

# Einleitung

Kreditsicherheiten spielen im Wirtschaftsleben eine nicht wegzudenkende Rolle. Die Vergabe von Krediten durch Banken wie auch die Kreditgewährung unter Handelspartnern ist nahezu immer an eine ausreichende Besicherung der Verbindlichkeit geknüpft, um im Fall der Insolvenz des (Haupt-)Schuldners möglichst auf der sicheren Seite zu sein. Nicht selten<sup>1)</sup> werden dabei in der Praxis gleich **mehrere Sicherheiten für eine Verbindlichkeit** (= Sicherungsmehrheit) bestellt.

Kommt es in der Folge zu einem **Zahlungsausfall des Hauptschuldners** (= Haftungsfall für die Sicherungsgeber) und nimmt der Gläubiger einen der Sicherer in Anspruch, so ist heute allgemein anerkannt<sup>2)</sup>, dass der Belagte bei den anderen Sicherungsgebern – gleichgültig, ob diese persönlich oder dinglich haften – grundsätzlich anteiligen Rückgriff nehmen kann. Das heißt, im Ergebnis sollen im Haftungsfall alle Sicherer einen angemessenen Anteil an den Lasten tragen. Fallen jedoch einzelne der Kreditsicherheiten (Bürgschaften, Pfänder etc) nach ihrer Begründung wieder weg bzw werden vom Gläubiger freigegeben, stellt sich die – im Schrifttum<sup>3)</sup> bislang nur punktuell erörterte – Frage, welche rechtlichen Konsequenzen dieser Wegfall für die einzelnen Sicherungsgeber bzw für den Gläubiger hat.

Im österreichischen ABGB bestehen zu dem genannten Problem (**Wegfall einzelner Kreditsicherungsmittel bei Sicherungsmehrheit**) im Wesentlichen bloß zwei Regelungstatbestände, die beide im Bürgschaftsrecht beheimatet sind. Zum einen § 1360<sup>4)</sup>, der den Fall betrifft, dass neben einer Bürgschaft ein

---

<sup>1)</sup> So *Harrer*, Sicherungsrechte (2002) 117.

<sup>2)</sup> Siehe nur *P. Bydliński* in *Koziol/P. Bydliński/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014), im Weiteren zitiert als KBB<sup>4</sup>, § 1358 Rz 14; *Koziol/Welser* (*Welser* Bearb), Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht<sup>13</sup> (2007) 151; *Dullinger*, Bürgerliches Recht II: Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>5</sup> (2014) Rz 6/39. So auch die ganz hA in Deutschland; dazu stellvertretend *Habersack* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V*<sup>6</sup> (2013) § 774 Rz 30. Auch die Rechtsprechung ist dem Ansatz der Gleichwertigkeit von Sicherungsmitteln im Hinblick auf wechselseitige Ausgleichsansprüche im Haftungsfall gefolgt: Grundlegend dazu insbesondere OGH 7 Ob 575/84 SZ 57/114 = JBl 1987, 780 = RdW 1985, 9 (Konstellation: Bürge/Drittpfand) und BGH IX ZR 175/88 NJW 1989, 2530 (Konstellation: Bürge/[Dritt-]Grundschuld).

<sup>3)</sup> Vgl ansatzweise aber etwa *Hoyer*, Der Rückgriff zwischen Bürgen und Pfandbestellern, JBl 1987, 764 (772 ff); *Bacher*, Ausgleichsansprüche zwischen mehreren Sicherern einer fremden Schuld (1994) 129 ff; *Mader*, Zum Rückgriffsanspruch nach § 1359 ABGB, JBl 1988, 287 (293 f); *Eigner*, Interzedentenschutz (2004) 129 ff.

<sup>4)</sup> Im Weiteren sind Paraphrasenzitate ohne Angabe des Gesetzes solche des ABGB.

Pfandrecht als Sicherungsmittel besteht. Dazu ordnet § 1360 an, dass es in diesem Fall dem Gläubiger zwar weiterhin frei steht, den Bürgen sofort zu belangen, er (der Gläubiger) aber nicht befugt ist, sich zum Nachteil des Bürgen des Pfandes zu begeben. Und zum anderen § 1363, der das Vorhandensein mehrerer (Mit-)Bürgen behandelt, wobei Satz 3 *leg cit* die Entlassung eines Mitbürgen durch den Gläubiger erfasst; danach kommt die Entlassung eines Bürgen diesem zwar gegenüber dem Gläubiger, aber nicht gegen die übrigen Mitbürgen zustatten.

