II³ 796; *Çınar*, Kefilin 172.

⁸²² *Reisoğlu*, Kefalet 73, 308; *Özen*, Kefalet³ 101, 102; *Gümüş*, Borçlar² 380; *Başıyigit*, LHD 2005, 3329; *Uzun*, Kefalet 162; *Şen*, Kefalet 52; *Güvener*, Kefalet 67; *Özen* in FS Erdoğan 755; *Çınar*, Kefilin 174; *Acar*, Mütessesil 427; *Grassinger*, Savunma 140; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 76; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 16, § 493 Rz 18; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 493 Rz 9; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 493 Rz 11.

⁸²³ *Özen*, Kefalet³ 98. **AA** *Gümüş*, Borçlar² 380; *Gönültaş*, Def'i 68; *Çınar*, Kefilin 178; *Grassinger*, Savunma 143.

⁸²⁴ *Özen*, Kefalet³ 98.

⁸²⁵ TTK 2011/6102.

⁸²⁶ **Verneinend:** *Reisoğlu*, Kefalet 99; *Özen*, Kefalet³ 99; *Güvener*, Kefalet 97 f; *Çınar*, Kefilin 179. **Bejahend:** *Tandoğan*, Batider 1977/1, 54; *Şen*, Kefalet 56; *Şahan*, Kefalet 80 f; *Grassinger*, Savunma 143; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 493 Rz 75; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 493 Rz 18.

Für den Fall der Übernahme eines Unternehmens mit den unternehmensbezogenen Forderungen und Schulden hat der Gesetzgeber keine Sonderregeln für den Übergang der Sicherheiten vorgesehen, die die unternehmensbezogenen Schulden besichern. Hier stellt sich die Lage nicht anders als bei einer privaten Schuldübernahme dar. Aus diesem Grund sollte die Bürgschaft mangels Zustimmung des Bürgen wegfallen, wenn der bisherige Schuldner von der Schuld befreit wird⁸²⁷. Es ist aber anzumerken, dass der bisherige Schuldner solidarisch (gesamtschuldnerisch) mit dem neuen Schuldner während zweier Jahre haftet, die für die fälligen Forderungen mit der Mitteilung der Übernahme an den Gläubiger und bei später fällig werdenden Forderungen mit dem Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen. Aus diesem Grund sollte die Bürgschaft nicht gleich mit der Unternehmensveräußerung, sondern erst nach Ablauf dieser Fristen wegfallen, sofern der Bürge seine Zustimmung nicht erteilt⁸²⁸. Der Wegfall der Bürgschaft wird hier dadurch kompensiert, dass drei verschiedene Schuldner innerhalb einer bestimmten Frist für die Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung stehen, nämlich bisheriger Schuldner, der Übernehmer und der Bürge.

c. Vergleich

- 379** In beiden Ländern hängt das Fortbestehen der Haftung des Bürgen beim Wechsel der Person des Hauptschuldners grundsätzlich von der Zustimmung des Bürgen ab, wenn die Schuld des Hauptschuldners mit befreiender Wirkung übernommen wird. Eine Ausnahme von dieser Regel wird für den Fall in der Lehre beider Länder vorgesehen, dass der Wechsel der Person des Hauptschuldners durch die Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Umgründung erfolgt. Allerdings ist die Angemessenheit dieser Ausnahme in beiden Ländern zweifelhaft.
- 380** Ein Unterschied besteht, wenn die Verbindlichkeiten im Wege der Unternehmensveräußerung übernommen werden. Nach österreichischem Recht steht dem Bürgen das Widerspruchsrecht zu, die Enthftung des Veräußerers zu verhindern, während die Haftung des Bürgen fortbesteht. In der Türkei gibt es für diesen Fall keine speziellen Regeln. Die Haftung des Bürgen fällt nach einer bestimmten Frist nach der Unternehmensveräußerung mit der Haftung des Veräußerers weg, wenn der Bürge seine Zustimmung nicht erteilt.
- 381** Das türkische Recht knüpft die Gültigkeit der Zustimmung des Bürgen ausdrücklich an die Schriftform. Dagegen verlangt das österreichische Recht die Schriftform nicht ausdrücklich. Aufgrund der Warnfunktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht kann man aber auf dasselbe

⁸²⁷ *Özen*, Kefalet³ 97; *Gümüş*, Borçlar² 380; *Tandoğan*, Borçlar II³ 797.

⁸²⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 308; *Özen*, Kefalet³ 98; *Tandoğan*, Borçlar II³ 797; *Gönültaş*, Def'i 67 f; *Şen*, Kefalet 56; *Şahan*, Kefalet 79; *Çınar*, Kefilin 176; *Acar*, Mütessesil 425; *Grassinger*, Savunma 142. **AA** *Gümüş*, Borçlar² 380.

Erfordernis auch nach österreichischem Recht gelangen.

34. Auflösung aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners

a. Österreich

i. Widerruf

In der Lehre wird ein freies Widerrufsrecht des Kreditbürgen vor der Auszahlung des Kredits **382** abgelehnt⁸²⁹. Allerdings ist der Widerruf aufgrund der nachträglich bekanntwerdenden Kreditunwürdigkeit des Hauptschuldners in Anlehnung an die Rechtsgedanken des § 1052 S 2 ABGB als möglich erachtet⁸³⁰.

Bei der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners, zB Insolvenz, vor Abschluss des **383** Hauptgeschäfts ist es das Gebot der Billigkeit, dem Bürgen ein Widerrufsrecht zu gewähren. In diesem Fall erleidet der Gläubiger keinen Schiffbruch, da er das Hauptgeschäft nicht abgeschlossen hat bzw abzuschließen hat. Er darf sich nicht darauf verlassen, dass der Bürge die Last des Hauptgeschäfts endgültig auf sich nimmt. Außerdem sollte ein Widerruf auch nach dem Abschluss des Hauptgeschäfts problemlos möglich sein, sofern der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat, da er das Hauptgeschäft aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners beenden kann, zB sieht § 987 ABGB ein außerordentliches Kündigungsrecht für die Darlehensverträge vor, das aufgrund der ähnlichen Interessen für das Widerrufsrecht analogiefähig ist, wenn die Aufrechthaltung des Vertrags aus wichtigem Grund nicht zumutbar ist. Darüber hinaus ist ein allgemeines Auflösungsrecht aus der analogen Anwendung des § 918 ABGB in der Lehre⁸³¹ und der Rechtsprechung⁸³² anerkannt, wenn die Sicherheitsleistung gemäß § 1052 S 2 ABGB nicht vorgenommen wird.

In der deutschen Lehre wird das Widerrufsrecht des Bürgen in Bezug auf die Bürgschaften für die Darlehensschulden auch als möglich erachtet, solange die Kreditunwürdigkeit des Hauptschuldners vor Auszahlung des verbürgten Darlehens erkennbar ist und der Gläubiger gemäß § 490 Abs 1 BGB den Darlehensvertrag auflösen kann⁸³³.

ii. Kündigung

Grundsätzlich nimmt der OGH an, dass die Bürgschaft durch die außerordentliche Kündigung **384** beendet werden kann, wenn die Bürgschaft ein Dauerschuldverhältnis ist⁸³⁴. Jedoch

⁸²⁹ P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 96; Eigner, Interzedentenschutz 207.

⁸³⁰ Eigner, Interzedentenschutz 208; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1363 Rz 5.

⁸³¹ Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1052 ABGB Rz 38 (Stand März 2015, rdb.manz.at)

⁸³² OGH 28.10.1971, 1 Ob 284/71.

⁸³³ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 765 Rz 58; Horn in Staudinger, BGB²⁰¹² § 765 Rz 272.

⁸³⁴ OGH 23.2.1999, 1 Ob 326/98t.

hat der OGH die Kündigung der Bürgschaft bei Insolvenz des Hauptschuldners ganz ausdrücklich abgelehnt⁸³⁵. Nach dem OGH sei der Hauptzweck einer Bürgschaft, den Gläubiger im Fall der Insolvenz des Hauptschuldners abzusichern. Wäre die Insolvenz des Hauptschuldners ein wichtiger Grund für die Kündigung der Bürgschaft, würde das Instrument der Bürgschaft an sich „*ad absurdum*“ geführt werden⁸³⁶.

- 385** In der Lehre wird dem Bürgen ein außerordentliches Kündigungsrecht bei der Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners eingeräumt⁸³⁷. Die Vertragsauflösung wirkt *ex nunc*, die Bürgschaft ist auf die offenen Schulden im Kündigungszeitpunkt beschränkt⁸³⁸. Nach einem Teil der Lehre liege im Hintergrund des außerordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen der vom OGH⁸³⁹ entwickelte Rechtssatz vor⁸⁴⁰:

„Je eher der betreffende Umstand im Zeitpunkt der Haftungsübernahme vorsehbar war und je mehr er der Sphäre des Bürgen zuzurechnen ist, desto größer ist der Stellenwert der Stabilität der Vertragsbindung und umso höhere Anforderungen sind an die Gewichtigkeit des geltend gemachten Aufhebungsgrundes zu stellen.“

Nach einer Ansicht in Bezug auf die Kreditbürgschaften könne der Bürge den Bürgschaftsvertrag auch dann auflösen, selbst wenn die schlechte Vermögenslage der Risikosphäre des Bürgen zuordenbar sei, weil die Benachteiligung des Gläubigers, der den Kreditvertrag nach dem Wegfall der Sicherheit aus wichtigem Grund kündigen könne, bei der Kündigung der Bürgschaft nicht in Frage komme⁸⁴¹. Ferner müsse der Gläubiger bei der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners sogar den Kreditvertrag kündigen, widrigenfalls werde der Gläubiger gemäß § 1364 S 2 ABGB schadenersatzpflichtig⁸⁴². Diese Ansicht verlangt aber vom Bürgen, vor der Ausübung seines Kündigungsrechts seinen Sicherstellungsanspruch

⁸³⁵ OGH 17.12.2010, 6 Ob 142/10s. Folgend: *Schwartze* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 2/51.

⁸³⁶ OGH 17.12.2010, 6 Ob 142/10s.

⁸³⁷ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3a; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1353 Rz 8; *W. Faber*, JBl 2012, 661; *P. Bydlinski* in FS Schimansky 312; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 204; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/208. **AA** *Schwartze* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 2/51.

⁸³⁸ *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1353 Rz 3a; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1353 Rz 8; *W. Faber*, JBl 2012, 661; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 202; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/209.

⁸³⁹ OGH 23.2.1999, 1 Ob 326/98t.

⁸⁴⁰ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, *Praxiskommentar VI*³ § 1353 Rz 8; *W. Faber*, JBl 2012, 661; *Eigner*, *Interzedentenschutz* 372. **AA** *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/214.

⁸⁴¹ *Eigner*, *Interzedentenschutz* 202 ff. Im Ergebnis zustimmend: *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, *Kreditsicherheiten* I² Rz 1/214.

⁸⁴² *Eigner*, *Interzedentenschutz* 202 f.

gemäß § 1365 ABGB geltend zu machen, mit dessen Hilfe die Kündigung gar nicht notwendig sein könne⁸⁴³.

Auch im deutschen Schrifttum wird es darauf hingewiesen, dass die erhebliche Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners ein wichtiger Grund iSv § 314 BGB für den Bürgen ist⁸⁴⁴. Die Benachteiligung des Gläubigers kommt nicht in Frage, weil die Kündigung ex nunc wirkt⁸⁴⁵.

Nach einer Ansicht müsse man auch die Interessen des Gläubigers bei der Anerkennung des außerordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen aufgrund der Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners beachten, da dem Gläubiger in manchen Fällen keinerlei Vorwürfe gemacht werden können⁸⁴⁶. Aus diesem Grund habe man einer Kompromisslösung bei der Auflösung der Bürgschaft zu folgen, die häufig eine Kündigungsfrist erfordere, die der außerordentlichen Kündigung eigentlich an sich ungewöhnlich sei⁸⁴⁷. Eine andere Ansicht lehnt aber die Notwendigkeit einer Kündigungsfrist mit der Begründung ab, dass die Interessen des Gläubigers bereits bei der Ermittlung der Zulässigkeit des außerordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen berücksichtigt werden⁸⁴⁸. 386

b. Türkei

i. Voraussetzungen

(a) Allgemein

§ 599 TBK räumt dem Bürgen ein besonderes Widerrufsrecht bei der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners ein. Dieses Recht ist an zwei Voraussetzungen gebunden, deren kumulatives Vorliegen erforderlich ist. Die erste Voraussetzung betrifft die Vermögenslage des Hauptschuldners und die zweite Voraussetzung betrifft das Hauptgeschäft. Für dieses Recht ist die Frage unerheblich, ob die Bürgschaft entgeltlich ist. 387

(b) Vermögenslage des Hauptschuldners

Zunächst ist die Vermögenslage des Hauptschuldners zu prüfen, ob diese sich nach der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags durch den Bürgen erheblich verschlechtert hat. Der Wortlaut des § 599 TBK spricht eigentlich vom Abschluss des Bürgschaftsvertrags. Da der Bürge aber seine Willenserklärung vor dem Gläubiger abgeben kann und er daran gebunden 388

⁸⁴³ *Eigner*, Interzedentenschutz 204.

⁸⁴⁴ *Habersack* in *Münchener*, Band 5⁶ § 765 Rz 56; *Horn* in *Staudinger*, BGB²⁰¹² Vorbemerkungen zu §§ 765-778 Rz 56, § 765 Rz 265; *Derleder*, NJW 1986, 101 ff; *Lambsdorff/Skora*, Bürgschaftsrechts Rz 344.

⁸⁴⁵ *Habersack* in *Münchener*, Band 5⁶ § 765 Rz 56.

⁸⁴⁶ *P. Bydlinski* in FS Schimansky 312.

⁸⁴⁷ *P. Bydlinski* in FS Schimansky 312.

⁸⁴⁸ *Eigner*, Interzedentenschutz 196. Im Ergebnis zustimmend: *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/215.

ist, sollte man hier auf die Unterzeichnung des Vertrags durch den Bürgen abstellen.

- 389** Über die Frage der erheblichen Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners entscheidet der Richter⁸⁴⁹. Der Richter vergleicht die Vermögenslage des Hauptschuldners zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags durch den Bürgen mit der Vermögenslage zum Zeitpunkt der Geltendmachung Auflösungsrechts⁸⁵⁰. Als Beispiel für die erhebliche Verschlechterung der Vermögenslage kann man den Konkurs, fruchtlose Pfändung sowie Erhaltung der Nachlassstundung geben⁸⁵¹. Das Verschulden des Hauptschuldners ist nicht erforderlich⁸⁵².
- 390** Aus Billigkeitsgründen erfasst das Auflösungsrecht des Bürgen auch den Fall, dass die Vermögenslage des Hauptschuldners erheblich schlechter ist, als der Bürge in guten Treuen angenommen hat⁸⁵³. In diesem Fall ist die tatsächliche Vermögenslage des Hauptschuldners mit der Einschätzung des Bürgen zu vergleichen⁸⁵⁴. Es ist wieder die Aufgabe des Richters, über die Frage zu entscheiden, ob der Unterschied zwischen der Einschätzung des Bürgen und der tatsächlichen Vermögenslage erheblich ist.
- 391** Die Beweislast dafür, dass die erste Voraussetzung betreffend die Vermögenslage des Hauptschuldners erfüllt ist, trägt der Bürge⁸⁵⁵.

(c) Hauptgeschäft

- 392** Nach dem Wortlaut des § 599 TBK kann der Bürge die Bürgschaft jederzeit widerrufen, solange die Forderung des Gläubigers nicht entstanden ist. Der Wortlaut des Gesetzestexts entspricht aber nicht der Absicht des Gesetzgebers. Nach dem Wortlaut könnte der Bürge die Bürgschaft widerrufen, nachdem das Hauptgeschäft abgeschlossen wurde, in welchem die verbürgte Schuld erst später entsteht. So eine Annahme ist aber ungerecht, zB Kreditbürgschaften. Daher ist § 599 TBK so zu verstehen, dass der Bürge die Bürgschaft widerrufen

⁸⁴⁹ Özen, Kefalet³ 586; Gümüş, Borçlar² 400; Şen, Kefalet 73; Çınar, Kefilin 118; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 16; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 6.

⁸⁵⁰ Özen, Kefalet³ 586; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 15; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁴ § 510 Rz 6; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 3.

⁸⁵¹ Özen, Kefalet³ 586; Şen, Kefalet 73; Reisoğlu, Kefalet 294; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 16 Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 6; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 3.

⁸⁵² Özen, Kefalet³ 586; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 705; Gümüş, Borçlar² 400; Uzun, Kefalet 132; Şen, Kefalet 72; Acar, Mütessesil 418; Özen, İKÜHFD 2011/2, 75; Reisoğlu, Kefalet 293; Kuntalp/Altınok-Ormancı in FS Toroslu 748; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 15; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 6; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 3.

⁸⁵³ Özen, Kefalet³ 587; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 4, 14, 17; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁴ § 510 Rz 6.

⁸⁵⁴ Özen, Kefalet³ 587; Şen, Kefalet 73; Çınar, Kefilin 116; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 17; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 6.

⁸⁵⁵ Özen, Kefalet³ 586; Uzun, Kefalet 123; Şen, Kefalet 73; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 17; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 6; Staffebach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 510 Rz 2.

kann, solange das Hauptgeschäft nicht in unwiderruflicher Weise entstanden ist⁸⁵⁶. Der Umstand, dass der Gläubiger das Hauptgeschäft im Vertrauen auf die Bürgschaft verbindlich erklärt hat, schließt das Auflösungsrecht des Bürgen grundsätzlich aus.

In der Lehre wird allerdings die Frage zur Diskussion gestellt, ob der Widerruf zulässig ist, wenn der Gläubiger gemäß § 98 TBK seine Leistung verweigern und das Hauptgeschäft beenden kann. § 98 TBK sieht ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht und ein Recht zum Zurücktreten bei der Verschlechterung der Vermögenslage eines Vertragspartners bei den zweiseitigen Verträgen vor, wenn die schlechte Vermögenslage die Erfüllung der im Vertrag vereinbarten Leistung gefährdet. Aus Billigkeitsgründen sollte man hier das Auflösungsrecht des Bürgen zulassen, da sich der Gläubiger vom Hauptgeschäft freimachen kann, ohne dass er Schiffbruch erleidet⁸⁵⁷. Eine Ansicht in der Lehre lässt den Widerruf auch dann zu, wenn der Gläubiger das Hauptgeschäft aufgrund des Verzugs des Hauptschuldners gemäß § 125 TBK auflösen kann⁸⁵⁸.

Eine Ansicht in der schweizerischen Lehre lehnt einen Bedarf an dem Widerrufsrecht des Bürgen nach Abschluss des Hauptgeschäfts mit dem Argument ab, dass es doch sehr unwahrscheinlich sei, dass der Gläubiger in einem solchen Fall dem insolventen Hauptschuldner noch Zahlungen auf Rechnung des bewilligten Kredites macht, nur weil er sich den Bürgen bei der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners halten kann⁸⁵⁹. Nach dieser Ansicht verletze der Gläubiger seine Sorgfaltsaufgabe gegenüber dem Bürgen, wenn er seine Leistung nicht verweigert und das Rechtsverhältnis mit dem Hauptschuldner nicht beendet⁸⁶⁰. Die Ausdehnung der Sorgfaltsaufgabe ist aber fragwürdig, weil es dem Gläubiger eine dauerhafte Aufgabe zur Prüfung der Vermögenslage des Hauptschuldners auferlegt.

Es ist hier anzumerken, dass die Anerkennung des Rechts des Bürgen zur Auflösung der Bürgschaft in Anlehnung an § 98 TBK nach dem Abschluss des Hauptgeschäfts dafür die Tür öffnet, dass eine Bürgschaft für ein Dauerschuldverhältnis aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners außerordentlich gekündigt werden kann.

⁸⁵⁶ Özen, Kefalet³ 584; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 7 Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 4; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 1.

⁸⁵⁷ Özen, Kefalet³ 584; Uzun, Kefalet 120; Reisoğlu, Kefalet 293; Kuntalp/Altınok-Ormanci in FS Toroslu 748; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 8 ff; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 4. **AA** Acar, Müt-eselsil 416.

⁸⁵⁸ Özen, Kefalet³ 584; Özen, İKÜHFD 2011/2, 74. **AA** Kuntalp/Altınok-Ormanci in FS Toroslu 748; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 10.

⁸⁵⁹ Guhl, Bürgschaftsrecht 130.

⁸⁶⁰ Guhl, Bürgschaftsrecht 130.

393

394

ii. Mitteilung der Auflösung

- 395** Solange das Hauptgeschäft noch nicht entstanden ist bzw der Gläubiger sich wieder freimachen kann, kann der Bürge jederzeit dem Gläubiger die Auflösung der Bürgschaft erklären. Für die Beurteilung der Wirksamkeit der Erklärung ist der Zeitpunkt des Empfanges durch den Gläubiger maßgebend⁸⁶¹. Eine besondere Frist für das Wirksamwerden der Mitteilung ist nicht vorgesehen.
- 396** Nach der Lehre⁸⁶² und § 599 Abs 1 TBK bedürfe die Erklärung des Bürgen zu ihrer Gültigkeit der einfachen Schriftlichkeit. Dieser Bedarf ist aber fragwürdig. Wenn man die Funktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht in der Warnung des Bürgen vor der Übereilung sieht, sollte eine mündliche Erklärung des Bürgen für die Gültigkeit der Mitteilung ausreichend sein.

iii. Rechtsfolgen

- 397** Bei einer Bürgschaft für ein Zielschuldverhältnis hebt die Erklärung des Bürgen die Bürgschaft rückwirkend auf. Seine Inanspruchnahme aufgrund der Zahlungsunfähigkeit bzw Zahlungsunwilligkeit des Hauptschuldners ist nicht mehr möglich⁸⁶³. Gemäß § 599 Abs 2 TBK hat der Bürge aber die gutgläubig gemachten Aufwendungen des Gläubigers zu ersetzen. Der Gläubiger ist so zu stellen, als ob er sich nicht auf die Bürgschaft verlassen hätte⁸⁶⁴. Darunter fällt der Vertrauensschaden des Gläubigers, zB Kosten für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags, Vorbereitungen für den Abschluss des Hauptgeschäfts, aber nicht der entgangene Gewinn⁸⁶⁵. Der Schadenersatzanspruch des Hauptschuldners gegen den Bürgen ist aber abzulehnen, da die Rechtfertigung der Auflösung der Bürgschaft von dessen Vermögenslage stammt. In der schweizerischen und türkischen Lehre verneint man den Schaden-

⁸⁶¹ Özen, Kefalet³ 585; Gümüş, Borçlar² 399; Uzun, Kefalet 120; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 13; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 5; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 1; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Kommentar² § 510 Rz 2; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 7.

⁸⁶² Özen, Kefalet³ 587; Sayın/Koyuncu, İÜHF 2012/1, 337; Uzun, Kefalet 125; Şen, Kefalet 72, 73; Çınar, Kefilin 110; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 19; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 4; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Kommentar² § 510 Rz 2; Guhl, Bürgschaftsrecht 131; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 7.

⁸⁶³ Özen, Kefalet³ 588; Gümüş, Borçlar² 401; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 20; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Kommentar² § 510 Rz 2; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 7; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 4; Guhl, Bürgschaftsrecht 131.

⁸⁶⁴ Özen, Kefalet³ 588; Gümüş, Borçlar² 401; Uzun, Kefalet 127; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 22; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 7; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 6; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Kommentar² § 510 Rz 3; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 8.

⁸⁶⁵ Özen, Kefalet³ 588; Gümüş, Borçlar² 401; Grassinger, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, in FS Yavuz (2012) 121 (132); Uzun, Kefalet 127; Reisoğlu, Kefalet 294; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 22.

ersatzanspruch des Hauptschuldners mit dem Argument, dass der Bürge rechtmäßig gehandelt hat⁸⁶⁶.

Die Anerkennung des Rechts des Bürgen zur Auflösung der Bürgschaft in Anlehnung an § 98 TBK öffnet die Tür für die Auflösung der Bürgschaft für ein Dauerschuldverhältnis. In diesem Fall würde es aber nicht der Funktion der Bürgschaft entsprechen, dass der Gläubiger den Bürgen für die offenstehenden Schulden des Hauptschuldners nicht in Anspruch nehmen könnte. Aus diesem Grund muss man die Rechtsfolge der Mitteilung des Bürgen nur auf die nach diesem Zeitpunkt nicht geleisteten Schulden des Hauptschuldners beschränken. So wirkt die Mitteilung nicht rückwirkend, sondern *ex nunc*. Dementsprechend ist das Auflösungsrecht des Bürgen in diesem Fall ein außerordentliches Kündigungsrecht. Nach einer Ansicht sei die außerordentliche Kündigung der Bürgschaft aber nicht möglich, da die Bürgschaft unabhängig vom Hauptgeschäft immer ein Zielschuldverhältnis sei⁸⁶⁷. Diese Ansicht ist auch hier aus oben angeführten Gründen unzutreffend⁸⁶⁸.

c. Vergleich

Das Auflösungsrecht des Bürgen aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners ist im ABGB nicht ausdrücklich angeordnet, während sich dieses Recht des Bürgen aus dem Gesetz in der Türkei eindeutig ergibt. Dieser Umstand rechtfertigt aber nicht die Annahme, dass die Nichtregelung des Auflösungsrechts des Bürgen bei der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners dem Plan des Gesetzgebers in Österreich entspricht. Obwohl eine zu § 314 BGB, der auf das außerordentliche Kündigungsrecht des Bürgen aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners direkt angewendet werden kann, vergleichbare Regel im ABGB fehlt, enthält ABGB analogiefähige Regeln für das außerordentliche Kündigungsrecht des Bürgen, zB § 987 ABGB. Außerdem gelten die Anhaltspunkte für die Rechtfertigung des außerordentlichen Kündigungsrechts des Bürgen auch für sein Widerrufsrecht, das spätestens bis zur Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner geltend gemacht werden kann. Zwischen den Ländern besteht ein Unterschied nur darin, dass das Auflösungsrecht des Bürgen in Österreich mit Hilfe der Methoden der Rechtsfortbildung erreichbar ist, während dieses Recht des Bürgen nach türkischem Recht nicht einer Analogie bedarf.

⁸⁶⁶ Özen, Kefalet³ 589; Gümüş, Borçlar² 402; Uzun, Kefalet 128; Beck, Bürgschaftsrecht § 510 Rz 23; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 510 Rz 7; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar² § 510 Rz 6; Guhl, Bürgschaftsrecht 131.

⁸⁶⁷ Kuntalp/Altınok-Ormancı in FS Toroslu 737, 749.

⁸⁶⁸ Oben Rz 103.

35. Berufung auf Verteidigungsmittel des Hauptschuldners

a. Geltendmachung der identischen Verteidigungsmittel

i. Österreich

(a) Allgemein

- 400** Aus dem Akzessorietätsprinzip bzw der Abhängigkeit der Bürgschaft vom Hauptgeschäft wird es abgeleitet, dass dem Bürgen die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners aus dem Hauptgeschäft gegen den Gläubiger zustehen⁸⁶⁹. Der Umfang der vom Bürgen durchsetzbaren Verteidigungsmittel des Hauptschuldners ist aber strittig⁸⁷⁰.
- 401** In der Lehre besteht die Übereinkunft darüber, dass der Bürge die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Verteidigungsmittel dem Gläubiger entgegenhalten kann, zB Ungültigkeit, Verjährung der Hauptschuld⁸⁷¹. Der Bürge kann die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners unabhängig vom Umstand geltend machen, dass der Hauptschuldner deren Geltendmachung unterlassen hat und verurteilt worden ist⁸⁷². Ferner sollte sich der Bürge beim Verzicht des Hauptschuldners auf die bestimmten Verteidigungsmittel auf diese gegen den Gläubiger berufen können⁸⁷³.
- 402** Die Frage stellt sich, ob oder inwieweit ein zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger ergangenes Urteil eine Wirkung auf das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger haben kann. Nach einer Ansicht wirke ein stattgebendes Urteil gegen den Hauptschuldner nicht gegen den Bürgen, wohl aber ein abweisendes Urteil⁸⁷⁴; es handele sich dabei aber nicht um erweiterte Rechtskraftwirkung, sondern um Tatbestandswirkung⁸⁷⁵.

Im deutschen Schrifttum wird vertreten, dass der Gläubiger sich gegen den Bürgen nicht auf ein für ihn günstiges Urteil berufen könne, das zwischen ihm und dem Hauptschuldner ergangen wurde, jedoch wirke ein für den Gläubiger ungünstiges Urteil zugunsten des Bürgen⁸⁷⁶. Nach einer Ansicht gehe es hier aber nicht um eine Rechtskrafterstreckung infolge materiellrechtlicher Abhängigkeit, sondern um Verteidigungsmittel des Bürgen gemäß § 768

⁸⁶⁹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 10; Harrer in FS Honsell 516; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6; Th. Rabl, Bürgschaft 94; Schett, JAP 1991/92, 203.

⁸⁷⁰ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1351 Rz 3; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 3; Th. Rabl, Bürgschaft 94.

⁸⁷¹ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 692; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 10; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6.

⁸⁷² Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 10; Harrer in FS Honsell 517, 520 f; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6; OGH 16.3.2005, 7 Ob 33/05m.

⁸⁷³ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 10.

⁸⁷⁴ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 8. Bei rechtskräftiger Abweisung der Klage gegen den Hauptschuldner: Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1363 Rz 2.

⁸⁷⁵ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 8.

⁸⁷⁶ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 768 Rz 11; Horn in Staudinger, BGB²⁰¹² Vorbemerkungen zu §§ 765-778 Rz 179, § 768 Rz 25; Lambsdorff/Skora, Bürgschaftsrechts Rz 155.

Abs 1 S 1 BGB, nach dem der Bürge die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners geltend machen kann⁸⁷⁷.

Es gibt keine Bedenken gegenüber dem Verzicht des Bürgen auf die Berufung auf die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners in der Lehre⁸⁷⁸, solange der Verzicht nicht durch die Verwendung der AGB erfolgt. Außerdem wird es darauf hingewiesen, dass eine Haftung anderer Art (anders als Bürgschaft) im Verzicht vorliegen kann⁸⁷⁹. 403

(b) Die Ausnahmen

Die Berufung auf manche Verteidigungsmittel des Hauptschuldners ist in bestimmten Fällen ausgeschlossen. Aus § 1354 ABGB wird es abgeleitet, dass der Bürge nicht diejenigen Verteidigungsmittel des Hauptschuldners geltend machen kann, die sich aus dem persönlichen Verhältnis des Hauptschuldners ergeben, insbesondere Exekutionsprivilegien⁸⁸⁰. Ähnliches hat gegolten, als der Hauptschuldner einen Zwangsausgleich abgeschlossen hat⁸⁸¹. Darüber hinaus enthält § 1352 ABGB eine andere Ausnahme, nach welcher der Bürge sich auf die Ungültigkeit des Hauptgeschäfts aufgrund der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners nicht berufen kann, selbst wenn er beim Abschluss des Bürgschaftsvertrags davon keine Kenntnis hatte. Diese Ausnahme wird in der Lehre als bedenklich angesehen, weil sie auch den Fall umfasst, dass der Bürge von der Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners keine Kenntnis hatte⁸⁸². 404

Gemäß § 98 Abs 3 EheG verliert der Bürge, dem der Rechtsstreit gemäß § 21 ZPO⁸⁸³ rechtzeitig verkündet wurde, die Verteidigungsmittel aus dem Hauptgeschäft, die im Verfahren zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner verworfen oder versäumt wurden⁸⁸⁴. Eine ähnliche Ausnahme enthält § 129 Abs 1 UGB für die Bürgschaften der OHG-Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft. In der Lehre wird es darauf hingewiesen, dass § 98 Abs 3 EheG zwar von den bisher herkömmlichen Fällen abweiche, da die Streitverkündung nicht 405

⁸⁷⁷ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 768 Rz 11.

⁸⁷⁸ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 701; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6b.

⁸⁷⁹ P. Bydlinski, ÖBA 1987, 701.

⁸⁸⁰ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 10; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1354 Rz 1; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1354 Rz 1; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1351 ABGB Rz 3; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1354 Rz 1; OGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p.

⁸⁸¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 5.

⁸⁸² P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1352 Rz 1; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1352 Rz 4; Welsch/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 664.

⁸⁸³ ZPO RGBI 1895/113.

⁸⁸⁴ Eigner, Interzedentenschutz 271; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6a; Gamerith, RdW 1987, 192.

der Abwehr allfälliger zivilrechtlichen Ersatzansprüche des Adressaten gegen den Streitverkünder diene und der Bürge nicht dem Streitverkünder Hilfe leiste⁸⁸⁵; dies stehe aber der Idee der Streitverkündung gemäß § 21 ZPO nicht entgegen⁸⁸⁶. Die Funktion dieser Ausnahme wird im Schutz des Gläubigers vor langer Verfahrensdauer und vor wieder Entgeghaltung derselben Schutzinstrumente gesehen⁸⁸⁷. Entsprechend dieser Funktion und aufgrund der Ähnlichkeit der Beschaffenheiten wird in der Lehre vorgeschlagen, diese Ausnahme auf alle Bürgschaften auf den Ausfall, die aber vertraglich vereinbart werden, zwecks Erleichterung der Rechtsdurchsetzung im zweiten Verfahren analog anzuwenden⁸⁸⁸. Es wäre aber empfehlenswert, dass sich der Bürge trotz der Verkündung des Streits in bestimmten Fällen auf die Verteidigungsmittel aus dem Hauptgeschäft im zweiten Verfahren berufen kann. Das ist mit Rücksicht auf § 69 Abs 2 HMK⁸⁸⁹ und § 77 sZPO⁸⁹⁰ der Fall, wenn der Bürge durch die Lage des Verfahrens zur Zeit seines Eintritts oder durch Handlungen oder Unterlassungen der Hauptparteien verhindert wurde, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen; oder ihm unbekannte Angriffs- oder Verteidigungsmittel von den Hauptparteien absichtlich oder grob fahrlässig nicht geltend gemacht wurden.

ii. Türkei

(a) Allgemein

- 406** Mit Rücksicht auf die Abhängigkeit der Bürgschaft vom Hauptgeschäft⁸⁹¹ räumt § 591 Abs 1 TBK dem Bürgen das Recht ein, die sich aus dem Hauptgeschäft ergebenden Verteidigungsmittel des Hauptschuldners bzw seiner Erben dem Gläubiger entgegenzuhalten. Darunter fallen die Verteidigungsmittel mit rechtshindernder und rechtsvernichtender Wirkung, zB Ungültigkeit, Verjährung, mangelnde Fälligkeit der Hauptschuld.
- 407** In der Lehre wird die Frage zur Diskussion gestellt, ob ein zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger ergangenes Urteil eine Wirkung auf die Stellung des Bürgen haben kann. Nach der hL könne sich der Bürge auf ein Urteil berufen, nach welchem der Hauptschuldner seine Leistung nicht erbringen muss⁸⁹². Diese Folgerung wird mit der Abhängigkeit der

⁸⁸⁵ *Eigner*, Interzedentenschutz 271; *Gamerith*, RdW 1987, 192.

