

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Dritter Teil</b>			<b>Dritter Teil</b>	
<b>Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte</b>			<i>noch offen</i>	
<b>Erstes Hauptstück</b>			<b>Erstes Hauptstück</b>	
<b>Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten</b>			<b>Änderung und Sicherstellung von Rechten und Verpflichtungen</b>	
<b>Gemeinschaftliche Bestimmungen der Rechte</b>			<i>weglassen oder „Allgemeines“</i>	
<b>§ 1342.</b> Sowohl Personenrechte als Sachenrechte, und daraus entspringende Verbindlichkeiten können gleichförmig befestigt, umgeändert und aufgehoben werden.		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1342.</b> Sowohl Forderungsrechte als auch Sachenrechte und die aus ihnen entstehenden Ansprüche können gesichert, geändert und aufgehoben werden.	<i>Könnte mangels normativer Bedeutung gestrichen werden.</i>
<b>Arten der Befestigung eines Rechtes;</b>			<i>hier keine eigene Überschrift nötig</i>	
<b>§ 1343.</b> Die rechtlichen Arten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes <sup>1</sup> , durch welche dem Berechtigten ein neues		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1343.</b> Die Sicherstellung eines Rechts, wodurch der Gläubiger ein zusätzliches <sup>2</sup> Recht erhält, kann durch die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner und	

<sup>1</sup> Ich halte die Begriffe „Sicherstellung ...“ bzw „Befestigung ...“ im Anschluss an *Zeiller* (Commentar IV 2 ff) für synonym bzw für zwei Seiten einer Medaille, weshalb daher durchgehend nur der weniger altertümliche Begriff „Sicherstellung“ verwendet wird.

<sup>2</sup> Sicherstellung (und Befestigung, s Originaltext) eines Rechts kann nur durch ein zusätzliches Recht erfolgen, weshalb hier „zusätzlich“ statt „neu“ vorgeschlagen wird. Wenn § 1344 anschließend auch den Schuldnerwechsel (SÜ) erwähnt, so liegt darin aber weder ein zusätzliches Recht noch eine Sicherstellung/Befestigung, was (nur) in der Alternative von § 1344 beachtet wird (dort Streichung dieser Passage, da die Schuldübernahme ohnehin gleich in § 1345 behandelt wird). Da es auch die Garantie und weitere Formen persönlicher Sicherung gibt, wird dort auch eine entsprechende offene Formulierung gewählt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Recht eingeräumt wird, sind: die Verpflichtung ein Dritten für den Schuldner, und die Verpfändung.			durch die Bestellung eines Pfandrechts erfolgen.	
<b>I. durch Verpflichtung eines Dritten</b>			<b>Verpflichtung eines Dritten</b>	<b>Sicherstellung durch Verpflichtung eines Dritten</b>
§ 1344. Ein Dritter kann sich dem Gläubiger für den Schuldner auf dreierlei Art verpflichten: einmal, wenn er mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld als Alleinzahler übernimmt; dann, wenn er der Verbindlichkeit als Mitschuldner beiträgt; endlich, wenn er sich für die Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verbindet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt.		idF JGS Nr. 946/1811	§ 1344. Ein Dritter kann sich dem Gläubiger für den Schuldner verpflichten, indem er a) mit Zustimmung des Gläubigers die Schuld als Alleinzahler übernimmt (§§ 1405 – 1407), b) der Schuld als Mitschuldner beiträgt (§ 1347) oder c) die Befriedigung des Gläubigers für den Fall verspricht, dass der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt (§ 1346).	§ 1344. Ein Dritter kann den Gläubiger vor allem dadurch sicherstellen, dass er der Schuld als Mitschuldner beiträgt (Schuldbeitritt, § 1347) oder dem Gläubiger Befriedigung verspricht, falls der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt (Bürgschaft, § 1346).
§ 1345. Wenn jemand mit Einwilligung des Gläubigers die ganze Schuld eines andern übernimmt; so geschieht keine Befestigung, sondern eine Umänderung der Verbindlichkeit, wovon in dem folgenden Hauptstücke gehandelt wird.		idF JGS Nr. 946/1811	§ 1345. Übernimmt ein Dritter die Schuld mit Zustimmung des Gläubigers anstelle des Schuldners, so liegt darin keine Sicherstellung, sondern eine Umänderung <sup>3</sup> der Verpflichtung (§ 1375).	<b>Austausch des Schuldners</b> § 1345. Übernimmt ein Dritter die Schuld mit Zustimmung des Gläubigers anstelle des Schuldners, so schuldet nur mehr der Übernehmer (Schuldübernahme, §§ 1405 – 1407).