Die angeführten beiden Bestimmungen werden von den bis dato in der Lit<sup>5)</sup> dazu ergangenen Stellungnahmen überwiegend so verstanden, dass § 1360 dem Gläubiger bei **Pfandfreigabe** im Ergebnis einen Teil seines Anspruchs gegen den weiterhaftenden Bürgen nimmt (= beschränkte Gesamtwirkung), § 1363 hingegen den Anspruch des Gläubigers bei **Bürgschaftsfreigabe** gegen den weiterhaftenden Bürgen voll bestehen lässt (= Einzelwirkung), der in Anspruch genommene Bürge aber weiterhin (anteiligen) Rückgriff beim entlassenen Mitbürgen nehmen kann. Aus Sicht der entlassenen Kreditsicherheit bedeutet das, dass ein entlassenes Pfand gänzlich von seiner Haftung befreit wird, ein entlassener Bürge jedoch weiter im Regressweg gegenüber seinen (ehemaligen) Mitbürgen – wie bei aufrechter Bürgschaft – haftet, wobei sich dann die Frage stellt, ob der entlassene, aber im Ausgleichsweg in Haftung genommene Bürge seinerseits wieder Ansprüche gegen den (freigebenden) Gläubiger geltend machen kann (= Regresszirkel). Des Weiteren unterscheidet § 1360 zwischen Pfändern, die vor bzw bei Bürgschaftsübernahme, und solchen, die erst nach Bürgschaftsübernahme bestellt wurden, während § 1363 nicht ausdrücklich auf eine Abfolge bei der Begründung mehrerer Bürgschaften abstellt. In diesem Sinne schützt § 1360 – zumindest nach seinem Wortlaut – nur Bürgen, bei denen zum Zeitpunkt der Übernahme ihrer Bürgschaft das Pfand bereits bestanden hat; im Unterschied dazu schützt § 1363 – mangels anderweitiger Anordnungen – Mitbürgen offensichtlich unabhängig davon, wann die einzelnen Bürgschaften im Verhältnis zueinander übernommen wurden.

Den beiden einschlägigen Bestimmungen liegen daher – bei deren Verständnis entsprechend den überwiegenden bislang dazu ergangenen Stellungnahmen – unter verschiedenen Gesichtspunkten ganz offenbar **unterschiedliche Regelungsmechanismen** zugrunde. Ein Zustand, der unter Berücksichtigung der – seit jüngerem zumindest für den Ausgleich zwischen verschiedenen Sicherungsgebern anerkannten – Prämisse der Gleichwertigkeit aller Sicherungsmittel<sup>6)</sup> jedenfalls Anlass für eine kritische Analyse gibt. Völlig ungeklärt erscheint zudem die rechtliche Situation bei Wegfall bzw Freigabe anderer als jener in den §§ 1360 und 1363 angeführten Kreditsicherheiten (zB

<sup>5)</sup> Siehe bloß die dahin gehenden Kommentierungen von *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1360 Rz 4 und § 1363 Rz 4; *Gamerith* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/3<sup>3</sup> (2002) § 1360 Rz 2 und § 1363 Rz 5; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar VI<sup>3</sup> (2006) § 1360 Rz 4 und § 1363 Rz 4.

<sup>6)</sup> Vgl dazu die Nachweise in Fn 2.

bei Wegfall bzw Freigabe einer Sicherungszession, Sicherungsmitschuld, Sicherungsgarantie etc).

In der vorliegenden Arbeit wird daher insbesondere untersucht, welche **Rechtsfolgen der Wegfall bzw die Freigabe einzelner Kreditsicherheiten bei Sicherungsmehrheit** nach sich zieht sowie inwieweit hierbei eine rechtliche Gleich- bzw Ungleichbehandlung von verschiedenen Kreditsicherungsformen geboten ist.