⁸⁸⁶ *Eigner*, Interzedentenschutz 271; *Gamerith*, RdW 1987, 192.

⁸⁸⁷ *Eigner*, Interzedentenschutz 271; *Gamerith*, RdW 1987, 192; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1351 Rz 6a.

⁸⁸⁸ *Eigner*, Interzedentenschutz 271 f; *Gamerith*, RdW 1987, 192.

⁸⁸⁹ HMK RG 2011/6100.

⁸⁹⁰ sZPO AS 2010 1739.

⁸⁹¹ *Reisoğlu*, Kefalet 222; *Gümüş*, Borçlar² 411; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 8; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 2; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 502 Rz 4; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 502 Rz 1.

⁸⁹² *Reisoğlu*, Kefalet 290; *Özen*, Kefalet³ 386; *Gümüş*, Borçlar² 415; *Başıyigit*, LHD 2005, 3324; *Erlüle*, Müt-eselsil Kefalet ve Müt-eselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD 2003/1-2, 629 (636); *Uzun*, Kefalet 155; *Şen*, Kefalet 25; *F. Yavuz*, Roma 123; *Şahan*, Kefalet 111; *Aksoy*, Kefalet 869; *Tandoğan*, Borçlar II³ 795; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 185; *Grassinger*, Savunma 49; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 22.

Bürgschaft von dem Hauptgeschäft begründet: Der Bürge hafte ja nicht strenger als der Hauptschuldner⁸⁹³. Die Wirkung eines solchen Urteils gegen den Bürgen wird aber abgelehnt, wenn das Urteil zuungunsten des Bürgen ist⁸⁹⁴. Bei der Begründung werden folgende Argumente vorgebracht: Der Bürge könne dem Gläubiger seine eigene Verteidigungsmittel und die vom Hauptschuldner unterlassenen Verteidigungsmittel im zweiten Verfahren entgegenhalten⁸⁹⁵; der Hauptschuldner könne nicht die Stellung des Bürgen verschlechtern⁸⁹⁶. Die Wirkung eines Urteils auf die Stellung des Bürgen ist aber fragwürdig. Erstens sieht § 303 Abs 1 HMK vor, dass ein Urteil nur unter den Verfahrensparteien wirkt. Zweitens sollte die Wirkung eines Urteils auf einen Dritten nicht von der Frage abhängig sein, ob es zugunsten oder zuungunsten eines Dritten ist. Ferner enthält § 303 Abs 5 HMK eine analogiefähige Regel, nach welcher ein zwischen einem Gesamtschuldner und dem Gläubiger ergangenes Urteil für die anderen Gesamtschuldner keine Bindungswirkung hat, die nicht an dem Verfahren teilgenommen haben. Daher ist die Wirkung eines zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger ergangenen Urteils, abgesehen von den verfahrensrechtlichen Instrumenten zB Intervention oder Streitverkündung, auf den Bürgen abzulehnen⁸⁹⁷.

Gemäß § 591 Abs 2 TBK kann der Bürge die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners unabhängig vom Umstand geltend machen, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet hat. Dieses Prinzip ist in § 160 Abs 4 TBK näher konkretisiert, nach welchem der Verzicht des Hauptschuldners auf die Verjährung nicht dem Bürgen entgegenhalten werden kann. Es ist hier aufgrund des engen Zusammenhangs kurz anzumerken, dass die Unterbrechung der Verjährung gegen den Hauptschuldner gemäß § 155 Abs 2 TBK aber auch gegen den Bürgen wirkt.

Der Bürge kann auf das Recht zur Geltendmachung der Verteidigungsmittel des Hauptschuldners nicht im Voraus verzichten. Es ist aber zu berücksichtigen, dass eine Haftung

⁸⁹³ *Reisoğlu*, Kefalet 290; *Özen*, Kefalet³ 386; *Erlüle*, AÜEHFD 2003/1-2, 636; *Şen*, Kefalet 25; *Şahan*, Kefalet 111; *Tandoğan*, Borçlar II³ 795; *Aksoy*, Kefalet 869; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 185; *Grassinger*, Savunma 49.

⁸⁹⁴ *Reisoğlu*, Kefalet 290; *Özen*, Kefalet³ 386; *Gümüş*, Borçlar² 415; *Başıyigit*, LHD 2005, 3324; *Erlüle*, AÜEHFD 2003/1-2, 636; *Uzun*, Kefalet 155; *Şen*, Kefalet 25; *F. Yavuz*, Roma 123; *Şahan*, Kefalet 112; *Aksoy*, Kefalet 50; *Tandoğan*, Borçlar II³ 795; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 186; *Grassinger*, Savunma 50; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 22.

⁸⁹⁵ *Reisoğlu*, Kefalet 290; *Özen*, Kefalet³ 386; *Başıyigit*, LHD 2005, 3324; *Şahan*, Kefalet 112; *Aksoy*, Kefalet 50; *Tandoğan*, Borçlar II³ 795; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 186; *Grassinger*, Savunma 50; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 22.

⁸⁹⁶ *Reisoğlu*, Kefalet 290 f; *Tandoğan*, Borçlar II³ 795; *Aksoy*, Kefalet 50; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 186; *Grassinger*, Savunma 50.

⁸⁹⁷ *Çınar*, Kefilin 41 f.

408

409

anderer Art (anders als Bürgschaft) im Verzicht auf die Durchsetzung der Verteidigungsmittel des Hauptschuldners aus dem Hauptgeschäft vorliegen kann⁸⁹⁸.

(b) Die Ausnahmen

410 Der Bürge kann dem Gläubiger manche Verteidigungsmittel des Hauptschuldners nicht entgegenhalten. So sieht § 591 Abs 1 S 1 TBK vor, dass die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners, die sich auf seine Zahlungsunfähigkeit stützen, dem Bürgen nicht zustehen. Gemeint ist dadurch ua Haftungsbefreiung infolge eines gerichtlichen Nachlassvertrags, Verpfändungsprivilegien und eine Nachlassstundung⁸⁹⁹. Ferner schließt § 591 Abs 1 S 2 TBK die Berufung auf die Verjährung der Hauptschuld aus, wenn der Bürge die Verjährung bei der Eingehung der Bürgschaft gekannt hat. Darüber hinaus versagt § 591 Abs 1 S 2 TBK dem Bürgen die Berufung auf die Nichtigkeit des Hauptgeschäfts aufgrund der Geschäftsunfähigkeit⁹⁰⁰ bzw beschränkten Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners, wenn der Bürge die mangelnde Geschäftsfähigkeit bei der Eingehung der Bürgschaft gekannt hat.

iii. Vergleich

411 In beiden Ländern wird es aus dem Akzessorietätsprinzip abgeleitet, dass sich der Bürge auf die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners berufen kann. Es besteht eine Übereinstimmung in beiden Ländern darüber, dass der Bürge diejenige Verteidigungsmittel des Hauptschuldners geltend machen kann, die keine Änderung in dem Hauptgeschäft vornehmen.

412 Dieses Recht des Bürgen gilt aber in beiden Ländern nicht unbeschränkt, so zB kann der Bürge sich auf die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners nicht berufen, die sich auf Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners stützen. Ein Unterschied zwischen den Ländern besteht im Fall, dass das Hauptgeschäft aufgrund der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners ungültig ist. Nach österreichischem Recht kann der Bürge sich auf die Ungültigkeit der Hauptschuld in diesem Fall nicht berufen, während der Bürge nach türkischem Recht die Ungültigkeit nur dann nicht geltend machen kann, wenn er bei der Haftungsübernahme von der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners Kenntnis hatte.

413 Eine andere Gemeinsamkeit sieht man darin, dass das Recht des Bürgen zur Geltendmachung der Verteidigungsmittel des Hauptschuldners unberührt bleibt, wenn der Hauptschuldner auf seine Verteidigungsmittel verzichtet. Diese Folgerung wurde aber im ABGB nicht

⁸⁹⁸ Özen, Kefalet³ 394; C. Yavuz, Borçlar¹¹ 692; Gümüş, Borçlar² 412; Tandoğan, Borçlar II³ 783; Acar, Mütessesil 277; Grassinger, Savunma 223; Beck, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 47; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 502 Rz 12; Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 502 Rz 7.

⁸⁹⁹ Özen, Kefalet³ 388; Gümüş, Borçlar² 416 f; Şahan, Kefalet 42; Aksoy, Kefalet 52; Tandoğan, Borçlar II³ 782; Acar, Mütessesil 268 ff; Grassinger, Savunma 54 ff; Beck, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 25 ff; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 16; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 502 Rz 9 f.

⁹⁰⁰ AA Özen, Kefalet³ 112; Gümüş, Borçlar² 302; Grassinger, Savunma 61; Tandoğan, Borçlar II³ 723.

ausdrücklich geregelt, während TBK dieses Problem ausdrücklich regelt. Ein Unterschied besteht in der Verzichtbarkeit der Geltendmachung dieser Verteidigungsmittel durch den Bürgen. Nach österreichischem Recht gibt es grundsätzlich keine Bedenken gegenüber der Verzichtbarkeit, solange der Verzicht nicht durch die Verwendung der AGB erfolgt. Nach türkischem Recht ist der im Voraus erklärte Verzicht des Bürgen auf die identischen Verteidigungsmittel grundsätzlich unwirksam.

b. Geltendmachung der nicht-identischen Verteidigungsmittel

i. Österreich

(a) Allgemein

Nach der hL⁹⁰¹ und dem OGH⁹⁰² könne der Bürge die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners nicht ausüben, zB Aufhebung nach § 934 ABGB, Rücktritt, Anfechtung, Wucher⁹⁰³. Allerdings wird dem Bürgen von der hL in diesen Fällen ein Leistungsverweigerungsrecht in Anlehnung an die analoge Anwendung des § 129 Abs 2 UGB/HGB gewährt, nach welchem ein Gesellschafter der OHG die Befriedigung des Gläubigers der Gesellschaft verweigern kann, wenn die Gesellschaft das ihre Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anfechten kann⁹⁰⁴. 414

Beim Vorliegen eines noch nicht ausgeübten Gestaltungsrechts des Hauptschuldners wird dem Bürgen im deutschen Schrifttum gemäß § 770 Abs 1 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt⁹⁰⁵.

Nach einer Ansicht könne der Bürge die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners ausüben⁹⁰⁶: 415
Bedrohe die Ausübung des Gestaltungsrechts durch den Bürgen die Interessen des Hauptschuldners, dann müsse der Bürge sich erst gemäß § 1361 ABGB mit dem Hauptschuldner in Verbindung setzen, um ein gemeinsames Vorgehen zu finden⁹⁰⁷. Reagiert der Hauptschuldner nicht auf das Ersuchen oder die Aufforderung des Bürgen, dann könne der Bürge diese Verteidigungsmittel ausüben, da die Interessen des Hauptschuldners in diesem Fall

⁹⁰¹ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1351 Rz 3; P. Bydlinski, ÖBA 1987, 696; P. Bydlinski, Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, ÖBA 1987, 876 (877); Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/38; Helmich, Keine Ausübung von Gestaltungsrechten des Hauptschuldners durch den Bürgen, *ecolex* 2004, 857 (Entscheidungsanmerkung); Harrer in FS Honsell 521; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6; Thoß, Bürgenschutz 56 (Hinsichtlich des § 3a KSchG); Schett, JAP 1991/92, 203.

⁹⁰² OGH 16.3.2005, 7 Ob 33/05m; OGH 25.2.2004, 7 Ob 25/04h; OGH 20.12.1991, 6 Ob 634/91.

⁹⁰³ Für die absolute Nichtigkeit des wucherischen Darlehens: P. Bydlinski, ÖBA 1987, 878 f.

⁹⁰⁴ Harrer in FS Honsell 517, 521; P. Bydlinski, ÖBA 1987, 696; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12; P. Bydlinski, ÖBA 1987, 879; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1351 Rz 6; Thoß, Bürgenschutz 58; P. Bydlinski, ÖBA 1987, 696 f; Schett, JAP 1991/92, 203.

⁹⁰⁵ Habersack in Münchener, Band 5⁶ § 770 Rz 4 ff; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht³ Rz 297 f.

⁹⁰⁶ Th. Rabl, Bürgschaft 99 ff; R. Perner, Bürgschaft 94; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 7.

⁹⁰⁷ Th. Rabl, Bürgschaft 99 f; R. Perner, Bürgschaft 94.

nicht mehr schutzwürdig seien. Nach dieser Ansicht könne der Bürge die Verteidigungsmittel des Hauptschuldners, deren Ausübung durch den Bürgen die Interessen des Hauptschuldners nicht beeinträchtigt, ausüben, ohne dass er sich diesbezüglich mit dem Hauptschuldner gemäß § 1361 ABGB in Verbindung setzen müsse⁹⁰⁸.

(b) Disponibilität

- 416** Hinsichtlich der Wirkung der Disposition des Hauptschuldners über die Gestaltungsrechte auf den Bürgen, sei es auf Wege einer Unterlassung oder eines Verzichts, gibt es keine Einstimmung in der Lehre. Es bestehen unterschiedliche Ansichten in der jüngeren Lehre.

Im deutschen Schrifttum wird es darauf hingewiesen, dass der Bürge grundsätzlich den Verlust der Geltendmachung der Gestaltungsrechte durch den Hauptschuldner hinzunehmen habe⁹⁰⁹. Allerdings wird dem Bürgen ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht bei einer gesetzwidrigen Handlung des Gläubigers, zB Täuschung oder Drohung, beim Abschluss des Hauptgeschäfts mit der Begründung gewährt, dass dem Hauptschuldner in diesen Fällen gemäß § 853 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, das auch dem Bürgen unabhängig vom Verzicht des Hauptschuldners gemäß § 768 BGB zusteht⁹¹⁰.

- 417** Nach einer Ansicht könne der Bürge trotz einer rechtskräftigen Verurteilung des Hauptschuldners zur Erfüllung der Hauptschuld vom Hauptschuldner rechtmäßig verlangen, dass der Hauptschuldner sein rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht auf den Bürgen trägt; der Gläubiger sei nicht zu begünstigen, wenn der Hauptschuldner keinerlei Interesse an der Ausübung seines Gestaltungsrecht hat⁹¹¹. Das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger ergangene Urteil habe keine Rechtskraftwirkung gegen den Bürgen. Der Hauptschuldner sei zur Übertragung verpflichtet, wenn der Bürge das Bestehen eines rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts beweist⁹¹². Nach dieser Ansicht stehe dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht nach der rechtskräftigen Verurteilung des Hauptschuldners nicht zu. Der Bürge könne dem Gläubiger diesbezüglich nichts entgegenhalten, sofern die Übertragung auf den Bürgen nicht erfolgt⁹¹³. Nach der Übertragung könne er aber dieses Gestaltungsrecht ausüben.

⁹⁰⁸ *Th. Rabl*, Bürgschaft 100 f; *R. Perner*, Bürgschaft 95.

⁹⁰⁹ *Habersack* in *Münchener*, Band 5⁶ § 768 Rz 9, § 770 Rz 4 ff; *Horn* in *Staudinger*, BGB²⁰¹² § 770 Rz 1 f, 20; *Lambsdorff/Skora*, Bürgschaftsrechts Rz 152, 265; *Cekovic-Vuletic*, Schutz 75 f; *Reinicke/Tiedtke*, Bürgschaftsrecht³ Rz 297, 299.

⁹¹⁰ *Habersack* in *Münchener*, Band 5⁶ § 770 Rz 5 f; *Horn* in *Staudinger*, BGB²⁰¹² § 770 Rz 2; *Lambsdorff/Skora*, Bürgschaftsrechts Rz 265.

⁹¹¹ *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 880; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1351 Rz 6.

⁹¹² *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 880.

⁹¹³ Für die verfahrensrechtlichen Lösungskonstellationen in diesem Fall: *P. Bydlinski*, ÖBA 1987, 880 f.

Nach einer anderen Ansicht bleibe das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen unberührt, wenn der Hauptschuldner auf seine Gestaltungsrechte zur Beseitigung oder Reduzierung seiner Verbindlichkeit verzichtet hat oder sie durch Untätigkeit, zB Mangelrüge, eingebüßt hat⁹¹⁴. Der Hauptschuldner könne nicht über die Verteidigungsmittel des Bürgen disponieren⁹¹⁵. Nach dieser Ansicht falle das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen aber mit dem Ablauf der Zeit aus, innerhalb welcher der Hauptschuldner sein Gestaltungsrecht hätte geltend machen müssen⁹¹⁶. **418**

Nach einer dritten Ansicht ergebe sich die Antwort auf die Frage, welche Verteidigungsmittel der Bürge unter Berufung auf die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners erheben kann, aus einem Interessenausgleich nach § 1361 ABGB⁹¹⁷. Nach dem Konzept des § 1361 ABGB könne der Bürge alle Verteidigungsmittel des Hauptschuldners erheben, sofern deren Geltendmachung die schutzwürdigen Interessen des Hauptschuldners nicht gefährdet⁹¹⁸. Die Gefährdung der Interessen des Hauptschuldners bestehe aber in den Fällen nicht, wenn der Hauptschuldner unredliche Entscheidungen über seine Gestaltungsrechte treffe, zB der Hauptschuldner lässt die Frist zur Geltendmachung seiner Gestaltungsrechte aufgrund der hoffnungslosen Überschuldung verstreichen⁹¹⁹. Nach dieser Ansicht könne der Bürge ohne Rücksicht auf die Disposition des Hauptschuldners alle Verteidigungsmittel geltend machen, die ein vernünftiger und redlich handelnder Hauptschuldner hätte geltend gemacht⁹²⁰. **419**

Eine allgemeine Schlussfolgerung, die für alle Gestaltungsrechte des Hauptschuldners gilt, ist aber fragwürdig, da diese Rechte nicht immer gleiche Schutzbedürfnisse decken bzw nicht aus denselben Grundlagen stammen, zB Anfechtung aufgrund der widerrechtlichen, vertragswidrigen Handlung des Gläubigers im Vergleich zum verbraucherrechtlichen Rücktrittsrecht des Hauptschuldners. § 874 ABGB gibt ein ausreichendes Zeichen, dass der Gläubiger trotz der Nichtausübung des Gestaltungsrechts aufgrund seiner gesetz- vertragswidrigen Handlung nicht gleich zur Ruhe kommen kann. In Österreich kann man auch der unten angeführten Lösung folgen, die für das türkische Recht gilt⁹²¹. **420**

⁹¹⁴ Harrer in FS Honsell 520; Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12.

⁹¹⁵ Harrer in FS Honsell 521 ff; Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12.

⁹¹⁶ Harrer in FS Honsell 525; Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1351 Rz 12.

⁹¹⁷ Th. Rabl, Bürgschaft 99; G. Neumayer/Th. Rabl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 7; R. Perner, Bürgschaft 94.

⁹¹⁸ Th. Rabl, Bürgschaft 99; G. Neumayer/Th. Rabl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1351 ABGB Rz 7; R. Perner, Bürgschaft 94.

⁹¹⁹ Th. Rabl, Bürgschaft 100; R. Perner, Bürgschaft 95.

⁹²⁰ Th. Rabl, Bürgschaft 101; R. Perner, Bürgschaft 95.

⁹²¹ Unten Rz 424.

ii. Türkei

(a) Allgemein

421 Der Bürge kann nicht die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners ausüben⁹²². Allerdings ist es in der Lehre anerkannt, dass der Bürge seine Leistung verweigern kann, wenn dem Hauptschuldner ein Recht zur Aufhebung des Hauptgeschäfts zusteht, zB Rücktrittsrecht, Anfechtungsrecht, Mangelrüge⁹²³. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist im TBK nicht ausdrücklich geregelt. Es wird in Anlehnung an § 140 TBK in der Lehre angenommen⁹²⁴. Tatsächlich sieht § 140 TBK ein vergleichbares Leistungsverweigerungsrecht für den Bürgen vor, wenn dem Hauptschuldner das Recht zur Aufrechnung zusteht. Das Recht des Hauptschuldners zur Aufhebung des Hauptgeschäfts ist ein Gestaltungsrecht wie das Aufrechnungsrecht. In Folge der Ausübung dieser Rechte wird der Bürge von seiner Verbindlichkeit befreit.

422 § 591 Abs 1 HS 2 TBK sieht eine Ausnahme für das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen vor. Nach dieser Regel kann der Bürge sich nicht auf die Vernichtbarkeit des Hauptgeschäfts berufen, wenn der Bürge bei der Eingehung der Bürgschaft gekannt hat, dass die Hauptschuld für den Hauptschuldner wegen Irrtums unverbindlich ist. Ferner ist es kurz anzumerken, dass sich der Bürge auf die Verteidigungsmittel, die aus der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners ergeben, nicht berufen kann, zB Vertragsanpassung aufgrund der Devaluation, die aber selbstverständlich in einem Fall eine eigene Verteidigungsmittel des Bürgen sein kann.

(b) Disponibilität

423 In der Lehre wird es in Bezug auf die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners, deren Geltendmachung zeitlich beschränkt ist, angenommen, dass der Hauptschuldner über diese Rechte nach seinem freien Ermessen disponieren könne und das Schicksal des Bürgen der Entscheidung des Hauptschuldners unterliege⁹²⁵. Entsprechend dieser Folgerung könne der

⁹²² *Grassinger*, Savunma 36, 41; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 671; *Özen*, Kefalet³ 151, 519; *Canbolat*, EÜHFD 2008/1, 384; *Sayın/Koyuncu*, İÜHF 2012/1, 346, 348; *Uzun*, Kefalet 26; *F. Yavuz*, Roma 101; *Şahan*, Kefalet 42; *C. Yavuz*, AAD 2004/1-2, 24; *Tandoğan*, Borçlar II³ 722; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 199; *Reisoğlu*, Kefalet 50, 231; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 48; *Giovanoli in Becker*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 77, § 502 Rz 11; *Pestalozzi in Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 2; *Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 502 Rz 3.

⁹²³ *Özen*, Kefalet³ 151, 153, 379 f; *Serozan*, Dönme 454; *Gümüş*, Borçlar² 413; *Demirbaş*, Kefalet 24; *Tandoğan*, Borçlar II³ 722; *Reisoğlu*, Batider 1961/2, 200; *Reisoğlu*, Kefalet 50; *Grassinger*, Savunma 41; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 14, 48; *Giovanoli in Becker*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 78, § 492 Rz 11; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 73; *Pestalozzi in Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 22, § 502 Rz 5; *Aepli in Zürcher*, Obligationenrecht § 121 Rz 53; *Killias/Wignet in Furrer/Schnyder*, Obligationenrecht² § 121 Rz 8; *Staffelbach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 502 Rz 3.

⁹²⁴ *Özen*, Kefalet³ 151 f; *Serozan*, Dönme 454; *Grassinger*, Savunma 36, 41; *Akbaş*, İBD 2009/1, 200; *Aksoy*, Kefalet 47 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 48; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 73; *Aepli in Zürcher*, Obligationenrecht § 121 Rz 53; *Killias/Wignet in Furrer/Schnyder*, Obligationenrecht² § 121 Rz 8.

⁹²⁵ *Reisoğlu*, Kefalet 231 ff; *Özen*, Kefalet³ 151, 153, 392 f; *Grassinger*, Savunma 18, 36, 42, 63 f; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 692; *Gümüş*, Borçlar² 412; *Gönültaş*, Def'iler 7, 102; *F. Yavuz*, Roma 100 f; *Şahan*, Kefalet 9, 42;

Bürge dem Gläubiger nach dem Wegfall des Gestaltungsrechts des Hauptschuldners diesbezüglich nichts entgegenhalten und habe ihn nach seiner Inanspruchnahme zu befriedigen.

Eine allgemeine Schlussfolgerung, dass dem Bürgen keine Verteidigungsmittel mehr zustehen, wenn der Hauptschuldner auf diese Gestaltungsrechte verzichtet oder sie durch die Untätigkeit eingebüßt hat, ist aber in bestimmten Fällen ungerecht. In den meisten Fällen ist das Gestaltungsrecht die Folge einer widerrechtlichen, vertragswidrigen Handlung, zB Täuschung, Furchterregung, Wucher, Mangelhaftigkeit. In diesen Fällen belohnt der Gesetzgeber nicht eine Person, die sich unredlich verhält, sondern erklärt das Rechtsgeschäft für nichtig oder räumt seinem Vertragspartner Gestaltungsrechte ein, zB Anfechtung, Gewährleistungsbehelfe. In dem hier erörterten Fall in Bezug auf die Bürgschaft besteht eine Gesetzeslücke. Der Gläubiger sollte mittels Bürgenhaftung keine Vorteile erlangen können, nur weil der Hauptschuldner nicht seine Gestaltungsrechte ausgeübt hat. Das Gesetz schützt nicht eine durch eine unredliche Handlung erworbene Rechtsstellung. In diesen Fällen stellt die Inanspruchnahme des Bürgen einen Rechtsmissbrauch in der Form eines unredlichen Rechtserwerbs dar. In den Fällen, wo sich der Gläubiger unredlich verhält, sollte der Bürge seine eigene Verbindlichkeit vernichten können. In bestimmten Fällen sollte der Richter aber eine Haftungsminderung aussprechen können, wenn die Vernichtung der Haftung des Bürgen nicht proportional ist, zB bei einem geringfügigen Sachmangel. Dieses Recht des Bürgen sollte aber auf das Hauptgeschäft keine Wirkung haben, da der Bürge weder das Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger eingreifen noch die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners ausüben kann. 424

Dem Bürgen steht auch ein weiteres Instrument zu: Leistungsverweigerungsrecht aufgrund des Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners. Tatsächlich sieht § 39 Abs 2 TBK vor, dass die Genehmigung eines wegen Täuschung oder List unverbindlichen Vertrags nicht den Anspruch auf Schadenersatz ausschließt. Mit Hilfe dieser Regel kann der Bürge gemäß § 140 TBK die Befriedigung des Gläubigers verweigern. In den anderen Fällen, in welchen dem Hauptschuldner aus den Gründen, die sich aus den Besonderheiten der Rechtsstellung des Hauptschuldners ergeben, ein Gestaltungsrecht zusteht, zB Irrtum, verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht, wäre es empfehlenswert anzunehmen, dass das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen mit dem Wegfall des Gestaltungsrechts des Hauptschuldners wegfällt. Für diese Fälle gelten die hier vertretenen Lösungsansätze nicht, da der Gläubiger sich nicht 425

Tandoğan, Borçlar II³ 721, 782; *Acar*, Mütəsəsil 275; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 502 Rz 14, 45 f; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 492 Rz 77; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 75; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 492 Rz 22, § 502 Rz 5, 11.

widerrechtlich handelt.

iii. Vergleich

- 426** In beiden Ländern wird es grundsätzlich angenommen, dass der Bürge die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners nicht selbst ausüben und in das Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger nicht eingreifen kann. Die Gestaltungsrechte des Hauptschuldners werden mit den anderen Verteidigungsmitteln des Hauptschuldners nicht als identisch angesehen, die keine inhaltliche Änderung in dem Hauptgeschäft vornehmen. Obwohl der Bürge diese Gestaltungsrechte nicht selbst ausüben kann, ist es in beiden Ländern anerkannt, dass sich der Bürge auf das bloße Vorliegen der Gestaltungsrechte des Hauptschuldners berufen kann. Entsprechend dieser Annahme wird dem Bürgen ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt, wenn der Hauptschuldner sein Gestaltungsrecht ausüben kann.
- 427** Unterschiedliche Lösungsansätze wurden vorgebracht, wenn der Hauptschuldner sein Gestaltungsrecht nicht ausübt und die Last des Hauptgeschäfts den Bürgen bedroht. Für diesen Fall besteht in beiden Ländern eine Gesetzeslücke. Es wäre empfehlenswert, dieses Problem in beiden Ländern durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu überwinden, wenn der Gläubiger seine Rechtsstellung durch eine unredliche Handlung, vertrags- bzw rechtswidrige Handlung, erwirbt. Als ein zweites, alternatives Schutzinstrument in beiden Ländern kann das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen aufgrund des Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners berufend auf seinen Schadenersatzanspruch zur Rettung kommen.

36. Übergang von Rechten und Regress

a. Österreich

i. Allgemein

- 428** Gemäß § 1358 S 1 ABGB tritt der Bürge in die Rechte des Gläubigers ein, nachdem er seine Schuld erfüllt hat. Die Art der Tilgung ist unerheblich, zB Aufrechnung, Novation, Leistung an Zahlungs statt⁹²⁶. Für den Übergang der Hauptforderung bzw für das Regressrecht des Bürgen ist es nicht erforderlich, dass der Bürge seine Schuld in vollem Umfang erfüllt. Der Umfang der Befriedigung des Gläubigers ist aber für die Frage maßgebend, in welchem Umfang die Rechte des Gläubigers auf den Bürgen übergehen.
- 429** Gemäß §§ 1358, 1359 ABGB bewirkt die Befriedigung des Gläubigers, neben dem Übergang der Hauptforderung, auch den Übergang der Sicherheiten, die für diese Forderung von

⁹²⁶ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 20; P. Bydliński in Koziol/P. Bydliński/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 3; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 4; OGH 16.5.2006, 5 Ob 285/05f; OGH 26.2.1996, 4 Ob 518/96; OGH 28.8.1997, 3 Ob 2280/96g.

dem Hauptschuldner oder von einem Dritten gegeben wurden. Es ist hier kurz zu bemerken, dass der Umfang der Sicherheiten, die auf den Bürgen übergehen, nicht mit der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers nach dem Wortlaut des § 1360 ABGB deckungsgleich ist⁹²⁷. Nach der Lehre kommt es bei dem Übergang nicht darauf an, ob ein anderer Sicherungsgeber bzw ein Mithaftender seine Haftung vor oder nach dem Bürgen übernommen hat, der den Gläubiger befriedigt hat⁹²⁸. Ein andere Mithaftender kann ein persönlicher Sicherungsgeber oder ein dinglicher Sicherungsgeber sein⁹²⁹. Der Übergang der dinglichen Sicherheiten erfolgt ohne zusätzlichen Modus und automatisch⁹³⁰. Bei den Grundpfändern hat die Eintragung nur den deklarativen Charakter⁹³¹. In der Lehre wird die Frage aber zur Diskussion gestellt, ob ein Modus für den Erwerb des Eigentumsvorbehalts und des Sicherungseigentums erforderlich sei⁹³². Diese Diskussion ist aber fragwürdig, weil die Rechtfertigung der Abschaffung des Übertragungsaktserfordernisses beim Übergang der im Gesetz geregelten Pfandrechte eigentlich auch für das Sicherungseigentum und den Eigentumsvorbehalt gilt.

Nach der Lehre⁹³³ und der Rechtsprechung⁹³⁴ sei § 1358 ABGB zwar dispositiv, die Abbedingung des § 1358 ABGB durch die Verwendung der AGB scheitere aber an der Nichtigkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB⁹³⁵. Hingegen werden die Klauseln in AGB als wirksam betrachtet,

430

⁹²⁷ Oben Rz 352.

⁹²⁸ *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 64; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 12; *Hoyer*, JBI 1987, 767; *Mader*, JBI 1987, 290, 294.

⁹²⁹ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 12; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 5; *Bacher*, Ausgleichsansprüche 13 ff.

⁹³⁰ *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 37, 48; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 12; *Ofner* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 7; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 11, 15; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 5; *Gamerith*, ÖBA 1988, 767; *Hoyer*, JBI 1987, 767; *Mader*, JBI 1987, 293; *Bacher*, Ausgleichsansprüche 17; OGH 14.12.2011, 3 Ob 218/11x; OGH 22.11.2011, 8 Ob 99/11h; OGH 17.12.2009, 6 Ob 212/09h; OGH 16.5.2006, 5 Ob 285/05f; OGH 30.8.1995, 5 Ob 94/95. Für die Höchstbetragshypothek im Detail: *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 51 ff; *Bacher*, Ausgleichsansprüche 17 ff.

⁹³¹ *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 50; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 12; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 15; *Hoyer*, JBI 1987, 767; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 5; *Gamerith*, ÖBA 1988, 767; *Mader*, JBI 1987, 293; OGH 14.12.2011, 3 Ob 218/11x; OGH 16.5.2006, 5 Ob 285/05f; OGH 30.8.1995, 5 Ob 94/95.

⁹³² Für das Problem: *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 55 ff; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 12. **Verneinend:** *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 17; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 5 (Nach dem Autor brauche jedoch der Übergang des Sicherungseigentums einen Übertragungsakt.); OGH 13.10.1999, 7 Ob 279/98z; OGH 31.1.1962, 3 Ob 465/61. **Bejahend:** *Haberl*, Vorbehaltenes Eigentum und Sicherungseigentum: Übertragung durch Besitzanweisung, RdW 2006, 549 (550); *Bacher*, Ausgleichsansprüche 27. (Die Ansicht des letzten Autors betrifft das Sicherungseigentum.)

⁹³³ *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 75; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 15; *Ofner* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 10; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 25; *P. Bydlinski*, ÖBA 2005, 101; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 4, 11; *Th. Rabl*, Bürgschaft 140; *P. Bydlinski*, ÖBA 2010, 530; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches II¹⁴ Rz 674.

⁹³⁴ OGH 17.12.2009, 6 Ob 212/09h; OGH 3.10.2008, 3 Ob 175/08v.

⁹³⁵ *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 80; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 15; *P. Bydlinski*, ÖBA 2005, 101; *Th. Rabl*, Bürgschaft 141; *Th. Rabl*,

nach denen § 1358 ABGB erst dann in Anwendung kommt, wenn der Bürge seine Schuld in vollem Umfang erfüllt⁹³⁶. In dem Fall, dass die Leistung des Bürgen nicht die volle Befriedigung des Gläubigers aus der Bürgschaftsschuld bewirkt, habe der dem Gläubiger verbleibende Teil der Hauptforderung bei der Verwertung der Sicherheiten demjenigen des Bürgen Vorrang⁹³⁷.

