

**Tobias Kunz**

# **Interzession und Schriftform**

**Die analoge Anwendung der Bürgschaftsform  
im österreichischen Recht**



Diplomica Verlag

**Kunz, Tobias: Interzession und Schriftform: Die analoge Anwendung der  
Bürgerschaftsform im österreichischen Recht. Hamburg, Diplomica Verlag GmbH 2015**

Buch-ISBN: 978-3-95934-517-0

PDF-eBook-ISBN: 978-3-95934-017-5

Druck/Herstellung: Diplomica® Verlag GmbH, Hamburg, 2015

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

---

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Die Informationen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt erarbeitet. Dennoch können Fehler nicht vollständig ausgeschlossen werden und die Diplomica Verlag GmbH, die Autoren oder Übersetzer übernehmen keine juristische Verantwortung oder irgendeine Haftung für evtl. verbliebene fehlerhafte Angaben und deren Folgen.

Alle Rechte vorbehalten

© Diplomica Verlag GmbH

Hermannstal 119k, 22119 Hamburg

<http://www.diplomica-verlag.de>, Hamburg 2015

Printed in Germany

## Vorwort

Die analoge Anwendung der Bürgschaftsform (§ 1346 (2) ABGB) wurde insbesondere seit den ersten Entscheidungen des OGH zum Schuldbeitritt (1 Ob 633/88; 3 Ob 519/89; 6 Ob 619/92) und zur Garantie (1 Ob 595/92) heftig diskutiert. Im Sinne dieser Entscheidungen konnte ein Schuldbeitritt (zu Gutstehungszwecken) formfrei abgeschlossen werden. Für das gültige Zustandekommen einer Garantie bedurfte es hingegen der Schriftform (§ 1346 (2) ABGB *p.a.*). Diese differenzierte Rechtsprechung wurde von der überwiegenden Lehre, die auch für den Schuldbeitritt die analoge Anwendung der Bürgschaftsform forderte, kritisiert. Dieser Kritik nahm sich der OGH an und änderte seine Rechtsprechung zur Formfreiheit des Schuldbeitritts (4 Ob 205/09i), womit die nunmehr herrschende Ansicht von der Formpflicht des Schuldbeitritts und der Garantie ausgeht.

Trotz dieser unstrittigen Ausgangslage habe ich mich aufgrund meines Interesses an der Thematik dazu entschlossen meine Arbeit diesem Thema zu widmen. Die Untersuchung beschäftigt sich neben der Frage zur Formpflicht von Schuldbeitritt und Garantie mit derselben Frage für die Rechtsinstitute Schuldbeitritt, Erfüllungsübernahme und Drittpfandbestellung. In diesem Ausmaß gibt es bisher keine monographische Beschäftigung mit der Thematik. Die Abschlussarbeit wurde im September 2014 von der Universität Salzburg angenommen und entspricht der gegenständlichen Monographie.

Ich danke meinen Eltern *Helmut* und *Marianne*. Sie haben mich liebevoll erzogen, fürsorglich gepflegt, mein Vermögen vorbildhaft verwaltet und mich stets in meinem Sinn vertreten. Für ihre Unterstützung danke ich auch meiner Freundin *Julia*.

Danken möchte ich zudem Frau *o.Univ.Prof. Dr. Marianne Roth, LL.M. (Harvard)*, die meine Arbeit betreut hat und mich stetig fördert. Zuletzt danke ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des *Diplomica Verlages*, die die Veröffentlichung meiner Arbeit erst ermöglicht haben.