Als Vorfrage ist dabei zu klären, wie die Rechtslage allgemein bei aufrechter **Sicherungsmehrheit** ist (Kapitel I.); vor allem, welche Konsequenzen die Inanspruchnahme eines Sicherungsgebers bei Bestehen mehrerer Sicherungsmittel im Hinblick auf das interne Ausgleichsverhältnis hat. Dieser Vorfrage muss nachgegangen werden, um beurteilen zu können, welche Folgen (bzw Nachteile) der Wegfall eines Sicherungsmittels für die verbleibenden Sicherungsgeber überhaupt haben kann. Danach werden die rechtlichen **Konsequenzen des Wegfalls** einzelner Kreditsicherungsmittel bei Sicherungsmehrheit (Kapitel II.) nach geltendem Recht umfassend erörtert; das heißt, erstens die bisherigen Ansätze für das Verständnis der §§ 1360 und 1363 systematisch dargestellt und zweitens eigene Lösungsvorschläge zu den einzelnen Problembereichen vorgestellt. Dabei wird auch untersucht, wie das Problem (Wegfall einzelner Kreditsicherungsmittel bei Sicherungsmehrheit) in anderen Rechtsordnungen bzw in Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung gelöst wird, wobei dazu vor allem auf deutsches Recht<sup>7)</sup> und die Darstellungen im *Draft Common Frame of Reference*<sup>8)</sup> (DCFR) Bezug genommen wird. Letztlich soll – auch unter Berücksichtigung der zuvor angestellten rechtsvergleichenden Überlegungen – **de lege ferenda** ein Ausblick gemacht werden, inwiefern das österreichische Recht in den behandelten Bereichen verbesserungswürdig ist bzw wie allenfalls nötige Reformen der einschlägigen Bestimmungen konkret erfolgen sollten (Kapitel III.).

---

7) Im deutschen BGB findet sich eine Parallelbestimmung insbesondere in § 776: „Aufgabe einer Sicherheit“.

8) Im DCFR siehe etwa unter IV.G. – 2:110: „Reduction of creditor’s rights“.



# I. Die Sicherungsmehrheit

## A. Der Begriff Sicherungsmehrheit

Unter dem Begriff Sicherungsmehrheit ist das Bestehen mehrerer Sicherheiten für eine Verbindlichkeit zu verstehen;<sup>9)</sup> das heißt, wenn etwa mehrere Bürgschaften, Pfänder oder sonstige Sicherungsmittel<sup>10)</sup> zur Besicherung für eine Kreditverbindlichkeit dienen. Die beigebrachten Sicherheiten können dabei sowohl vom **Hauptschuldner** als auch von **Dritten** stammen.<sup>11)</sup> Aufgrund des Umstandes, dass der Hauptschuldner eine materiell eigene, ein Drittsicherer hingegen eine materiell fremde Schuld besichert, ist allerdings in vielen Belangen eine unterschiedliche rechtliche Behandlung dieser beiden Sicherungsarten geboten.<sup>12)</sup> Der Zweck der Sicherheitenbestellung ist jedenfalls stets derselbe: Das Risiko des Zahlungsausfalls des Hauptschuldners entsprechend abzusichern. Das muss jedoch nicht (nur) Ausdruck des Misstrauens<sup>13)</sup> gegenüber dem Kreditnehmer sein, sondern gebietet sich für sorgfältige Kreditgeber schon aus den Grundsätzen ordentlicher Wirtschaftsführung<sup>14)</sup> bzw aus einem allgemeinen Sicherungsinteresse des Kreditgebers hinsichtlich der Eintreibung seiner Forderungen<sup>15)</sup>.

Speziell für das Bestehen mehrerer – parallel haftender – Bürgen bzw Pfänder finden sich in der juristischen **Terminologie** noch zusätzliche Bezeichnungen, auf die im Folgenden kurz hingewiesen sei:

---

<sup>9)</sup> Zum Teil werden zur Benennung dieser Situation auch die Bezeichnungen „Mehrfachsicherung“ (*Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten<sup>8</sup> [2012] Rz 15) und „Mehrfachbesicherung“ (*Harrer*, Sicherungsrechte 117) verwendet. Die Bezeichnung „Sicherungsmehrheit“ erscheint aber insofern vorzugswürdig, weil man bei den anderen beiden Bezeichnungen unter Umständen (auch) an die Besicherung mehrerer Forderungen durch eine Sicherheit denken könnte.

<sup>10)</sup> Siehe dazu die Übersicht unter I.B.