- 431** Der Übergang der Rechte des Gläubigers wird hinsichtlich des Bankgeheimnisses zur Diskussion gestellt. Ein Teil der Lehre⁹³⁸ und der OGH⁹³⁹ erkennen aber kein Problem zwischen dem Übergang der Rechte des Gläubigers und dem Bankgeheimnis an. Dieses Verhältnis ist aber fragwürdig, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Einwilligung des Hauptschuldners eingeht. Der OGH hat in einem anderen Fall die Forderungsabtretung (Honorarforderung) mit der Geheimhaltungsaufgabe eines Rechtsanwalts als unvereinbar angesehen und sie gemäß § 879 Abs 1 ABGB für nichtig erklärt⁹⁴⁰. In einer anderen Entscheidung hat der OGH diese Erkenntnis auf die Wirtschaftstreuhandler und Angehörigen anderer freien Berufe erstreckt, die einer beruflichen Geheimhaltungsaufgabe unterliegen⁹⁴¹. Hingegen unterscheidet der OGH das Bankgeheimnis von den anderen Geheimhaltungsaufgaben mit den folgenden Argumenten: Das Bankgeheimnis bestehe aufgrund des Ausnahmekatalogs im relativ engen Umfang; andere Geheimhaltungsaufgaben können über den rein vermögensrechtlichen Bereich eines Mandanten in dessen höchstpersönlichen Lebensbereich reichen; auf die Refinanzierungserfordernisse des Kreditsektors komme ein grundlegend anderes Gewicht zu⁹⁴².

ii. Verhältnis zum Hauptschuldner

- 432** Entsprechend seiner Leistung an den Gläubiger kann der Bürge den Hauptschuldner in Anspruch nehmen. Nach der Lehre erfolge keine Veränderung der Hauptforderung nach dem

Trotz Zahlung kein Rückgriff des Bürgen? *ecolex* 1998, 619; *P. Bydlinski*, ÖBA 2010, 530; OGH 17.12.2009, 6 Ob 212/09h.

⁹³⁶ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 15; *P. Bydlinski*, ÖBA 2005, 101; *Th. Rabl*, Bürgschaft 141; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 4, vor § 1360 Rz 5; OGH 17.12.2009, 6 Ob 212/09h; OGH 3.10.2008, 3 Ob 175/08v; OGH 9.7.1997, 3 Ob 195/97s. (In den letzten zwei Entscheidungen sei die volle Befriedigung des Gläubigers im Ausmaß der Höhe der Hauptschuld aber die Rede.)

⁹³⁷ *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 13; *Ofner* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 17; *Th. Rabl*, Bürgschaft 141; OGH 19.12.2013, 3 Ob 236/13x; OGH 17.12.2009, 6 Ob 212/09h; OGH 30.4.1986, 3 Ob 19/86. Auch in dem Fall der Teilhaftung des Bürgen: *Gamerith*, ÖBA 1988, 767 ff; OGH 9.12.1987, 1 Ob 681/87.

⁹³⁸ *Apathy*, Zur Nichtigkeit einer Zession bei Verstoß gegen § 38 BWG, ÖBA 2013, 196 (200) (Entscheidungsanmerkung); *Ofner* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 10; *Apathy*, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33 (44); *Jabornegg*, ÖBA 1997, 674; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 9. **AA** *Laurer*, ÖJZ 1986, 386; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG³ § 38 Rz 2.

⁹³⁹ OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h.

⁹⁴⁰ OGH 19.9.2000, 10 Ob 91/00f.

⁹⁴¹ OGH 10.10.2002, 2 Ob 231/02p.

⁹⁴² OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h.

Übergang auf den Bürgen und es ändere sich prinzipiell nichts an der Verjährung⁹⁴³. Für den Fall, dass dem Bürgen für die Geltendmachung seiner Regressforderung kaum Zeit übrig bleibt, wurde aber vorgeschlagen, dem Bürgen eine Nachfrist zu gewähren⁹⁴⁴.

Nach der hL⁹⁴⁵ und dem OGH⁹⁴⁶ kann der Bürge Verzugs- bzw. Vertragszinsen verlangen, die zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger vereinbart wurden. In der Lehre wird diese Ansicht mit dem Argument begründet, dass der Hauptschuldner widrigenfalls unverdienterweise begünstigt wäre⁹⁴⁷. Der Regress erfasst grundsätzlich nicht den weitergehenden Schaden und Kosten des Bürgen⁹⁴⁸. Auch die Kosten eines verlorenen Verfahrens hat der Hauptschuldner grundsätzlich dem Bürgen nicht zu ersetzen⁹⁴⁹. Nach dem OGH⁹⁵⁰ und einer Ansicht in der Lehre⁹⁵¹ hat der Hauptschuldner aber die Verfahrenskosten des Bürgen zu ersetzen, wenn er den Bürgen über die Verteidigungsmittel verständigt und den Bürgen zur Geltendmachung dieser Verteidigungsmittel gegenüber dem Gläubiger auffordert. Nach einer anderen Ansicht habe der Hauptschuldner die Verfahrenskosten dann zu ersetzen, wenn der Hauptschuldner auf Auskunftsanfrage des Bürgen untätig geblieben ist oder seine Verantwortlichkeit zu Unrecht bestritten hat, da er in diesen Fällen aufgrund der Verletzung seiner Informationsaufgaben schadenersatzpflichtig sei, die sich aus dem abgeschlossenen Vertrag ergebe⁹⁵². 433

Im Ausmaß der Befriedigung des Gläubigers gehen neben der Forderung des Gläubigers auch die Sicherheiten, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangt wurden, auf den 434

⁹⁴³ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 11; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 32; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 6a, 7a; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/58; Bacher, Ausgleichsansprüche 106; OGH 11.5.2005, 7 Ob 71/05z; OGH 31.3.2004, 7 Ob 53/04a; OGH 23.11.1999, 4 Ob 284/99i. (Die letzte Entscheidung betrifft den Regeressanspruch gemäß § 1358 ABGB, jedoch nicht die Bürgschaft.)

⁹⁴⁴ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 5; Bacher, Ausgleichsansprüche 106.

⁹⁴⁵ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 5; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 11; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 6. **AA** Bacher, Ausgleichsansprüche 107.

⁹⁴⁶ OGH 8.10.1975, 1 Ob 165/75.

⁹⁴⁷ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 5; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 29.

⁹⁴⁸ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 29; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 5; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 8, 20; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 11; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 6; OGH 26.2.1996, 4 Ob 518/96; 21.5.1992, 8 Ob 1565/92.

⁹⁴⁹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1361 Rz 4; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1361 ABGB Rz 8; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/61; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 6, § 1361 Rz 5; Pochmarski/Strauss, Die Rechtsprechung des OGH zum Regress von Prozesskosten, JBl 2002, 353 (373); OGH 19.10.1976, 3 Ob 577/76.

⁹⁵⁰ OGH 19.10.1976, 3 Ob 577/76.

⁹⁵¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1361 Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1361 Rz 5.

⁹⁵² Pochmarski/Strauss, JBl 2002, 373.

Bürgen über. Die Frage ist unerheblich, wann diese Sicherheiten bestellt wurden. Für den Übergang des Eigentumsvorbehalts wird die Teilleistung des Bürgen in der Lehre⁹⁵³ und der Rechtsprechung⁹⁵⁴ als ungenügend erachtet. Auch die Sicherheiten, an denen ein Dritter nachträglich Eigentum erworben hat, stehen dem Bürgen voll weiter zur Verfügung⁹⁵⁵. Nach einer Ansicht sei hier aber ein Unterschied zu machen, ob die Pfandhaftung auf den Kaufpreis der Pfandsache angerechnet wurde oder nicht⁹⁵⁶. Diese letztere Ansicht wird mit dem Argument in der Lehre kritisiert, dass der Hauptschuldner die Stellung des Bürgen nicht durch eine unzulässige Vereinbarung zu Lasten Dritter verschlechtern könne⁹⁵⁷.

- 435** Das Recht des Bürgen gegen den Hauptschuldner aus § 1358 ABGB ist unabhängig von der Einwilligung des Hauptschuldners zur Bürgschaftsübernahme anerkannt⁹⁵⁸. Der Regress des Bürgen auf den Hauptschuldner ist aber in bestimmten Fällen ausgeschlossen. Der Regress ist zB in dem Fall nicht möglich, dass der Bürge den Hauptschuldner darüber nicht informiert, dass er den Gläubiger befriedigt hat, wenn auch der Hauptschuldner dem Gläubiger seine Schuld leistet. In diesem Fall steht dem Bürgen aber ein Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger zu. Ferner können der Hauptschuldner und der Bürge untereinander bzw im Innenverhältnis das Regressrecht des Bürgen anders ausgestalten⁹⁵⁹. In diesem Fall wird es angenommen, dass die besonderen Vereinbarungen zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen dem § 1358 ABGB vorgehen⁹⁶⁰. Des Weiteren ist der Regress des Bürgen auf den Hauptschuldner in den folgenden Fällen nicht oder nur in beschränktem Umfang möglich: Bei der Bürgschaft für die Schuld einer Geschäftsunfähigen gemäß § 1352 ABGB; bei der Restschuldbefreiung des Hauptschuldners; bei der Eigenkapital ersetzenden Gesellschafter-sicherheit⁹⁶¹. Im Anwendungsbereich des § 1396a ABGB wird die Wirkung eines rechtsge-

⁹⁵³ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 13; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 17; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 17; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 5.

⁹⁵⁴ OGH 13.10.1999, 7 Ob 279/98z; OGH 15.2.1961, 5 Ob 409/60.

⁹⁵⁵ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 14; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 18; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 17; Mader, JBl 1987, 294; Riedler, Zum Regreß des Bürgen gegen den Erwerber der verpfändeten Liegenschaft des Schuldners, ÖBA 2009, 918 (921) (Entscheidungsanmerkung); OGH 5.5.2009, 1 Ob 54/09m.

⁹⁵⁶ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 17.

⁹⁵⁷ Riedler, ÖBA 2009, 921, 922; Bacher, Ausgleichsansprüche 77.

⁹⁵⁸ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 27; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 10; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 5; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 674; OGH 14.12.1999, 4 Ob 306/99z.

⁹⁵⁹ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 74; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 8; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 19; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 23.

⁹⁶⁰ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 75; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 8; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 6, 19; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 10, 23; OGH 24.6.2005, 1 Ob 262/04t.

⁹⁶¹ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 24; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 10; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 12; Mader/W.

schaftlich vereinbarten Abtretungsausschlusses gegen den Bürgen in dem Fall abgelehnt, dass der Bürge die Bürgschaft mit Zustimmung des Hauptschuldners oder ohne Kenntnis über den Abtretungsausschluss eingeht⁹⁶².

iii. Verhältnis zum anderen Mithaftenden

(a) Allgemein

Nach der Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Bürge die Rechte des Gläubigers gegen den anderen Sicherungsgeber und zwar ohne zusätzlichen Modus. Nach der hL⁹⁶³ und dem OGH⁹⁶⁴ ist das Verhältnis zwischen mehreren Sicherungsgebern auf der Basis der Gleichwertigkeit unabhängig davon zu lösen, ob sie persönlich oder dinglich haftend sind. Jeder Sicherungsgeber trägt einen Teil der sichergestellten Schuld, wenn die Sicherungsgeber keine Vereinbarung über die Aufteilung der Last der Hauptschuld untereinander haben. Entsprechend dieser Folgerung muss der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, seinen Kopfteil von seinem Ausgleichsanspruch abziehen. Es ist nicht erforderlich, dass die Haftungen gemeinschaftlich übernommen wurden⁹⁶⁵.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichwertigkeit zwischen Mithaftenden machen ein Teil der Lehre⁹⁶⁶ und der OGH⁹⁶⁷ beim Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses. Nach dieser Ausnahme könne der Bürge unabhängig vom Innenverhältnis diese in vollem Umfang in Anspruch nehmen. Nach einer Ansicht könne der Bürge aber einen Mitschuldner, der ein

Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 10, 22.

⁹⁶² *Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 39 ff; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 7; *Ofner in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 10; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 13.

⁹⁶³ *Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 65; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 13; *Ofner in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 18; *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1359 Rz 7, 7a; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 14; *Reidinger*, Die Berechnung des internen Ausgleichs zwischen zwei Bestellern von Teilsicherheiten, JBl 1990, 73; *Mader*, JBl 1988, 293; *Hoyer*, JBl 1987, 764 ff; *P. Bydlinski*, recht 1994, 260; *Böhler in Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 1/309; *Schwartz* in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/63; *Gamerith*, ÖBA 1988, 770, 771; *P. Bydlinski*, ÖBA 1988, 390 (395) (Entscheidungsanmerkung); *Wühl*, Sicherungsmehrheit 19, 116; *Bacher*, Ausgleichsansprüche 37.

⁹⁶⁴ OGH 5.5.2009, 1 Ob 54/09m; OGH 9.12.1987, 1 Ob 681/87; OGH 20.6.1984, 7 Ob 575/84.

⁹⁶⁵ *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1359 ABGB Rz 6; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1359 Rz 1; *Mader*, JBl 1988, 290; *Ofner in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1359 Rz 1; *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1359 Rz 7; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 6, 16; *R. Perner*, Bürgschaft 112; *Bacher*, Ausgleichsansprüche 128, 136; OGH 27.9.2006, 7 Ob 201/06v; OGH 2.2.1984, 6 Ob 613/83; OGH 9.12.1987, 1 Ob 681/87. **Für die Meinung über die unterschiedliche Behandlung der Sicherungsgeber, die nicht gleichzeitig ihre Haftung übernommen haben:** *P. Bydlinski*, recht 1994, 260.

⁹⁶⁶ *Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 33; *Böhler*, ÖBA 2013, 714; *P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1358 Rz 14; *Ofner in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 7; *Mader/W. Faber in Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 11; *Mader*, JBl 1987, 291 f (Nach dem Autor sei die volle Inanspruchnahme eines Mitschuldners möglich, wenn der Bürge auch für ihn einsteht); *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1359 Rz 7b. (Nach dem Autor sei das aber der Fall, wenn das Gesamtschuldverhältnis bei der Bürgschaftsübernahme bereits vorhanden ist.)

⁹⁶⁷ Hinsichtlich des Ausgleichsanspruchs eines Garanten: OGH 14.12.1999, 4 Ob 306/99z.

Interzedent für dieselbe Schuld ist, nur anteilmäßig in Anspruch nehmen⁹⁶⁸.

- 438** Eine andere Ausnahme erkennen ein Teil der Lehre⁹⁶⁹ und der OGH⁹⁷⁰ hinsichtlich der Ausfallbürgschaft gemäß § 98 EheG an⁹⁷¹. Nach dieser Ausnahme könne der Zahlende den gemäß § 98 EheG zum Ausfallbürgen gewordenen ex-Mitschuldner in vollem Umfang in Anspruch nehmen. Allerdings wird diese Ausnahme in der Lehre kritisiert, die Privilegierung der zum Ausfallbürgen gewordenen Ehegatten wird vorgeschlagen⁹⁷².
- 439** § 1363 S 3 ABGB enthält eine besondere Regel, nach welcher die Entlassung eines Mitbürgen zwar gegen den Gläubiger wirkt, aber nicht gegen die übrigen Mitbürgen. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es nicht darauf an, wann der Entlassene die Bürgschaft eingegangen ist. In der Lehre⁹⁷³ und der Rechtsprechung⁹⁷⁴ wird diese Regel so ausgelegt: Der Gläubiger könne sich zwar nicht mehr an den Bürgen halten, den er entlassen hat; die Entlassung habe aber keinen Einfluss auf die Ausgleichsansprüche der übrigen Mitbürgen. Für diese Rechtsfolge sei es nicht erforderlich, dass die Mitbürgen die Bürgschaft gemeinsam eingegangen sind⁹⁷⁵. Nach einer Ansicht komme diese Rechtsfolge des § 1363 S 3 ABGB jedoch bei der Entlassung eines Mitbürgen, auf den ein anderer Bürge sich nicht bei der Haftungsübernahme verlassen hat, nicht zur Anwendung⁹⁷⁶. Darüber hinaus wird es angenommen, dass § 1363 S 3 ABGB auch bei der Entlassung eines Mitschuldners, Garanten⁹⁷⁷ und Pfand-

⁹⁶⁸ Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 15; Mader, JBl 1987, 292; R. Perner, Bürgschaft 114.

⁹⁶⁹ Gamerith, RdW 1987, 188; Wühl, Sicherungsmehrheit 35 ff. Für die im Ergebnis zustimmenden Autoren: Oben Rz 258.

⁹⁷⁰ OGH 21.11.1995, 4 Ob 589/95.

⁹⁷¹ Oben Rz 252 ff.

⁹⁷² Eigner/Th. Rabl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 34; Eigner, Interzedentenschutz 256 ff; Th. Rabl, *ecolex* 1996, 444.

⁹⁷³ G. Neumayer/Th. Rabl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1363 ABGB Rz 12; P. Bydlinski in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1363 Rz 4; Pinterich-Pröbsting in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 6; Gamerith in *Rummel*, ABGB³ § 1359 Rz 5, § 1360 Rz 1a, § 1363 Rz 5; Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 6, § 1363 Rz 4; Hoyer, JBl 1987, 766; Eigner, Interzedentenschutz 129; Th. Rabl, Ausgleich unter Mitbürgen – Gläubigerwillkür oder Gleichbehandlung? *ecolex* 1999, 532 (Entscheidungsanmerkung); Riedler, ÖBA 2009, 921; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 677; Bacher, zum Regreß bei Entlassung eines Mitbürgen aus der Haftung. ÖBA 1996, 154 (156) (Entscheidungsanmerkung); R. Perner, Bürgschaft 109; Schwartze in *Apathy/Iro/Koziol*, Kreditsicherheiten I² Rz 2/47, 62; P. Bydlinski, Unbeachtlichkeit der Entlassung eines Bürgen für den Regreß des zahlenden Bürgen im Innenverhältnis. ÖBA 2007, 316 (319) (Entscheidungsanmerkung); Dullinger in *Dullinger/Kaindl* 113; Bacher, Ausgleichsansprüche 135; Dellinger, Von wechselnden Kreditnehmern und widersprechenden Bürgen, ÖBA 2008, 176 (185). Im Ergebnis zT zustimmend: Wühl, Sicherungsmehrheit 107, 114.

⁹⁷⁴ OGH 25.4.2012, 7 Ob 59/12w; OGH 27.9.2006, 7 Ob 201/06v; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w; OGH 23.4.1998, 2 Ob 102/98h; OGH 21.12.1995, 3 Ob 568/94; OGH 7.2.1983, 1 Ob 772/82.

⁹⁷⁵ G. Neumayer/Th. Rabl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1363 ABGB Rz 12; Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1363 Rz 4; Wühl, Sicherungsmehrheit 73, 93; OGH 27.9.2006, 7 Ob 201/06v.

⁹⁷⁶ P. Bydlinski in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1363 Rz 4; Wühl, Sicherungsmehrheit 112 f. Für die Kritik einer parallelen Annahme: Oben Rz 352.

⁹⁷⁷ Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1363 Rz 4; Mader, JBl 1987, 294; G. Neumayer/Th. Rabl in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1359 ABGB Rz 6; P. Bydlinski in *Koziol/P. Bydlinski/Bol-*

bestellers⁹⁷⁸ gelte. Eine Ansicht kritisiert aber das Fortbestehen der Haftung des Pfandbestellers für die Ausgleichung nach der Freilassung des Pfandes mit den folgenden Argumenten⁹⁷⁹: Zuerst sei dem ABGB nirgendwo entnehmbar, dass eine erloschene dingliche Haftung ohne weiteres in eine persönliche Haftung umgewandelt werden könne⁹⁸⁰; zweitens wäre es unverständlich, dass die in §§ 467, 469 ABGB gleichbehandelten Fälle bezüglich des Wegfalls einer dinglichen Sicherheit unterschiedliche Folgen hätten, wenn dem Gläubiger neben einer dinglichen Sicherheit noch ein Bürge zur Verfügung steht⁹⁸¹; drittens sei die Freigabe einer dinglichen Sicherheit durch die Überwälzung des Einbringlichkeitsrisikos der Regressforderung auf den Gläubiger gemäß § 1360 ABGB sachgerecht kompensiert⁹⁸².

Es steht ferner zur Diskussion, wozu die Entlastung eines Mitbürgen bzw eines persönlichen Mithaftenden dient, wenn die übrigen Bürgen den Entlassenen in Anspruch nehmen können. Hat der Gläubiger nur die Absicht, einen bestimmten Mitbürgen nicht in Anspruch zu nehmen, dann braucht er dafür keinen Abschluss eines Erlasses. Diesbezüglich stellt sich noch die Frage, ob der Entlassene einen Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger hat, wenn die anderen Bürgen ihn in Anspruch nehmen können. Um der Entlastung eines Mitbürgen die Funktionstüchtigkeit zu gewähren, wäre es empfehlenswert, den § 1363 S 3 ABGB so auszulegen: Die Entlassung eines Mitbürgen sollte zur Befreiung von Ansprüchen sowohl gegenüber dem Gläubiger, als auch gegenüber den anderen Bürgen führen. Die Haftungen der übrigen Bürgen sind aber im Ausmaß des Kopfteils des Entlassenen im Innenverhältnis unter den Mitbürgen zu verkürzen. Dasselbe gilt schon bei der Freilassung einer dinglichen Sicherheit gemäß § 1360 ABGB⁹⁸³. Diese Rechtsfolge sollte unabhängig davon eintreten, ob die Mithaftenden die Aufteilung der Last der Hauptschuld untereinander geregelt haben oder nicht, weil es ja keinen Unterschied macht⁹⁸⁴. Der Gläubiger beeinträchtigt das Innenverhältnis unter den Mithaftenden nicht⁹⁸⁵, weil sich die Höhe der Kopfteile der übrig bleibenden Mithaftenden nicht ändern.

lenberger, ABGB⁴ § 1363 Rz 4; *Wühl*, Sicherungsmehrheit 176; *Pinterich-Pröbsting* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 1363 Rz 6; OGH 7.2.1983, 1 Ob 772/82.

⁹⁷⁸ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1363 Rz 4; *Mader*, JBl 1987, 294; *Bacher*, Ausgleichsansprüche 142 ff.

⁹⁷⁹ *Hoyer*, JBl 1987, 766 f; *Wühl*, Sicherungsmehrheit 131.

⁹⁸⁰ *Hoyer*, JBl 1987, 767.

⁹⁸¹ *Hoyer*, JBl 1987, 767.

⁹⁸² *Hoyer*, JBl 1987, 767.

⁹⁸³ Oben Rz 353.

⁹⁸⁴ **AA** *Wühl*, Sicherungsmehrheit 104.

⁹⁸⁵ **AA** *Wühl*, Sicherungsmehrheit 103 ff.

(b) Aufteilung der Last

- 441** Für die Ausgleichsansprüche der Sicherungsgeber ist die Aufteilung der Last der Hauptschuld bzw die im Innenverhältnis auf die Sicherungsgeber entfallenden Kopfteile maßgebend. Wenn alle Sicherungsgeber für den gesamten Betrag der Hauptschuld eintreten, ist das Problem relativ einfach. Die Aufteilung erfolgt gleichmäßig, sofern die Besonderheiten des Einzelfalls nicht etwas Anderes erfordern⁹⁸⁶. Dasselbe gilt auch für den uneinbringlichen Kopfteil eines Mithaftenden mit dem Vorbehalt der Obergrenzen der Haftungen⁹⁸⁷.
- 442** Für die über ihre Kopfteile hinausgehenden Leistungen an den Gläubiger können die Sicherungsgeber einander in Anspruch nehmen. Nach einem Teil der Lehre könne der zahlende Sicherungsgeber gleich nach der Teilbefriedigung des Gläubigers, unabhängig von der Höhe seiner Leistung, die anderen Mithaftenden quotenmäßig in Anspruch nehmen⁹⁸⁸. Andernfalls müsste er das Risiko der in der Zwischenzeit eintretenden Insolvenz seiner Mithaftenden tragen. Diese Ansicht ist nicht verfahrensökonomisch, weil sie einem Bürgen nach jeder Teilleistung, unabhängig von der Höhe der Leistung, einen Ausgleichsanspruch gewährt. Diese Ansicht ist aber auch fragwürdig, weil die angegebene Begründung auch für die genau umgekehrte Annahme gilt. Daher rechtfertigt diese Ansicht nicht ihre Folgerung: Beispiel: A und B gehen eine Bürgschaft für eine Hauptschuld iHv 100 ein. Die Kopfteile sind jeweils 50. A bezahlt 40. A könne B sofort für 20 in Anspruch nehmen. Danach geht A in Konkurs und B bezahlt noch 60. Infolgedessen beträgt die Last des B 80, während A nur mit 20 belastet wird. Ein anderer Teil der Lehre⁹⁸⁹ und der OGH⁹⁹⁰ lassen die Ausgleichung erst dann zu, wenn der Bürge mehr als den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Kopfteil geleistet hat.
- 443** Nach einer Ansicht stehen die Mithaftenden für den Ausgleichsanspruch des Mithaftenden, der den Gläubiger bereits befriedigt hat, solidarisch zur Verfügung⁹⁹¹. Der geleistete Mithaf-

⁹⁸⁶ Hoyer, JBl 1987, 767; Mader, JBl 1985, 287, 293 f; Bacher, ÖBA 1996, 156 f; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w.

⁹⁸⁷ Hoyer, JBl 1987, 768.

⁹⁸⁸ G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1359 ABGB Rz 9; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1359 Rz 3; Th, Rabl, eolex 1999, 532; Riedler, Ein Mitbürge ist erst dann Regress berechtigt, wenn er mehr als den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Teil bezahlt hat. ÖBA 1999, 827 (830) (Entscheidungsanmerkung); Bacher, ÖBA 1996, 156 f; R. Perner, Bürgschaft 110; Bacher, Ausgleichsansprüche 118 f.

⁹⁸⁹ Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1359 Rz 3; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/308; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/15, 62; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 677.

⁹⁹⁰ OGH 23.2.1999, 1 Ob 271/98d; OGH 23.4.1998, 2 Ob 102/98h.

⁹⁹¹ Wühl, Sicherungsmehrheit 25 f. Parallele Annahme für das Gesamtschuldverhältnis: P. Bydlinski/Coors, Gesamtregress, Freistellungsansprüche und Legalzession unter Mitschuldnern? ÖJZ 2007, 275 (277).

tende könne die seine eigene Quote übersteigende Last im Innenverhältnis von einem beliebigen Mithaftenden verlangen⁹⁹². Bei der Begründung dieser Ansicht werden die folgenden Argumenten vorgebracht: Die Forderung des Gläubigers übergehe auf den geleisteten Mithaftenden mit dem unveränderten Inhalt von Gesetzes wegen; durch die solidarische Haftung der übrigen werde dem geleisteten Mithaftenden die Ausgleichung bloß erleichtert, die Rechtsposition der übrigen sei dagegen nicht erschwert. Die solidarische Haftung im Innenverhältnis ist aber fragwürdig. Nach dieser Ansicht könne ein Mithaftender, der von einem Mithaftenden, der bereits eine Leistung an den Gläubiger erbracht hat, in Anspruch genommen wurde, von allen übrigen Mithaftenden, auch von diesem Mithaftenden, der bereits eine Leistung an den Gläubiger erbracht hat, die Ausgleichung verlangen, nachdem er seinen Kopfteil von seinem Ausgleichsanspruch abgezogen hat. Dies könnte zu einem endlosen Ausgleichungskreis führen. Würde man allerdings annehmen, dass derjenige, der seinen Kopfteil im Innenverhältnis bereits getragen hat, für die Ausgleichsansprüche der übrigen nicht mehr zur Verfügung steht, dann müssten die übrigen, die ihren Kopfteil im Innenverhältnis noch nicht getragen haben, einen über ihren Kopfteil hinausgehenden Ausgleichsanspruch zurückweisen können. Beispiel: Hauptschuld 200, Mithaftender A, B, C, D tragen im Innenverhältnis jeweils 50. Wenn A dem Gläubiger 200 leistet, könne er nach dieser Ansicht die übrigen für 150 in Anspruch nehmen. Wenn B A 150 leistet, dann könne er C, D und auch A für 100 in Anspruch nehmen. Würde man annehmen, dass B A nicht für 100 in Anspruch nehmen kann, weil A seinen Kopfteil bereits getragen hat, dann müssten auch C und D einen über ihren Kopfteil hinausgehenden Ausgleichsanspruch zurückweisen können. Aus diesen Gründen wäre die Lösung empfehlenswert, dass die Mithaftenden für die Ausgleichung nicht solidarisch haften.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn nicht alle Sicherheiten den ganzen Betrag der Hauptschuld decken. Es wird grundsätzlich angenommen, dass eine Teilsicherheit, die nicht den ganzen Betrag der Hauptschuld besichert, dem Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung zur vollen Verfügung steht⁹⁹³. Haften die Sicherungsgeber für voneinander abgrenzbare Teile der Hauptschuld, besteht keine Ausgleichung zwischen Sicherungsgebern⁹⁹⁴. In diesen Fällen wird eine Mithaftung nur dann angenommen, wenn sich die Sicherheiten überschneiden,

444

⁹⁹² *Wühl*, Sicherungsmehrheit 26; *P. Bydlinski/Coors*, ÖJZ 2007, 277.

⁹⁹³ *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 1; *Mader*, JBl 1987, 288; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1359 ABGB Rz 2; *Wühl*, Sicherungsmehrheit 65.

⁹⁹⁴ *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1359 ABGB Rz 2; *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1359 Rz 2; *Ofner* in *Schwimmann*, Taschenkommentar³ § 1359 Rz 4; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 1; *Wühl*, Sicherungsmehrheit 64; OGH 12.7.1995, 7 Ob 1605/95.

also die Gesamtsumme der Sicherheiten über den Gesamtbetrag der Hauptschuld hinausgeht⁹⁹⁵. Hinsichtlich der diesbezüglichen Aufteilung der Last der Hauptschuld gibt es unterschiedliche Ansichten in der Lehre.

- 445** Nach einer Ansicht in der Lehre sei die Berechnung der Ausgleichung bzw Lastentragung zwischen Sicherungsgebern proportional zu den Haftungsgrenzen nach außen zu bestimmen, sofern nicht eine gesonderte Vereinbarung zwischen Sicherungsgebern besteht⁹⁹⁶. Die Beitragsquoten ändern sich nicht, wenn der Hauptschuldner einen Teil der gesicherten Schuld erfüllt. Die Teilleistungen kommen allen Sicherungsgebern proportional zu ihren Haftungssummen nach außen zugute⁹⁹⁷. Grundsätzlich bestehe ein Ausgleichsanspruch, wenn ein Sicherungsgeber bereits mehr als den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Kopfteil geleistet hat⁹⁹⁸. Jedoch sei die Höhe des Ausgleichs auf die Befreiung des anderen Sicherungsgebers beschränkt, um die Gefahr zu vermeiden, dass der andere Sicherungsgeber infolge seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger über seine Haftungsübernahme hinaus belastet wird⁹⁹⁹. Das letztere Argument hat Bedeutung für die Fälle, in welchen mehr als zwei Teilsicherheiten bestehen.
- 446** Eine andere Ansicht schlägt die folgende Methode mittels folgenden Beispiele vor¹⁰⁰⁰. Beispiel 1: Hauptschuld 1.000, Mithaftender A 600, Mithaftender B 800, Mithaftender C 1.000. Den Spitzenbetrag iHv 200 müsse Mithaftender C allein tragen. Für weitere 200 finde eine Ausgleichung zwischen B und C statt; B und C tragen je 100. Danach finde eine Ausgleichung zwischen allen Mithaftenden für 600 statt; jeder trage 200. Im Ergebnis tragen A 200, B 300 und C 500. Beispiel 2: Hauptschuld 1.000, Mithaftender A 300, Mithaftender B 300, Mithaftender C 400. Bezahlt der Hauptschuldner 500, entfallen auf A und B je 133,33 und auf C 233,33. Beispiel 3: Hauptschuld 150.000, Mithaftender A 150.000, Mithaftender B 150.000. Für die Last der Hauptschuld haften A und B im Innenverhältnis je zur Hälfte, also 75.000. Beispiel 4: Hauptschuld 150.000, Mithaftender A 75.000, Mithaftender B 150.000. Eine *Solidarhaftung* bestehe in diesem Beispiel nur für 75.000. Daher finde eine Ausgleichung nur für diesen Betrag statt. Jeder trage die Hälfte (37.500) dieses Betrags (75.000) im

⁹⁹⁵ P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1359 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1359 ABGB Rz 2; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 1; Wühl, Sicherungsmehrheit 64.

⁹⁹⁶ Mader, JBl 1988, 289, 294; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 10 ff; R. Perner, Bürgschaft 111; Wühl, Sicherungsmehrheit 64; Bacher, Ausgleichsansprüche 197 ff.

⁹⁹⁷ Mader, JBl 1987, 289, 294; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 10; Wühl, Sicherungsmehrheit 66.

⁹⁹⁸ Mader, JBl 1987, 290, 294.

⁹⁹⁹ Mader, JBl 1987, 290, 294.

¹⁰⁰⁰ Gamerith, ÖBA 1988, 769 ff.

Innenverhältnis. Einen darüberhinausgehenden Betrag trage Mithaftender B allein. Im Ergebnis trage A 37.500 und B 112.500. Beispiel 5: Hauptschuld 150.000, Mithaftender A 50.000, Mithaftender B 50.000, Mithaftender C 50.000, Mithaftender D 75.000. Mithaftender D trage zuerst 25.000 allein, weil insoweit keine *Solidarhaftung* bestehe. Der Restbetrag iHv 125.000 wird auf die Mithaftenden gleichteilig aufgeteilt. Im Ergebnis entfallen 31.250 auf A, B und C und 56.250 (31.250 + 25.000) auf D. Nach dieser Ansicht könne ein Mithaftender sofort die anderen Mithaftenden in Anspruch nehmen, wenn er mehr als den auf ihn entfallenden Kopfteil erfüllt hat¹⁰⁰¹. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, da die Aufteilung der Last nicht einheitlich ist. Ferner ist auch die Ausgleichung gleich nach einer Leistung, die über den Kopfteil des jeweiligen Mithaftenden hinausgeht, fragwürdig, da die Leistung eines Mithaftenden nicht immer eine Befreiungswirkung für die anderen Mithaftenden hat¹⁰⁰².