<sup>3</sup> Angleichungsbedarf! Allenfalls „Änderung“ statt „Umänderung“. Kann erst nach Überarbeitung der §§ 1375 ff geklärt werden.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>a) Als Bürge;</b>			<b>Bürgschaft</b>	
<p><b>§ 1346.</b> (1) Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt, wird ein Bürge, und das zwischen ihm und dem Gläubiger getroffene Übereinkommen ein Bürgschaftsvertrag genannt. Hier bleibt der erste Schuldner noch immer der Hauptschuldner, und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu.</p> <p>(2) Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist erforderlich, daß die Verpflichtungserklärung des Bürgen schriftlich abgegeben wird.</p>		idF RGBl. Nr. 69/1916	<p><b>§ 1346.</b> (1) <sup>1</sup>Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers für den Fall verpflichtet, dass der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt, ist ein Bürge und die mit dem Gläubiger getroffene Vereinbarung ein Bürgschaftsvertrag. <sup>2</sup>Der Schuldner heißt Hauptschuldner und der Bürge kommt als Nachschuldner hinzu<sup>4</sup>.</p> <p>(2) Ein Bürgschaftsvertrag ist nur gültig, wenn die Verpflichtungserklärung des Bürgen schriftlich abgegeben wird.</p>	<p><b>§ 1346.</b> (1) <sup>1</sup>Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, falls der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt, ist ein Bürge. <sup>2</sup>Die mit dem Gläubiger getroffene Vereinbarung heißt Bürgschaftsvertrag, der Schuldner Hauptschuldner.</p> <p>(2) Ein Bürgschaftsvertrag ist nur aufgrund einer schriftlichen Verpflichtungserklärung (§ 886) des Bürgen gültig.</p>
<b>b) als Mitschuldner;</b>			<b>Schuldbeitritt</b>	
<p><b>§ 1347.</b> Wenn jemand, ohne die den Bürgen zustatten kommende Bedingung<sup>5</sup>, einer Verbindlichkeit als Mitschuldner beiträgt; so entsteht eine Gemeinschaft mehrerer Mitschuldner;</p>		idF JGS Nr. 946/1811	<p><b>§ 1347.</b> Tritt jemand einer Verpflichtung als Mitschuldner bei, so entsteht eine Gemeinschaft mehrerer Mitschuldner; deren rechtliche Folgen in den §§ 888 – 896 geregelt werden.</p>	

<sup>4</sup> Diese Passage wird in der Alternative gestrichen, da die (unterschiedlichen) Formen und Wirkungen der Verbürgung ohnehin gleich erläutert werden, der Begriff „Nachschuldner“ dann gar nicht mehr vorkommt und überdies unpräzise ist (vgl die Haftung als Bürge und Zahler).

<sup>5</sup> Diese verwirrende Passage erklärt sich wie folgt (vgl *Ofner*, Ur-Entwurf II 211 f): Ursprünglich lautete der Text von § 1346 zur Verbürgung nicht „auf den Fall“, sondern „unter der Bedingung“ (verpflichtet). In Abgrenzung dazu (ohne diese Bedingung) wurde in § 1347 der Schuldbeitritt definiert. Dort blieb diese Formulierung stehen. Es geht also um die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt. Ob eine iSd § 1346 nachrangige Verpflichtung gewollt war oder nicht, ist durch Auslegung im Einzelfall zu klären, so dass diese Wendung an sich keinen eigenen sachlichen Gehalt aufweist. Sie wird im Textvorschlag daher gestrichen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
deren rechtliche Folgen nach den in dem Hauptstücke von Verträgen überhaupt gegebenen Vorschriften zu beurteilen sind (§§. 888 – 896).				
<b>Entschädigungsbürge</b>			<b>Entschädigungsbürgschaft</b>	
<b>§ 1348.</b> Wer dem Bürgen auf den Fall, daß derselbe durch seine Bürgschaft zu Schaden kommen sollte, Entschädigung zusagt, heißt Entschädigungsbürge.		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1348.</b> Wer dem Bürgen Entschädigung verspricht, falls dieser aus seiner Bürgschaft in Anspruch genommen wird, heißt Entschädigungsbürge.	<i>De lege ferenda sollte eventuell Näheres zur „Entschädigung“ gesagt werden. So geht die hA (zB OGH RZ 1930, 76) im Regelfall von einer bloßen Ausfallsbürgschaft für den Regressanspruch gegen den Hauptschuldner aus.</i>
<b>Wer sich verbürgen könne<sup>6</sup></b>			<b>Verpflichtungsfähigkeit</b>	
<b>§ 1349.</b> Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechtes jedermann auf sich nehmen <sup>7</sup> , dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht.		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1349.</b> Jeder, der sein Vermögen selbst verwalten darf, kann auch fremde Verpflichtungen übernehmen oder sicherstellen.	<i>Streichung empfohlen, da sich das Normierte bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergibt; ferner ist manches ungenau („Auf sich nehmen?“, Regel für beschränkt Geschäftsfähige fehlt; Überschrift zu eng: siehe schon Zeiller, Kommentar IV 10).</i>
<b>Für welche Verbindlichkeiten</b>			<b>Gesicherte Forderungen</b>	
<b>§ 1350.</b> Eine Bürgschaft kann nicht nur über Summen und Sa-		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1350.</b> <sup>1</sup> Jede gültige Forderung kann durch eine Bürgschaft abge-	<i>Streichung zu erwägen, da Norm ausgesucht unklar und</i>