<sup>11)</sup> Zur Abgrenzung von Hauptschuldner und Drittsicherungsgeber siehe später unter I.B.8.

<sup>12)</sup> Wie etwa, dass ein Drittsicherer im Haftungsfall an einer vom Hauptschuldner beigebrachten Sicherheit grundsätzlich vollen, an einer von einem Dritten beigebrachten Sicherheit idR aber nur anteiligen Rückgriff nehmen kann. Dazu ausführlicher unter I.C.

<sup>13)</sup> Vgl *Bülow*, Kreditsicherheiten<sup>8</sup> Rz 1, der anführt, dass nach alter „Banker-Weisheit“ der sicherste Kredit derjenige sei, für den man keine Sicherheiten benötigt und daher dem Verlangen nach Kreditsicherheit ein Misstrauen in die Solvenz des Kreditnehmers zugrundeliege.

<sup>14)</sup> *Lwowski*, Allgemeine Grundlagen, in *Lwowski/Fischer/Langenbacher* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung<sup>9</sup> (2011) Rz 2.

<sup>15)</sup> *Böhler*, Allgemeiner Teil des Kreditsicherungsrechts, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VIII: Kreditsicherheiten I<sup>2</sup> (2012) Rz 1/5.

Haften für ein und dieselbe Verbindlichkeit mehrere Bürgen, so werden diese gemeinhin Mitbürgen genannt.<sup>16)</sup> Dient hingegen eine Mehrzahl an Pfandrechten zur Besicherung für eine Verbindlichkeit, dann wird jedes einzelne dieser Pfandrechte als Gesamtpfandrecht bezeichnet. Eine besondere Form des Gesamtpfandrechtes ist wieder die ungeteilte Pfandhaftung mehrerer Grundbuchkörper (oder Hypothekarforderungen), welche als Simultanhypotheken<sup>17)</sup> benannt werden.<sup>18)</sup> Im Fall des Bestehens mehrerer (nebeneinander haftender) Sicherheiten, steht es dem Gläubiger grundsätzlich frei, auf welche dieser Sicherheiten er – bei Zahlungsunfähig- oder Zahlungsunwilligkeit des Hauptschuldners – zugreift, sodass der Gläubiger die Befriedigung der ganzen Forderung (grundsätzlich) aus jeder einzelnen Kreditsicherheit verlangen darf<sup>19)</sup>.

## B. Die einzelnen Sicherungsmittel

### 1. Vorbemerkung

Im Folgenden werden einzelne Kreditsicherungsmittel überblicksartig dargestellt. Die Ausführungen beschränken sich dabei auf Sicherheiten, die in der Praxis<sup>20)</sup> besonders häufig bei Sicherungsmehrheiten anzutreffen sind. Im

---

<sup>16)</sup> Statt aller *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>4</sup> § 1359 Rz 1.

<sup>17)</sup> § 15 Abs 1 GBG: „Das Pfandrecht kann für dieselbe Forderung ungeteilt auf zwei oder mehrere Grundbuchkörper oder Hypothekarforderungen eingetragen werden (Simultanhypothek).“

<sup>18)</sup> Eingehend zu den Begriffen Gesamtpfandrecht und Simultanhypothek *Hoyer*, Die Simultanhypothek<sup>2</sup> (1977) 14 ff und *Rassi* in *Kodek* (Hrsg), Grundbuchsrecht<sup>1.01</sup> § 15 GBG Rz 1 ff (Stand Juli 2009, rdb.at).

<sup>19)</sup> Vgl zum Bestehen von Bürgschaft und Pfand § 1360 HS 1 und 2: „Wenn dem Gläubiger vor, oder bei Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner, oder einem Dritten ein Pfand gegeben wird; so steht ihm [...] frei, den Bürgen der Ordnung nach (§ 1355) zu belangen; [...]“. Zur Simultanhypothek siehe § 15 Abs 2 GBG: „Der Gläubiger ist in solchen Fällen berechtigt, die Bezahlung der ganzen Forderung aus jeder einzelnen Pfandsache zu verlangen.“ Eine sog Einrede der Sachhaftung (*beneficium excussionis realis*) kennt das österreichische Kreditsicherungsrecht also grundsätzlich nicht; siehe bloß *Ohmeyer/Klang* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI<sup>2</sup> (1951) 235 und *Gamerith* in *Rummel*, ABGB II/3<sup>3</sup> § 1360 Rz 1 jeweils mwN. Anders hingegen etwa die (dispositive) Anordnung des § 772 Abs 2 BGB zumindest in Bezug auf – neben einem Bürgen bestehende – Pfandrechte an beweglichen Sachen des Hauptschuldners.