Salzburg, 9. Februar 2015

*Tobias Kunz*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort .....</b>	<b>1</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>5</b>
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Interzession .....</b>	<b>9</b>
<b>3. Die Bürgschaft .....</b>	<b>13</b>
3.1. Charakteristika der Bürgschaft.....	15
3.1.1. Subsidiarität (Ausnahmen: Bürge und Zahler, Ausfallsbürge) .....	15
3.1.2. Akzessorietät, Einreden des Bürgen.....	18
3.1.3. Regress des Bürgen .....	22
3.2. Formgebot (§ 1346 (2) ABGB).....	23
3.2.1. Zweck des Formgebots.....	24
3.2.2. Bestimmtheit der Erklärung, Blankobürgschaft.....	27
3.2.3. Auslegung der Erklärung und Andeutungstheorie .....	29
3.2.4. Telefax, E-Mail und elektronische Signatur .....	31
3.2.5. Erfüllung trotz Formnichtigkeit .....	34
<b>4. Schuldbeitritt .....</b>	<b>36</b>
4.1. Abgrenzung zur Bürgschaft .....	37
4.1.1. Theoretische Abgrenzung .....	38
4.1.2. Interpretation von Gutstehungserklärungen .....	40
4.1.2.1. Eigeninteresse des Interzedenten .....	40
4.1.2.2. Objektive Ersichtlichkeit der Nichterfüllung durch den Schuldner .....	43
4.1.2.3. (Entgegengesetzte) Erklärungen der Parteien .....	43
4.1.2.4. Belastende Nebenabreden .....	44
4.1.2.5. Wortlaut der Erklärungen.....	45
4.1.2.6. Leitfaden zur Abgrenzung von Schuldbeitritt und Bürgschaft .....	46
4.2. Formpflicht – analoge Anwendung der Bürgschaftsform? .....	48

4.2.1.	Methodik zum Feststellen einer Gesetzeslücke .....	48
4.2.2.	Rechtsprechung .....	49
4.2.3.	Lehre (insb. Koziol, P. Bydlinski, Apathy).....	51
4.2.4.	Eigene Wertung.....	53
4.3.	Schuldbeitritt zu Gutstehungszwecken (Interzession) .....	56
<b>5.</b>	<b>Schuldeintritt .....</b>	<b>60</b>
5.1.	Abgrenzungsfragen .....	62
5.2.	Formpflicht.....	64
5.2.1.	Analoge Anwendung der Bürgschaftsform? .....	64
5.2.2.	Schuldeintritt als Schenkung.....	66
5.2.3.	Schriftform bei Verbraucherkreditverträgen .....	68
<b>6.</b>	<b>Erfüllungsübernahme .....</b>	<b>70</b>
6.1.	Abgrenzungsfragen .....	71
6.2.	Formpflicht.....	72
6.2.1.	Analoge Anwendung der Bürgschaftsform? .....	73
6.2.2.	Erfüllungsübernahme als Schenkung .....	74
<b>7.</b>	<b>Garantie.....</b>	<b>76</b>
7.1.	Abgrenzung zur Bürgschaft .....	78
7.1.1.	Formell abstrakte Garantie (Bürgschaft auf erstes Anfordern).....	81
7.2.	Formpflicht – analoge Anwendung der Bürgschaftsform? .....	81
<b>8.</b>	<b>Drittpfandbestellung .....</b>	<b>84</b>
8.1.	Analoge Anwendung der Bürgschaftsform? .....	85
<b>9.</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>90</b>
	<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>92</b>
	<b>Rechtsprechungsverzeichnis .....</b>	<b>96</b>
	Urteile.....	96
	Rechtssätze.....	98

## Abkürzungsverzeichnis

aA	=	andere/r Ansicht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch idF BGBl I 2014/33
Abs	=	Absatz/Absätze
AT	=	Allgemeiner Teil
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	deutsche Bundesgerichtshof
BlgNR	=	Beilage/n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	=	beispielsweise
BT	=	Besonderer Teil
bzw	=	beziehungsweise
dh	=	das heißt
E	=	Entscheidung
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ErläutRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
et al	=	et alii/et aliae (und andere)
EWiR	=	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f	=	und der/die folgende
ff	=	und der/die folgenden
FS	=	Festschrift
GoA	=	Geschäftsführung ohne Auftrag
GP	=	Gesetzgebungsperiode
hA	=	herrschende Ansicht
HaRÄG 2005	=	Handelsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2005/120
HGB	=	Handelsgesetzbuch idF BGBl I 2003/71
HHB	=	Herrenhausbericht
hL	=	herrschende Lehre
HS	=	Halbsatz
idF	=	in der Fassung
idR	=	in der Regel
insb	=	insbesondere
iSd	=	im Sinne der/des
iZw	=	im Zweifel
JAP	=	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	=	Juristische Blätter
krit	=	kritisch
KSchG	=	Konsumentenschutzgesetz idF BGBl I 2014/33
mA	=	meiner Ansicht
mwN	=	mit weiteren Nachweisen