<sup>6</sup> Überschrift ist im Vergleich zum Gesetzestext deutlich zu eng.

<sup>7</sup> Die Wendung „auf sich nehmen“ ist weit; in diesem Sinn daher auch der Textvorschlag, zumal sich ein enges Verständnis historisch nicht belegen lässt und sich ein weites Verständnis auch aus allgemeinen Grundsätzen (der Privatautonomie) ergibt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>chen, sondern auch über erlaubte Handlungen und Unterlassungen in Beziehung auf den Vorteil oder Nachteil, welcher aus denselben für den Sichergestellten entstehen kann, geleistet werden.</p>			<p>sichert werden; so auch Ansprüche auf erlaubte Handlungen und Unterlassungen. <sup>2</sup>Die Bürgenverpflichtung bezieht sich dann auf den Vorteil, den der Hauptschuldner dem Gläubiger verschaffen muss, oder auf den Schaden, den dieser dem Gläubiger zugefügt hat.</p>	<p><i>weil § 1351 ausreicht (Umkehrschuss); oder ausdrückliche Klärung, was der Bürge schuldet, wenn die gesicherte Forderung nicht in Geld besteht; zB: § 1350. (1) Jede gültige Forderung kann durch eine Bürgschaft abgesichert werden. (2) <sup>1</sup>Schuldet der Hauptschuldner Geld oder eine andere nicht höchstpersönliche Leistung, so muss sie auch der Bürge erbringen. <sup>2</sup>Ansonsten haftet der Bürge wie der Hauptschuldner für den von diesem durch Nicht- oder Schlechterfüllung verursachten Schaden.<sup>8</sup></i></p>
<p><b>§ 1351.</b> Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben, oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen, noch bekräftigt werden.</p>		<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p><b>§ 1351.</b> Verpflichtungen, die nie wirksam bestanden haben oder bereits aufgehoben wurden, können weder übernommen noch durch Sicherstellung verstärkt werden.</p>	
<p><b>§ 1352.</b> Wer sich für eine Person verbürgt, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft nicht verbinden kann, ist, obschon ihm diese Eigenschaft unbe-</p>		<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p><b>§ 1352.</b> Wer sich für eine Person verbürgt, die mangels ausreichender Geschäftsfähigkeit keine wirksame Hauptschuld begründet</p>	<p><i>rechtspolitisch und konstruktiv (Mitschuld?) bedenklich, daher Streichung vorgeschlagen</i></p>

<sup>8</sup> Diese verdeutlichende Ergänzung könnte auch weggelassen werden. Nicht- und Schlechterfüllung: Abstimmungsbedarf!

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
kannt war, gleich einem ungeteilten Mitschuldner verpflichtet (§. 896) <sup>9</sup> .			hat <sup>10</sup> , ist trotz Unkenntnis dieses Umstands wie ein Mitschuldner (§ 896) verpflichtet.	
<b>Umfang der Bürgschaft</b>			<b>Reichweite der Bürgschaft</b>	
<b>§ 1353.</b> Die Bürgschaft kann nicht weiter ausgedehnt werden, als sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat. Wer sich für ein zinsbares Kapital verbürgt, haftet nur für jene rückständigen Zinsen, welche der Gläubiger noch nicht einzutreiben berechtigt war. <sup>11</sup>		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1353.</b> (1) Die Bürgschaft ist mit dem vom Bürgen ausdrücklich <sup>12</sup> Erklärten begrenzt. (2) Wer sich für ein verzinsliches Kapital verbürgt, haftet nur für jene rückständigen Zinsen, die der Gläubiger noch nicht fordern konnte.	<b>§ 1353.</b> (1) Nicht hinreichend deutlich formulierte Bürgschaftsverträge sind im Zweifel zugunsten des Bürgen zu verstehen. (2) In diesem Sinn erfasst etwa die Verbürgung für ein entgeltliches Darlehen die Zinsen sowie Ansprüche aus dem Verzug des Schuldners nur dann, wenn diese Nebenansprüche im Bürgschaftsvertrag konkret genannt werden.
<b>§ 1354.</b> Von der Einwendung, wodurch ein Schuldner nach Vorschrift der Gesetze die Beibehaltung eines Teiles seines		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1354.</b> Ein Bürge kann sich nicht darauf berufen, dass der Hauptschuldner die Verwendung von Teilen seines Vermögens zur Be-	<i>Streichung, da die Pfändungsgrenzen der EO für jeden Verpflichteten (nur) in dessen Person zu beachten sind.</i>

<sup>9</sup> Da § 896 den „ungeteilten“ Mitschuldner (im Gegensatz zum bloßen Teilschuldner) definiert, kann hier und in der Folge der eher verwirrende Terminus „ungeteilt“ entfallen.