Nach einer Ansicht in Bezug auf die Sicherheiten, von denen keine die Hauptschuld ganz besichert, komme eine Ausgleichung zwischen den Sicherungsgebern nur dann in Frage, wenn es eine Überschneidung der Sicherheiten zum Zeitpunkt des Entstehens des Ausgleichsanspruchs gibt¹⁰⁰³. Die Ausgleichung erfolge nur für die Überschneidung, die nach § 896 ABGB summenmäßig bzw nach dem Kopfteil unter den Sicherungsgebern aufzuteilen sei. Der jeweilige Kopfteil an der Überschneidung ist für jeden gleich groß¹⁰⁰⁴. In der Lehre wird diese Ansicht kritisiert, weil sie auf die Fälle nicht anwendbar sei, bei denen es mehr als zwei Sicherungsgeber gibt¹⁰⁰⁵. Kann man aber diese Ansicht so auslegen, obwohl es dieser Ansicht nicht unmittelbar zu entnehmen ist, dass jeder von der Überschneidung hinsichtlich der inneren Last gleichmäßig profitiert, dann müsste diese Ansicht nicht in denjenigen Fällen scheitern, in welchen es mehr als zwei Sicherungsgeber gibt. Jedoch funktioniert diese Ansicht trotz der Hilfe dieser Auslegung nicht, wenn dieser nützliche Kopfteil der Sicherungsgeber an der Überschneidung höher als eine von den Teilsicherheiten ist. 447

Nach einer Ansicht erfolge die innere Aufteilung der Last der Hauptschuld nach der Wahrscheinlichkeit, die den hypothetischen Willen der Sicherungsgeber darstelle¹⁰⁰⁶. Nach dieser Ansicht seien die Haftungen der Sicherungsgeber wie Kugeln in verschiedenen Farben in einer Urne und die gesicherte Hauptschuld sei wie die aus der Urne gezogenen Kugeln¹⁰⁰⁷. 448

¹⁰⁰¹ *Gamerith*, ÖBA 1988, 769.

¹⁰⁰² *Mader*, JBl 1987, 290, 294.

¹⁰⁰³ *Reidinger*, JBl 1990, 76 ff.

¹⁰⁰⁴ *Reidinger*, JBl 1990, 78 ff.

¹⁰⁰⁵ *G. Graf*, Die interne Ausgleichung zwischen mehreren Sicherungsgebern ÖBA 1993, 356 (358); *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VI³ § 1359 Rz 11.

¹⁰⁰⁶ *G. Graf*, ÖBA 1993, 359 ff.

¹⁰⁰⁷ *G. Graf*, ÖBA 1993, 360.

Durch die Multiplikation der Obergrenze der Haftungssumme eines Sicherungsgebers mit der Wahrscheinlichkeitsratio, die sich aus der Division der Hauptschuld durch die Gesamtsumme aller Sicherheiten ergebe, berechne man die erwartete Inanspruchnahme dieses Sicherungsgebers, die die innere Aufteilung der Last der Hauptschuld für diesen Sicherungsgeber darstelle¹⁰⁰⁸. Nach dieser Ansicht müsse man aber diese Berechnungsformel in zwei Fällen anpassen. Das sei zuerst der Fall, wenn ein Sicherungsgeber aufgrund einer geringeren Gesamtsumme aller anderen Sicherheiten als die Höhe der Hauptschuld beim Ausfall des Hauptschuldners mit einem Schuldteil mit Sicherheit rechnen müsse¹⁰⁰⁹. In diesem Fall sei eine Modifikation notwendig, weil die Wahrscheinlichkeit für diesen jeweiligen Teil 1 bzw 0 ist. Die zweite Modifikation betrifft den Fall, dass der Hauptschuldner einen Teil der Hauptschuld leiste¹⁰¹⁰. In diesem Fall sei eine Modifikation notwendig, weil die Wahrscheinlichkeit sich nachträglich ändere. Als Ausgangslogik verwendet diese Ansicht das folgende Beispiel: Würde man aus einer Urne, in der es 60 schwarze und 30 weiße Kugeln gibt, 30 Kugeln ziehen, könne man rein statistisch erwarten, dass 1/3 dieser Kugeln weiß seien¹⁰¹¹. Diese Ansicht ist fragwürdig. Zuerst erweist die Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie sich als unbefriedigend. Im gegebenen Beispiel stellt sich die Wahrscheinlichkeit der 10 weißen Kugeln in 30 gezogenen Kugeln wie folgt dar, wenn man die ausgezogenen Kugeln nicht wieder in die Urne wirft:

$$\frac{30! \div 20!}{90! \div 80!} \times \frac{60! \div 40!}{80! \div 60!} \times \frac{30!}{20! \times 10!}$$

Es ist nicht klar, wie und warum man in diesem Fall rein statistisch vorgeht. Ferner ist es nicht klar, warum sich die Wahrscheinlichkeitsratio aus der Division der Hauptschuld durch die Gesamtsumme aller Sicherheiten ergibt. Dies steht mit der Wahrscheinlichkeitstheorie nicht im Einklang. Außerdem ist die Orientierung an der Wahrscheinlichkeitstheorie bei der Aufteilung der Last unter den Sicherungsgebern nicht empfehlenswert, da die Wahrscheinlichkeitstheorie nicht auf die Gerechtigkeit abzielt.

- 449** Eine befriedigende Lösung für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Sicherungsgeber mit einer unterschiedlichen Haftungshöhe ist dem ABGB nicht unmittelbar zu entnehmen. Man kann hier eine Gesetzeslücke annehmen. Es wäre aus Billigkeitsgründen empfehlenswert, die summenmäßige Gleichwertigkeit zwischen Mithaftenden zu bevorzugen, sofern die Haftungsgrenzen der Mithaftenden nach außen die gleichmäßige Aufteilung der Last der

¹⁰⁰⁸ G. Graf, ÖBA 1993, 361.

¹⁰⁰⁹ G. Graf, ÖBA 1993, 362 ff.

¹⁰¹⁰ G. Graf, ÖBA 1993, 362 ff.

¹⁰¹¹ G. Graf, ÖBA 1993, 360.

Hauptschuld zulassen. Die unterschiedlichen Haftungsgrenzen der Mithaftenden spiegeln nicht ihre Absicht wider, dass die Aufteilung der Last im Verhältnis zur Haftungsgrenzen nach außen zu erfolgen bzw durch eine besondere Formel zu berechnen sei. Die Haftungsgrenzen spiegeln eher die Absicht wider, dass bei der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners die Last der Hauptschuld bis zu diesen Grenzen übernommen werden können. Hier ist der Lösung zu folgen, die Last der Hauptschuld gleich bzw so ähnlich wie möglich unter den Mithaftenden aufzuteilen, während man die Haftungsgrenzen der Sicherungsgeber bei der Aufteilung nicht überschreitet. Beispiel 1: Schuld 60, Mithaftende A 60, B 30. Beahlt A 60, dann kann er B für 30 in Anspruch nehmen. Beispiel 2: Schuld 60, Mithaftende A 60, B 30, C 10. In diesem Fall sollte die Aufteilung wie folgt erfolgen: A 25, B 25, C 10. Beahlt A aber 50, dann kann er B nur für 20 in Anspruch nehmen und C nicht in Anspruch nehmen, sofern ein Teil der Hauptschuld iHv 10 übrigbleibt. Beahlt A oder C den Gläubiger für diesen übrigen Teil der Hauptschuld später, dann kann A B später für 5 in Anspruch nehmen. In dieser Konstellation steht C kein Ausgleichsanspruch zu. Ein Ausgleichsanspruch steht auch B nicht zu, wenn mehr als 30 ein Teil der Hauptschuld nach der Erfüllung von B übrigbleibt. In diesen Beispielen geht es um die Bürgschaften, für deren Übernahme die Bürgen keine Gegenleistung bekommen. Wenn ein Bürge eine Gegenleistung bekommt, dann sollte man bei der Ausgleichung diese Gegenleistung auch in Berechnung einbeziehen. Entsprechend dieser Gegenleistung kann man den jeweiligen Bürgen im Ausmaß der Gegenleistung mehr belasten.

b. Türkei

i. Allgemein

Gemäß § 596 Abs 1 S 1 TBK gehen die Rechte des Gläubigers im Ausmaß seiner Befriedigung auf den Bürgen über. Die Art der Tilgung, zB Aufrechnung, Leistung an Zahlungs statt, ist für diese Rechtsfolge unerheblich. Die Teilleistung des Bürgen bewirkt einen Teilübergang. Das Verhältnis zwischen Geheimhaltungsaufgaben und dem Übergang der Forderung des Gläubigers ist auch hier nicht klar. **450**

Der Übergang der Rechte des Gläubigers erfolgt von Gesetzes wegen und braucht keinen Übertragungsakt. Nach einer Ansicht brauchen jedoch der Eigentumsvorbehalt und das Sicherungseigentum einen Übertragungsakt¹⁰¹². Der Umfang der Sicherheiten, die auf den Bürgen übergehen, ist beschränkt. Auf den Bürgen gehen nur die Sicherheiten über, die bei der Eingehung der Bürgschaft vorhanden waren oder die vom Hauptschuldner nachträglich speziell für die Hauptschuld bestellt wurden. Es ist kurz zu bemerken, dass der Umfang **451**

¹⁰¹² Özen, Kefalet³ 484 f; Öztürk, Rücü 95, 102 f.

dinglicher Sicherheiten, die auf den Bürgen übergehen, mit der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers deckungsgleich ist¹⁰¹³. Dagegen enthält § 587 Abs 4 TBK eine besondere Regel für die Ausgleichung zwischen mehreren Bürgen. Diese besondere Regel ist weder mit der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers noch mit dem Umfang der Sicherheiten deckungsgleich, die auf den Bürgen gemäß § 596 Abs 2 TBK übergehen¹⁰¹⁴.

452 Der Übergang der Hauptforderung kann zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen nicht abbedungen werden. In dieser Hinsicht gehört § 596 Abs 1 TBK zum zwingenden Recht. § 596 Abs 2 TBK lässt aber gegenteilige Vereinbarungen zu, die den Übergang der Sicherheiten auf den Bürgen verkürzen bzw verhindern. Nach einer Ansicht seien gegenteilige Vereinbarungen zu Lasten des Bürgen aber nicht erlaubt¹⁰¹⁵. Den Ausdruck „*soweit nichts Anderes vereinbart wurde*“ in § 596 Abs 2 S 1 TBK lege man so aus, dass der Umfang der auf den Bürgen übergehenden Sicherheiten erweitert werden kann. Daraus leite man aber nicht ab, dass eine Vereinbarung gültig sei, nach der die Sicherheiten nicht auf den Bürgen übergehen¹⁰¹⁶. Diese Ansicht ist fragwürdig, weil sie zur Verschlechterung der Stellung eines anderen Mithaftenden ohne seine Einwilligung führt und gegen die Privatautonomie verstößt.

453 Für den Fall der Teilleistung des Bürgen bzw des Teilübergangs der Sicherheiten enthält § 596 Abs 2 S 3 TBK eine besondere Regel, nach der der Gläubiger den Vorrang vor dem Bürgen bei der Verwertung der Sicherheiten hat¹⁰¹⁷. Es wäre aber empfehlenswert, diesen Vorrang nur dann zu bejahen, wenn der Bürge seine Schuld nicht in vollem Umfang erbringt¹⁰¹⁸.

ii. Verhältnis zum Hauptschuldner

454 Der Bürge kann den Hauptschuldner im Ausmaß seiner Leistung an den Gläubiger in Anspruch nehmen. Gemäß § 596 Abs 5 TBK beginnt die Verjährung für diesen Anspruch mit dem Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers zu laufen. Aus dem Gesetz geht es aber nicht hervor, ob es eine gesonderte Verjährungsfrist für den Regressanspruch des Bürgen gibt. Nach einer Ansicht in der Lehre¹⁰¹⁹ und Yargıtay¹⁰²⁰ gehe es hier um einen neuen Anspruch,

¹⁰¹³ Oben Rz 360.

¹⁰¹⁴ Für diese besondere Regel: Unten Rz 460.

¹⁰¹⁵ Özen, Kefalet³ 493; Özen in FS Serozan 1448; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 507 Rz 7; Staffebach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 507 Rz 5.

¹⁰¹⁶ Reisoğlu, Kefalet 267; Özen, Kefalet³ 493; Özen in FS Serozan 1448; Beck, Bürgschaftsrecht § 507 Rz 38; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 507 Rz 7; Staffebach in Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Obligationenrecht² § 507 Rz 8. Parallele Annahme: Grassinger, Savunma 216 f.

¹⁰¹⁷ Eine parallele Regel in dem Fall des Konkurses des Hauptschuldners: Unten Rz 505.

¹⁰¹⁸ Özen, Kefalet³ 494 ff. AA Reisoğlu, Kefalet 249 f.

¹⁰¹⁹ Reisoğlu, Kefalet 279; Gümüş, Borçlar² 441; Grassinger, İHFM 1996/1-2, 406; Başar, Halef 100.

¹⁰²⁰ Yargıtay 21.10.1999, 11 HD 1999/8205; Yargıtay 6.6.2007, 13 HD 2007/7973; Yargıtay 6.12.2007, 13 HD

der der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist gemäß § 146 TBK unterliege. Nach einer anderen Ansicht sei § 596 Abs 5 TBK so zu verstehen, dass die für die Hauptschuld begonnene Verjährungsfrist unterbrochen werde und diese Frist neu zu laufen beginne¹⁰²¹.

Neben der Hauptschuld erfasst die Inanspruchnahme des Hauptschuldners auch die Zinsen, Vertragszinsen¹⁰²², Annuitäten, Kosten für die Ausklagung des Hauptschuldners, mit den anderen Worten die Posten im Umfang der Inanspruchnahme des Bürgen¹⁰²³. Die Kosten der eigenen Ausklagung des Bürgen fallen aber grundsätzlich nicht unter diese Posten. **455**

In Folge der Befriedigung des Gläubigers gehen die Sicherheiten, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangt wurden, nur in einem beschränkten Umfang auf den Bürgen über¹⁰²⁴. Die übergebenen Sicherheiten stehen dem Bürgen in vollem Umfang zur Verfügung. Dasselbe sollte auch für die Sicherheiten gelten, an denen ein Dritter nachträglich Eigentumsrecht erworben hat. **456**

In bestimmten Fällen ist der Regress des Bürgen auf den Hauptschuldner nicht zugelassen. ZB ist der Regress gemäß § 597 TBK in dem Fall nicht zugelassen, dass auch der Hauptschuldner dem Gläubiger seine Schuld leistet, wenn der Bürge dem Hauptschuldner nicht mitteilt, dass er den Gläubiger befriedigt hat. Gemäß § 596 Abs 3 TBK steht im freien Ermessen des Bürgen und Hauptschuldners, ihr Verhältnis untereinander anders auszugestalten. Ferner weist § 596 Abs 6 TBK auf weitere Fälle hin, nämlich Bürgschaft für eine unklagbare Schuld oder eine für den Hauptschuldner wegen Irrtums oder Vertragsunfähigkeit unverbindliche Schuld. § 596 Abs 6 S 2 TBK lässt die Inanspruchnahme des Hauptschuldners bei der Bürgschaft für eine bereits verjährte Schuld zu, wenn der Bürge die Bürgschaft im Auftrag des Hauptschuldners eingegangen ist. Nach dem Gesetz erfolgt die Inanspruchnahme des Hauptschuldners in diesem Fall aber nach den Artikeln über den Auftrag. **457**

iii. Verhältnis zum anderen Mithaftenden

(a) Zum persönlich Mithaftenden

Die Ausgleichung zwischen mehreren Bürgen erfolgt gemäß § 587 TBK. Der Wortlaut des Gesetzes berührt nicht das Problem der Ausgleichung zwischen unterschiedlichen Arten der **458**

2007/14746. In den zwei relativ älteren Entscheidungen hat Yargıtay jedoch ausgesprochen, dass der Ausgleichsanspruch des Bürgen derselben Verjährungsfrist wie die Hauptschuld unterliege: Yargıtay 2.5.1975, 13 HD 1975/3005; Yargıtay 1.3.1996, 4 HD 1996/2250.

¹⁰²¹ *Özen*, Kefalet³ 528; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 507 Rz 44.

¹⁰²² *Bilge*, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, AÜHFD 1954/1-2, 281 (284); *Başar*, Halef 88; Yargıtay 20.2.2006, 13 HD 2006/2026; Yargıtay 15.2.2004, HGK 761/708. **AA** *Özen* in FS Serozan 1455 ff.

¹⁰²³ Oben Rz 292.

¹⁰²⁴ Oben Rz 451.

persönlichen Sicherheiten. Es wäre aufgrund des logischen Zusammenhangs empfehlenswert, die Grundsätze der Ausgleichung zwischen mehreren Bürgen bzw Mitbürgen für das Verhältnis zwischen allen persönlich Mithaftenden gelten zu lassen.

- 459** § 587 Abs 2 S 4 TBK räumt dem Mitbürgen¹⁰²⁵ einen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Mitbürgen ein, die nicht bereits ihre Kopfteile geleistet haben. Hingegen enthält § 587 Abs 2 S 4 TBK keine Berechnungsformel für die Kopfteile der Mitbürgen im Innenverhältnis. Nach einer Ansicht könne ein Mitbürge die anderen Bürgen auch dann in Anspruch nehmen, selbst wenn seine Leistung an den Gläubiger weniger als der auf ihn entfallende Kopfteil ist¹⁰²⁶. Diese Ansicht ist fragwürdig und nicht verfahrensökonomisch. Zuerst kann diese Ansicht in manchen Fällen zu einer ungerechtfertigten Belastung der anderen Bürgen führen, zB bei den unterschiedlichen Haftungshöhen der Bürgen oder keine Haftungsbefreiung trotz der geleisteten Zahlung eines Mitbürgen. Zweitens müsste ein Mitbürge das Risiko tragen, dass er am Ende eine Last, die größer als sein Kopfteil ist, tragen muss, wenn der ihn in Anspruch nehmende Mitbürge, dessen Leistung weniger als sein Kopfteil war, später in Konkurs geht.
- 460** § 587 Abs 4 TBK regelt die Ausgleichung zwischen den Bürgen, die sich unabhängig voneinander verbürgt haben. Der Zahlende hat den Regress auf die anderen. Es kommt hier nicht auf die zeitliche Reihenfolge der Bürgschaften an. Für die Berechnung der Höhe des Ausgleichsanspruchs enthält § 587 Abs 4 S 2 TBK eine Regel, nach welcher der Ausgleichsanspruch des Zahlenden nach seiner Bürgschaftssumme in der gesamten Summe der Bürgschaften zu berechnen ist. Dementsprechend geschieht die Lastentragung proportional zu den Haftungsgrenzen nach außen der einzelnen Bürgen. Die Anwendung dieser Formel kann man aufgrund des Nahezusammenhangs auf die Lastentragung zwischen persönlich Mithaftenden erstrecken.
- 461** Es ist nicht möglich, einen Bürgen, der vom Gläubiger entlassen wurde, in die Ausgleichung einzubeziehen. Die Nachteile der Entlassung eines Bürgen für den/die anderen überwindet man durch die anderen Schutzinstrumente¹⁰²⁷. Darüber hinaus ist eine Ausgleichung zwi-

¹⁰²⁵ Für den Begriff „Mitbürgschaft“: Oben Rz 273.

¹⁰²⁶ *Özen*, Kefalet³ 350; *C. Yavuz*, Borçlar¹¹ 687; *Özen* in *Inceoğlu* 386; *Gümüş*, Borçlar² 359; *Çakır*, THD 2014/96, 23; *Reisoğlu*, Kefalet 178, 188; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 42; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 24; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 63, 109; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 497 Rz 9; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 497 Rz 10. **AA** *Demirbaş*, Kefalet 171; *Uzun*, Kefalet 59.

¹⁰²⁷ Oben Rz 359 und unten Rz 511.

schen den Bürgen bei deren Konkurs gemäß § 203 Abs 3 ÖIK nicht möglich, wenn der Gesamtbetrag der Zuteilungen nicht die volle Befriedigung des Gläubigers erreicht.

(b) Zum dinglich Mithaftenden

§ 596 TBK regelt die Ausgleichung zwischen dem Bürgen und dem Drittpfandbesteller. Aufgrund des engen Zusammenhangs wäre es logisch, die für die Pfänder vorgesehenen Grundsätze auch für die sonstigen dinglichen Sicherheiten gelten zu lassen. Das Problem der Ausgleichung zwischen dem Bürgen und dinglichen Mithaftenden wird zugunsten des Bürgen gelöst, wenn die dingliche Sicherheit bei der Eingehung der Bürgschaft bereits vorhanden war¹⁰²⁸. Diese von einem Dritten bestellten dinglichen Sicherheiten gehen nach der Befriedigung des Gläubigers gemäß § 596 Abs 2 TBK auf den Bürgen über. Entsprechend des § 596 Abs 2 TBK gewährt die Lehre dem Bürgen gegen den dinglich Mithaftenden einen Ausgleichsanspruch in voller Höhe¹⁰²⁹. Außerdem schließt § 596 Abs 4 TBK einen Ausgleichsanspruch des dinglich Mithaftenden gegen den Bürgen aus, wenn der Bürge und der dinglich Mithaftende untereinander nichts Gegenteiliges vereinbart haben. In der Lehre wird diese Lösung als sachgerecht erachtet, weil die endgültige Last der Hauptschuld andernfalls vom Zufall abhängig sei, wer von den Mithaftenden den Gläubiger zuerst befriedigt. Diese Begründung ist aber fragwürdig. Nach diesem System ist die endgültige Last der Hauptschuld auch vom Zufall oder der Gläubigerwillkür abhängig. Es gibt zwischen den Umständen keinen Unterschied, ob ein Sicherungsgeber seine Haftung früher oder später als die anderen eingegangen ist, oder ob er den Gläubiger zuerst befriedigt hat bzw vom Gläubiger in Anspruch genommen wurde.

§ 596 Abs 4 TBK enthält eine Sonderregel für die dinglichen Sicherheiten, die erst nach der Eingehung der Bürgschaft bestellt wurden. Nach dem System des TBK gehen diese Sicherheiten nicht auf den Bürgen nach der Befriedigung des Gläubigers über. Diese Sonderregel gewährt dem Besteller dieser nachträglichen dinglichen Sicherheiten einen Regressanspruch in vollem Umfang gegen den Bürgen.

Zusammenfassend hat der Gesetzgeber die Ausgleichung zwischen persönlich und dinglich Haftenden an der zeitlichen Reihenfolge der Haftungsübernahmen orientiert. Hingegen hat der Gesetzgeber derselben Lösung nicht bei der Ausgleichung zwischen persönlich Mithaftenden gefolgt¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ Für den Umfang der bereits vorhandenen Sicherheiten: Oben Rz 359.

¹⁰²⁹ *Gümüş*, Borçlar² 441; *Özen*, Kefalet³ 534; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 507 Rz 45 ff; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 507 Rz 13, 14; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 111; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 507 Rz 1.

¹⁰³⁰ Oben Rz 460.

c. Vergleich

- 465** In beiden Ländern tritt der Bürge in die Rechte des Gläubigers im Ausmaß der Befriedigung des Gläubigers ein. Ein Unterschied zwischen den Ländern betrifft die Verjährung der Regressforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Nach österreichischem Recht bleibt die Verjährung der Hauptforderung nach dem Übergang unverändert; im Ausnahmefall, dass dem Bürgen nicht mehr Zeit zur Geltendmachung seiner Regressforderung bleibt, wird ihm eine Nachfrist gewährt. Nach türkischem Recht beginnt die Verjährung der Regressforderung mit der Befriedigung des Gläubigers; die Frage ist aber umstritten, welcher Verjährungsfrist dieser Forderung unterliegt.
- 466** In beiden Ländern gehen auf den Bürgen, neben der Hauptforderung des Gläubigers, auch die für diese Forderung bestellten dinglichen und persönlichen Sicherheiten über. Darin besteht eine Gemeinsamkeit. Der Umfang der Sicherheiten, die in die Ausgleichung zwischen Sicherungsgebern einbezogen werden, und die Berechnung des Ausgleichsanspruchs des Bürgen sind aber zwischen den Ländern unterschiedlich. Nach österreichischem Recht steht dem Bürgen jene Sicherheit zur Verfügung, die zum Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers vorhanden ist. Darüber hinaus wird es in der österreichischen Lehre und der österreichischen Rechtsprechung angenommen, dass die Entlassung eines Bürgen nicht gegen die anderen Bürgen wirkt. Nach türkischem Recht stehen nicht alle Sicherheiten, die zum Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers vorhanden sind, dem Bürgen zur Verfügung. In die Ausgleichung bezieht man nicht die vom Hauptschuldner durch Generalpfandklausel nachträglich bestellten dinglichen Sicherheiten und diejenigen dinglichen Sicherheiten, die von einem Dritten nachträglich bestellt wurden. Außerdem wirkt die Entlassung eines Bürgen gegen den anderen, daher bezieht man nicht den Entlassenen in die Ausgleichung ein. Die Haftung der anderen vermindern sich aber im Ausmaß des Kopfteils dieses Bürgen, der entlassen wurde.
- 467** Für die Ausgleichung zwischen Sicherungsgebern macht man in Österreich keinen Unterschied zwischen den Arten der Sicherheiten (dinglich oder persönlich). Die Ausgleichung erfolgt auf der Basis der Gleichwertigkeit. Jedoch gibt es in Österreich keine standardisierte Formel für die Berechnung der Kopfteile der Sicherungsgeber. Hingegen macht man in der Türkei einen Unterschied hinsichtlich der Art der Sicherheiten. Nach türkischem Recht stehen die dinglichen Sicherheiten dem Bürgen in vollem Umfang zur Verfügung, wenn sie bei der Eingehung der Bürgschaft vorhanden waren. Wenn sie erst nachträglich bestellt werden, dann kann der Drittpfandbesteller den Bürgen in vollem Umfang in Anspruch nehmen. Für

die Ausgleichung zwischen persönlichen Mithaftenden sieht das türkische Recht einen anteilmäßigen Regress vor, der proportional zu den Haftungsgrenzen nach außen zu berechnen ist.

Hinsichtlich der Verzichtbarkeit des Übergangs der Sicherheiten auf den Bürgen unterscheiden sich das österreichische und türkische Recht voneinander. Nach österreichischem Recht können der Bürge und der Gläubiger den Übergang der Sicherheiten auf den Bürgen grundsätzlich abbedingen, während der Übergang der Sicherheit zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger nach türkischem Recht nicht abbedungen werden kann. **468**

Schlussendlich ist das Verhältnis zwischen dem Übergang von Rechten des Gläubigers auf den Bürgen und Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers in beiden Ländern problematisch. **469**

C. Nicht vergleichbare Instrumente in Österreich

37. Sicherstellung der verbürgten Schuld durch den Hauptschuldner

§ 1365 ABGB räumt dem Bürgen das Recht ein, vom Hauptschuldner die Sicherstellung der Hauptschuld zu verlangen. Das Gesetz sieht zwei Fälle, in welchen der Bürge dieses Recht durchsetzen kann: Der Eintritt der Besorgnis der dauerhaften Entfernung des Hauptschuldners aus dem Inland und der Eintritt der Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, zB längere Zahlungssäumnis oder Fahrnisexekution¹⁰³¹ an. Nach der hL sei es aber für die Durchsetzung dieses Rechts erforderlich, dass der Bürge die Bürgschaft mit Einwilligung des Hauptschuldners eingegangen ist¹⁰³². Es ist aber nicht erforderlich, dass der Bürge unbedingt bis zur Fälligkeit der Hauptschuld warten muss, um dieses Recht geltend zu machen¹⁰³³. **470**

Die Rechtsfolge der Unterlassung dieser Aufgabe geht nicht aus dem Gesetzestext hervor. Die Unterlassung der Sicherstellung kann zum Schadenersatzanspruch des Bürgen oder zur Sicherstellung der Hauptschuld auf dem Wege der Zwangsvollstreckung führen. **471**

¹⁰³¹ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1365 Rz 1; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1365 Rz 1; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1365 Rz 1; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1365 ABGB Rz 5; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/49; OGH 15.12.1982, 6 Ob 854/82.

¹⁰³² Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1365 Rz 1; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1365 Rz 2; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1365 ABGB Rz 3; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1365 Rz 3; R. Perner, Bürgschaft 103, 104. **AA** Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches II¹⁴ Rz 676.

¹⁰³³ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1365 Rz 1; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1365 Rz 1; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1365 ABGB Rz 1; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1365 Rz 1; Schwartze in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 2/49; R. Perner, Bürgschaft 103.

38. Rechtzeitige Eintreibung der Hauptschuld

- 472 Gemäß § 1364 S 2 ABGB hat der Gläubiger die Eintreibung der Hauptschuld rechtzeitig zu beginnen und das Risiko somit zu verhindern, dass der Bürge einen Schaden wegen seiner Saumseligkeit bei der Eintreibung der Hauptschuld erleidet. Der Schaden des Bürgen kann hinsichtlich seiner Regressforderung bestehen, wenn das Vermögen des Hauptschuldners keine ausreichende Befriedigung anbieten kann, und dementsprechend kann der Regress des Bürgen ins Leere gehen¹⁰³⁴.
- 473 Die Beweislast für den eingetretenen Schaden und die Kausalität wird dem Bürgen auferlegt¹⁰³⁵. Für die Haftung des Gläubigers wird das Verschulden des Gläubigers in der Lehre¹⁰³⁶ und der jüngeren Rechtsprechung¹⁰³⁷ vorausgesetzt, dessen Nichtvorliegen der Gläubiger zu beweisen habe. Die Rechtsfolge der Verletzung dieser Aufgabe ist umstritten¹⁰³⁸. Nach einer Ansicht führe die Verletzung zur automatischen Kürzung der Forderung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen¹⁰³⁹. Nach einer anderen Ansicht führe die Verletzung zum Schadenersatzanspruch, den der Bürge mit der Bürgschaftsschuld aufrechnen kann¹⁰⁴⁰. Außerdem wird es in der Lehre darauf hingewiesen, dass die Unterlassung des Anspruchs auf Sicherstellung der Regressforderung¹⁰⁴¹ zur Schadensteilung führen könne, wenn den Bürgen ein Verschulden trifft¹⁰⁴².
- 474 § 1364 S 2 ABGB wird als eine allgemeine und umfassende Sorgfaltsaufgabe des Gläubigers angesehen und daraus wird abgeleitet, dass der Gläubiger alle Vorkehrungen vorzunehmen

¹⁰³⁴ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 2; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 4; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 ABGB Rz 16; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1364 Rz 3.

¹⁰³⁵ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 3; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 5; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1364 Rz 3; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/312; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 4; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 74; Eigner, Interzedentenschutz 161; Dullinger in Dullinger/Kaindl 112; OGH 29.9.2014, 8 Ob 86/14a; OGH 19.12.2012, 3 Ob 203/12t; OGH 5.10.2006, 2 Ob 52/06w; OGH 18.3.2004, 1 Ob 8/04i; OGH 18.9.1997, 8 Ob 119/97a.

¹⁰³⁶ Eigner, Interzedentenschutz 162; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 4; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/312; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 75; Dullinger in Dullinger/Kaindl 113.

¹⁰³⁷ OGH 14.4.1996, 7 Ob 605/95; OGH 5.10.2006, 2 Ob 52/06w.

¹⁰³⁸ Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 4; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1364 Rz 3; OGH 19.12.2012, 3 Ob 203/12t; OGH 18.3.2004, 1 Ob 8/04i.

¹⁰³⁹ **Bejahend:** P. Bydlinski/Wühl, Zu den Sorgfaltspflichten der Bank dem (Wechsel-)Bürgen gegenüber, ÖBA 2015, 279 (281 ff) (Entscheidungsanmerkung); Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/312; P. Bydlinski, Aufklärungspflichten des Gläubigers gegenüber einem Solidarschuldner. ÖBA 1993, 63 (64) (Entscheidungsanmerkung).

¹⁰⁴⁰ **Bejahend:** Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 2; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 4 f; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 3, 5; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 ABGB Rz 15; OGH 29.9.2014, 8 Ob 86/14a.

¹⁰⁴¹ Oben Rz 331.

¹⁰⁴² Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 3; Pinterich-Pröbsting in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1364 Rz 5; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1364 Rz 3.

habe, die die Regressforderung des Bürgen sichern¹⁰⁴³. Die Ableitung einer ganz breiten bzw umfassenden Sorgfaltsaufgabe aus § 1364 S 2 ABGB erweist sich aber hinsichtlich der Rechtssicherheit als gefährlich. Sie kann die Grenzen der anderen Aufgaben des Gläubigers gefährden.

39. Verständigung über die Fälligkeit der Hauptschuld

Nach einer Ansicht löse die Fälligkeit der Hauptschuld eine diesbezügliche Verständigungsaufgabe des Gläubigers aus, da der Bürge ohne Kenntnis von der Fälligkeit der Hauptschuld seinen Sicherstellungsanspruch gemäß § 1364 ABGB nicht ausüben könne¹⁰⁴⁴. Da der Gläubiger über die Säumnis des Hauptschuldners besser informiert sei und die Verständigung des Bürgen dem Gläubiger kaum belaste, könne man im Regelfall diesbezügliche Aufgabe des Gläubigers bejahen¹⁰⁴⁵. Nach dieser Ansicht mache die Unterlassung der Verständigung des Bürgen über die Säumnis des Hauptschuldners den Gläubiger schadenersatzpflichtig. Der Gläubiger habe den Bürgen so zu stellen, als ob er bei rechtzeitiger Verständigung Sicherstellung vom Hauptschuldner erlangt hätte¹⁰⁴⁶.

Eine andere Ansicht lehnt die Aufgabe zur Auskunftserteilung über die Fälligkeit der Hauptschuld ab¹⁰⁴⁷. Nach dieser Ansicht ergebe sich so eine Aufgabe nicht aus §§ 1364, 1366 ABGB. Ferner richte sich der Sicherstellungsanspruch nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen den Hauptschuldner. Deswegen sei es nicht nachvollziehbar, dass der Gläubiger zur Auskunft über die Fälligkeit der Hauptschuld verpflichtet sei¹⁰⁴⁸.

Eine pauschale Annahme der Verständigung des Bürgen durch den Gläubiger ist fragwürdig. Der Gläubiger ist berechtigt, zu erwarten, dass der Bürge seine Interessen bestmöglich wahrt. Daher wäre es empfehlenswert, die Verständigungsaufgabe des Gläubigers nur dann zu bejahen, wenn der Bürge vom Gläubiger diesbezüglich Information verlangt.

Hinsichtlich der Verzichtbarkeit der Verständigungsaufgabe durch AGB wird es in der

¹⁰⁴³ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1364 Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 3; G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1364 ABGB Rz 1 ff; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/269; Th. Rabl, Bürgschaft 127, 131; OGH 29.9.2014, 8 Ob 86/14a; OGH 19.12.2012, 3 Ob 203/12t; OGH 25.4.2012, 7 Ob 59/12w; OGH 20.10.2011, 2 Ob 204/10d; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w; OGH 18.9.1997, 8 Ob 119/97a; OGH 14.4.1996, 7 Ob 605/95; OGH 26.5.1987, 1 Ob 527/87.