NotaktsG	=	Notariatsaktsgesetz idF BGBl I 2009/75
ÖBA	=	Österreichisches Bankarchiv
OGH	=	Oberster Gerichtshof
OGHG	=	OGH-Gesetz idF BGBl I 2007/112
ÖJZ	=	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	=	siehe „Schweizer OR“
p.a.	=	per analogiam (durch Analogie)
rdb	=	Rechtsdatenbank
RdW	=	Recht der Wirtschaft
RS	=	Rechtssatz
Rsp	=	Rechtsprechung
Rz	=	Randziffer/-nummer
S	=	a) Satz b) Seite
sA	=	seine/r Ansicht
Schweizer OR	=	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
SigG	=	Signaturgesetz idF BGBl I 2010/75
stRsp	=	ständige Rechtsprechung
überw	=	überwiegend/e
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch idF BGBl I 2013/50
uU	=	unter Umständen
vgl	=	vergleiche
zB	=	zum Beispiel
ZFR	=	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZIK	=	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZR	=	Zivilrecht
zust	=	zustimmend
VKrG	=	Verbraucherkreditgesetz idF BGBl I 2013/83

# 1. Einleitung

Im täglichen Wirtschaftsleben werden laufend Rechtsgeschäfte abgeschlossen, die für beide Vertragsparteien mit Risiken verbunden sind.<sup>1</sup> So trägt beispielsweise der Kreditgeber aufgrund des zumeist langen Ratenzahlungszeitraums in erheblichem Maße das **Risiko der Zahlungsunfähigkeit** des Kreditnehmers. Dasselbe Risiko tragen auch Käufer und Verkäufer, sofern die Kaufsache und das Geld nicht tatsächlich Zug-um-Zug übergeben werden. Die Vorausleistung einer Vertragspartei ist also stets mit einem gewissen Risiko verbunden, da die zukünftige wirtschaftliche Lage der anderen Vertragspartei nie zur Gänze vorausgesagt werden kann.

Um dieses Risiko abzusichern haben sich gewisse Sicherungsgeschäfte etabliert. Das ABGB unterscheidet zunächst die dingliche von der persönlichen Sicherung. Gemäß § 1343<sup>2</sup> kann eine Verbindlichkeit entweder durch die Bestellung eines **Pfandrechtes** oder durch die Verpflichtung eines Dritten sichergestellt werden. Unter der Verpflichtung eines Dritten werden im ABGB die **Bürgschaft**, der **Schuldbeitritt** und der **Schuldeintritt** verstanden (§ 1344). Im zweiten Hauptstück des dritten Teils wird neben Schuldeintritt und –beitritt auch die **Erfüllungsübernahme** geregelt (§ 1404). Darüber hinaus hat in der Praxis die im ABGB nur am Rande erwähnte **Garantie** (§ 880a) zur Absicherung von Rechtsgeschäften große Bedeutung erlangt.

Von all diesen Sicherungsgeschäften schreibt das Gesetz für die Bürgschaft die **Schriftform** vor (§ 1346 (2)). Alle anderen genannten Sicherungsgeschäfte können dem Gesetzestext zufolge formfrei abgeschlossen werden (§ 883). Jedoch verfolgen diese Rechtsgeschäfte denselben Zweck: sie wollen dem Gläubiger das Risiko der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners abnehmen.<sup>3</sup> So soll der Bürge beispielsweise haften, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht bezahlt. Dasselbe oder ein ähnliches Ergebnis kann durch die Garantie, den Schuldbeitritt oder die Pfandbestellung eines Dritten erreicht werden. Da auch in diesen Fällen die Gutstehung durch einen Dritten erfolgt (Interzession<sup>4</sup>), tragen die Gutsteher jeweils ein ähnliches Risiko wie der Bürge. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht

---

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

<sup>2</sup> §§ ohne nähere Bezeichnung bezeichnen solche des ABGB.