<sup>10</sup> Die „Umformulierung“ soll einerseits von vornherein klar machen, dass es um Geschäftsfähigkeitsmängel des HS geht. Zum anderen wird nicht auf die Person des HS an sich, sonst auf das konkrete verbürgte Geschäft abgestellt, so dass die Formulierung auch die Verbürgung für beschränkt Geschäftsfähige entsprechend der – wenig überzeugenden – ratio der Norm erfasst.

<sup>11</sup> Satz 1 und 2 der Norm werfen einige Verständnis- und Wertungsprobleme auf (siehe nur *P. Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> Rz 1 und 7), weshalb eine bloße „Übersetzung“ ausgesprochen schwierig ist. Die Alternative macht einen Verbesserungsvorschlag *de lege ferenda*. (Die heiklen Probleme im Zusammenhang mit Globalbürgschaften und Erstreckungsklauseln können dabei jedoch nicht mit einbezogen werden.)

<sup>12</sup> Abstimmungsbedarf! Auch hier ist wohl „hinreichend deutlich“ gemeint (siehe Alternative).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
Vermögens zu seinem Unterhalte zu fordern berechtigt ist, kann der Bürge nicht Gebrauch machen.			friedigung des Gläubigers verweigert, weil er sie für seinen Unterhalt behalten darf.	
<b>Wirkung</b>			<b>Wirkungen der Verbürgung und der Bürgenzahlung</b>	
§ 1355. Der Bürge kann in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat.		idF JGS Nr. 946/1811	§ 1355. Der Bürge kann in der Regel erst dann in Anspruch genommen werden, wenn der Hauptschuldner seine Schuld trotz außergerichtlicher oder gerichtlicher Mahnung nicht beglichen hat.	
§ 1356. Der Bürge kann aber, selbst wenn er sich ausdrücklich nur für den Fall verbürgt hat, daß der Hauptschuldner zu zahlen unvermögend sei, zuerst belangt werden, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder wenn der Hauptschuldner zu der Zeit, als die Zahlung geleistet werden sollte, unbekanntes Aufenthaltes, und der Gläubiger keiner Nachlässigkeit zu beschuldigen ist.		idF BGBl. I Nr. 58/2010	§ 1356. <sup>1</sup> Der Bürge kann aber sogar dann, wenn er sich nur für den Fall verbürgt hat, dass der Hauptschuldner nicht zahlen kann (Ausfallbürgschaft), sofort belangt werden, wenn a) über das Vermögen des Hauptschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder b) der Hauptschuldner bei Fälligkeit der gesicherten Schuld unbekanntes Aufenthaltes ist. <sup>2</sup> Zusätzliche Voraussetzung ist jeweils, dass dem Gläubiger bei der Verfolgung seines Anspruchs keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist.	<i>Die Vorschrift ist unbefriedigend, da nach ihr Gläubiger-nachlässigkeit nur zum Verlust des sofortigen Anspruchs gegen den Bürgen führt, weitere Folgen eines solchen Versäumnisses (Obliegenheitsverletzung?) aber nicht einmal anklingen. De lege ferenda empfiehlt sich eine eigene Norm dazu.</i>