¹⁰⁴⁴ Eigner, Interzedentenschutz 145; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1364 Rz 2; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/270; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1364 Rz 8; Dullinger in Dullinger/Kaindl 116; Avancini, JBI 1985, 195. (Nach dem letzten Autor sei die Verständigung des Bürgen aber nicht nur an den Sicherstellungsanspruch gemäß § 1364 ABGB gebunden.)

¹⁰⁴⁵ Eigner, Interzedentenschutz 145.

¹⁰⁴⁶ Eigner, Interzedentenschutz 145.

¹⁰⁴⁷ Jabornegg, ÖBA 1986, 415.

¹⁰⁴⁸ Jabornegg, ÖBA 1986, 415.

Lehre¹⁰⁴⁹ und der Rechtsprechung¹⁰⁵⁰ vorgebracht, dass die Abbedingung der Verständigungsaufgabe des Gläubigers keine krasse Benachteiligung iSv § 879 Abs 3 ABGB darstelle, solange der Bürge die notwendige Information selbst durch die anderen Wege erlangen könne, zB Einsicht in die Kontoauszüge. Hat der Bürge aber diese Möglichkeit nicht, dann stelle die Abbedingung unter gleichzeitiger Verweisung auf Kontaktaufnahme mit dem Hauptschuldner eine krasse Benachteiligung dar, da es einen Interessenkonflikt zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner gebe, in welchem das Risiko bestehe, dass der Hauptschuldner den Bürgen nicht richtig informiert¹⁰⁵¹.

40. Verständigung über die Zahlungsunfähigkeit und Entfernung des Hauptschuldners

- 479** In der Lehre wird eine Verständigungsaufgabe des Gläubigers aus dem § 1365 ABGB abgeleitet: Der Gläubiger müsse den Bürgen über eine begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit oder der Entfernung des Hauptschuldners aus dem Inland informieren, wenn dem Gläubiger bekannt ist, dass der Bürge von der begründeten Besorgnis keine Kenntnis hat¹⁰⁵². Der Bürge müsse ja über diese Besorgnisse unterrichtet werden, damit er seinen Sicherstellungsanspruch gemäß § 1365 ABGB geltend machen könne. Diese Aufgabe des Gläubigers, der oft einen Informationsvorsprung gegenüber dem Bürgen habe, berufe sich auf den Grundsatz, dass bei starkem Informationsgefälle der besser Informierte den anderen im zumutbaren Ausmaß über die wesentlichen Umstände zu informieren habe¹⁰⁵³.
- 480** Die formularmäßige Abbedingung dieser Verständigungsaufgabe wird mit den folgenden Argumenten als krasse Benachteiligung des Bürgen iSv § 879 Abs 3 ABGB angesehen: Der Bürge könne sich nicht auf diesbezügliche Kontaktaufnahme mit dem Hauptschuldner verlassen¹⁰⁵⁴; eine diesbezügliche Warnung des Bürgen durch den Gläubiger sei unerlässlich¹⁰⁵⁵.

41. Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren des Hauptschuldners durch den Bürgen

a. Vor der Befriedigung des Gläubigers

- 481** § 17 Abs 2 IO gewährt dem Bürgen das Recht, seine künftige und wahrscheinliche Regress-

¹⁰⁴⁹ *Eigner*, Interzedentenschutz 147; *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1364 Rz 8.

¹⁰⁵⁰ Hinsichtlich der Säumigkeit des Hauptschuldners: OGH 18.4.2002, 2 Ob 50/02w; OGH 27.10.1989, 8 Ob 43/88.

¹⁰⁵¹ *Eigner*, Interzedentenschutz 147.

¹⁰⁵² *Eigner*, Interzedentenschutz 140 ff; *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1365 Rz 3; *Avancini*, JBl 1985, 199; *R. Perner*, Bürgschaft 103 f; *Dullinger in Dullinger/Kaindl* 115.

¹⁰⁵³ *Eigner*, Interzedentenschutz 140.

¹⁰⁵⁴ *Eigner*, Interzedentenschutz 147; *Dullinger in Dullinger/Kaindl* 117.

¹⁰⁵⁵ *Eigner*, Interzedentenschutz 147.

forderung für den Fall anzumelden, dass der Gläubiger seine Forderung gegen den Hauptschuldner im Insolvenzverfahren nicht geltend macht. In der Lehre wird die Anmeldung der künftigen und wahrscheinlichen Regressforderung des Bürgen auch neben der Anmeldung der Forderung des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner gebilligt, diese wird aber nur dann berücksichtigt, wenn der Gläubiger seine Forderung zurückzieht¹⁰⁵⁶.

Nach einer Ansicht sei der Gläubiger dem Bürgen aufgrund des § 1356 ABGB verantwortlich, wenn er die Anmeldung seiner Forderung im Insolvenzverfahren des Hauptschuldners unterlässt¹⁰⁵⁷. Diese Ansicht ist aber fragwürdig, weil auch der Bürge zur Forderungsanmeldung berechtigt ist. **482**

b. Nach der Teilbefriedigung des Gläubigers

i. Vor der Insolvenzeröffnung

Gemäß § 17 Abs 1 IO kann der Bürge im Insolvenzverfahren das Begehren auf Ersatz der vor oder nach der Insolvenzeröffnung von ihm geleisteten Zahlungen stellen, sofern ihm eine Regressforderung gegen den Hauptschuldner zusteht. Nach der Lehre¹⁰⁵⁸ und dem OGH¹⁰⁵⁹ könne der Bürge in diesem Fall wie jeder sonstige Gläubiger seine Forderung gegen den Hauptschuldner ohne Rücksicht darauf anmelden, dass er eigentlich nur einen Teil seiner Schuld aus dem Bürgschaftsvertrag beglichen hat. Der Gläubiger könne dann nur den Rest der Forderung anmelden. **483**

Die Beteiligung des Bürgen am Insolvenzverfahren ist aber fragwürdig, wenn der Bürge nur einen Teil seiner Schuld erbracht hat. Der Gläubiger kann den Bürgen am Ende des Insolvenzverfahrens wieder in Anspruch nehmen, wenn er am Ende des Insolvenzverfahrens nicht voll befriedigt wurde. Das führt dazu, dass der Bürge dem Gläubiger den Betrag leistet, den er von der Insolvenzmasse erlangt hat. Dieses Problem kann man dadurch überwinden, dass der Gläubiger den ganzen Betrag der ausständigen Hauptschuld bis zu seiner vollen Befriedigung gemäß § 18 Abs 1 IO geltend macht. § 18 Abs 1 IO weist eigentlich auf den Betrag **484**

¹⁰⁵⁶ Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 72; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 21; P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/221; OGH 11.11.2004, 8 Ob 47/04a; OGH 31.8.1994, 8 Ob 1013/94.

¹⁰⁵⁷ Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1356 Rz 4; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1356 Rz 4; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/269.

¹⁰⁵⁸ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Schett, RdW 1995, 250, 251; Th. Rabl, ecolex 1998, 615; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 69 ff; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 11; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 9; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/222; Th. Rabl, Bürgschaft 142. **AA** Doralt, Die Quote des Gläubigers im Insolvenzverfahren seines Schuldners nach Leistung beschränkt haftenden Interzedenten, ÖBA 1987, 331 (336).

¹⁰⁵⁹ OGH 26.2.2004, 8 Ob 153/03p.

hin, der zur Zeit der Insolvenzeröffnung ausständig ist, sofern mehrere Personen für die Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung stehen. Die Erfüllung des Bürgen ändert nicht die Höhe des offenstehenden Teils der anzumeldenden Forderung. Der Bürge erfüllt seine eigene Schuld aus dem Bürgschaftsvertrag. Ein Forderungsübergang erfolgt in diesem Ausmaß. Für den Teil der Forderung, der auf den Bürgen übergegangen ist, sollte dann § 18 Abs 2 IO gelten, nach welchem der Bürge den sich nach der vollen Befriedigung des Gläubigers ergebenden Überschuss erhält. Daher sollte die Beteiligung des Bürgen am Insolvenzverfahren, bzw Forderungsanmeldung des Bürgen einfachheitshalber ausgeschlossen sein, wenn er nicht seine ganze Schuld erbracht hat.

- 485** Für den Fall, dass der Bürge die Bürgschaft nur für einen Teil der Hauptschuld eingegangen ist und seine Schuld voll erbracht hat, sollte man die Beteiligung des Bürgen zulassen, damit der Bürge sich die Last der Hauptschuld nicht unbilligerweise aufbürdet. Die im vorstehenden Absatz vorgebrachte Lösung steht der Beteiligung des Bürgen am Insolvenzverfahren nicht entgegen, da sie nur dann Anwendung finden sollte, wenn die volle Befriedigung des Gläubigers gegen den Bürgen nicht erfolgen könnte, nämlich wenn mehrere Personen für die Befriedigung des Gläubigers zur Verfügung stehen. Hat der Bürge aber seine Schuld aus dem Bürgschaftsvertrag voll erbracht, dann ist der Gläubiger bezüglich dieser Schuld aus der Bürgschaft voll befriedigt. Er sollte den ganzen Betrag der ausständigen Forderung gemäß § 18 Abs 1 IO nicht mehr geltend machen können.
- 486** Schlussendlich wäre es einfachheitshalber empfehlenswert, den Anwendungsbereich des § 17 Abs 1 IO durch die teleologische Reduktion zu beschränken, und dementsprechend die Beteiligung des Bürgen gemäß § 17 Abs 1 IO nur dann zuzulassen, wenn er seine Schuld voll beglichen hat.

ii. Nach der Insolvenzeröffnung

- 487** Nach der Lehre¹⁰⁶⁰ und dem OGH¹⁰⁶¹ sei die Beteiligung des Bürgen am Insolvenzverfahren nicht möglich, wenn er Teilzahlungen nach der Insolvenzeröffnung geleistet hat. Diese Annahme steht aber mit dem Wortlaut des § 17 Abs 1 IO nicht im Einklang. Daher wird eine teleologische Reduktion dieser Regel vorgeschlagen, die um den Fall der bloßen Teilleistung des Bürgen nach der Insolvenzeröffnung zu reduzieren sei¹⁰⁶². Dementsprechend könne der

¹⁰⁶⁰ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Schett, RdW 1995, 250, 251; Th. Rabl, eolex 1998, 615; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 70; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 21; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/223; Th. Rabl, Bürgschaft 147; R. Perner, Bürgschaft 120.

¹⁰⁶¹ OGH 26.2.2004, 8 Ob 153/03p.

¹⁰⁶² P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100.

Gläubiger die volle zur Zeit der Insolvenzeröffnung ausständige Forderung gemäß § 18 Abs 1 IO anmelden¹⁰⁶³.

Eine Ausnahme vom Ausschluss der Beteiligung des Bürgen macht aber die hL, wenn der Bürge nicht für die ganze Hauptschuld einsteht und seine gesamte Schuld erfüllt¹⁰⁶⁴. In diesem Fall komme § 18 Abs 1 IO nicht zur Anwendung. Der Bürge könne mit seiner Regressforderung und der Gläubiger nur mit seiner Restforderung am Insolvenzverfahren teilnehmen. Begründet wird diese Folgerung mit dem Argument, dass § 18 Abs 1 IO dem Gläubiger nur dann entgegenkomme, wenn mehrere Personen ihm für seine Befriedigung zur Verfügung stehen¹⁰⁶⁵. Nach der Leistung des Bürgen existiere keine gemeinschaftliche Schuld mehr¹⁰⁶⁶. Andernfalls würde der Zweck des § 17 Abs 3 IO völlig unterlaufen¹⁰⁶⁷. 488

Nach einer anderen Ansicht stehe der Höchstbetragsbürge dem Gläubiger immer nach, wenn es auf die Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners kommt¹⁰⁶⁸. Aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft ergebe es sich, dass der Gläubiger vollen Zugriff auf das Vermögen des Hauptschuldners behalten müsse, so dürfte dieser Haftungsfonds durch die Regressforderung des Bürgen nicht geschmälert werden¹⁰⁶⁹. Es sei gleichgültig, ob der Höchstbetragsbürge, der sich nicht für die ganze Hauptschuld verbürgt hat, seine Schuld voll erbracht hat oder nicht, oder ob er vor oder nach der Insolvenzeröffnung eine Leistung erbracht hat¹⁰⁷⁰. Nach dieser Ansicht gelten diese Überlegungen aber nur für die Höchstbetragsbürgschaften, sie gelten nicht für die Bürgschaften, die für einen individuell bestimmten Teil der Hauptschuld übernommen wurden¹⁰⁷¹. In dem letzteren Fall bestehe keine Nachrangigkeit 489

¹⁰⁶³ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Schett, RdW 1995, 251; Th. Rabl, ecolex 1998, 615; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 70; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 21; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; Ofner in Schwimann, Taschenkommentar³ § 1358 Rz 11; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 9; OGH 13.7.1989, 8 Ob 646/88. Fürs Ausgleichsverfahren: OGH 5.11.1930, 1 Ob 827/30.

¹⁰⁶⁴ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Schett, RdW 1995, 251; Th. Rabl, ecolex 1998, 615; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 71; Mader/W. Faber in Schwimann, Praxiskommentar VI³ § 1358 Rz 21; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 9; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Kreditsicherheiten I² Rz 1/224; Th. Rabl, Bürgschaft 150 ff; R. Perner, Bürgschaft 120; Th. Rabl, ecolex 2005/358 (Entscheidungsanmerkung). Für eine Bankgarantie: OGH 13.7.1989, 8 Ob 646/88.

¹⁰⁶⁵ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Th. Rabl, ecolex 1998, 615; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; Th. Rabl, Bürgschaft 151. Für eine Bankgarantie: OGH 13.7.1989, 8 Ob 646/88.

¹⁰⁶⁶ P. Bydlinski, ÖBA 2005, 100; Th. Rabl, ecolex 1998, 615; P. Bydlinski in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 9; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1358 Rz 10; Th. Rabl, Bürgschaft 151; Th. Rabl, ecolex 2005/358.

¹⁰⁶⁷ Th. Rabl, ecolex 1998, 615; Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 ABGB Rz 71; Th. Rabl, Bürgschaft 151.

¹⁰⁶⁸ Doralt, ÖBA 1997, 336.

¹⁰⁶⁹ Doralt, ÖBA 1997, 336.

¹⁰⁷⁰ Doralt, ÖBA 1997, 338.

¹⁰⁷¹ Doralt, ÖBA 1997, 338.

gegenüber der offenen Restforderung des Gläubigers.

- 490 In diesem Zusammenhang kann man die oben angeführte Lösung¹⁰⁷² auch hier gelten lassen. Diese Lösung steht im Ergebnis mit der hL im Einklang. Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass es ein entweder oder Verhältnis zwischen § 17 IO und § 18 IO besteht. Den Anwendungsbereich des § 17 IO beschränkt man durch die teleologische Reduktion auf den Fall, dass der Bürge seine Schuld in vollem Umfang erfüllt hat. In diesem Fall findet § 18 IO keine Anwendung, da sie nur für den Fall unvollständiger Befriedigung des Gläubigers aus dem Sicherungsgeschäft, zB Bürgschaft, gilt.

42. Verbraucherrechtliches Rücktrittsrecht bei maßgeblichen Umständen

- 491 Nach der hL kann ein Verbraucher-Bürge von seinem Vertragsantrag bzw Bürgschaftsvertrag gemäß § 3a KSchG zurücktreten¹⁰⁷³. Ob der Hauptschuldner auch ein Verbraucher ist, ist für das Rücktrittsrecht des Verbraucher-Bürgen unerheblich¹⁰⁷⁴. Eine von den allgemeinen Voraussetzungen zur Geltendmachung des Rücktrittsrechts abweichende Voraussetzung besteht nicht für den Verbraucher-Bürgen. Es ist ausreichend, wenn ein von in § 3a Abs 2 KSchG taxativ aufgezählten maßgeblichen Umständen ohne Veranlassung des Bürgen nicht oder nur in erheblich geringerem Ausmaß eintritt, obwohl der Unternehmer den Eintritt eines Umstands als wahrscheinlich dargestellt hat. Die folgenden Umstände sind als maßgeblich angesehen: Die Erwartung der Mitwirkung oder Zustimmung eines Dritten für die Erbringung der Leistung des Unternehmers oder Verwendung der Leistung des Unternehmers durch den Verbraucher; die Aussicht auf steuerlichen Vorteile; die Aussicht auf eine öffentliche Förderung; die Aussicht auf einen Kredit.
- 492 Nach einer Ansicht sei die Anwendbarkeit des § 3a KSchG auf die Bürgschaftsverträge aufgrund der taxativ aufgezählten Umstände bedenklich und abzulehnen¹⁰⁷⁵. Es sei zwar möglich, dass in der Praxis seltsame Fälle vorkommen können, in welchen § 3a Abs 2 KSchG für einen Bürgen Bedeutung erlange¹⁰⁷⁶. Darüber hinaus erfasse der Anwendungsbereich der Regel nach ihrem Wortlaut auch die Bürgschaftsverträge¹⁰⁷⁷. Aber die Zweckrichtung des § 3a KSchG sei anders, sie betreffe den Schutz der Erwartungen eines Verbrauchers, nach welchen das Rechtsgeschäft wirtschaftlich sinnvoll erscheine¹⁰⁷⁸. Ein Rechtsgeschäft sei für ei-

¹⁰⁷² Oben Rz 484 ff.

¹⁰⁷³ Mader/W. Faber in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1363 Rz 3; Eigner, Interzedentenschutz 207, 209; Gamerith in *Rummel*, ABGB³ vor § 1360 Rz 6a; R. Perner, Bürgschaft 128; P. Bydlinski, Kreditbürgschaft² 96. **AA** Thoß, Bürgenschutz 53 ff.

¹⁰⁷⁴ Eigner, Interzedentenschutz 209.

¹⁰⁷⁵ Thoß, Bürgenschutz 53 ff.

¹⁰⁷⁶ Thoß, Bürgenschutz 53 f.

¹⁰⁷⁷ Thoß, Bürgenschutz 53.

¹⁰⁷⁸ Thoß, Bürgenschutz 55.

nen Verbraucher nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn es einen Wert, regelmäßig in der Form eines Vermögenszuwachses, schöpfe¹⁰⁷⁹. In diesem Sinn sei die Bürgschaft als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft nicht wirtschaftlich sinnvoll, deswegen falle sie nicht unter den Anwendungsbereich des § 3a KSchG¹⁰⁸⁰. Daher sei der Anwendungsbereich des § 3a KSchG teleologisch zu reduzieren¹⁰⁸¹.

Die Reduktion des Anwendungsbereichs des § 3a KSchG aus den oben angeführten Gründen ist aber fragwürdig. Zuerst ist es festzuhalten, dass ein Rechtsgeschäft auch dann wirtschaftlich sinnvoll ist, wenn es einen Vermögensverlust ohne Wertschöpfung verhindert. Deswegen wäre es besser, den Anwendungsbereich des § 3a KSchG nicht auf die Wertschöpfung erzielenden Rechtsgeschäfte zu beschränken. Es ist aber klar, dass die Erwartung des Bürgen im Regelfall weder auf den Vermögenszuwachs noch den Vermögensverlust abzielt. Er hat nach der Berechnung des Risikos der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners die Erwartung, dem Hauptschuldner beim Geschäftsabschluss durch die Risikoübernahme zu helfen und dies möglichenfalls ohne unerwünschte Folgen zu tun. Die Frage stellt sich, ob diese Erwartung durch den § 3a KSchG geschützt werden kann. Aus dieser Regel ergibt es sich nicht, dass die in § 3a Abs 2 KSchG aufgezählten Umstände unbedingt das Rechtsgeschäft der Bürgschaft betreffen müssen. Es reicht aus, wenn sie für die Willensbildung des Verbrauchers zum Geschäftsabschluss maßgeblich sind. Diese Umstände können die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners beeinflussen. Daher können sie bei der Risikoberechnung durch den Bürgen in Erwägung gezogen werden und für die Willensbildung des Verbraucher-Bürgens maßgeblich sein. Stellt der Unternehmer diese Umstände noch dazu als wahrscheinlich dar, dann fällt die Erwartung des Verbraucher-Bürgens unter die durch diese Regel zu schützenden Interessen. Aus diesem Grund wäre es empfehlenswert, den Anwendungsbereich des § 3a KSchG nicht um die Bürgschaftsverträge einzuschränken. **493**

§ 3a Abs 3 KSchG regelt die Fristen für die Geltendmachung des Rücktrittsrechts. Für die einwöchige Frist gibt es kein Problem. Die Anwendung des § 3a Abs 3 S 3 KSchG auf die Bürgschaft erweist sich aber als problematisch, da der Gläubiger im Regelfall nichts dem Bürgen zu leisten hat und die Bürgschaft des Verbrauchers weder ein Bankvertrag noch ein Versicherungsvertrag ist. Das ist ein Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber den Bürgschaftsvertrag nicht berücksichtigt hat. Das ändert aber kaum den Umstand, dass der Bürge die **494**

¹⁰⁷⁹ *Thoß*, Bürgenschutz 55.

¹⁰⁸⁰ *Thoß*, Bürgenschutz 56.

¹⁰⁸¹ *Thoß*, Bürgenschutz 56.

durch § 3a KSchG zu schützenden Interessen hat. Hier wäre es empfehlenswert, die einmonatige Frist nach der Erfüllung des Bürgschaftsvertrags bzw § 3a Abs 3 S 3 HS 1 KSchG sinngemäß anzuwenden.

D. Nicht vergleichbare Instrumente in der Türkei

43. Einleitung der Betreuung auf Aufforderung bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit

- 495 Gemäß § 601 Abs 1 TBK kann der Bürge, der die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit übernommen hat, nach der Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger verlangen, dass er innerhalb eines Monats seine Betreibungs- und Klagerechte gegenüber dem Hauptschuldner geltend macht, die Verwertung der allfälligen Pfänder einleitet und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung verfolgt, sofern diese für die Belangbarkeit des Bürgen erforderlich sind. Wenn der Bürge auf die Vorausklage und die Vorausverwertung der Pfänder bis zu den erlaubten Grenzen verzichtet hat, kann er nach der Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger nur die Mahnung des Hauptschuldners und die Verwertung der Faust- und Forderungspfandrechte verlangen. Es wäre auch hier empfehlenswert, den Umfang der zu verwertenden Sicherheiten nur auf die Sicherheiten zu beschränken, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangt wurden¹⁰⁸².
- 496 Nach einer Ansicht beginne die einmonatige Frist mit dem Empfang der Aufforderung des Bürgen durch den Gläubiger¹⁰⁸³. Nach einer anderen Ansicht beginne die Frist mit der positiven Kenntnis des Gläubigers von der Aufforderung¹⁰⁸⁴. Das Gesetz sieht keine besondere Form für die Aufforderung vor. In der Lehre wurde die Frage gestellt, ob der Bürge bereits vor der Fälligkeit den Gläubiger zur Geltendmachung seiner Rechte auffordern könne. Diese Frage wird von der hL trotz des Wortlauts des Gesetzestexts bejaht¹⁰⁸⁵. Ferner werden von der Lehre die Klauseln in den Bürgschaftsverträgen, die den Bürgen von seiner Haftung befreien, wenn der Gläubiger innerhalb eines Monats nach der Fälligkeit der Hauptschuld seine Betreibungs- und Klagerechte nicht geltend macht, als wirksam betrachtet¹⁰⁸⁶. In diesen Fäl-

¹⁰⁸² Für die Begründung: Oben Rz 240.

¹⁰⁸³ Özen, Kefalet³ 570; Çınar, Kefilin 99; Acar, Mütəselsil 401; Özen, İKÜHFD 2011/2, 65; Grassinger, Savunma 150; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 511 Rz 7; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 511 Rz 4.

¹⁰⁸⁴ Reisoğlu, Kefalet 304.

¹⁰⁸⁵ Özen, Kefalet³ 568; Grassinger, Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, in FS Kocayusufpaşaoğlu (2004) 209 (212); Aksoy, Kefalet 76; Çınar, Kefilin 95; Beck, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 19; Giovanoli in Becker, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 3; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 511 Rz 5. AA Gümüş, Borçlar² 392.

¹⁰⁸⁶ Reisoğlu, Kefalet 304; Özen, Kefalet³ 568; Grassinger in FS Kocayusufpaşaoğlu 212; Uzun, Kefalet 89; Şahan, Kefalet 72; Çınar, Kefilin 96; Özen, İKÜHFD 2011/2, 64; Grassinger, Savunma 156; Beck, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 19; Pestalozzi in Basler, Obligationenrecht I⁶ § 511 Rz 5; Vischer in Huguenin/Müller-Chen/Girsberger, Handkommentar 2² § 511 Rz 3.

len beginne die einmonatige Frist mit der Fälligkeit der Hauptschuld¹⁰⁸⁷.

Unterlassung der Geltendmachung der Betreibungs- und Klagerechte innerhalb eines Monats oder die erhebliche Unterbrechung der Fortsetzung des Rechtswegs führt ohne weiteres gemäß § 601 Abs 3 TBK zur gänzlichen Befreiung des Bürgen von seiner Haftung. Die Haftungsbefreiung des Bürgen ist beim Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses so zu verstehen, dass der Bürge nur von der jeweiligen einzelnen Schuld frei wird¹⁰⁸⁸. In der Lehre wird der Nachweis eines Schadens nicht als notwendig erachtet¹⁰⁸⁹.

Schlussendlich ist ein im Voraus erklärter Verzicht auf dieses Schutzinstrument nicht zulässig¹⁰⁹⁰.

44. Fälligestellung auf Aufforderung bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit

Für die Schulden, deren Fälligkeit vom Gläubiger herbeigeführt werden, erlegt § 601 Abs 2 TBK dem Gläubiger die Aufgabe auf, die Hauptschuld nach der Aufforderung des Bürgen, der die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit übernommen hat, fällig zu stellen und gegen den Hauptschuldner, wie im vorstehenden Titel¹⁰⁹¹, vorzugehen. Dem Bürgen steht dieses Recht, Aufforderung der Fälligestellung, erst nach Ablauf eines Jahres seit der Bürgschaftsübernahme zu. In der Lehre wird die Ausdehnung dieses einjährigen Zeitraums bejaht, wenn die Fälligestellung der Hauptschuld erst später möglich sein wird¹⁰⁹². Ferner wird die vor dem Eintritt einer Kündigungsmöglichkeit erfolgte Aufforderung als gültig angesehen, jedoch sei sie erst frühestens nach Ablauf eines Jahres nach der Bürgschaftsübernahme wirksam¹⁰⁹³.

Das Gesetz sieht keine besondere Frist für die Fälligestellung der Hauptschuld nach diesbezüglicher Aufforderung des Bürgen vor. Nach der hL habe der Gläubiger die Hauptschuld unverzüglich fällig stellen¹⁰⁹⁴. Unterlässt der Gläubiger die Fälligestellung der Hauptschuld

¹⁰⁸⁷ *Reisoğlu*, Kefalet 304; *Özen*, Kefalet³ 570; *Grassinger* in FS Kocayusufpaşaoğlu 212; *Aksoy*, Kefalet 76; *Çınar*, Kefilin 95; *Grassinger*, Savunma 151; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 25; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 3; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 511 Rz 7; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 511 Rz 4.

¹⁰⁸⁸ *Özen*, Kefalet³ 567; *Uzun*, Kefalet 85; *Çınar*, Kefilin 87; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 63; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 11; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 511 Rz 2.

¹⁰⁸⁹ *Reisoğlu*, Kefalet 301 f; *Özen*, Kefalet³ 571; *Gümüş*, Borçlar² 397; *Grassinger* in FS Kocayusufpaşaoğlu 224; *Uzun*, Kefalet 95; *Şen*, Kefalet 47; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 32; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 511 Rz 12; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 511 Rz 7; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 511 Rz 8.

¹⁰⁹⁰ **AA** *Gümüş*, Borçlar² 391.

¹⁰⁹¹ Oben Rz 495 ff.

¹⁰⁹² *Reisoğlu*, Kefalet 305 f; *Özen*, Kefalet³ 571 f; *Grassinger* in FS Kocayusufpaşaoğlu 214; *Şahan*, Kefalet 72; *Çınar*, Kefilin 97; *Acar*, Mütessesil 407; *Özen*, İKÜHFD 2011/2, 67; *Grassinger*, Savunma 152; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 35; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 511 Rz 6; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 511 Rz 6.

¹⁰⁹³ *Çınar*, Kefilin 97; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 511 Rz 35.

¹⁰⁹⁴ *Özen*, Kefalet³ 572; *Aksoy*, Kefalet 77; *Gümüş*, Borçlar² 396; *Grassinger* in FS Kocayusufpaşaoğlu 226; *Uzun*, Kefalet 94; *Çınar*, Kefilin 105; *Acar*, Mütessesil 407; *Grassinger*, Savunma 152; *Beck*, Bürgschaftsrecht

nach der Aufforderung des Bürgen oder das nötige Vorgehen nach der Fälligkeit, dann wird der Bürge gemäß § 601 Abs 3 TBK befreit.

501 Schlussendlich ist ein vorzeitig erklärter Verzicht des Bürgen auf dieses Recht nicht zulässig.

45. Benachrichtigung über den Konkurs und die Nachlassstundung

502 § 594 Abs 2 S 2 TBK erlegt dem Gläubiger die Aufgabe auf, den Bürgen über den Konkurs und die Nachlassstundung des Hauptschuldners zu informieren. Die Umkehrung dieser Aufgabe, nach welcher die Benachrichtigung die Aufgabe des Bürgen ist, ist nicht zulässig¹⁰⁹⁵. Die Benachrichtigung des Bürgen hebt die unten angeführte Aufgabe des Gläubigers nicht auf¹⁰⁹⁶. Keine besondere Form verlangt das Gesetz für die Benachrichtigung des Bürgen¹⁰⁹⁷.

46. Forderungsanmeldung im Konkurs und Nachlassverfahren

503 Gemäß § 594 Abs 2 S 1 TBK hat der Gläubiger seine Forderung im Konkurs und Nachlassverfahren des Hauptschuldners anzumelden. Die Umkehrung dieser Aufgabe ist nicht zulässig¹⁰⁹⁸. In der Lehre ist ein allgemeines Recht des Bürgen zur Anmeldung der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner anerkannt¹⁰⁹⁹. Grundsätzlich gewährt § 204 Abs 2 İİK dem Bürgen dieses Recht erst dann, wenn er bereits eine Teilzahlung geleistet hat. Das Recht des Bürgen zur Anmeldung hebt aber nicht die Aufgabe des Gläubigers auf¹¹⁰⁰.

504 Die Frage stellt sich, ob der Bürge seine künftige und wahrscheinliche Regressforderung anmelden kann. In der Lehre wurde diese Frage bejaht¹¹⁰¹. ZT wird das Argument vorgebracht, dass die Regressforderung des Bürgen eine bedingte Forderung iSv § 197 İİK ist¹¹⁰². Die Zulassung der Anmeldung der künftigen und wahrscheinlichen Regressforderung des Bürgen ist aber fragwürdig. Zuerst wird die Forderung des Gläubigers ja angemeldet, die Zulassung der Anmeldung einer eventuellen Regressforderung des Bürgen führt zur Doppelbelastung der Konkursmasse. Zweitens gibt es keinen Bedarf so einer Anmeldung, weil der Gläubiger zur Anmeldung seiner Forderung verpflichtet ist. Drittens ist der bedingte Charakter der Regressforderung des Bürgen abzulehnen¹¹⁰³. Aus diesen Gründen wäre es

§ 511 Rz 36; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 511 Rz 11; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 511 Rz 7. **AA** *Reisoğlu*, Kefalet 305; *Şahan*, Kefalet 73; *Tandoğan*, Borçlar II³ 802.

¹⁰⁹⁵ *Gümüş*, Borçlar² 429; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 17.

¹⁰⁹⁶ *Gümüş*, Borçlar² 431; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 18.

¹⁰⁹⁷ Zur Verletzung dieser Aufgabe und Verzichtbarkeit: Unten Rz 509 f.

¹⁰⁹⁸ *Özen*, Kefalet³ 400; *Gümüş*, Borçlar² 429; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 20.

¹⁰⁹⁹ *Özen*, Kefalet³ 400 f, 505.

¹¹⁰⁰ *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 20.

¹¹⁰¹ *Reisoğlu*, Kefalet 156; *Özen*, Kefalet³ 399.

¹¹⁰² *Reisoğlu*, Kefalet 156.

¹¹⁰³ Für die Begründung: Oben Rz 332.

empfehlenswert, die künftige und wahrscheinliche Regressforderung des Bürgen nicht anzumelden¹¹⁰⁴.

Gemäß § 204 Abs 1 İİK ist die Forderung des Gläubigers in vollem Umfang anzumelden, selbst wenn der Bürge den Gläubiger bereits teilweise befriedigt hat. Ein Abzug ist nur dann möglich, wenn der Hauptschuldner den Gläubiger selber befriedigt. Die Teilbefriedigung des Gläubigers durch den Bürgen vor oder nach dem Konkurs lässt die Anmeldung der bestehenden Regressforderung des Bürgen nicht zu¹¹⁰⁵. Für den Fall der Teilzahlung des Bürgen sieht § 204 Abs 3 İİK vor, dass der Bürge aus den Überschüssen den Betrag erhält, den er bei selbstständiger Geltendmachung seiner Regressforderung erhalten würde, wenn der Gläubiger voll befriedigt wird. Erfüllt der Bürge seine Schuld während des Konkursverfahrens in vollem Umfang, so tritt er in die Stellung des Gläubigers ein. Eine neue Anmeldung für seine Regressforderung ist nicht erforderlich¹¹⁰⁶. **505**

Schwierigkeiten ergeben sich aber dann, wenn die Bürgschaft nicht die ganze Hauptschuld deckt und der Bürge seine Schuld in vollem Umfang erbracht hat. In diesem Fall sollte man § 204 Abs 1 İİK so auslegen, damit man die Last der Hauptschuld dem Bürgen nicht unbilligerweise aufbürdet: Gemäß § 204 Abs 1 İİK sollte der Gläubiger die Forderung gegen den Hauptschuldner nur dann in vollem Umfang anmelden können, wenn er vom Bürgen einen Teil seiner Forderung aus der Bürgschaft erhalten hat. Die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen ist eine von derjenigen getrennte und unterschiedliche Forderung, die der Gläubiger gegen den Hauptschuldner hat. Erfüllt der Bürge eigene Schuld in vollem Umfang, dann sollte § 204 Abs 1 İİK nicht mehr in Anwendung kommen, da es hier nicht um eine Teilbefriedigung geht. Der Bürge sollte seine Regressforderung im Konkurs des Hauptschuldners anmelden können und der Gläubiger sollte seine Forderung ohne Abzug der Zahlung des Bürgen nicht anmelden können¹¹⁰⁷. **506**

Nach der Forderungsanmeldung hat der Gläubiger weitere Vorkehrungen vorzunehmen, die ihm zur Wahrung seiner Rechte zugemutet werden können. Der Umfang dieser Vorkehrungen ist einzelfallbezogen. Man kann aber auf die folgenden Vorkehrungen beispielsweise hinweisen: Beteiligung an den Gläubigerversammlungen, Überwachung und Weiterleitung **507**

¹¹⁰⁴ Im Ergebnis zustimmend: *Gümüş*, Borçlar² 432.