<sup>20)</sup> Die Auswahl ergibt sich aufgrund der Kenntnis zahlreicher Sachverhalte, die höchstgerichtlichen Entscheidungen zugrunde lagen und bei denen Sicherungsmehrheiten im Spiel waren. So etwa bei OGH 2 Ob 24/31 SZ 13/34 (Bürge und Zahler/Hypothek); 3 Ob 171/78 EvBl 1979/77 (Bürge/Hypothek); 1 Ob 772/82 JBl 1983, 537 (Bürge und Zahler/Sicherungsmitschuldner); 1 Ob 540/88 ÖBA 1988, 1031 (Simultanhypotheken); 10 Ob 58/05k ZIK 2005, 220 (Sicherungsmitschuldner/Sicherungsgarant); 8 Ob 109/11d ÖBA 2012, 406 (Bürge/Sicherungs-session); 7 Ob 59/12w RdW 2012, 597 (Bürge/Sicherungsgegenstand).

Vordergrund stehen hierbei die Bürgschaft, der Sicherungs-Schuldbeitritt und die Sicherungsgarantie sowie das Pfandrecht, die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession.<sup>21)</sup> Die nachstehenden Darstellungen beinhalten keine tiefgreifenden rechtlichen Analysen, sondern sollen vor allem einen (groben) **Überblick** über den Zweck und die Konstruktion der angeführten **Kreditsicherungsinstrumente** bieten.

## 2. Die Bürgschaft

Die **Bürgschaft** – im ABGB insbesondere in den §§ 1346 bis 1367 geregelt – ist ein Vertrag<sup>22)</sup> zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger (Kreditgeber), mit dem sich der Bürge „zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, dass der erste Schuldner (= Hauptschuldner) die Verbindlichkeit nicht erfülle“ (§ 1346 Abs 1).<sup>23)</sup> Die Bürgschaft dient dem Kreditgeber daher zur Sicherstellung der Hauptschuld, indem sie eine persönliche und grundsätzlich unbegrenzte Haftung des Bürgen begründet.<sup>24)</sup> Die Bürgenverpflichtung ist stets abhängig von der Hauptschuld; das heißt, der Bürge kann generell nicht strenger haften als der Hauptschuldner selbst (Akzessorietätsprinzip).<sup>25)</sup> Der Bürge haftet gegenüber dem Gläubiger also **persönlich** und (streng) **akzessorisch** für eine formell zwar eigene, aber materiell betrachtet **fremde** Verbindlichkeit.

Für die Möglichkeiten der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger ist grundsätzlich zwischen drei verschiedenen **Bürgschaftsarten** zu unterscheiden.<sup>26)</sup> Der gewöhnliche (gemeine) Bürge kann vom Gläubiger dann in

21) Der Eigentumsvorbehalt, der insbesondere zur Besicherung von (kurzfristigen) Warenkrediten zwischen (Kauf-)Vertragspartnern regelmäßig vereinbart wird, bleibt bei den folgenden Ausführungen somit weitgehend ausgespart.

22) Da der Bürge zumeist nicht freigiebig gegenüber dem Gläubiger handelt, sondern nur aufgrund der durch die Bürgschaftsübernahme regelmäßig „kostengünstigeren“ Kreditgewährung, ist idR von einer Entgeltlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung auszugehen; idS etwa OGH 7 Ob 260/99g ÖBA 2000, 701 = ecolex 2000, 281. Vgl zum Sicherungsinteresse des Kreditsuchenden im Allgemeinen insbesondere *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts. Gutachten zum 4. Österreichischen Juristentag (1970) 12.

23) Siehe allgemein zur Bürgschaft insbesondere *P. Bydlinski*, Die Kreditbürgschaft im Spiegel aktueller Judikatur und Formularpraxis<sup>2</sup> (2003); *ders*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991); *Th. Rabl*, Die Bürgschaft (2000); übersichtlich auch die „systematischen Darstellungen“ von *Schwartz*, Die Bürgschaft, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VIII: Kreditsicherheiten I<sup>2</sup> (2012) Rz 2/1 ff.

24) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> 147.

25) *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft<sup>2</sup> 19; zur abgeschwächt akzessorischen „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ *ders* aaO 34 f.

26) Die genauen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger können freilich auch ganz individuell zwischen den Parteien vereinbart werden.

Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner erfolglos gemahnt hat (§ 1355), ein Insolvenzverfahren<sup>27)</sup> über das Vermögen des Hauptschuldners eröffnet wurde oder dieser unbekanntem Aufenthalts<sup>28)</sup> ist (§ 1356). Der Bürge und Zahler (§ 1357) kann hingegen nach freier Wahl des Gläubigers – gleich einem Mitschuldner – sofort und ohne vorherige Mahnung des Hauptschuldners belangt werden.<sup>29)</sup> Der gesetzlich nicht genau beschriebene Ausfallsbürge kann – genau gegenteilig dem Bürgen und Zahler – vom Gläubiger nur unter erschwerten Bedingungen in Haftung gezogen werden; nämlich erst dann, wenn der Gläubiger bereits erfolglos Exekution gegen den Hauptschuldner geführt hat.<sup>30)</sup>

Des Weiteren ist der – ebenso im ABGB nicht näher umschriebene – Nachbürge<sup>31)</sup> anzuführen, der sich dem Gläubiger für den Zahlungsausfall eines anderen (Haupt- bzw Vor-)Bürgen verpflichtet; der Vorbürge erlangt dadurch seinerseits Hauptschuldnerstellung im Verhältnis zum Nachbürgen, weshalb die Nachbürgenschuld wiederum (streng) akzessorisch zur Vorbürgenschuld besteht. Und letztlich sei noch der Entschädigungsbürge (§ 1348) erwähnt, der sich allerdings nicht dem Gläubiger verbürgt, sondern vielmehr einem anderen (Haupt-)Bürgen für die Einbringung dessen – im Haftungsfall entstehenden – Rückgriffsanspruch gegenüber dem Hauptschuldner.

Wird ein Bürge – welcher Art<sup>32)</sup> immer – vom Gläubiger in Anspruch genommen, so tritt er gem § 1358 im Zeitpunkt der Bezahlung der für ihn materiell fremden Schuld in die Rechte des Gläubigers ein (**Legalzession**) und kann in der Folge vom Hauptschuldner vollen Regress nehmen. Der Gläubiger hat dem zahlenden Bürgen zu diesem Zweck außerdem alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel „auszuliefern“ (§ 1358 S 2). Die vorhandenen Si-

<sup>27)</sup> Unter „Insolvenzverfahren“ sind hierbei sowohl Konkurs- als auch Sanierungsverfahren zu verstehen. Vgl nur *P. Bydliński* in *KBB*<sup>4</sup> § 1356 Rz 2.

<sup>28)</sup> Die Abwesenheit des Hauptschuldners muss zum Zeitpunkt des Zahlungsverweigerens des Gläubigers vorliegen und darf nicht nur kurzfristig gegeben sein. *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, ABGB VI<sup>3</sup> § 1356 Rz 2.

<sup>29)</sup> Der Hinweis in § 1357, dass der Bürge als ungeteilter Mitschuldner (§ 891) hafte, soll nur die mangelnde Subsidiarität der Bürge- und Zahler-Haftung ausdrücken, bewirkt aber keine eigentliche Solidarschuld des Bürgen mit dem Hauptschuldner. Vgl *P. Bydliński* in *KBB*<sup>4</sup> § 1357 Rz 1.

<sup>30)</sup> § 1356 ist aber grundsätzlich auch bei der Ausfallsbürgschaft anwendbar, wobei die konkrete Ausgestaltung der (Ausfalls-)Bürgschaft freilich wieder den (Bürgschafts-)Vertragsparteien überlassen bleibt; *Gschntzer (Faistenberger/Barta/Echer Bearb)*, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> (1991) 266.

<sup>31)</sup> Synonym werden für den Nachbürgen auch die Begriffe After-, Über- und Bürgesbürge verwendet.