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 1357.</b> Wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet hat, haftet als ungeteilter Mitschuldner für die ganze Schuld<sup>13</sup>; es hängt von der Willkür des Gläubigers ab, ob er zuerst den Hauptschuldner, oder den Bürgen oder beide zugleich belangen wolle (§. 891).</p>		idF JGS Nr. 946/1811	<p><b>§ 1357.</b> Wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet, haftet dem Gläubiger wie ein Mitschuldner (§ 896) des Hauptschuldners; der Gläubiger kann nach freiem Belieben entscheiden, ob er zuerst gegen den Hauptschuldner oder den Bürgen oder zugleich gegen beide vorgeht (§ 891).</p>	
<p><b>§ 1358.</b> Wer eine fremde Schuld bezahlt, für die er persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel auszuliefern.</p>		idF RGBI. Nr. 69/1916	<p><b>§ 1358.</b> <sup>1</sup>Wer für eine fremde Schuld persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken<sup>14</sup> haftet, erwirbt durch die Bezahlung dieser Schuld die dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Rechte; er kann vom Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld fordern. <sup>2</sup>Zu diesem Zweck ist der befriedigte Gläubiger verpflichtet, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel zu überlassen.</p>	<p><i>Die Folgen der Zahlung bloß eines <u>Teils</u> der gesicherten Schuld bleiben offen. Eine einfache Regel lässt sich dafür wohl kaum aufstellen, so dass ein entsprechender Vorschlag (zunächst) unterbleibt.</i></p>
<p><b>§ 1359.</b> Haben für den nämlichen ganzen Betrag mehrere Personen Bürgschaft geleistet;</p>		idF JGS Nr. 946/1811	<p><b>§ 1359.</b> (1) Haben mehrere Personen Bürgschaften für ein und dieselbe Schuld übernommen, so</p>	<p><b>§ 1359.</b> (1) Wurden für ein und dieselbe Schuld mehrere Bürgschaften übernommen, so haftet</p>

<sup>13</sup> „Die ganze Schuld“ wurde gestrichen, da eine solche Haftung ja auch bloß für einen Teilbetrag der Hauptschuld übernommen werden kann. Zugleich wurde manches klarstellend umformuliert, da der Bürge und Zahler nach wie vor Bürge bleibt (für den etwa § 1358 gilt).

<sup>14</sup> Hier könnte auch den geläufigeren Begriff „Sache“ verwenden; uU mit Verweis auf § 448, damit sofort klar ist, dass nur verkehrsfähige Sachen in Frage kommen. Andere Möglichkeit: „mit bestimmten Pfandsachen“, womit dann aber für das Sicherungseigentum nur eine analoge Anwendung in Frage käme.



Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
so haftet jede für den ganzen Betrag. Hat aber eine von ihnen die ganze Schuld abgetragen; so gebührt ihr gleich dem Mitschuldner (§. 896) das Recht des Rückersatzes gegen die übrigen.			haftet jede für den gesamten Betrag (§ 891). (2) Diejenige, die die gesamte Schuld bezahlt hat; kann wie ein Mitschuldner (§ 896) von den übrigen Rückersatz verlangen.	jeder Bürge für den gesamten Betrag (§ 891). (2) Derjenige, der an den Gläubiger mehr bezahlt hat, als seinem internen Anteil entspricht (§ 896), kann von den übrigen Rückersatz verlangen. <sup>15</sup>
<b>§ 1360.</b> 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 zwar noch immer frei, den Bürgen der Ordnung nach (§. 1355) zu belangen; aber er ist nicht befugt, zu dessen Nachteil sich des Pfandes zu begeben.		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1360.</b> Hat der Gläubiger vor oder bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages von jemand anderem zur Sicherung derselben Forderung ein Pfand erhalten, so kann er wie auch sonst gegen den Bürgen vorgehen (§ 1355); es ist ihm aber verboten, das Pfand zum Nachteil des Bürgen aufzugeben.	<i>Regelung in dem Sinn, dass kein Pfand (bzw weiter: keine andere Sicherheit) freigegeben werden darf, auf das der Bürge bei Übernahme seiner Haftung vertrauen durfte und auf das er beim Rückgriff nach Zahlung hätte greifen können. Das – oder überhaupt eine generelle Norm für die Sicherungsmehrheit schlechthin – würde der ratio wohl besser entsprechen.</i>
<b>§ 1361.</b> Hat der Bürge oder Zahler <sup>16</sup> den Gläubiger befriedigt, ohne sich mit dem Hauptschuldner einzuverstehen; so kann		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1361.</b> Befriedigt ein Bürge den Gläubiger, ohne vorher die Zustimmung des Hauptschuldners eingeholt zu haben <sup>17</sup> , so kann die-	<i>Diese Rechtsfolge ist nahezu selbstverständlich: Der zahlende Bürge erwirbt eben nicht mehr als die Rechtsposition des Gläubigers. Sinnvoller wäre es</i>

<sup>15</sup> In der Alternative wird auch die Zahlung bloß eines Teils der Schuld- bzw Bürgschaftssumme (iSd ganz hA) mitbeachtet. Offen bleibt nach wie vor die heikle Frage nach Teil- oder Gesamtregress, die aber – wenn überhaupt – bei § 896 zu regeln wäre.

<sup>16</sup> Mit der unglücklichen Wendung „Bürge oder Zahler“ ist offenbar „Bürge oder Bürge und Zahler“ gemeint (Zeiller, Commentar IV 31). Da auch letzterer ein Bürge ist, kann insofern vereinfacht werden (was zugleich zur Eliminierung des nicht ganz klaren „jene“ führt).