¹¹⁰⁵ *Özen*, Kefalet³ 505 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 21, 35.

¹¹⁰⁶ *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 24; *Pestalozzi* in *Bastler*, Obligationenrecht I⁶ § 505 Rz 7; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 505 Rz 4; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 505 Rz 7.

¹¹⁰⁷ Im Ergebnis zT zustimmend: *Özen*, Kefalet³ 508.

der Verfügungen der Konkursverwaltung, Einsichtnahme in den Kollokationsplan¹¹⁰⁸.

- 508** Im Zusammenhang mit den weiteren Vorkehrungen kann man noch § 295 İİK zitieren: Der Gläubiger, der dem Abschluss des Nachlassvertrags nicht zugestimmt hat, kann den Bürgen immer noch in vollem Umfang in Anspruch nehmen, obwohl seine Forderung gegen den Hauptschuldner nicht in vollem Umfang eingefordert werden kann. Stimmt der Gläubiger aber dem Abschluss des Nachlassvertrags zu, dann hat der Gläubiger dem Bürgen mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitzuteilen und dem Bürgen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung anzubieten, damit er sein Recht gegenüber dem Bürgen wahren kann. Darüber hinaus kann der Gläubiger den Bürgen ermächtigen, an seiner Stelle über den Abschluss des Nachlassvertrags zu entscheiden.
- 509** Gemäß § 594 Abs 3 TBK ist die Rechtsfolge der Unterlassung dieser Aufgabe die Reduktion der Forderung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen im Ausmaß des dem Bürgen dadurch entstandenen Schaden. Nach der hL sei diese Rechtsfolge verschuldensabhängig¹¹⁰⁹. Hinsichtlich der Frage, ob diese Aufgabe auch für den Fall des Konkurses bzw Nachlassverfahrens eines von mehreren Bürgen gilt, weist die Lehre auf die Aufgabe des Gläubigers zur Beibehaltung der Sicherheiten¹¹¹⁰ hin¹¹¹¹.
- 510** Schlussendlich ist ein im Voraus erklärter Verzicht des Bürgen unzulässig.

47. Haftungsbefreiung beim Entfall eines anderen Bürgen

- 511** Gemäß § 587 Abs 3 TBK wird der Bürge befreit, der sich auf die künftigen Verpflichtungen anderer Bürgen unter den dem Gläubiger erkennbaren Umständen verlassen hat, wenn eine solche Erwartung nicht eintritt oder nachträglich ein solcher Bürge vom Gläubiger aus der Haftung entlassen oder seine Bürgschaft ungültig erklärt wird. Es ist hier zu bemerken, dass die Entlassung eines von mehreren Bürgen, der die Bürgschaft früher als die anderen eingegangen ist, eine Verletzung der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers darstellt¹¹¹². Hier ist

¹¹⁰⁸ *Gümüş*, Borçlar² 431; *Grassinger*, Savunma 203; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 26 ff; *Guhl*, Bürgschaftsrecht 90 f; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 505 Rz 9; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 505 Rz 5; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 505 Rz 8.

¹¹⁰⁹ *Özen*, Kefalet³ 403; *Gümüş*, Borçlar² 432; *Toplandı*, YÜHFD 2009/1, 202; *Gönültaş*, Def'iler 22; *Şahan*, Kefalet 45; *Aksoy*, Kefalet 121; *Tandoğan*, Borçlar II³ 764; *Reisoğlu*, Kefalet 157; *Grassinger*, Savunma 199; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 33; *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 19; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 505 Rz 13; *Staffelbach* in *Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf*, Obligationenrecht² § 505 Rz 7; *Vischer* in *Huguenin/Müller-Chen/Girsberger*, Handkommentar 2² § 505 Rz 10. **AA** *Eren*, Özel 799.

¹¹¹⁰ Oben Rz 359.

¹¹¹¹ *Özen*, Kefalet³ 399; *Gümüş*, Borçlar² 429; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 15. Ausdehnung dieser Aufgabe abgelehnt: *Giovanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 505 Rz 20.

¹¹¹² Oben Rz 359 ff.

die Rechtsfolge der Haftungsbefreiung auf die Entlassung eines nachträglichen Bürgen erstreckt. Aufgrund des Regressrechts des Bürgen ist es möglich, die Haftungsbefreiung des Bürgen auf den Fall der Entlassung eines anderen persönlich Mithaftenden, zB Garantie, zu erstrecken, da der Schutzbedarf in diesem Fall gleich ist¹¹¹³. Grundsätzlich wäre es auch möglich, die Haftungsbefreiung des Bürgen auf den Entfall einer nachträglichen dinglichen Sicherheit zu erstrecken, jedoch hat der Bürge nach dem System des TBK keinen Ausgleichsanspruch gegen den dinglich Mithaftenden, der nach der Bürgschaft seine Haftung einget¹¹¹⁴.

Das Gesetz knüpft die Rechtsfolge der Haftungsbefreiung an weitere Voraussetzungen: Das Verlassen auf eine andere Bürgschaft und die Erkennbarkeit dieses Umstands für den Gläubiger. Es ist nicht erforderlich, dass der Gläubiger die Absicht des Bürgen gekannt hat. Er sollte aber diese mit der ihm zumutbaren Sorgfalt erkennen können¹¹¹⁵. In der Lehre wird diese Voraussetzungen als erfüllt angesehen, wenn die Bürgschaftsurkunde die Namen anderer Personen als Bürge oder deren Unterschrift enthält¹¹¹⁶. Dagegen sei das Vorliegen anderer Namen in der Bürgschaftsurkunde nach der Rechtsprechung nicht ausreichend, um die Absicht des Bürgen zu beweisen, dass er sich auf das Zustandekommen anderer Bürgschaften verlassen hat¹¹¹⁷. 512

Die Lehre weist darauf hin, dass der Gesetzeswortlaut von der gänzlichen Haftungsbefreiung des Bürgen spricht¹¹¹⁸. Eine pauschale Annahme zur ganzen Befreiung erweist sich aber als fragwürdig, da die Ausgleichung zwischen mehreren Bürgen im Regelfall anteilmäßig erfolgt. Eine ganze Befreiung geht über das geschützte Interesse des Bürgen weit hinaus. Aus diesem Grund ist diese Regel so zu verstehen, dass die Befreiung nur im Ausmaß des entfallenen Ausgleichsanspruchs des Bürgen eintritt¹¹¹⁹. 513

¹¹¹³ AA *Reisoğlu*, Kefalet 190 f; *Özen*, Kefalet³ 367; *Grassinger*, Kefalet Sözleşmesinden Bazı Hukuki Sorunlar, in *Grassinger/İnal/Baysal/Aydıncık/Gönen* (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler (2010) 293 (306); *Sayın/Koyuncu*, İÜHF 2012/1, 335; *Demirbaş*, Kefalet 176; *Doğan*, Kefalet 40; *Şahan*, Kefalet 90; *Çınar*, Kefilin 154; *Grassinger*, Savunma 173; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 50.

¹¹¹⁴ Oben Rz 463.

¹¹¹⁵ *Özen*, Kefalet³ 360; *Gümüş*, Borçlar² 407; *Sayın/Koyuncu*, İÜHF 2012/1, 333; *İpek*, GÜHFD 2004/1, 548; *Demirbaş*, Kefalet 176; *Gönültaş*, Def'i 85; *Şahan*, Kefalet 90; *Aksoy*, Kefalet 83; *Grassinger*, Savunma 175 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 53; *Givanoli* in *Becker*, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 29.

¹¹¹⁶ *Reisoğlu*, Kefalet 193, 199; *Özen*, Kefalet³ 368; *Gümüş*, Borçlar² 407; *Demirbaş*, Kefalet 181; *Gönültaş*, Def'i 89; *Doğan*, Kefalet 42; *Şahan*, Kefalet 91; *Aksoy*, Kefalet 84; *Çınar*, Kefilin 155; *Grassinger*, Savunma 176.

¹¹¹⁷ Yargıtay 14.6.1985, 11 HD 1985/3380; Yargıtay 30.5.1990, HGK 1990/342.

¹¹¹⁸ *Reisoğlu*, Kefalet 198; *Özen*, Kefalet³ 365; *Özen* in *İnceoğlu* 387; *Grassinger* in *İnceoğlu* 367; *Grassinger* in *Grassinger/İnal/Baysal/Aydıncık/Gönen* 307; *Gümüş*, Borçlar² 407; *Sayın/Koyuncu*, İÜHF 2012/1, 335; *İpek*, GÜHFD 2004/1, 551; *Grassinger* in FS Yavuz 125; *Demirbaş*, Kefalet 180; *Grassinger*, İKÜHFD 2005/1-2, 92; *Çınar*, Kefilin 160.

¹¹¹⁹ Yargıtay 28.3.2003, 19 HD 2002/2287.

- 514 Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Verhältnis der Haftungsbefreiung des Bürgen gemäß § 587 Abs 3 TBK zum Schutzinstrument der Unverzichtbarkeit der Rechte des Bürgen im Voraus¹¹²⁰. Nach der Lehre könne ein Bürge bei der Eingehung der Bürgschaft seine Haftung als nicht § 587 Abs 3 TBK unterstehend erklären¹¹²¹. Nach dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags wird aber der Verzicht des Bürgen auf dieses Instrument bis zum Entfall eines anderen Bürgen als unzulässig angesehen¹¹²².

48. Leistungsverweigerung bei aufgehobener oder eingeschränkter Leistungsverpflichtung

- 515 Gemäß § 590 Abs 4 TBK hat der in der Türkei wohnhafte Bürge die Möglichkeit, den Zahlungsanspruch des Gläubigers zu verweigern, wenn die Leistung eines im Ausland wohnhaften Hauptschuldners durch die ausländische Gesetzgebung aufgehoben oder eingeschränkt wird, zB Verrechnungsverbot, Überweisungsverbot. Der Bürge kann seine Leistung verweigern, solange dieser Umstand fortbesteht. Da sich aus dem Gesetz nicht etwas Anderes ergibt, ist ein im Voraus erklärter Verzicht des Bürgen darauf unzulässig.

¹¹²⁰ Oben Rz 190.

¹¹²¹ *Özen*, Kefalet³ 360; *Gümiş*, Borçlar² 406; *Demirbaş*, Kefalet 183 f; *Beck*, Bürgschaftsrecht § 497 Rz 48; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 497 Rz 14. **AA** *Sayın/Koyuncu*, İÜHFM 2012/1, 336.

¹¹²² *Reisoğlu*, Kefalet 199; *Demirbaş*, Kefalet 184; *Pestalozzi* in *Basler*, Obligationenrecht I⁶ § 497 Rz 14.

A. Schlussfolgerung

MANCHMAL tut man großen Schaden, wenn man eigentlich nur helfen wollte. Die Rechtslage in der Türkei sieht nun leider genauso wie in diesem Sprichwort aus. Der Gesetzgeber in der Türkei wollte den Bürgen dadurch schützen, dass er die Liquidation der Bürgschaftsforderung verringert. Das führt aber nicht zum verbesserten Schutz des Bürgen, sondern zur Unbrauchbarkeit der Schutzinstrumente des Bürgen, da der Gläubiger nun seine Forderung durch anderweitige Wege sicherstellen möchte. Daher erweist sich die Angemessenheit der diversen Schutzinstrumente des türkischen Bürgschaftsrechts als zweifelhaft. Eine maximale Befristung, die unabhängig von der Art oder von den Einzelheiten der Hauptverbindlichkeit für alle Bürgschaften vorgesehen ist, beschränkt den Anwendungsbereich der Bürgschaft, obwohl die Parteien berechnete Interessen an einer längeren Bürgschaft haben können; so etwa bei einer Bürgschaft für einen Wohnungskredit, dessen Raten in mehr als zehn Jahren zurückzuzahlen sind. Ferner verunmöglicht die Unverzichtbarkeit der Rechte des Bürgen die Anpassung der Bürgschaft an die besonderen Bedürfnisse im Einzelfall. Die Bürgschaft ist im Endeffekt ein von einem anderen Geschäft abhängiges Geschäft. Ihr Dasein hängt davon ab. Daher muss sie flexibler sein. Wie eine Flüssigkeit die Gestalt der Umgebung annehmen kann, in welche sie gegossen wird, sollte die Bürgschaft an die Bedürfnisse in Verbindung mit der Hauptverbindlichkeit anpassbar sein. Weitere Probleme ergeben sich in Zusammenhang mit dem – nur in einem gewissen Rahmen verzichtbaren – Schutzinstrument der Verweisung des Bürgschaftsgläubigers auf allfällige Pfandrechte. Ein anderes problematisches Schutzinstrument ist die Teilung bei der Mitbürgschaft. Das führt zu unangemessenen Betreibungs- und Verfahrenskosten, Zeitverlust und Mühe und beschäftigt den Gläubiger mit der Frage, wie hoch die jeweiligen ProKopf-Anteile der Bürgen im Innenverhältnis sind. Auch die Einstellung der Betreuung durch die Leistung einer dinglichen Sicherheit erweist sich als fragwürdig, da es eine persönliche Sicherheit in eine dingliche Sicherheit umwandelt, ohne dass die Einwilligung des Gläubigers hinterfragt wird. Wenn er eine dingliche Sicherheit haben wollte, dann wollte er ja nicht einen Bürgschaftsvertrag abschließen. Ein weiteres Problem stellt das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen bei der aufgehobenen oder eingeschränkten Leistungsverpflichtung des Hauptschuldners dar. Dieses Risiko sollte entsprechend der Funktion der Bürgschaft in der Risi-

kosphäre des Bürgen liegen. Diese Schutzinstrumente in ihrer Gesamtheit stellen eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Bürgschaftsgläubigers dar und ziehen das berechnete Interesse des Gläubigers an der Sicherstellung seiner Forderung in Zweifel. Es ist daher nicht überraschend, dass der Bürgschaftsvertrag nicht so beliebt ist wie früher und nicht so oft abgeschlossen wird. Andere Probleme im System des türkischen Bürgschaftsrechts betreffen die Aufteilung der Last der Hauptschuld unter den einzelnen Sicherungsgebern. Das TBK enthält zwar eine Regel, nach welcher die Last nach den äußeren Haftungsgrenzen der Bürgen erfolgt, diese Lösung erweist sich aber nach der in dieser Arbeit vertretenen Lösung, nach welcher die Aufteilung – mit dem Vorbehalt der Haftungsgrenzen der Sicherungsgeber – gleichmäßig zu erfolgen hat, als unzutreffend. Außerdem löst das TBK das Regressproblem zwischen dem Pfandbesteller und dem Bürgen in zeitlicher Hinsicht und privilegiert den Bürgen, sollten sie ihre Haftung gleichzeitig übernommen haben.

- 517** Das Bürgschaftsmodell des ABGB bildet aber kein besseres Vorbild im Vergleich zum türkischen Bürgschaftsrecht. Das Schriftformerfordernis nach dem Bürgschaftsmodell des ABGB ist von seiner Funktion weit entfernt, sofern man dieses Erfordernis in inhaltlicher Hinsicht durch die weite Auslegung nicht erschwert. Ferner hat der Bürge, soweit im Bürgschaftsvertrag nichts anderes vereinbart wurde, ein berechtigtes Interesse daran, dass die Befriedigung in erster Linie ohne seine Inanspruchnahme erfolgt, solange dies möglich ist. Obwohl die Rechtslage die Schutzinstrumente des Bürgen, Verweigerung der Leistung beim Vorliegen des Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners und die Verweisung des Gläubigers auf die aus dem Vermögen des Hauptschuldners nachträglich erlangten Pfandrechte an körperlichen und beweglichen Sachen rechtfertigt, bieten die bürgschaftsrechtlichen Regeln des ABGB hierzu keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Während ein Jurist sich diese nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnten Schutzinstrumente möglicherweise noch herleiten kann, wird ein juristischer Laie regelmäßig daran scheitern. Jedoch werden die Gesetzbücher nicht nur für Juristen geschrieben und auch ein Nichtjurist sollte bei Lektüre des Gesetzestextes zumindest über die grundsätzliche Existenz dieser Schutzinstrumente aufgeklärt werden. Weitere Probleme betreffen die nachträgliche Aufklärung bzw. Verständigung des Bürgen. Der Bürge hat ein berechtigtes Interesse daran, über den Stand der Hauptschuld informiert zu bleiben, bevor ihm seine Inanspruchnahme droht, damit er sich für den schlimmsten Fall vorbereiten oder Pläne über sein künftiges Vermögen machen kann. Die Auskunftserteilung über den Stand der Hauptschuld, bevor die Inanspruchnahme des Bürgen in Frage kommt, ist in der Lehre höchst umstritten. Etwas Handfestes ist den bürgschaftsrechtlichen

Regeln des ABGB dahingehend nicht zu entnehmen. Ferner ist die Verständigung des Bürgen über die Fälligkeit der Hauptschuld und die Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit oder Entfernung des Hauptschuldners nur mittelbar zu erreichen. Ein anderes Problem ist die ganz allgemeine und umfassende Sorgfaltsaufgabe des Gläubigers, alle Vorkehrungen zu treffen, die die Regressforderung des Bürgen sicherstellen. Es ist aber nicht klar, welche konkrete Vorkehrungen nötig sind. Schlussendlich verdient die Anwendung jener Lösung den Vorzug, wonach die Aufteilung der Last der Hauptschuld unter den Sicherungsgebern unabhängig davon, ob sie persönlich oder dinglich haften, auf der Basis der Gleichwertigkeit erfolgt. Jedoch ist es anzumerken, dass sich diese Lösung nicht direkt aus den bürgschaftsrechtlichen Regeln des ABGB ergibt.

Es lässt sich zusammenfassend festhalten, dass das Bürgschaftsmodell beider Länder verbessert werden kann. Obwohl sie für die bestimmten Fälle gute Lösungen anbieten, bildet weder das österreichische noch das türkische Bürgschaftsrecht ein gutes Vorbild in der Gesamtschau. **518**

B. Wesentliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede

In beiden Ländern ist es grundsätzlich die Sache des Bürgen, sich über die wesentlichen Risiken, die an seine Haftungsübernahme gebunden sind, selbst zu informieren. Dem Gläubiger wird keine automatische Aufklärungsaufgabe¹¹²³ auferlegt. Eine Ausnahme wird aber bei der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners nach den allgemeinen Grundsätzen anerkannt. Ein lösungsbedürftiges Problem ist die Kollision zwischen der Aufklärung des Bürgen und Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers. In Österreich gibt es keine einstimmige Meinung, ob man das Bankgeheimnis in diesem Fall durchbrechen darf, während diese Frage in der Türkei bisher keine große Aufmerksamkeit erhalten hat. Abgesehen von der Aufklärung des Bürgen nach den allgemeinen Grundsätzen enthält österreichisches Recht weitere Aufklärungsaufgaben des Gläubigers, die sich auf die Verbraucherbürgschaften beziehen. Türkisches Recht enthält derzeit keine mit diesen Aufklärungsaufgaben vergleichbaren Vorschriften. **519**

Eine Gemeinsamkeit besteht darin, dass die Hauptfunktion der Schriftform im Bürgschaftsrecht auf den Schutz vor übereilten Haftungsübernahmen gerichtet ist. Hingegen weisen die Schriftformerfordernisse beider Länder unterschiedliche Inhalte auf. Nach dem Wortlaut des § 1346 ABGB ist die bloße Unterschrift des Bürgen für die Gültigkeit einer Bürgschaft aus- **520**

¹¹²³ Für die Begründung der Verwendung von Sammelbezeichnungen wie zB Aufgabe statt Pflicht bzw Obliegenheit oder Verteidigungsmittel statt Einrede bzw Einwendung: Oben Rz 21.

reichend. Neben der eigenhändigen Unterschrift des Bürgen verlangt türkisches Bürgschaftsrecht weitere eigenschriftliche Angaben in der Bürgschaftsurkunde: Ein bestimmter Höchstbetrag, Verbürgungsdatum und, im Fall einer Solidarbürgschaft, die Angaben, die auf die Solidarbürgschaft hindeuten. Weitere wesentliche Unterschiede betreffen die Behandlung von Formmängeln. Zuerst wird der Formmangel in Österreich nicht von Amts wegen geprüft, während er in der Türkei von Amts wegen geprüft wird. Ferner wird in Österreich die Heilung einer formnichtigen Bürgschaft im Ausmaß der erbrachten Leistung angenommen. Nach türkischem Recht bewirkt die Erfüllung einer formnichtigen Bürgschaft nicht die Heilung des Rechtsgeschäfts. Daher kann der Bürge seine Leistung zurückfordern.

- 521** Neben der erschwerten Schriftform sind die Privatautonomie und die Bürgschaftsfähigkeit nach türkischem Recht im Vergleich zum österreichischen Recht stark abgeschwächt. Die meisten Rechte des Bürgen im TBK sind unverzichtbar, zudem sieht das Gesetz eine zwingende maximale Höchstdauer für die Bürgschaften natürlicher Personen vor; die Bürgschaft einer verheirateten Person bedarf der Zustimmung ihres Ehegatten. Ähnliche Einschränkungen enthält österreichisches Recht nicht.
- 522** Die ordentliche Kündigung der Bürgschaft ist sowohl nach österreichischem Recht als auch nach türkischem Recht zulässig. Während das ABGB keine konkrete Regel über die ordentliche Kündigung der Bürgschaft enthält, hat der Gesetzgeber die Fristen der ordentlichen Kündigung der Dienstbürgschaften im TBK geregelt. In Österreich sind die Warte- und Kündigungsfristen in der Lehre umstritten.
- 523** Zu den Schutzinstrumenten der Vorausaufrechnung und der Vorausverwertung schweigt das ABGB. Die Vorausaufrechnung wird in der Lehre zT bejaht und zT verneint, während die Vorausverwertung der Pfänder einhellig verneint wird. Dagegen werden dem Bürgen im TBK diese Schutzinstrumente konkret eingeräumt. Daneben stehen dem Bürgen auch weitere Instrumente nach türkischem Recht zu, um seine direkte Inanspruchnahme zu verhindern, wie zB Vorausklage und Teilung.
- 524** In beiden Ländern kann der Bürge sich bei dem Gläubiger melden und Auskunft über den Stand der Hauptschuld verlangen. Jedoch ist es in Österreich umstritten, ab welchem Zeitpunkt der Gläubiger den Bürgen darüber zu informieren hat, während der Bürge nach türkischem Recht jederzeit diesbezügliche Auskunft nach türkischemverlangen kann. Ein anderes Instrument mit dem identischen Zweck ist die Aufgabe des Gläubigers, den Bürgen über die Säumigkeit des Hauptschuldners zu verständigen. Diese Aufgabe weist einen Unterschied zwischen den Ländern auf: Der Geltungsbereich dieser Aufgabe ist in Österreich auf die

Verbraucherbürgschaften beschränkt, während eine solche Beschränkung nach türkischem Recht nicht besteht. In diesem Zusammenhang sieht türkisches Recht noch eine spezielle Befreiungsmöglichkeit für den Bürgen vor, wenn der Gläubiger in Gläubigerverzug gerät. Eine vergleichbare Befreiungsmöglichkeit enthält österreichisches Recht nicht.

Eine andere Gemeinsamkeit besteht darin, dass die Zustimmung des Bürgen für den Schuldnerwechsel notwendig ist, wenn der Wechsel sich auf eine Vereinbarung mit dem Gläubiger beruft, damit die Haftung des Bürgen fortbesteht. In den anderen Fällen, in denen die Teilnahme des Gläubigers an der Vereinbarung über den Schuldnerwechsel nicht erforderlich ist, weist dieses Zustimmungserfordernis Unterschiede auf. Bei Unternehmensveräußerungen gewährt das österreichische Recht dem Bürgen ein Widerspruchsrecht, verzichtet aber auf das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung. Übt der Bürge sein Widerspruchsrecht nicht aus, dann besteht seine Haftung fort. Nach türkischem Recht ist es erforderlich, die Zustimmung des Bürgen für die Unternehmensveräußerung einzuholen, damit die Bürgschaft nach der Veräußerung fortbesteht; widrigenfalls wird der Bürge mit der befreienden Wirkung des Schuldnerwechsels für den bisherigen Schuldner befreit. In Bezug auf den Schuldnerwechsel durch die Gesamtrechtsnachfolge im gesellschaftsrechtlichen Bereich besteht in beiden Ländern keine konkrete Lösung, die Abschaffung des Zustimmungserfordernisses wird aber von der Lehre in beiden Ländern stark befürwortet. **525**

In Bezug auf die Auflösung der Bürgschaft aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners besteht ein Meinungskonflikt zwischen der Lehre und der Rechtsprechung in Österreich. Einen konkreten Anhaltspunkt für ein solches Auflösungsrecht des Bürgen enthalten die bürgschaftsrechtlichen Regeln des ABGB nicht. Währenddessen hat der Gesetzgeber dieses Problem im TBK konkret angesprochen und dem Bürgen ein Widerrufsrecht gewährt, das im Wege der Rechtsfortbildung auch ein Kündigungsrecht des Bürgen rechtfertigen kann. **526**

Dem Bürgen wird in beiden Ländern ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt, solange dem Hauptschuldner ein Gestaltungsrecht zusteht. Grundsätzlich wird dem Bürgen aber die Ausübung solcher Rechte des Hauptschuldners nicht gestattet. Keine konkrete Lösung ergeben sich unmittelbar aus ABGB und TBK, wenn der Hauptschuldner seine Gestaltungsrechte nicht ausübt, obwohl er nicht in der Lage ist, seiner Schuld nachzukommen. Diesbezüglich werden in der österreichischen Lehre unterschiedliche Standpunkte vertreten, während die türkische Lehre einhellig die Meinung vertritt, dass der Bürge sein Leistungsverweigerungsrecht mit dem Wegfall bzw der Nichtausübung des Gestaltungsrechts verliert. **527**

- 528** Ein Unterschied zwischen den Ländern besteht in der Anmeldung der Regressforderung des Bürgen bei Insolvenz bzw Konkurs des Hauptschuldners, wenn der Bürge seine eigene Schuld nicht vollkommen begleicht. In diesem Fall macht die österreichische Lehre eine Unterscheidung, ob der Bürge eine Teilleistung vor oder nach der Insolvenzeröffnung erbracht hat, gestattet ihm die Insolvenzbeteiligung bei einer Teilleistung vor der Insolvenzeröffnung und untersagt sie im zweiten Fall. Nach türkischem Recht ist die Konkursbeteiligung des Bürgen ausgeschlossen, solange er seine Schuld nicht vollkommen leistet. Hingegen ist die Insolvenz- bzw Konkursbeteiligung des Bürgen in beiden Ländern zulässig, wenn der Bürge seine Schuld im vollen Umfang leistet, diese aber nicht die ganze Hauptschuld deckt.
- 529** Ein starker Unterschied betrifft die Ausgleichung zwischen persönlichen und dinglichen Sicherungsgebern. In Österreich erfolgt die Ausgleichung auf der Basis der Gleichwertigkeit – unabhängig von der Art der Sicherheiten. Die Privilegierung einer persönlichen oder dinglichen Sicherheit ist ausgeschlossen. Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn mehrere Sicherungsgeber mit unterschiedlichen maximalen Haftungshöhen eintreten. Für diesen Fall werden diverse Berechnungsmethoden in der österreichischen Lehre vorgebracht. Währenddessen folgt das türkische Recht einem anderen Weg bei der Ausgleichung zwischen mehreren Sicherungsgebern. Dieses versucht, das Ausgleichungsproblem zwischen dem Pfandgeber und dem Bürgen zuerst nach der zeitlichen Reihenfolge der Haftungsübernahmen zu lösen. In diesem Fall hat der nachträgliche Sicherungsgeber den vollen Regressanspruch auf den anderen früheren. Bei gleichzeitigen Haftungsübernahmen privilegiert türkisches Recht den Bürgen und gewährt ihm in voller Höhe einen Regressanspruch gegenüber dem dinglichen Sicherungsgeber. Dieser Methode folgt das türkische Recht aber nicht bei der Ausgleichung zwischen persönlichen Sicherungsgebern. Zwischen persönlichen Sicherungsgebern erfolgt die Ausgleichung proportional zu den Haftungsgrenzen im Außenverhältnis.
- 530** Im engen Zusammenhang mit dem Regressrecht des Bürgen steht die Aufgabe des Gläubigers zur Beibehaltung der anderen Sicherheiten, da dem Bürgen diese Sicherheiten bei der Ausgleichung zur Verfügung stehen. Auch diesbezüglich gibt es Unterschiede zwischen den Ländern. Der Wortlaut des § 1360 ABGB untersagt dem Gläubiger nur die Freigabe der Pfänder, die vor oder bei der Eingehung der Bürgschaft bereits vorhanden waren. Die Erstreckung dieser Aufgabe auf nachträglich begründete Pfandrechte ist in der österreichischen Lehre umstritten. Mit der Entlassung der anderen Bürgen beschäftigt sich § 1363 ABGB, der in der Lehre so ausgelegt wird, dass ein entlassener Bürge trotz der Entlassung immer noch in die Ausgleichung zwischen den Bürgen einbezogen werden kann: Daher bezieht sich die

Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers nicht auf die anderen Bürgschaften. Währenddessen macht türkisches Recht, § 592 TBK, eine Unterscheidung, von wem und wann die Sicherheit bestellt wurde. Die Sicherheiten, die bei der Eingehung der Bürgschaft bereits vorhanden waren, sind unabhängig von deren Art und unabhängig von der Person des Bestellers beizubehalten. In Bezug auf die nachträglichen Sicherheiten ist die Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers weniger weitreichend. In diesem Fall muss der Gläubiger grundsätzlich nur jene nachträglichen Sicherheiten beibehalten, die aus dem Vermögen des Hauptschuldners speziell für die Hauptschuld erlangt wurden. Allerdings ist es anzumerken, dass § 587 TBK eine Sonderregel enthält, die eine Befreiungsmöglichkeit für den Bürgen vorsieht, wenn der Gläubiger eine nachträgliche persönliche Sicherheit freigibt, auf deren Bestand sich der Bürge bei der Haftungsübernahme unter den dem Gläubiger erkennbaren Umständen verlassen hat.

Es lässt sich zusammenfassend festhalten, dass türkisches Bürgschaftsrecht im Vergleich zum österreichischen Bürgschaftsrecht bürgenfreundlicher ist. **531**

C. Wichtigste Erkenntnisse

Am Ende dieses Vergleichs lässt sich die dadurch gewonnene Erkenntnis über ein gerechtes Bürgschaftsverhältnis wie folgt zusammenfassen: Ein effektiver Schutz des Bürgen beginnt in der vorvertraglichen Phase, indem der Bürge Kenntnis von der beeinträchtigten Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners erlangt. Grundsätzlich ist der Gläubiger berechtigt, sich darauf zu verlassen, dass der Bürge seine Interessen selbst wahrt. Daher sollte eine automatische Aufklärung des Bürgen durch den Gläubiger über die beeinträchtigte Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners abgelehnt werden. Eine Aufklärungsaufgabe des Gläubigers besteht aber, wenn der Gläubiger von folgenden zwei Tatbeständen Kenntnis hat: Einerseits die beeinträchtigte Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners, andererseits die Unkenntnis des Bürgen in Bezug darauf. Da zwischen Unternehmern und Verbrauchern regelmäßig ein Informationsgefälle zu Lasten letzterer besteht, kann man den zweiten Tatbestand, wonach der Gläubiger die Unkenntnis des Bürgen erkannt hat, nicht für die Aufklärungsaufgabe des Gläubigers bei den Verbraucherbürgschaften voraussetzen. Eine Aufgabe des Gläubigers zur Nachforschung über die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners sollte aber abgelehnt werden. Außerdem kann ein Zusammenstoß zwischen der Aufklärungsaufgabe und Geheimhaltungsaufgaben des Gläubigers bestehen. Es ist nicht einfach, eine von den hier geschützten Interessen zu bevorzugen. Ein Schadenersatzanspruch des Hauptschuldners aufgrund der Verletzung einer Geheimhaltungsaufgabe ist aber rechtsmissbräuchlich, wenn er selbst den Abschluss des Bürgschaftsvertrags veranlasst hat. **532**

In beiden Ländern bestehen keine Hindernisse gegen die Umsetzung dieser Folgerung.

- 533** Anschließend an die Aufklärung des Bürgen bietet die Schriftform einen wichtigen Schutz vor Übereilung und finanzieller Überforderung des Bürgen. Bei der Schriftform ist es wichtig, dass der Bürge von der maximalen Höhe seiner Haftung in Kenntnis gesetzt wird. Daher ist die Aufnahme eines zahlenmäßigen Höchstbetrags in die Bürgschaftsurkunde notwendig. Ein besserer Schutz kann gewährt werden, wenn diese Angabe durch die Handschrift der sich verbürgenden Seite festgehalten wird. Ein noch besserer Schutz kann gewährt werden, wenn eine formnichtige Bürgschaft nicht durch die Erfüllung heilen sollte. Die Erfüllung einer formnichtigen Bürgschaft garantiert nicht, dass der durch die Schriftform erzielte Zweck vollkommen erreicht wird, da die Leistungsfähigkeit des Bürgen und der Übereilungsschutz voneinander getrennte Dinge sind. Die Schriftform allein kann aber nicht alle zu schützenden Interessen bei unüberlegt eingegangenen Bürgschaften vollkommen decken. Die Sittenwidrigkeitskontrolle ist daher von großer Bedeutung, wenn man die beeinträchtigte Entscheidungsfreiheit des Bürgen in Erwägung zieht.

Das Erfordernis eines Höchstbetrags in der Bürgschaftsurkunde ließe sich nach österreichischem Recht durch eine weite Auslegung des § 1346 ABGB begründen. Die Verhinderung der Heilung einer formnichtigen Bürgschaft im Wege der Erfüllung könnte durch eine teleologische Reduktion des § 1432 ABGB bewerkstelligt werden.