<sup>32)</sup> Eine Ausnahme stellt hierbei nur der Entschädigungsbürge dar, der von vornherein nie vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann. Für den Entschädigungsbürgen kommt ein Eintritt in die (ursprünglichen) Rechte des Kreditgebers (Gläubigers) erst in Frage, wenn er – seiner Verpflichtung entsprechend – an einen zuvor belangten „normalen“ Bürgen leistet.



cherungsmittel gehen dabei – je nach Art der Sicherheit<sup>33)</sup> – im Zeitpunkt der Bezahlung auf den Bürgen *ipso iure*<sup>34)</sup> über bzw sind vom Gläubiger auf den Bürgen eigens zu übertragen.<sup>35)</sup>

### 3. Der Sicherungs-Schuldbeitritt

Der **Sicherungs-Schuldbeitritt**<sup>36)</sup> – im ABGB von § 1347 erfasst und kraft ausdrücklicher Verweisung insbesondere durch die §§ 888 bis 896 geregelt – bezeichnet den Beitritt zu einer Schuld zu Sicherungszwecken. Das heißt, der beitretende (Mit-)Schuldner nimmt nicht am Synallagma mit dem Gläubiger teil – er kann also zB die Auszahlung der Darlehensvaluta nicht verlangen –, sondern verpflichtet sich nur einseitig gegenüber dem Gläubiger für den Fall, dass der „erste (Gesamt-)Schuldner“ nicht leistet.<sup>37)</sup> Der Schuldbeitritt kann durch eine Vereinbarung zwischen Sicherungsmitschuldner und (echtem) Schuldner<sup>38)</sup>, durch eine Vereinbarung zwischen Sicherungsmitschuldner und Gläubiger oder durch eine Vereinbarung zwischen allen drei beteiligten Parteien erfolgen.<sup>39)</sup> Im Unterschied zur Bürgschaft begründet ein Sicherungs-Schuldbeitritt allerdings keine (dauerhaft) akzessorische Haftung des Sicherungsmitschuldners; die zu besichernde Schuld muss grundsätzlich nur im Zeitpunkt, in dem ihr beigetreten wird, bestanden haben, weshalb in diesem Zusammenhang von (bloßer) Beitrittsakzessorietät und nicht von (strenger) Bestandsakzessorietät gesprochen wird.<sup>40)</sup> Der Sicherungsmitschuldner haftet

<sup>33)</sup> Im Speziellen etwa zur Höchstbetragshypothek siehe *Hoyer*, Hypothekenübergang bei Zahlung durch Bürgen, Drittpfandbesteller, Rettungszahler bei Höchstbetrags-hypotheken, NZ 2008, 321.

<sup>34)</sup> Das gilt nach ganz hA und stRsp jedenfalls für vom Gläubiger gehaltene akzes-sorische Sicherungsrechte (Bürgschaften, Pfänder); siehe dazu und zur Frage des Über-gangs anderer Sicherheiten etwa *Gamerith* in Rummel, ABGB II/3<sup>3</sup> § 1358 Rz 5 mwN.

<sup>35)</sup> In diesem Zusammenhang stehen Bürgen weitreichende Informationsansprü-che gegen den Gläubiger zu; vgl *Avancini*, Der Auskunftsanspruch des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, JBl 1985, 193 (199). Zum Übergang und vor allem zu den Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Drittsicherheiten siehe noch unter I.C.

<sup>36)</sup> Die Sicherungsmitschuld wird des Öfteren auch als „Interzessionsmitschuld“ oder „Selbstschuldnerische Gutstehung“ bezeichnet.

<sup>37)</sup> Ausführlich zur Abgrenzung zwischen „gleichgründiger Gesamtschuld“ und „Sicherungsgesamtschuld“ insbesondere *Bülow*, Kreditsicherheiten<sup>8</sup> Rz 1582 ff, der an-führt, dass der Sicherungsmitschuldner als bloßer Mithaftender nicht am Synallagma teilnehme, sondern sich nur einseitig gegenüber dem Gläubiger verpflichte. Grundle-gend zu diesem Begriffspaar freilich bereits *Ehmann*, Die Gesamtschuld (1972) 358 f, nach dem eine Sicherungsgesamtschuld dann vorliegt, wenn „die Verpflichtung des Hin-zutretenden durch den Sicherungszweck getragen wird“.