<sup>17</sup> Der praktisch wohl wichtige Fall, dass der Hauptschuldner auf die Anfrage des Bürgen nicht reagiert, ist ungeregelt; der Wortlaut legt eher eine E-contrario-Behandlung nahe, da dann ja auch die Zustimmung fehlt. Die klaren Wertungen gehen allerdings in die andere Richtung (so auch die ganz hA: Ohmeyer/Klang in

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
dieser alles gegen jene einwenden, was er gegen den Gläubiger hätte einwenden können.			ser dem Ersatzbegehren des Bürgen alles entgegenhalten, was er dem Gläubiger hätte einwenden können.	<p><i>daher wohl, die Wirkung einer Zustimmung zu regeln; etwa wie folgt:</i></p> <p><b>§ 1361.</b> <sup>1</sup>Befriedigt ein Bürge den Gläubiger mit Zustimmung des Hauptschuldners, so kann dieser dem Ersatzbegehren des Bürgen nicht entgegenhalten, der Gläubiger habe ihm gegenüber keinen durchsetzbaren Anspruch gehabt. <sup>2</sup>Der Zustimmung steht Schweigen trotz Aufforderung zur Äußerung innerhalb angemessener Frist gleich.</p>
<b>§ 1362.</b> Der Bürge kann von dem Entschädigungsbürgen nur dann Entschädigung verlangen, wenn er sich den Schaden nicht durch sein eigenes Verschulden zugezogen hat.		idF JGS Nr. 946/1811	<b>§ 1362.</b> Der Bürge kann vom Entschädigungsbürgen (§ 1348) nur dann Entschädigung verlangen, wenn er sich den Schaden ohne eigenes Verschulden zugezogen hat.	<b>§ 1362.</b> Der Bürge kann vom Entschädigungsbürgen (§ 1348) nur soweit Entschädigung verlangen, wie sein Schaden ohne eigenes Verschulden entstanden ist. <sup>18</sup>

*Klang*<sup>2</sup> VI 238, ausdrücklich zustimmend OGH 3 Ob 577/76 SZ 49/121; *Gamerith in Rummeß* II/1 § 1361 Rz 2; *G. Neumayer/Th. Rabl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1361 Rz 7), weshalb in der Alternative eine entsprechende Ergänzung vorgenommen wird.

<sup>18</sup> Diese Formulierung beachtet die Konstellation mit, dass der Schaden des Bürgen bei rechtzeitiger Aktivität trotzdem zum Teil eingetreten wäre; für diesen Teil hat der Entschädigungsbürge einzustehen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Arten der Erlöschung der Bürgschaft</b>			<b>Beendigung der Bürgschaft</b>	
<p><b>§ 1363.</b> Die Verbindlichkeit des Bürgen hört verhältnismäßig<sup>19</sup> mit der Verbindlichkeit des Schuldners auf. Hat sich der Bürge nur auf eine gewisse Zeit verpflichtet; so haftet er nur für diesen Zeitraum. Die Entlassung eines Mitbürgen kommt diesem zwar gegen den Gläubiger; aber nicht gegen die übrigen Mitbürgen zustatten (§. 896).</p>		idF JGS Nr. 946/1811	<p><b>§ 1363.</b> (1) Die Verpflichtung des Bürgen endet mit der des Schuldners<sup>20</sup>. (2) Hat sich der Bürge für eine bestimmte Zeit verpflichtet; so haftet er nur für Forderungen, die in diesem Zeitraum entstanden sind<sup>21</sup>. (3) <sup>1</sup>Gibt der Gläubiger einen Mitbürgen frei, so kann er diesen nicht mehr belangen. <sup>2</sup>Im Verhältnis der Mitbürgen zueinander ist die Befreiung aber unbeachtlich (§ 896).</p>	<p><b>§ 1363.</b> (1) <sup>1</sup>Die Verpflichtung des Bürgen endet mit der des Schuldners. <sup>2</sup>Bei bloß teilweiser Befreiung des Schuldners fällt sie weg, soweit sie über die noch offene Schuld hinausgeht. <i>Die Regel über den freigelassenen Mitbürgen passt – weil insoweit selbstverständlich – nicht recht hierher und wäre wohl in <b>Ergänzung des § 1359</b> besser aufgehoben; etwa wie folgt:</i> „(3) Einem Rückersatzanspruch sind auch Mitbürgen ausgesetzt, die der Gläubiger freigegeben hat.“</p>

<sup>19</sup> Diese Wendung ist missverständlich, könnte ihr doch entnommen werden, dass sich etwa eine Bürgschaft auf 500 für eine Forderung von 1000 auf die Hälfte reduziert, wenn der Hauptschuldner 500 zurückzahlt. Offenbar hatte man nur den Fall im Auge, dass der Bürge für die Verpflichtung des HS voll haftete. Die Gefahr eines Missverständnisses wird durch die Neufassung beseitigt. Allenfalls könnte man zur Verdeutlichung gesondert regeln, welche Folge der bloß teilweise Wegfall der Hauptschuld hat (die Akzessorietät betonender Vorschlag dazu in der Alternative).