Diese Folgerung entspricht dem geltenden Recht in der Türkei.

- 534** Ein über die Bürgschaftserklärung richtig reflektierender Bürge würde seine Haftung in zeitlicher Hinsicht beschränken, damit er nicht ewig die neuen Schulden des Hauptschuldners weiterhin besichert. Wenn er dies nicht tut, kommt ihm die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Bürgschaftsvertrags zur Hilfe. Eine allgemeine Kündigungs- und Wartefrist, die unabhängig vom sichergestellten Hauptgeschäft für alle Bürgschaften gelten würde, wäre nicht gerecht. Die Orientierung nur an den Kündigungsfristen des Hauptschuldners oder nur an den Kündigungsfristen des Gläubigers für die Kündigungsfristen des Bürgen wäre auch nicht befriedigend, da sie – gegen den Parteiwillen zur Weiterführung des Hauptgeschäfts – entweder zur schnellen Entwertung der Bürgschaft oder zur Benachteiligung des Gläubigers führen. Daher ist es notwendig, die Kündigungsfristen des Bürgen daran zu orientieren, dass die Parteien zusammen die Möglichkeit in der Hand haben, das gesicherte Hauptgeschäft weiterzuführen oder nicht.

Diese Folgerung könnte man in beiden Ländern durch die Methoden der Lückenschließung zur Anwendung bringen.

Der Bürge hat im Regelfall ein berechtigtes Interesse daran, dass der Gläubiger ihn nicht zu seiner Befriedigung anhält, sofern dessen Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners erfolgen kann. Daher ist die Ausstattung des Bürgen mit den verzichtbaren Schutzinstrumenten der Vorausaufrechnung, der Vorausklage und der Vorausverwertung der aus dem Vermögen des Hauptschuldners erlangten Sicherheiten notwendig. Die Verweisung des Gläubigers auf die aus dem Vermögen eines Dritten erlangten Pfänder wäre aber nicht gerecht, da dies eine Privilegierung des Bürgen bedeuten würde. **535**

In einem bestimmten Umfang könnte man dem Bürgen diese Schutzinstrumente mit Hilfe der Rechtsfortbildung nach österreichischem Recht gewähren. ZB könnte der Bürge seine Leistung aufgrund eines Aufrechnungsrechts des Hauptschuldners verweigern oder den Gläubiger auf die Verwertung der Pfänder verweisen.

Nach dem geltenden türkischen Recht stehen dem Bürgen alle diese Schutzinstrumente zu.

Der Bürge hat berechnigte Interessen daran, dass er über die Höhe der Hauptschuld und den Lauf des Hauptgeschäfts informiert bleibt. In diesem Fall ist der Gläubiger wieder berechnigt zu erwarten, dass der Bürge seine Interessen selbst wahrt. Jedoch sollte er dem Bürgen nach diesbezüglicher Aufforderung Informationen über die Höhe der Hauptschuld und den Lauf des Hauptgeschäfts erteilen müssen. Eine eventuelle Geheimhaltungsaufgabe des Gläubigers kann hier ein Problem darstellen, sofern der Hauptschuldner den Abschluss des Bürgschaftsvertrags nicht veranlasst hat. **536**

Eine solche Aufgabe des Gläubigers, den Bürgen jederzeit über den Stand der Hauptschuld zu informieren, ist in Österreich nach geltendem Recht schwer zu erreichen.

Diese Aufgabe des Gläubigers entspricht dem geltenden Recht in der Türkei.

Das Auflösungsrecht des Bürgen aufgrund der schlechten Vermögenslage des Hauptschuldners ist ein wichtiges Schutzinstrument vor der Belastung des Bürgen mit der Hauptschuld. Für die Anerkennung dieses Rechts ist es auch aber wichtig, dass man dem Gläubiger nicht das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners aufbürdet. Darin findet man die Grenzen dieses Rechts. Dementsprechend kann der Bürge dieses Recht nur dann geltend machen, sofern der Gläubiger dem Hauptschuldner seine Schuld nicht zu leisten hat. Der Bürge sollte aber den Vertrauensschaden des Gläubigers ersetzen, wenn dieser im Vertrauen auf die Bürgschaft entstanden ist. **537**

Die Durchsetzung dieser Folgerung in Österreich bedarf der Anwendung der Instrumente der Rechtsfortbildung.

Diese Folgerung entspricht teilweise dem geltenden Recht in der Türkei. Für die Anerkennung eines Kündigungsrechts des Bürgen aus demselben Grund braucht man die Instrumente der Rechtsfortbildung.

- 538** Die Möglichkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten des Hauptschuldners durch den Bürgen sollte abgelehnt werden. Allerdings sollte man dem Bürgen ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht einräumen, wenn sich das Gestaltungsrecht des Hauptschuldners aus einer vertrags- bzw gesetzwidrigen Handlung des Gläubigers ergibt.

In beiden Ländern gibt es keine Hindernisse gegen die Umsetzung dieser Folgerung.

- 539** Der Bürge sollte seine Regressforderung nicht bei Insolvenz- bzw Konkurs des Hauptschuldners anmelden können, wenn er seine Schuld nicht in vollem Umfang erbracht hat. Die Hauptschuld ist einteilig anzumelden. In diesem Fall fällt das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners in die Risikosphäre des Bürgen. Vor der vollen Befriedigung des Gläubigers führt die Beteiligung des Bürgen in diesem Fall zur Benachteiligung des Gläubigers. Wenn der Bürge aber seine Schuld in vollem Umfang erbracht hat, sollte er seine Regressforderung in dem Fall anmelden können, dass die Bürgschaft nicht die ganze Hauptschuld deckt.

Diese Folgerung könnte man durch die teleologische Reduktion der jeweiligen insolvenzrechtlichen Regeln in Österreich durchsetzen.

Diese Folgerung steht mit dem geltenden Recht in der Türkei im Einklang.

- 540** Die Ausgleichung zwischen mehreren Sicherungsgebern sollte auf der Basis der Gleichwertigkeit erfolgen. Dementsprechend sollte die Privilegierung des persönlichen oder dinglichen Sicherungsgebers bei der Aufteilung der Last der Hauptschuld abgelehnt werden. Unabhängig von der Zeit der Haftungsübernahmen der Sicherungsgeber sollte jeder Sicherungsgeber einen Teil der Hauptschuld tragen. Die Aufteilung der Last sollte gleichmäßig mit Rücksicht auf die Haftungsgrenzen der Sicherungsgeber erfolgen.

Der Ausgleich zwischen den Sicherungsgebern auf der Basis der Gleichwertigkeit entspricht dem geltenden Recht in Österreich. Die gleichmäßige Aufteilung der Last könnte auch problemlos durchgesetzt werden.

Diese Folgerung entspricht nicht dem geltenden Recht in der Türkei und bedarf einer Gesetzesänderung zur Durchsetzung.

- 541** Schlussendlich sollte der Gläubiger alle Sicherheiten beibehalten müssen, auf die der Bürge im Zuge des Regresses greifen kann. Ob diese Sicherheiten bei der Haftungsübernahme des Bürgen bereits vorhanden waren oder nachträglich erlangt wurden, sollte auf den Umfang

der Beibehaltungsaufgabe des Gläubigers keinen Einfluss haben, da der Bürge unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge auf die anderen Sicherheiten bei der Ausgleichung zurückgreifen können sollte.

Diese Folgerung könnte man in Österreich im Wege der Rechtsfortbildung zur Anwendung bringen.

Diese Folgerung entspricht nicht dem geltenden Recht in der Türkei und bedarf einer Gesetzesänderung zur Durchsetzung.

BÜRGSCHAFTSRECHTLICHE ARTIKEL DES TBK

Die folgenden Artikel des TBK wurden mit Rücksicht auf OR übersetzt. Obwohl OR das Vorbild des TBK ist, sind sie sowohl sprachlich als auch inhaltlich an manchen Stellen unterschiedlich und ihre Ausdrucksweise entsprechen einander nicht immer vollkommen.

§ 140 TBK - Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubiger verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht der Aufrechnung zusteht.

§ 155 Abs 2, 3 TBK - Ist die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen, so ist sie es auch gegen den Bürgen.

Ist die Verjährung gegen den Bürgen unterbrochen, so ist sie es nicht gegen den Hauptschuldner.

§ 198 Abs 2 TBK - Die Haftung eines Dritten, der ein Pfand für die Sicherung der Schuld bestellt, und des Bürgen besteht aber nur dann fort, wenn sie der Schuldübernahme schriftlich zustimmen.

§ 581 TBK - Der Bürgschaftsvertrag ist ein Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, für die Folgen der Nichterfüllung des Schuldners persönlich einzustehen.

§ 582 TBK - Der Bürgschaftsvertrag kann für eine bestehende und gültige Schuld abgeschlossen werden. Ein gültiger Bürgschaftsvertrag kann aber auch für eine künftige oder bedingte Schuld für die Fälle abgeschlossen werden, dass die Schuld entstehen oder die Bedingung eintreten könnte.

Wer für die wegen Irrtums oder Geschäftsunfähigkeit für den Schuldner unverbundene Schuld persönlich einsteht, haftet

nach den Artikeln über die Bürgschaft, wenn er bei der Eingehung seiner Verpflichtung den Vertragsmangel gekannt hat. Dieselbe Regel gilt auch für die Person, die für eine für den Schuldner verjährte Schuld einsteht.

Soweit sich aus dem Gesetz nicht etwas Anderes ergibt, kann der Bürge auf die ihm in diesem Teil eingeräumten Rechte nicht im Voraus verzichten.

§ 583 TBK - Der Bürgschaftsvertrag ist ungültig, es sei denn, er wird schriftlich abgeschlossen und ein maximaler Betrag der Haftung des Bürgen und das Verbürgungsdatum werden angegeben. Es ist erforderlich, dass der Bürge den maximalen Betrag seiner Haftung, das Verbürgungsdatum und, im Fall einer solidarischen Bürgschaft, die Haftungsübernahme mit diesen Worten oder mit anderen gleichbedeutenden Worten im Bürgschaftsvertrag eigenhändig niederschreibt.

Auch die Erteilung einer besonderen Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft und das Versprechen, dem Vertragspartner oder einem Dritten Bürgschaft zu leisten, bedürfen der gleichen Form. Die Parteien können die Beschränkung der Haftung des Bürgen auf einen bestimmten Teil der Hauptschuld entsprechend der Schriftform vereinbaren.

Die nachträglichen Änderungen im

Bürgschaftsvertrag, die die Haftung des Bürgen erschweren, sind ungültig, es sei denn, sie werden entsprechend der für die Bürgschaft vorgesehenen Form vereinbart.

§ 584 TBK - Sofern die Ehe durch richterliches Urteil nicht getrennt ist oder das Recht auf getrenntes Leben nicht besteht, kann eine verheiratete Person sich nur mit der schriftlichen Zustimmung des anderen Ehegatten verbürgen; diese Zustimmung muss vorgängig oder spätestens gleichzeitig mit dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags abgegeben werden.

Für die nachträglichen Änderungen im Bürgschaftsvertrag ist die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht erforderlich, es sei denn, der Haftungsbetrag des Bürgen erhöht sich, eine einfache Bürgschaft wandelt sich in eine Solidarbürgschaft um, oder die Änderung führt zu einer erheblichen Verminderung der Sicherheiten für den Bürgen.

Die Zustimmung des Ehegatten ist nicht erforderlich für die Bürgschaften, die für eine ein Unternehmen oder eine Gesellschaft betreffende Schuld durch den Eigentümer eines im Handelsregister eingetragenen Unternehmens oder durch die Mitglieder oder den Geschäftsführer einer Gesellschaft oder für die eigenen beruflichen Tätigkeiten durch die im Gewerbetreibende- und Handwerksregister eingetragenen Gewerbebetreibenden oder Handwerker oder für die im Rahmen des Gesetzes aus dem Jahr 27/12/2006 mit der Nummer 5570 „Kamu Sermayeli

Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun” genutzten Kredite oder für die den Agrarkreditgenossenschaften und Agrarverkaufsgenossenschaften, Kredit- und Bürgschaftsgenossenschaften der Gewerbebetreibenden und Handwerker und den Mitgliedern der Genossenschaften durch die öffentlich-rechtlichen Instituten eingeräumten Kredite eingegangen werden.

§ 585 TBK - Bei der einfachen Bürgschaft kann der Gläubiger den Bürgen nicht belangen, bevor er sich an den Hauptschuldner hält; der Gläubiger kann sich jedoch in den folgenden Fällen direkt an den Bürgen halten:

- 1) Nach der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins in Folge der Rechtsverfolgung gegen den Schuldner.
- 2) Nach dem Eintritt der Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung des Schuldners in der Türkei oder deren erheblicher Erschwerung.
- 3) Nach dem Entscheid über den Konkurs des Schuldners.
- 4) Nach der dem Schuldner gewährten Nachlassstundung.

Wurde die Forderung vorgängig oder gleichzeitig mit der Bürgschaft auch durch ein Pfand besichert, so kann der Bürge bei der einfachen Bürgschaft verlangen, dass die Forderung vorerst aus dem Pfandobjekt erwirtschaftet wird. Diese Regel gilt jedoch nicht, wenn der Konkurs des Schuldners oder die Gewährung der Nachlassstundung

an den Schuldner ausgesprochen wurde.

Wurde die Bürgschaft nur für den Ausfall eingegangen, kann der Bürge in den Fällen direkt belangt werden, wenn gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt, wenn die Rechtsverfolgung des Schuldners in der Türkei unmöglich geworden ist, und wenn der Nachlassvertrag rechtsverbindlich geworden ist. Im Vertrag kann vorgesehen werden, dass sich der Gläubiger in diesen Fällen vorerst an den Schuldner halten müsse.

§ 586 TBK - Verpflichtet sich der Bürge unter Beifügung des Wortes solidarisch oder mit anderen gleichbedeutenden Ausdrücken, so kann der Gläubiger den Bürgen vor dem Schuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangen. Jedoch ist es dafür erforderlich, dass der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist.

Ist die Forderung durch ein Faust- oder Forderungspfand besichert, so kann der Bürge vor der Verwertung des Pfandes nicht belangt werden. Jedoch kann der Bürge vor der Verwertung des Pfandes belangt werden, wenn vom Richter im voraus festgestellt wird, dass die Forderung durch die Verwertung des Pfandes nicht vollkommen gedeckt wird, oder wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat.

§ 587 TBK - Stehen mehrere Personen für

dieselbe Schuld als Bürge zusammen ein, haftet jeder für seinen Anteil als einfacher Bürge und für die Anteile der übrigen als Nachbürge.

Jeder von den Bürgen, die mit dem Schuldner oder unter sich die Haftung als Solidarbürge übernommen haben, haftet für die ganze Schuld. Der Bürge kann jedoch die Leistung des über seinen Kopfanteil hinausgehenden Betrages verweigern, solange nicht gegen alle neben ihm haftenden Bürgen, welche vor oder mit ihm solidarisch haften und in der Türkei belangt werden können, Betreibung eingeleitet wurde. Ein Bürge kann von diesem Recht auch dann Gebrauch machen, wenn die anderen Bürgen ihre Anteile oder dingliche Sicherheit geleistet haben. Mit Vorbehalt gegenteiliger Vereinbarungen hat der die Schuld getilgte Bürge den Regress auf die anderen Bürgen, soweit sie ihre Anteile nicht bereits geleistet haben. Von diesem Recht kann auch vor dem Regress auf den Schuldner Gebrauch gemacht werden.

Erkennt der Gläubiger oder muss er erkennen, dass der Bürge mit der Vermutung die Bürgschaft eingeht, dass neben ihm für die gleiche Forderung andere Personen als Bürge eingestanden haben oder eintreten werden, so wird er von seiner Bürgschaftsschuld befreit, wenn diese Vermutung sich nachträglich nicht bestätigt oder ein solcher vom Gläubiger aus seiner Bürgschaftsschuld entlassen oder seine Bürgschaft als ungültig

erklärt wird.

Jeder von den Bürgen, die unabhängig voneinander für die gleiche Schuld als Bürge eingestanden haben, haftet für die ganze Bürgschaftsschuld. Der die Schuld getilgte Bürge hat jedoch, soweit nicht etwas Anderes vereinbart ist, Regress auf die anderen entsprechend der Proportion seines Anteils im gesamten Bürgschaftsbetrag.

§ 588 TBK - Der Nachbürge, der dem Gläubiger für die Schuld des Bürgen entsteht, haftet neben dem Bürgen in gleicher Weise wie der einfache Bürge.

Der Rückbürge ist ein Bürge, der für den Regress eines Bürgen auf den Schuldner einsteht.

§ 589 TBK - Der Bürge haftet in allen Fällen nur bis zu dem im Bürgschaftsvertrag angegebenen Höchstbetrag.

Wenn nicht etwas Anderes im Vertrag vereinbart wurde, haftet der Bürge bis zu diesem Höchstbetrag für das folgende:

- 1) Die Hauptschuld und die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Schuldners.
- 2) Die Kosten der Betreibung und Ausklagung des Schuldners, soweit dem Bürgen rechtzeitig Gelegenheit gegeben wurde, sie durch die Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden, sowie gegebenenfalls die Kosten für die Herausgabe von Pfändern und die Übertragung von Pfandrechten.
- 3) Vertragszinsen aus dem laufenden und einem vergangenen Jahr und gegebenenfalls

die Zinsen einer Geldanleihe, die gegen Schuldverschreibung gegeben werden, aus dem laufenden und einem vergangenen Jahr.

Wenn nicht etwas Anderes im Vertrag ausdrücklich vereinbart wurde, haftet der Bürge nur für die nach dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags eingegangenen Schulden des Schuldners.

Die Abreden, nach welchen der Bürge für den aus dem Dahinfallen der Hauptverbindlichkeit entstehenden Schaden und für eine Konventionalstrafe hafte, sind absolut unwirksam.

§ 590 TBK - Selbst wenn die Fälligkeit der Hauptschuld durch den Konkurs des Hauptschuldners vorgerückt wird, kann der Bürge nicht vor dem festgesetzten Fälligkeitsdatum belangt werden.

Bei jeder Bürgschaftsart kann der Bürge gegen Leistung dinglicher Sicherheit verlangen, dass der Richter die Betreibung gegen ihn bis zu der Verwertung aller Pfänder und der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins oder dem Entscheid über den Nachlassvertrag einstellt.

Bedarf die Hauptschuld zur ihrer Fälligkeit einer eine Frist enthaltenen Mitteilung durch den Gläubiger oder den Hauptschuldner, so beginnt diese Frist für die Bürgschaftsschuld mit dem Tag zu laufen, an dem dem Bürgen diese Mitteilung gemacht wird.

Ist die Erfüllung der Schuld eines im Ausland wohnhaften Schuldners durch die ausländische Gesetzgebung unmöglich oder

eingeschränkt, wie beispielsweise durch das Verbot des Verrechnungsverkehrs oder der Überweisung, so kann der in der Türkei wohnhafte Bürge ebenfalls gegen die Betreibung Einspruch erheben.

§ 591 TBK - Der Bürge ist berechtigt und verpflichtet, dem Gläubiger die Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner oder seinen Erben zustehen und sich nicht auf die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners stützen. Vorbehalten bleibt die Verbürgung im Wissen einer für den Schuldner wegen Irrtums oder Vertragsunfähigkeit unverbindlichen oder einer verjährten Schuld.

Verzichtet der Hauptschuldner auf eine ihm zustehende Einrede, so kann der Bürge sie gegen den Gläubiger trotzdem geltend machen.

Der Bürge hat den Regress, wenn er dem Gläubiger ohne Kenntnis von den Einreden des Hauptschuldners leistet. Weist der Hauptschuldner aber nach, dass der Bürge diese Einreden gekannt hat oder kennen musste, so verliert der Bürge seinen Regress insoweit, als er sich durch die Erhebung dieser Einreden hätte befreien können.

Bei einer Bürgschaft für eine unklagbare Schuld aus Spiel oder Wette kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden erheben, auch wenn er diesen Mangel der Schuld gekannt hat.

§ 592 TBK - Vermindert der Gläubiger zum Nachteil des Bürgen bei der Eingehung der

Bürgschaft vorhandene oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangte und eigens für die verbürgte Forderung bestimmte Pfandrechte, oder anderweitige Sicherheiten und Vorzugsrechte, so verringert sich die Haftung des Bürgen um einen dieser Verminderung entsprechenden Betrag, soweit nicht vom Gläubiger nachgewiesen wird, dass der Schaden weniger hoch ist. Das Recht des Bürgen zur Rückforderung des zu viel bezahlten Betrags bleibt vorbehalten.

Unterlässt der Gläubiger bei der Bürgschaft für Dienstleister die Aufsicht über Dienstleister, zu der er verpflichtet ist, oder die ihm zumutbare Sorgfalt und ist die Schuld infolgedessen entstanden oder hat sie einen Umfang erreicht, den sie bei der gebotenen Sorgfalt nicht hätte erreichen können, so kann er diese Schuld oder den zugenommenen Teil der Schuld vom Bürgen nicht verlangen.

Der Gläubiger hat dem Bürgen, der die Schuld erfüllt, die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden herauszugeben und die nötigen Aufschlüsse zu erteilen. Der Gläubiger muss dem Bürgen auch die bei der Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich eigens für diese Forderung bestellten Pfänder und anderweitigen Sicherheiten herausgeben und die für ihre Übertragung erforderlichen Handlungen vornehmen. Die dem Gläubiger für seine anderen Forderungen zustehenden Pfand- und Retentionsrechte

bleiben vorbehalten, soweit sie denjenigen des Bürgen im Rang vorgehen.

Weigert sich der Gläubiger ungerechtfertigterweise, seine Aufgaben zu erfüllen, oder hat er sich der vorhandenen Beweismittel oder der Pfänder oder sonstigen Sicherheiten, für die er verantwortlich ist, grob fahrlässig entäußert, so wird der Bürge von seiner Schuld befreit. In diesem Fall kann der Bürge seine Leistung zurückfordern und gegebenenfalls für den ihm darüber hinaus erwachsenen Schaden Ersatz verlangen.

§ 593 TBK - Ist die Schuld fällig, sei es auch infolge des Konkurses des Schuldners, so kann der Bürge jederzeit verlangen, dass der Gläubiger die Zahlung von ihm annehme. Haftet für eine Schuld mehrere Bürgen, so muss der Gläubiger eine bloße Teilzahlung eines Bürgen annehmen, wenn sie nicht weniger ist als der Kopfanteil des zahlenden Bürgen.

Verweigert der Gläubiger die Annahme der Zahlung ungerechtfertigterweise, wird der Bürge von seiner Schuld befreit. Bei der solidarischen Mitbürgschaft verringern sich die Haftungen der Bürgen um den Betrag Ihrer Kopfanteile¹¹²⁴.

Ist der Gläubiger zur Annahme bereit, so kann der Bürge die Hauptschuld auch vor der Fälligkeit bezahlen. Der Bürge kann jedoch in diesem Fall seinen Regress auf den Hauptschuldner nicht vor dem Eintritt der

Fälligkeit der Schuld geltend machen.

§ 594 TBK - Ist der Hauptschuldner mit der Bezahlung von Kapital oder von Zinsen für ein halbes Jahr oder einer Jahresamortisation sechs Monate im Rückstand, so hat der Gläubiger dem Bürgen Mitteilung zu machen. Auf Verlangen muss der Gläubiger dem Bürgen jederzeit über den Stand der Hauptschuld Auskunft erteilen.

Wurde der Konkurs des Hauptschuldners ausgesprochen oder hat er ein Gesuch um den Nachlassvertrag eingereicht, so muss der Gläubiger seine Forderung anmelden und alle weiteren Vorkehrungen treffen, die zur Wahrung seiner Rechte notwendig sind. Sobald der Gläubiger von dem Konkurs des Hauptschuldners oder der dem Hauptschuldner gewährten Nachlassstundung Kenntnis erhält, hat er den Bürgen davon zu benachrichtigen.

Unterlässt der Gläubiger eine dieser in den oben angeführten Absätzen vorgesehenen Handlungen, so verliert er seine Rechte gegen den Bürgen insoweit, als dem Bürgen daraus ein Schaden entstanden ist.

§ 595 TBK – In den folgenden Fällen kann der Bürge vom Hauptschuldner Sicherstellung und, wenn die Schuld fällig geworden ist, Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

- 1) wenn der Hauptschuldner seinen Verpflichtungen gegenüber dem Bürgen, insbe-

¹¹²⁴ Bei diesem Satz des Artikels handelt es sich um einen Ausdrucksfehler. Die Verringerung erfolgt im Außenmaß des Kopfanteils des befreiteten Bürgen.

sondere seinem Versprechen für die Entlassung des Bürgen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, zuwidergehandelt hat.

2) wenn der Hauptschuldner in Verzug gekommen ist oder seine Rechtsverfolgung durch Verlegung seines Wohnsitzes in einen anderen Staat erheblich erschwert wurde.

3) wenn durch die Verschlimmerung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners, durch die Entwertung von Sicherheiten oder durch das Verschulden des Hauptschuldners die Gefahr für den Bürgen erheblich größer geworden ist, als sie bei der Eingehung der Bürgschaft war.

§ 596 TBK - Der Bürge tritt in die Rechte des Gläubigers insoweit ein, als er den Gläubiger befriedigt. Der Bürge kann diese Rechte mit der Fälligkeit der Hauptschuld geltend machen.

Soweit nichts Anderes vereinbart wurde, gehen von den Pfandrechten und für die gleiche Forderung gegebenen anderen Sicherheiten nur diejenigen auf den Bürgen über, die bei Eingehung der Bürgschaft vorhanden waren oder die vom Hauptschuldner nachträglich eigens für diese Forderung bestellt wurden. Auf den Bürgen, der dem Gläubiger eine Teilleistung erbringt, geht nur ein Teil des Pfandrechts entsprechend dieser Teilleistung über. Die verbleibende Forderung des Gläubigers an dem Pfandobjekt hat vor dem Pfandrecht des Bürgen Vorrang.

Vorbehalten bleiben die Ansprüche und die Einreden aus dem zwischen dem Bürgen

und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis.

Wird ein für eine Forderung bestelltes Pfand verwertet oder bezahlt der Eigentümer, der das Pfand bestellt hat, die Schuld, so kann der Pfandeigentümer den Bürgen nur dann in Regress nehmen, wenn zwischen ihm und dem Bürgen so vereinbart oder das Pfand von einem Dritten nachträglich bestellt wurde.

Die Verjährung der Regressforderung des Bürgen beginnt mit dem Zeitpunkt der Leistung des Bürgen an den Gläubiger zu laufen.

Bezahlt der Bürge für eine unklagbare oder für den Hauptschuldner wegen Irrtums oder Geschäftsunfähigkeit unverbindliche Schuld, so hat er keinen Regress auf den Hauptschuldner. Hat der Bürge jedoch die Haftung für eine verjährte Hauptschuld im Auftrag des Schuldners übernommen, so haftet der Hauptschuldner dem Bürgen nach den Artikeln über den Auftrag.

§ 597 TBK - Bezahlt der Bürge die Schuld ganz oder teilweise, so muss er dem Schuldner diesen Umstand mitteilen.

Unterlässt der Bürge diese Mitteilung und leistet auch der Schuldner, der die Bezahlung nicht gekannt hat oder nicht kennen musste, dem Gläubiger seine Schuld, so verliert der Bürge seinen Regress.

Das Klagerecht des Bürgen gegen den Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung bleibt vorbehalten.

§ 598 TBK - Erlischt die Hauptschuld, so wird der Bürge unabhängig von der Art der Erlöschung von seiner Schuld befreit.

Vereinigen sich die Haftung als Hauptschuldner und die als Bürge in einer und derselben Person, so bleiben die dem Gläubiger aus der Bürgschaft zustehenden besonderen Vorteile vorbehalten.

Jede Bürgschaftsart, die von einer natürlichen Person eingegangen wird, fällt nach Ablauf von zehn Jahren nach dem Abschluss dieses Vertrags von Gesetzes wegen dahin.

Selbst wenn die Bürgschaft für länger als zehn Jahre eingegangen wurde, kann der Bürge nur bis zum Ablauf der zehnjährigen Frist belangt werden, sofern die Bürgschaft nicht verlängert oder keine neue Bürgschaft eingegangen wurde.

Die Frist der Bürgschaft kann frühestens ein Jahr vor dem Dahinfallen der Bürgschaft durch die der Schriftform des Bürgschaftsvertrags entsprechende schriftliche Erklärung des Bürgen für eine neue höchstens zehnjährige Frist verlängert werden.

§ 599 TBK - Bei der Bürgschaft für eine zukünftige Schuld kann der Bürge die Bürgschaft, solange die Schuld nicht entstanden ist, jederzeit durch eine schriftliche Erklärung an den Gläubiger widerrufen, sofern die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich seit dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags wesentlich verschlechtern haben, oder wenn sich erst nachträglich herausstellt, dass seine Vermögenslage wesentlich schlechter

ist, als der Bürge in guten Treuen angenommen hatte.

Der Bürge hat den Schaden des Gläubigers zu ersetzen, der dem Gläubiger daraus erwächst, dass sich er auf die Bürgschaft verlassen hat.

§ 600 TBK - Bei einer Bürgschaft auf bestimmte Zeit wird der Bürge mit dem Ablauf der Zeit von seiner Schuld befreit.

§ 601 TBK - Bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit kann der einfache Bürge immer und der Solidarbürge nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen nach dem Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger verlangen, dass er innerhalb eines Monats seine Forderung gegen den Schuldner rechtlich geltend macht, die Verwertung allfälliger Pfänder einleitet und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung verfolgt.

Wird die Fälligkeit der Schuld durch die Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner herbeigeführt, so kann der Bürge nach Ablauf eines Jahres seit dem Abschluss des Bürgschaftsvertrags vom Gläubiger verlangen, dass er diese Mitteilung mache und nach dem Eintritt diesbezüglicher Fälligkeit der Schuld seine Betreibungs- und Klagerechte entsprechend dem vorstehenden Absatz geltend mache.

Kommt der Gläubiger diesen Aufforderungen des Bürgen nicht nach, so wird der Bürge von seiner Schuld befreit.

§ 602 TBK - Bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Bürgschaft für Dienstleister

kann der Bürge den Vertrag je am Ende der dreijährigen Perioden unter Wahrung einer einjährigen Kündigungsfrist auf das Ende des kommenden Jahres kündigen.

§ 603 TBK - Die Artikel, die die Form der Bürgschaft, die Bürgschaftsfähigkeit und die

Zustimmung des Ehegatten betreffen, werden auch auf die unter anderen Namen abgeschlossenen sonstigen Verträge für die persönlichen Sicherheiten angewendet, die von natürlichen Personen eingegangen werden.

GESETZESVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randzahlen. Die Randzahlen in fetter Schrift verweisen auf die Stellen, in denen die einzelnen Artikel ausführlich behandelt worden sind.

	ABGB	§ 1363	355, 439 f		EiK
§ 467	439	§ 1364	207 f, 294, 305,	§ 5	83
§ 469	439		331, 385, 472		EheG
§ 864a	55		ff, 475 f	§ 55a	253
§ 874	420	§ 1365	207 f, 385, 470	§ 81	256
§ 879	55, 109, 158,		f, 479	§ 83	256
	357, 430, 431,	§ 1366	294 ff	§ 92	253
	478, 480	§ 1396a	435	§ 97	253
§ 886	58, 59	§ 1407	371 ff	§ 98	50, 133, 252 ff,
§ 896	258, 259, 447	§ 1431	149, 204		405, 438
§ 914	99	§ 1432	65 f, 91		FAGG
§ 915	288 f, 314		AktG	§ 1	131
§ 918	383	§ 226	372		GBG
§ 934	414		AußStrG	§ 79	353
§ 944	169	§ 229	259		HGB
§ 987	383, 399		BGB	§ 129	203 f, 414
§ 1042	149	§ 314	385, 399	§ 159	99
§ 1052	382, 383	§ 488	99		HMK
§ 1346	3 ff, 50 ff	§ 490	383	§ 69	405
§ 1350	5	§ 768	402, 416	§ 303	407
§ 1352	404, 435	§ 770	204, 415		HWiG
§ 1353	56, 311 ff	§ 772	233 f	§ 1	288
§ 1354	404	§ 776	352		iiK
§ 1355	223 ff, 234	§ 853	416	§ 45	239, 243, 284
§ 1356	226, 263, 482		BWG	§ 60	278
§ 1358	295, 366 ff, 428	§ 1	50, 130	§ 185	242
	ff	§ 38	33, 35, 143, 297	§ 193	242
§ 1359	429 ff	§ 39	140	§ 197	504
§ 1360	233 ff, 352 ff,		DSG	§ 203	461
	429, 439 f	§ 8	146	§ 204	503 ff
§ 1361	344 ff, 415, 419				

§ 295	14, 508		SigG	§ 589	75, 192, 292
	IO	§ 4	63	§ 590	268, 281 ff, 317 ff, 515
§ 16	332 f		SpaltG	§ 591	217, 219, 239, 348, 406 ff, 422
§ 17	334, 481 ff	§ 15	372	§ 592	320 ff, 359 ff, 369
§ 18	484 ff		sZPO	§ 593	324 ff
§ 199	160 ff	§ 77	405	§ 594	298 ff, 306 ff, 502, 503 ff
§ 200	162		TBK	§ 595	216, 335 ff
§ 201	172, 174	§ 14	80, 82	§ 596	71, 192, 215, 450 ff
§ 202	162	§ 15	81	§ 597	457
§ 210	163	§ 28	125	§ 598	195 ff
§ 210a	163	§ 39	424	§ 599	387 ff
§ 211	163	§ 49	86, 189	§ 601	495 ff, 499 ff
§ 213	164, 173	§ 84	325	§ 602	101 ff
§ 214	160	§ 98	393 f, 398	§ 603	68, 76, 178
§ 216	166	§ 125	393		TMK
	KSchG	§ 140	214 ff, 421, 424	§ 23	78, 123
§ 3	92 ff, 174	§ 146	454	§ 679	69
§ 3a	491 ff	§ 155	408		TKHK
§ 5a	130	§ 160	408	§ 4	193, 286
§ 15	99	§ 188	219	§ 47	95
§ 25a	129 ff, 302	§ 198	376		TTK
§ 25b	129, 302 ff	§ 329	104	§ 157	377
§ 25c	129, 137 ff	§ 347	104	§ 175	377
§ 25d	151 ff, 173 ff	§ 504	72		UGB
§ 32	136, 150, 303	§ 581	10 ff	§ 38	373, 375
	OR	§ 582	190 ff, 218	§ 39	374
§ 121	214	§ 583	69 ff, 73 ff, 84 ff, 362	§ 129	203, 212, 405, 414
§ 169	219	§ 584	177 ff, 362	§ 159	99
§ 495	233 f, 270	§ 585	238 ff, 264 ff		
§ 512	103	§ 586	227 ff, 243 ff		
	SchKG	§ 587	192, 273 ff, 451, 458 ff, 511 ff		
§ 41	284				

	VKrG		WuchG
§ 7	140	§ 7	313

SACHVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Randzahlen. Die Randzahlen in fetter Schrift verweisen auf die Stellen, in denen die einzelnen Begriffe ausführlich behandelt worden sind.