<sup>38)</sup> Das wäre ein echter Vertrag zugunsten Dritter (gem §§ 881 f), den der Gläubi-ger auch zurückweisen könnte (§ 882 Abs 1).

<sup>39)</sup> *Mader/W. Faber* in Schwimann, ABGB VI<sup>3</sup> § 1347 Rz 1.

<sup>40)</sup> *P. Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> § 1347 Rz 1.

dem Gläubiger somit **persönlich, nicht** aber – zumindest nicht streng – **akzesessorisch** für eine materiell **fremde** Verbindlichkeit.

Der Sicherungsmitschuldner kann vom Gläubiger entsprechend der von ihm übernommenen Pflichten – und grundsätzlich unabhängig vom Bestehen der Verbindlichkeit des (echten) Schuldners – in Anspruch genommen werden. Da die Sicherungsmitschuld wertungsmäßig der Bürgschaft stark ähnelt, ist allerdings – trotz Fehlens strenger Akzessorietät – in vielen Belangen eine Gleichbehandlung des Sicherungsmitschuldners mit dem Bürgen geboten.<sup>41)</sup> Wird der Sicherungsmitschuldner schließlich vom Gläubiger in Anspruch genommen, so tritt auch er als Zahler einer materiell fremden Schuld – gleich dem Bürgen – nach ganz hM<sup>42)</sup> und der Rsp<sup>43)</sup> gem § 1358 in die **Rechte des Gläubigers** ein. Im Innenverhältnis kann der Sicherungsmitschuldner vom (echten) Schuldner daher stets vollen Rückgriff nehmen. Des Weiteren gehen im Zeitpunkt der Bezahlung der – für den Sicherungsmitschuldner – materiell fremden Schuld auch die vorhandenen (Sicherungs-)Rechte des Gläubigers auf ihn über bzw sind von Gläubiger auf den zahlenden Sicherungsmitschuldner (eigens) zu übertragen.

#### 4. Die Sicherungsgarantie

Die (Leistungs- bzw Bank-)Garantie<sup>44)</sup> – im ABGB von § 880a<sup>45)</sup> angesprochen – besteht in einer abstrakten Verpflichtung des Garanten gegenüber dem Begünstigten (= Gläubiger), diesem bei Eintritt des „Garantiefalles“ eine bestimmte Leistung<sup>46)</sup> zu erbringen. Das heißt, der Garant verpflichtet sich gegenüber dem Begünstigten grundsätzlich ohne Einschränkung für einen be-

<sup>41)</sup> Vgl *Harrer*, Sicherungsrechte 42, der das Problem anspricht, dass der (echte) Schuldner dem Gläubiger Einwendungen (zB aufgrund eines Irrtums) aus dem „Grundgeschäft“ entgegen halten kann, der Gläubiger allerdings den Sicherungsmitschuldner in Anspruch nehmen möchte. Zumindest in dieser Konstellation ist eine sinngemäße Heranziehung der Regeln zum Bürgschaftsrecht wohl gerechtfertigt, wodurch auch der Sicherungsmitschuldner dem Gläubiger die Einwendungen des (echten) Schuldners entgegen halten kann. Übersichtlich zur möglichen (analogen) Anwendung von Bürgschaftsvorschriften auf den Sicherungs-Schuldbeitritt im deutschen Recht – va auch hinsichtlich der Formfrage – *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit (2000) 321 ff.

<sup>42)</sup> Siehe nur *Gamerith* in Rummel, ABGB II/3<sup>3</sup> § 1358 Rz 1 mwN.

<sup>43)</sup> OGH 5 Ob 158/75 JBl 1976, 155.

<sup>44)</sup> Siehe dazu insbesondere die übersichtliche und aktuelle Darstellung von *Koziol*, Die Bankgarantie, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht V; Akkreditiv und Garantie<sup>2</sup> (2009).

<sup>45)</sup> § 880a betrifft neben der (Leistungs- bzw Bank-)Garantie (HS 2) auch die sog Verwendungs- bzw Bemühenszusage (HS 1), die den Versprechenden nur verpflichtet, alles ihm Mögliche zu tun, um einen Dritten selbst zur Leistung zu bringen. Vgl *P. Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> § 880a Rz 1.

<sup>46)</sup> IdR handelt es sich dabei um eine Geldleistung.