<sup>20</sup> Diese Regel ist Ausdruck des Akzessorietätsprinzips der Bürgschaft (das man uU auch weiter vorne – für Bürgschaft und Pfandrecht? – deutlich ausformulieren könnte). Nicht scher ist allerdings die Konsequenz der Verjährung der gesicherten Forderung für die Bürgschaft; und umso weniger die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs selbst. Beide könnte ihm Rahmen einer Neufassung des § 1363 geregelt werden.

<sup>21</sup> Nicht einmal die Entstehungsgeschichte (*Ofner*, Ur-Entwurf II 444 f) lässt klar erkennen, ob der Gesetzgeber mit „nur auf eine gewisse Zeit verpflichtet“ eine Zeiträumbürgschaft meinte (der Begriff „Zeitraum“ kommt in der Rechtsfolgenanordnung vor) oder ob – wofür eigentlich der Kontext spricht – die Bürgschaft mit Ablauf der bestimmten Zeit erlöschen soll (so sehr deutlich noch III § 514 S 2 Ur-Entwurf, der dann aber umformuliert wurde). Deshalb und weil es ohnehin einer Auslegung im Einzelfall bedarf, was die Parteien wollten, bleibt der Textvorschlag sehr nahe am Original. De lege ferenda sinnvoll wäre allerdings eine Regel, wie eine unklare Befristung im Zweifel zu verstehen ist: UU könnte bereits aus § 1353 (im Zweifel geringere Bürgenlast) geschlossen werden, dass bis zum Fristenende geklagt werden muss. Umgekehrt wäre eine solche Bürgschaft oft wenig wert, weil die erfolgreiche Belangung des Bürgen zumindest die Fälligkeit der gesicherten Schuld voraussetzt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 1364.</b> Durch den Verlauf der Zeit, binnen welcher der Schuldner hätte zahlen sollen, wird der Bürge, wenn auch der Gläubiger auf die Befriedigung nicht gedrungen hat, noch nicht von seiner Bürgschaft befreit, allein er ist befugt, von dem Schuldner, wenn er mit dessen Einwilligung Bürgschaft geleistet hat, zu verlangen, daß er ihm Sicherheit verschaffe. Auch der Gläubiger ist dem Bürgen insoweit verantwortlich, als dieser wegen dessen Saumseligkeit in Eintreibung der Schuld an Erholung des Ersatzes zu Schaden kommt.</p>		idF JGS Nr. 946/1811	<p><b>§ 1364.</b> <sup>1</sup>Der Bürge wird von seiner Verpflichtung nicht schon dadurch frei, dass der Gläubiger die Einforderung seines bereits fälligen Anspruchs gegenüber dem Schuldner unterlässt. <sup>2</sup>Er kann dann aber vom Schuldner Sicherstellung verlangen (§ 1373), sofern die Bürgschaftsübernahme mit dessen Zustimmung erfolgte. <sup>3</sup>Der Gläubiger ist dem Bürgen nur verantwortlich, soweit er durch Säumnis bei der Eintreibung seines Anspruchs verhindert, dass der Bürge nach Zahlung Ersatz erhält (§ 1358).</p>	
<p><b>§ 1365.</b> Wenn gegen den Schuldner ein gegründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit oder der Entfernung aus den Erbländern, für welche dieses Gesetzbuch vorgeschrieben ist, eintritt; so steht dem Bürgen das Recht zu, von dem Schuldner die Sicherstellung der verbürgten Schuld zu verlangen.</p>		idF JGS Nr. 946/1811	<p><b>§ 1365.</b> Besteht die begründete Gefahr, dass der Schuldner zahlungsunfähig wird oder dass er sich aus Österreich entfernt, kann der Bürge von ihm die Sicherstellung der verbürgten Schuld verlangen.</p>	<p><b>§ 1365.</b> Besteht die begründete Gefahr, dass der Schuldner zahlungsunfähig wird oder dass er sich dauerhaft aus Österreich entfernt, kann der Bürge von ihm auch schon vor Fälligkeit die Sicherstellung der verbürgten Schuld verlangen.<sup>22</sup></p>