Abhängigkeit siehe Akzessorietät	297, 299, 308, 367, 369, 431, 450
Abtretung	Ehegatten
der Bürgschaftsforderung 7, 14	Belehrung 133
der Hauptforderung 7, 14	Kreditbürgschaft 177 ff , 438
Akzessorietät 7, 14 , 78, 93, 203 f, 217, 235, 400, 402, 406 f	Zustimmung 252 ff
Anfechtungsrecht	Entgeltlichkeit siehe Unentgeltlichkeit
des Bürgen 39, 84, 136, 204	Entlassung eines persönlich Mithaftenden
des Hauptschuldners 344, 414, 420, 421	179, 355, 362, 439 f , 461, 511 ff
Angehörigenbürgschaft 115	Erstreckungsklausel 55, 78
Aufklärung des Bürgen 29 ff , 41 ff , 124, 129 ff, 137 ff	Formvorschrift siehe Schriftform
Auflösung	Gestaltungsrechte des Hauptschuldners 414 ff, 421 ff
der Ehe 133, 253 f	Insolvenz des Hauptschuldners 481 ff, 503 ff
der Bürgschaft 382 ff , 387 ff	Irrtum 39, 65, 85, 136, 422, 424, 457
Aufrechnung siehe Vorausrechnung	Kondiktionsanspruch 73, 85, 149, 160, 196, 313, 346 f, 350, 435, 440
Ausfall 133, 226, 252, 254, 257, 259, 261, 272, 405, 438	Kündigung der Bürgschaft
Auslegung der Bürgschaft 53, 73, 99, 288 f , 290 ff , 311 ff	ordentlich 97 ff , 101 ff , 198
Bankgeheimnis 33 ff, 44, 143 ff, 294, 296 f, 299, 304, 367, 369, 431, 450	außerordentlich 384 ff , 399
Befristung 75, 104, 125, 195 ff	List 39, 424
Begriff der Bürgschaft 3 ff , 10 ff	Mäßigung der Bürgenhaftung 151 ff
Bevollmächtigung 52, 72, 77	Mitbürgschaft 273 ff , 283, 325, 459
Bürge und Zahler 223	Nachrangigkeit siehe Subsidiarität
Bürgschaftsfähigkeit 178	Rechtsmissbrauch 35, 37, 67, 0, 209, 211, 217, 367, 424
Culpa in contrahendo 45, 67, 0, 136, 189	Regress auf
Datenschutz 33, 146	den Hauptschuldner 432 ff , 454 ff
Dienstbürgschaft 101, 320	den Mithaftenden
Geheimhaltungsaufgabe 33 ff, 44, 51, 70,	den Bürgen 436 ff , 458 ff
	den Drittpfandbesteller 436 ff , 462 ff
	Restschuldbefreiung 160 ff , 435

Rückgriff siehe Regress

Rücktritt **92 ff**, **95**, 292, 326, 414, 421, **491 ff**

Schriftform **49 ff**, **68 ff**, 102, 178, 181, 197, 228, 302, 375, 376, 396

Schuldübernahme 371 ff, 376 ff

Sicherstellung

der Hauptschuld **470 f**, 479

der Regressforderung **331 ff**, **335 ff**, 475 f

Sittenwidrigkeit 67, 97, **108 ff**, **122 ff**, 158 f, 167 ff, 260, 357

Solidarhaftung 73, 133, 227, 378, 443

Subsidiarität **8**, **15**, 203, 205, 206 f

Täuschung 42, 45, 416, 424

Teilleistung 325, 434, 445, 487

Teilnichtigkeit 121, 186

Treu und Glauben 38, 44, 73, 313, 320, 383

Umfang der Bürgenhaftung 292, 312

Unverzichtbarkeit **190 ff**

Übergang der Gläubigerrechte siehe Regress

Übervorteilung 125

ungerechtfertigte Bereicherung siehe Kon-
diktionsanspruch

Unentgeltlichkeit **288 f**, 291, 314, 387

Verbraucher

Aufklärung 129 ff, **137 ff**

Belehrung **133 ff**

Rücktrittsrecht **92 ff**, **95**, **491 ff**

Verständigung **302 ff**

Verjährung 432, 454

Verständigung über

die Fälligkeit **475 ff**

die Säumigkeit **302 ff**, **306 ff**

die Verteidigungsmittel **344 ff**, **348 ff**

die Zahlungsunfähigkeit und Entfernung
479 ff

Verzug des Gläubigers **324 ff**

Vollmacht siehe Bevollmächtigung

Vorausrechnung **202 ff**, **214 ff**

Vorausklage **264 ff**

Vorausverwertung der Pfänder **233 ff**, **238 ff**

Widerruf 288, **382 f**, **387 ff**

Wucher 109, 125, 414, 424

Zustimmung

des Bürgen **371 ff**, **376 ff**

des Ehegatten **177 ff**

LITERATURVERZEICHNIS

I. Deutschland

A. Aufsätze

Derleder, Die unbegrenzte Kreditbürgschaft, NJW 1986, 97.

Meier, Sind Bürgschaften wieder unwiderruflich? ZIP 2015, 1156.

B. Kommentare

Münchener Kommentar, Kommentar zum BGB Band 5⁶ (2013).

Staudinger, Kommentar zum BGB²⁰¹² (2012).

C. Monographien

Bydlinski, P., Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991).

Cekovic-Vuletic, Schutz des Bürgen Untersuchung des Vertragsschlusses und der Folgen des Vertrags im geltenden Recht (1995).

Hermann, Der Schutz des Bürgen (1996).

Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts (1994).

Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht³ (2008).

Thoß, Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht (2007).

D. Rechtswörterbücher

Kiygi, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache Teil I (1997).

Kiygi, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache Teil II (1999).

II. Österreich

A. Aufsätze

Apathy, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33.

Avancini, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, JBl 1985, 193.

Blümel/Herndl, Der Irrtum des Bürgen über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners, RdW 2015, 220.

Bollenberger, Drittpfandbestellung und Verbraucherschutz nach §§ 25c und 25d KSchG, ÖBA 2008, 650.

Böhler, Unternehmensveräußerung und Kreditsicherheiten, ÖBA 2013, 710.

Brenn, U-Pad Unterschriften sind keine Unterschriften, NZ 2010, 161.

Brenn, Wie viel ist das Schriftformerfordernis noch wert? ÖJZ 2013, 989.

Bydlinski, M., Entscheidung nach § 98 EheG und anhängiges Verfahren, ÖBA 1991, 106.

Bydlinski, M., Verfahrens- und materiellrechtliche Fragen bei der Ehegattenbürgschaft, ÖBA 1988, 468.

- Bydlinski, P.*, Der Bürge im Konkurs, ÖBA 1995, 97.
- Bydlinski, P.*, Die Besicherung vernichtbarer Forderungen, ÖBA 1987, 876.
- Bydlinski, P.*, Die Kündigung der Bürgschaft, in FS Schimansky (1999) 299.
- Bydlinski, P.*, Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen, ZIK 1995, 135.
- Bydlinski, P.*, Einreden des Bürgen, ÖBA 1987, 690.
- Bydlinski, P.*, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, RdW 1996, 196.
- Bydlinski, P.*, Wirksamkeit, Reichweite und Beendigung der Bürgenhaftung: Neue Entwicklungen in Österreich? ÖBA 1999, 93.
- Dehn*, Praxisprobleme des FAGG, in *Leupold* (Hrsg), Forum Verbraucherrecht (2015) 1.
- Dellinger*, Von wechselnden Kreditnehmern und widersprechenden Bürgen ÖBA 2008, 176.
- Doralt, P.*, Die Quote des Gläubigers im Insolvenzverfahren seines Schuldners nach Leistung eines beschränkt haftenden Interzedenten, ÖBA 1997, 331.
- Dullinger*, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten des Kreditgebers gegenüber dem Interzedenten, in *Dullinger/Kaindl* (Hrsg), Jahrbuch Bank- und Kapitalmarktrecht 2008 (2009) 97.
- Eigner*, Auslegungsfragen zu den §§ 25c, d KSchG JAP 2000/2001, 214.
- Faber, I.*, Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG, ÖBA 2004, 527.
- Fink*, Zur Ehegattenbürgschaft, AnwBl 1986, 629. (Der Aufsatz ist auf der Seite rdb.manz.at abrufbar. Jedoch wurde sie im Heft AnwBl 1986 in der Bibliothek der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien nicht gefunden.)
- Gamerith*, Die Kreditmithaftung geschiedener Ehegatten nach § 98 EheG, RdW 1987, 183.
- Gamerith*, Die Teilbürgschaft ÖBA 1988, 759.
- Goriany*, Aufklärungspflicht bei Interzessionen, JAP 2004/2005/14, 54.
- Graf, G.*, Der interne Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern, ÖBA 1993, 356.
- Graf, G.*, Gegenüber welchen Mitschuldnern gelten die §§ 25c und 25d KSchG? ZFR 2012, 165.
- Graf, G.*, Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften, ÖBA 1995, 776.
- Gruber*, Der Schutz des Bürgen, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 997.
- Gruber*, Kredithaftung von Ehegatten, ÖBA 1991, 560.
- Gruber*, Schutz des Bürgen vor globalen Haftungserklärungen – eine rechtsvergleichende Skizze, in FS Honsell (2002) 503.
- Gruber*, Umfang der Bürgenhaftung: Erstreckungsklausel und Globalbürgschaft, ÖBA 2002, 885.
- Haas*, Auslegung und (Bürgschafts-)Form: Die Andeutungstheorie im Wandel, ÖBA 2001, 875.

- Haas*, Formularmäßige Erstreckungsklauseln auf dem Prüfstand, JAP 2003/2004, 75.
- Haas*, Zur Aufklärung des Interzedenten über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners nach § 25c KSchG, JBl 2002, 538.
- Harrer*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten, in *Graf/Gruber* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Kreditvertrags (2004) 103.
- Heinrich*, Die Interzedentenwarnung nach § 25c KSchG unter besondere Berücksichtigung der Problematik der „echten Mitschuld“ JBl 2012, 359.
- Hoyer*, Der Rückgriff zwischen Bürgen und Pfandbestellern, JBl 1987, 764.
- Jabornegg*, Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663.
- Kellner*, Zum Interzession des § 25c KSchG, ZaK 2009, 207.
- Koch*, Die Gegenseitigkeit und deren Nachbildung durch Aufrechnungsvertrag, JBl 1989, 222.
- Koziol*, Die Ausfallsbürgschaft des geschiedenen Ehegatten kraft Richterspruchs, RdW 1986, 5.
- Koziol*, Erstreckung von Kreditsicherheiten, ÖBA 2003, 809.
- Koziol*, Zur Haftung des geschiedenen Ehegatten für Kredite (§ 98 EheG) RdW 1990, 243.
- Laurer*, Das Bankgeheimnis in der Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung, ÖJZ 1986, 385.
- Lukas*, Novation zugunsten des Bürgen? ÖZW 1995, 40.
- Mader*, Zum Rückgriffsanspruch nach § 1359 ABGB, JBl 1987, 287.
- Marwan-Schlosser*, Sittenwidrigkeit der Haftungsübernahme durch mittellose Angehörige, RdW 1995, 373.
- Messner*, Formpflicht und Konsumentenschutz, NZ 1992, 191.
- Neumayr*, Persönliche Sicherungsgeschäfte – Abgrenzungs- und Formfragen, in FS Honsell 481.
- Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, ÖJZ 1997, 530.
- Pochmarski/Strauss*, Die Rechtsprechung des OGH zum Regress von Prozesskosten, JBl 2002, 353.
- Rabl, Th.*, Der Rückgriff des Bürgen im Konkurs des Hauptschuldners, ecolex 1998, 615.
- Rabl, Th.*, Risiko Angehörigenbürgschaft: Schlaglichter aus Judikatur und KSchG-Novelle, ecolex 1996, 443.
- Rabl, Th.*, Sittenwidrigkeitskontrolle von Angehörigenbürgschaften, ecolex 1998, 30.
- Rabl, Th.*, Trotz Zahlung kein Rückgriff des Bürgen? ecolex 1998, 619.
- Rabl, Th.*, Vorbild OGH? – Transparenzgebot contra Globalbürgschaft, ecolex 2000, 195.

Reidinger, Die Berechnung des internen Ausgleichs zwischen zwei Bestellern von Teilsicherheiten, JBl 1990, 73.

Rosenmayr, Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften Übersicht zur Judikatur des OGH, ZIK 2004, 196.

Rubin, Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, ecolex 2010, 24.

Schett, Der Interzessionar im Konkurs des Hauptschuldners, RdW 1995, 249.

Schett, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt und ihre Bedeutung, JAP 1991/92, 201.

Schwarzenegger, Der aktuelle Ministerialentwurf zur Novellierung des KSchG, JAP 1996/1997/1, 51.

Stern, Umgründungen, Bürgen und Drittpfandbesteller, RdW 2001, 650.

Stiglbauer, Der Zugang formbedürftiger Willenserklärungen und die Bürgschaft per Fax, JBl 2015, 681.

Straube, Die Bürgschaftserklärung iSd § 1346 Abs 2 ABGB im Lichte der Signaturrichtlinie, in FS Koppensteiner (2001) 657.

Thunhart, Informations- und Warnpflichten beim Konsumentenkredit in Österreich und den USA, ÖBA 2001, 843.

Unger, Rechtliche Unterschiede bei Aufnahme von Krediten durch Ehegatten und Lebensgefährten, ÖBA 2004, 680.

Wallner, Interzession von Verbrauchern, ÖBA 2007, 339.

Weissel, Zur Aufklärungsobliegenheit nach § 25c KSchG, ÖBA 2008, 496.

Wilhelm, Juristische Erkenntnistheorie – Anwendung Telefax-Bürgschaft, ecolex 2013, 937.

Wilhelm, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, ecolex 1990, 208.

Wilhelm, Vom Bundesgerichtshof – Blankettbürgschaft formungültig, ecolex 1996, 447.

Wilhelm, Vom Bundesgerichtshof – Neue Töne zur Formularbürgschaft, ecolex 1995, 225.

B. Entscheidungsanmerkungen

Apathy, Zur Nichtigkeit einer Zession bei Verstoß gegen § 38 BWG, ÖBA 2013, 196.

Bacher, zum Regreß bei Entlassung eines Mitbürgen aus der Haftung. ÖBA 1996, 154.

Bollenberger, Zur Aufklärung des Interzedenten. ÖBA 2012, 842.

Bollenberger, Zur Aufklärungspflicht der Bank dem Interzedenten gegenüber, ÖBA 2015, 931.

Brenn, Schriftform: Schriftliche Erklärung erfordert Zugang in der vorgeschriebenen Form, EvBl 2014, 564.

Bydlinski, F., Zur außerordentlichen Kündigung einer befristeten Bürgschaft, ÖBA 1999,

822.

Bydlinski, P., ÖBA 1988, 390.

Bydlinski, P., Aufklärungspflichten des Gläubigers gegenüber einem Solidarschuldner. ÖBA 1993, 63.

Bydlinski, P., Der Bürge kann dem Gläubiger gegenüber nicht die Gegenforderung des Hauptschuldners einredeweise geltend machen. ÖBA 1992, 660.

Bydlinski, P., Die formularmäßige Erklärung, der Bürge sei über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt worden, wird der Warnfunktion der Aufklärungsobliegenheit nach § 25c KSchG nicht gerecht. ÖBA 2006, 598.

Bydlinski, P., Die §§ 25c und 25d KSchG auf Pfandbesteller nicht analog anzuwenden. ÖBA 2002, 930.

Bydlinski, P., Keine Aufklärungsobliegenheit des Kreditgebers, wenn der Interzedent selbst die Kreditverhandlungen für den Hauptschuldner eigenverantwortlich führt und über dessen Finanzlage zur Ganze unterrichtet ist. ÖBA 2006, 206.

Bydlinski, P., Unbeachtlichkeit der Entlassung eines Bürgen für den Regreß des zahlenden Bürgen im Innenverhältnis. ÖBA 2007, 316.

Bydlinski, P., Verbürgung für einen Kredit zur Finanzierung der Fertigstellung eines Bauwerks. ÖBA 1993, 479.

Bydlinski, P., Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Interzession, Kündigung der Geschäftsverbindung aus wichtigem Grund. Rechtsfolgen der unterbliebenen Aufklärung des Interzedenten durch den Kreditgeber. ÖBA 2003, 620.

Bydlinski, P., Zur Auslegung einer Haftungserklärung als Bürgschaft oder Garantie. ÖBA 2001, 477.

Bydlinski, P., Zur Auslegung einer undeutlichen Haftungserklärung, ÖBA 2011, 656.

Bydlinski, P., Zur Zulässigkeit bürgschaftsvertraglicher Klauseln, ÖBA 2010, 526.

Bydlinski, P./Wühl, Zu den Sorgfaltspflichten der Bank dem (Wechsel-)Bürgen gegenüber, ÖBA 2015, 279.

Cach, Telefax als gültige Übermittlungsform einer Bürgschaftserklärung, GesRZ 2014, 54.

Ecker, Zur Formgültigkeit der Telefaxbürgschaft, ÖZW 2014, 77.

Faber, W., Abgrenzung von Garantie und Bürgschaft / Verhältnis von § 915 zu § 1353 ABGB / Bürgschaft auf erstes Anfordern, JBI 2012, 654.

Graf, G., Der Angehörige hat alle für die Sittenwidrigkeit seiner Haftungsvereinbarung sprechenden Umstände zu behaupten und beweisen. ÖBA 2000, 619.

Graf, G., Sittenwidrigkeit oder Reduktion der Haftung eines Interzedenten. ÖBA 2001, 166.

Graf, G., Verbraucherschutz bei außerhalb von Geschäftsräumen eingegangenen Bürgschaften, ÖBA 1998, 573.

Graf, G., Zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaftsübernahme durch erwachsene Geschwister. ÖBA 1998, 967.

Graff, M., AnwBl 1996, 854.

Heinrich, Zum Anwendungsbereich von §§ 25c und 25d KSchG, ÖBA 2012, 465.

Helmich, Keine Ausübung von Gestaltungsrechten des Hauptschuldners durch den Bürgen, ecolex 2004, 857.

Iro, ÖBA 1989, 176.

Iro, Zum Bürgenregress gegenüber dem Ausfallsbürgen gemäß § 98 EheG, RdW 1996, 154.

Jabornegg, ÖBA 1986, 411.

Jabornegg, Bedeutung einer Kontosperrung. Zum Rechnungslegungsanspruch des Bürgen oder Drittpfandbestellers. ÖBA 1992, 654.

Jabornegg, Pflicht der Bank, Finanzierung zu unterlassen, wenn sie den Anleger wegen des Bankgeheimnisses nicht über bedenkliche Lage der Anlagegesellschaft aufklären darf. ÖBA 1995, 969.

Kellner, Ob Interzession iSv § 25c KSchG oder „echte Mitschuld“ vorliegt, hängt vom Vertrag zwischen Bank und Mithaftenden ab. Ein Eigeninteresse an der Kreditaufnahme ist dabei bloß ein Indiz für eine „echte Mitschuld“. ÖBA 2010, 55.

Kletečka, ecolex 2004, 268.

Koziol, ÖBA 1996, 474.

Koziol, Bei Erwerb risikoträchtiger Beteiligungen ist kein Einwendungsdurchgriff möglich. Zu den Aufklärungspflichten der Bank, ÖBA 1995, 146.

Rabl, Th., ecolex 1999/242.

Rabl, Th., ecolex 2005/358.

Rabl, Th., ecolex 2006/203.

Rabl, Th., Ausgleich unter Mitbürgen – Gläubigerwillkür oder Gleichbehandlung? ecolex 1999, 532.

Rabl, Th., Sittenwidrige Bürgschaften Vermögensschwacher Angehöriger, ecolex 1998, 8.

Rabl, Th., Unzulässige Klauseln in Bürgschaftsformularen, ecolex 2010, 344.

Rabl, Th., Verbraucherbürgschaft: Der OGH erstmals zu den §§ 25c, 25d KSchG, ecolex 2000, 271.

Riedler, Ein Mitbürge ist erst dann regreßberechtigt, wenn er mehr als den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Teil bezahlt hat. ÖBA 1999, 827.

Riedler, Zum Regreß des Bürgen gegen den Erwerber der verpfändeten Liegenschaft des Schuldners, ÖBA 2009, 918.

Riss, Der Gläubiger verletzt eine Schutzpflicht, wenn er den Kreditbetrag auszahlt, obwohl er eine im Kreditbetrag angeführte Kreditsicherheit nicht einholt, auf die ein Mithaftender vertraut. ÖBA 2007, 490.

Rummel, Unwirksamkeit einer durch Telefax übermittelte Bürgschaftserklärung, ÖBA 1996, 73.

Wilhelm, Treuwidriges Ausfüllen der Blanketterklärung des Bürgen durch den Hauptschuldner, WBl 1989, 19.

C. Kommentare

Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz – BWG Kommentar (Stand Dezember 2007, lexisnexis.at).

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Groß Kommentar zum ABGB – Klang³ (2006).

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} (Stand Februar 2014, rdb.manz.at).

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (Stand März 2015, rdb.manz.at).

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} (Stand Juni 2015 und April 2016 rdb.manz.at)

Kosesnik-Wehrle (Hrsg), KSchG⁴ (2015).

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ (Stand Februar 2014, lexisnexis.at).

Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz (Hrsg), BWG³ (Stand Juni 2009, rdb.manz.at).

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (Stand Jänner 2002, rdb.manz.at).

Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (Stand April 2015, lexisnexis.at).

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band I⁴ (Stand November 2011, lexisnext.at).

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band IV⁴ (Stand April 2014, lexisnexis.at).

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band Va⁴ (Stand Mai 2015, lexisnexis.at).

Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band VI³ (Stand April 2006, lexisnexis.at).

D. Lehrbücher

Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht Band I¹⁴ (2014).

Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht Band II¹⁴ (2015).

E. Monographien

Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht Band VIII: Kreditsicherheiten

Teil I² (2012).

Bacher, Ausgleichsansprüche zwischen mehreren Sicherern einer fremden Schuld (1994).

Bydlinski, P., Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis² (2003).

Bydlinski, P./Bydlinski, F., Gesetzlicher Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001).

Dullinger, Handbuch der Aufrechnung (1995).

Eigner, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung (2004).

Foglar-Deinhardstein, Die Bonitätsprüfung beim Verbraucherkredit (§ 7 VKrG) (2013).

Heinrich, Bonitätsprüfung im Verbraucherkreditrecht (2014).

Perner, R., Die Bürgschaft im Rechtsvergleich zwischen amerikanischem und österreichischem Recht (2004) (Dissertation, rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien).

Rabl, Th., Die Bürgschaft (2000).

Reich-Rohrwig, A., Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015).

Wühl, Sicherungsmehrheit und Wegfall einzelner Kreditsicherungsmittel (2015).

III. Schweiz

A. Aufsätze

Bydlinski, P., Die Stellung des Bürgen im Spannungsfeld von Privatautonomie und Sozialschutzgedanken, recht 1994, 249.

Fountoulakis, Bürgschaftsrecht – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt, AJP 2010, 423.

Harrer, Einreden des Bürgen, in FS Honsell (2002) 515.

Wiegand, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in *Wiegand* (Hrsg), Personalsicherheiten Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärungen und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld Berner Bankrechtstag BBT 4/97 (1997) 175.

B. Kommentare

Basler Kommentar, Obligationenrecht I⁶ (2015).

Beck, Das neue Bürgschaftsrecht Kommentar (1942).

Becker (Hrsg), Obligationenrecht Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht (1942).

Berner Kommentar, Verrechnung, Art. 120-126 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation (2012).

Furrer/Schnyder (Hrsg), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR² (2012).

Huguenin/Müller-Chen/Girsberger (Hrsg), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2² (2012).

Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Hrsg), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht² (2009).

Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen Art. 114, 126 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) (1991).

C. Monographien

Guhl, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz (1942).

Kaderli, Das schweizerische Bankgeschäft² (1955).

IV. Türkiye

A. Aufsätze

Akbaş, Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma Olanakları, İBD 2009/1, 197.

Akkanat, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, in FS Kocayusufpaşaoğlu (2004) 275.

Aksoyoğlu, Borçlar Kanunu Tasarı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, BD 2010/72, 94 (98).

Aydın/Arslandoğan-Kurşuncu, Borçlunun Mali Durumunun Kefilin Konumuna Etkisi, in FS Alangoya (2007) 639.

Ayrancı, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, GzÜHFD 2005/1-2, 107.

Ayrancı, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004/2, 95.

Badur, Eşin Rızası, TBBD 2013/109, 251.

Badur, Kefil ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, MÜHFD 2002/1, 145.

Barlas, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefalet İlişkin Düzenlemeleri, İzBD 2011/2, 7.

Baş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM 2012/2, 115.

Başıyigit, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, LHD 2005, 3317.

Bilge, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, AÜHFD 1954/1-2, 281.

Canbolat, Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler, EÜHFD 2008/1, 377.

Ceylan, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri ile İlgili Yeni Düzenlemeler, İBD 2014/1, 61.

Çakır, Müteselsil Kefaletin Hükümleri ve Sonuçları, THD 2014/96, 14.

Çevik, BÜHFKHHD 2011/89-90, 113.

Demir, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, TBBD 2013/108, 87.

Develioğlu, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı, GÜHFD 2004/1, 293.

Erlüle, Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD 2003/1-2, 629.

Fettah, Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirtilmesi, in FS Hatemi (2009).

Grassinger, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İBD 2013/3, 16.

Grassinger, Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, in FS Kocayusufpaşaoğlu (2004) 209.

Grassinger, Borçlar Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesine Dair Hükümlerin İncelenmesi, İKÜHFD 2005/1-2, 83.

Grassinger, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İHFM 1996/1-2, 389.

İnal, Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu, in FS Özsunay (2004) 161.

İpek, Birlikte Kefalet, GÜHFD 2004/1, 531.

Karakılıçarslan, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, GzÜHFD 2009/1-2, 43.

Kırca, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni, in FS Ansay (2006) 435.

Kuntalp/Altınok-Ormancı, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, in FS Toroslu (2015) 729.

Kuntalp, Teminat Kavramı, Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, in FS Poroy (1995) 263.

Özen, Beyaza (Açığa) İmza Sorunu Üzerinde Düşünceler, LHD 2008, 409.

Özen, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükümünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, EÜHFD 2006/3-4, 477.

Özen, Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi, in FS Erdoğan (2011).

Özen, Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi, in FS Serozan (2010) 1445.

Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi, İKÜHFD 2011/2, 53.

Öztek, Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar, BD 2008/67, 6.

Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD 1962/1-4, 327.

Reisoğlu, Kefilin Def'i Hakları, Batider 1961/2, 177.

Sayın/Koyuncu, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, İÜHFM 2012/1, 319.

Sönmez, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi, İzBD 2012/2, 171.

Tandoğan, Kefaletin Geçerlik Şartları, Batider 1977/1, 19.

Taşdelen, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, in FS İmregün (1998) 731.

Toplandı, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Kefalet Hükümlerinde Öngörülen Yenilikler ve Değişiklikler, YÜHFD 2009/1, 179.

Yavuz, C., Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri, AAD 2004/1-2, 17.

Yavuz, N., Kefalet Sözleşmesi Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme, THD 2009/30, 105.

Yılmaz, M., Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, TAAD 2011/7, 67.

Yılmaz, S., Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kira Sözleşmelerinde Kefilin Sorumluluğu, AÜHFD 2008/3, 753.

B. Lehrbücher

Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (2014).

Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II² (2012).

Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler¹⁴ (2015).

Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II¹⁰ (2013).

Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku (2011).

Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II³ (1987).

Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler¹¹ (2012).

C. Monographien

1. Bücher

Acar, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi (2015).

Çınar, Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi (2013).

Grassinger, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları (1996).

Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi³ (2014).

Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet (1992).

Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku (2013).

Serozan, Sözleşmeden Dönme² (2007).

2. Thesen

Aksoy, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Alacaklı Arasındaki İlişki (2008) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Erciyes).

Başar, Ödemede Bulunan Kefilin Alacaklıya Halef Olması ve Bunun Hukuki Sonuçları (2009) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Galatasaray).

Demirbaş, Birlikte Kefalet (2012) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Selçuk).

Doğan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve Kefalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları (2011) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Çankaya).

Gönültaş, Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'iler (2009) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Kültür).

Gündüz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli (2012) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul).

Güvener, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (2007) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Bilgi).

İyim, Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (2015) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Kültür).

Öztürk, Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri (2012) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität İstanbul Bilgi).

Sücüllü, Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (2006) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Ankara).

Şahan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi (2007) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Erciyes).

Şen, Kefalet Sözleşmelerinin Sona Ermesi Hükümleri ve Bu Hükümlerin Garanti Sözleşmelerinin Sona Ermesine Uygulanması (2012) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Galatasaray).

Uzun, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi (2012) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Ankara).

Yavuz, F., Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması (2008) (Masterarbeit, sozialwissenschaftliches Institut der Universität Ankara).

D. Rechtswörterbücher

Denker/Davran, Almanca-Türkçe Büyük Lugat² (1955).

Çakar, Hukuk Sözlüğü (1999).

E. Vorträge

Barlas, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, in *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* (Hrsg), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (2006) 41.

Barlas, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, in *İnceoğlu* (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (2012) 349.

Grassinger, Genel Kredi Sözleşmelerindeki Kefalet Hükümleri, in *Topbaş/Üçışık* (Hrsg), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri (2013) 315.

Grassinger, Kefalet Sözleşmesinden Bazı Hukuki Sorunlar, in *Grassinger/İnal/Baysal/Aydıncık/Gönen* (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler (2010) 293.

Grassinger, Kefalet Sözleşmesinde Def'iler ve Sona Erme, in *İnceoğlu* (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (2012) 363.

Grassinger, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, in *FS Yavuz* (2012) 121.

Kocaman, Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları, *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü* (Hrsg), Yargıtay Kararları Sempozyumu XV (1999) 105.

Özen, Kefalet Sözleşmesinin Türleri, in *İnceoğlu* (Hrsg), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (2012) 373.

Özen, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Şartları, in *Topbaş/Üçışık* (Hrsg), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri (2013) 354.

ANHANG

I. Deutsche Zusammenfassung

Die zentrale Fragestellung dieser Dissertation lautet: Wie wird der Bürge in den zwei verschiedenen Ländern geschützt? Bei der Untersuchung dieser Frage orientiere ich mich an den vier Hauptproblemen: Mängel bei der Bürgschaftsübernahme, direkte Inanspruchnahme des Bürgen, Vermehrung der Haftungssumme und Belastung des Bürgen mit der Hauptschuld. Am Anfang der diesen Problemen gewidmeten Teile der Untersuchung schreibe ich das konkrete Problem um. Folgend erfasse ich die Instrumente beider Rechtssysteme, welche die beiden untersuchten Rechtsordnungen für das gleiche Problem entwickelt haben. Ich vergleiche nur jene Instrumente miteinander, die inhaltlich einander entsprechen. Sonstige Instrumente, die keine inhaltlich entsprechenden Instrumente im anderen Land aufweisen, stelle ich gesondert dar.

Der Kernpunkt des Vergleichs ist zwar auf das neue Bürgschaftsrecht der Türkei und österreichisches Bürgschaftsrecht beschränkt, dessen Regeln überwiegend mehr als 200 Jahre alt sind. Ich verzichte aber nicht auf eine kurze Darstellung mancher Lösungen zweier Nachbarländer von Österreich - Deutschland und der Schweiz. Könnte man das TBK als Zwillingsgeschwister des schweizerischen OR ansehen, dann wäre es nicht falsch, das österreichische ABGB und das deutsche BGB als Cousins zu benennen. Aufgrund dieser Verwandtschaft befinden sich auf deutsches Recht bezogene Erläuterungen unter jenen Überschriften, die österreichischem Recht gewidmet sind; auf schweizerisches Recht bezogene Erläuterungen finden sich unter jenen Überschriften, die türkischem Recht gewidmet sind.

Bei der Darstellung der Instrumente nehme ich von der Verwendung mancher weit verbreiteten Terminologien Abstand und verwende funktionsbezogene Oberbegriffe. Dies ermöglicht mir die vereinfachte Darstellung dieser Instrumente und eine vereinfachte Zusammensetzung der Schutzinstrumente, die von nationalen Rechtssystemen trotz ihres im Wesentlichen gemeinsamen Sinngehalts verschiedenartig charakterisiert werden.

Das Ziel der Dissertation ist auf das verbesserte Bürgschaftsverhältnis durch Analyse der Schutzinstrumente der Länder gerichtet. Im letzten Teil sind die durch diesen Vergleich gewonnenen Erkenntnisse zu sehen.

II. Englische Zusammenfassung

The present study deals with the following question: How is the surety protected in two different countries? The focus is laid on the following main legal issues: Deficiencies in the acceptance of the suretyship, direct claim, increase in the amount of the liability of the surety, and burden of the main claim on the surety. At the beginning of each chapter dedicated to

these issues, there is a short description for the relevant legal issue. Subsequently, instruments of the both legal systems that are seen in response to same issues are discussed. Only the instruments offering similar content in both countries are compared with each other. Non-common instruments of each country are separately examined without comparison.

The core of the study is mainly focused on relatively new Turkish Suretyship Law and Austrian Suretyship Law, which is partly more than 200 years old. In addition, there are also brief explanations of the solution approaches developed in the two neighboring countries of Austria - Germany and Switzerland. If one can see TBK and OR as twins, it would not be wrong to call ABGB and BGB as cousins. Owing to these relationships, the explanations regarding German Law are to be seen under the headings dedicated to Austrian Law and the explanations regarding Swiss Law are to be seen under the headings dedicated to Turkish Law.

Some widely used national terms are replaced in this study by function related collective terms. This approach has two main reasons. Firstly, it makes the comparison more understandable with less legal terms. Secondly, it helps to link instruments which are, despite their commonality, differently characterized in the countries.

The aim of this dissertation is to reach an improved suretyship with the help of instruments chosen mainly from two different countries. In the last chapter, the knowledge derived from this study is to be seen.