<sup>22</sup> In der Alternative wird das offensichtlich Gemeinte durch zwei Ergänzungen („dauerhaft“ und „vor Fälligkeit“) noch deutlicher gesagt. De lege ferenda wäre zu überlegen, wegen des einheitlichen Rechtsraums nicht auf ein Verlassen Österreichs, sondern der EU oder des EWR abzustellen.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 1366.</b> Wenn das verbürgte Geschäft beendet ist; so kann die Abrechnung und die Aufhebung der Bürgschaft gefordert werden.</p>		<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p><b>§ 1366.</b> Mit Beendigung des verbürgten Geschäfts können die Abrechnung und die Aufhebung der Bürgschaft verlangt werden.<sup>23</sup></p>	<p><i>De lege ferenda sollte die Norm gestrichen (Ofner, Ur-Entwurf II 224 hatte eine solche Norm noch als überflüssig angesehen) oder vollkommen neu konzipiert werden; zB wie folgt:</i></p> <p><b>§ 1366.</b> (1) Bleiben nach Beendigung einer Geschäftsbeziehung von der Bürgschaft erfasste Ansprüche unbefriedigt, so muss der Gläubiger dem Bürgen eine Abrechnung zukommen lassen, aus der sich die noch offene Bürgenverpflichtung ergibt.</p> <p>(2) Wurden alle gesicherten Ansprüche befriedigt, hat dies der Gläubiger dem Bürgen auf dessen Verlangen zu bestätigen.</p> <p>(3) Erhält der Bürge in angemessener Frist weder eine Abrechnung noch eine Befreiungserklärung, können aus der Bürgschaft keine Ansprüche mehr geltend gemacht werden.</p>

<sup>23</sup> Die Bestimmung ist mehrfach sehr unklar. Offenbar geht es um Rechte des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Auch was hier „Beendigung“ bedeuten soll, ist offen. Ganz systemwidrig (Akzessorietät) ist schließlich der Anspruch auf „Aufhebung“ der Bürgschaft. *Ohmeyer/Klang* (in *Klang*<sup>2</sup> VI 248) denken an eine Feststellungsklage, dass die Bürgschaft erloschen sei. *Zeiller* (Commentar IV 39) bezieht die Norm auf „fortdauernde, mit Rechnung verbundene Geschäfte“. Der Bürge könne nach Beendigung des Geschäfts gegenüber dem Gläubiger auf Abrechnung dringen. Werde die Rechnung berichtigt oder beharrlich verweigert, könne die Aufhebung der Bürgschaft (allenfalls gerichtlich) verlangt werden. In § 1366 steht das so aber sicherlich nicht.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 1367.</b> Ist der Bürgschaftsvertrag<sup>24</sup> weder durch eine Hypothek, noch durch ein Faustpfand befestigt; so erlischt er binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, von dem Erben die verfallene Schuld gerichtlich oder außergerichtlich einzumahnen.</p>		<p>idF JGS Nr. 946/1811</p>	<p><b>§ 1367.</b> Ist der Anspruch gegen den Bürgen durch kein Pfand gesichert; so erlischt<sup>25</sup> er binnen drei Jahren nach dem Tod des Bürgen, wenn es der Gläubiger in der Zwischenzeit unterlassen hat, vom Erben die fällige Schuld außergerichtlich oder gerichtlich einzumahnen.</p>	<p><i>De lege ferenda ist wohl die Streichung dieser eigenartigen Ausnahmegvorschrift vorzugswürdig</i></p>

<sup>24</sup> Von dieser sehr unklaren Formulierung soll nur der – vermutlich seltene – Fall erfasst sein, dass die Verpflichtung des Bürgen gesichert ist (*Welser/Zöchling-Jud* Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 679); nicht erfasst soll daher das den Gläubiger bloß neben der Bürgschaft sichernde Pfand sein. Das wird im Textvorschlag nunmehr deutlicher gesagt. Offen bleibt aber nach wie vor, was gilt, wenn es eine Pfandsicherung gibt, wenn der Bürge noch lebt oder wenn bloß eine außergerichtliche Einmahnung stattgefunden hat. Dann greift offenbar allgemeines Verjährungsrecht ein, wobei aber *de lege lata* ausgesprochen unklar ist, wann Ansprüche gegen Bürgen verjähren. Primär sollte diese Grundfrage deutlich geregelt werden!

<sup>25</sup> Das Wort „erlischt“ wird hier weiterverwendet, weil die hA (*Ohmeyer/Klang* in *Klang*<sup>2</sup> VI 249; *Mader/Faber* in *Schwimmann/Kodek*<sup>3</sup> VI § 1367 Rz 1 ff; *Gamerith* in *Rumme*<sup>ß</sup> II/1 § 1367 Rz 1; *G. Neumayer/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1367 Rz 4) von einer Präklusivregelung ausgeht. Konstruktiv wäre aber (*de lege ferenda*) selbstverständlich auch die Ausgestaltung als Sonderverjährungsnorm möglich.