<sup>3</sup> Nur die Erfüllungsübernahme will dem Schuldner die wirtschaftliche Last des eingegangenen Rechtsgeschäftes abnehmen (siehe dazu unten Kapitel 6).

<sup>4</sup> Siehe zum Begriff der Interzession sogleich unten Kapitel 2.

auch ihre Verpflichtungserklärung analog § 1346 (2) der Schriftform unterworfen werden sollte. Mit dieser Frage beschäftigt sich die gegenständliche Untersuchung.

Anlass zur Beschäftigung mit diesem Thema sind insbesondere zwei jüngere Entscheidungen des OGH. Zunächst wurde die stRsp zur Formfreiheit des Schuldbeitritts aufgegeben.<sup>5</sup> Dazu stellt sich nun vor allem die Frage, ob dieser Judikaturwandel auch auf die Formpflicht anderer Sicherungsgeschäfte Einfluss haben wird. Darüber hinaus erging erst im letzten Jahr eine Entscheidung zur sogenannten Telefax-Bürgschaft, in der der OGH ebenfalls seine Judikatur iSd hL änderte.<sup>6</sup> Demzufolge genügt für das gültige Zustandekommen der Bürgschaftsverpflichtung die Übermittlung der Bürgschaftserklärung per Telefax. Auch diese Entscheidung war Anlass für die eingehendere Beschäftigung mit dem Schriftformerfordernis bei der Interzession.

Diskutiert wird also die analoge Ausdehnung des Schriftformerfordernisses der Bürgschaft auf andere Rechtsgeschäfte zur Sicherung einer Schuld durch Dritte. Dem vorausgestellt werden muss, dass die **Analogiefähigkeit von Formvorschriften** nicht gänzlich unumstritten ist. So wird vereinzelt aus § 883 der Grundsatz „ohne Norm, keine Form“ gefolgert, demzufolge eine Analogie von Formvorschriften verboten sei.<sup>7</sup> Dem ist jedoch § 7 entgegen zu halten, der hinsichtlich der Zulässigkeit von Analogien keine Einschränkungen erkennen lässt.<sup>8</sup> Nichtsdestotrotz ist bei der Argumentation einer Gesetzeslücke in besonderem Maße auf die Methodik zu achten, um einen größtmöglichen Grad an Objektivität zu erreichen und nicht politisch Wünschenswertes durch Analogien durchzusetzen.<sup>9</sup> IdS werden in den einzelnen Kapiteln der Arbeit die Argumente für und gegen eine Analogie auf intersubjektiv nachvollziehbare Art und Weise dargestellt.

---

<sup>5</sup> OGH 4 Ob 205/09i ZFR 2010, 223 = JBl 2010, 509 (Faber/Lukas).

<sup>6</sup> OGH 9 Ob 41/12p ÖJZ 2013, 974.

<sup>7</sup> So etwa Gschnitzer in Klang/Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> (1968) § 883 247, der diesen Grundsatz jedoch auch selbst relativiert.

<sup>8</sup> Vollmaier, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545 (548).

<sup>9</sup> Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts - Band I<sup>13</sup> (2006) 27.

## 2. Interzession

Wie dem Haupttitel bereits zu entnehmen ist, beschäftigt sich die gegenständliche Untersuchung mit dem Zusammenspiel zweier Begrifflichkeiten der Rechtswissenschaften. Auf den Begriff der „Schriftform“ und deren Ausgestaltung wird im nächsten Kapitel zur Bürgschaft näher eingegangen.<sup>10</sup> Die Erörterung des Begriffes der „Interzession“ soll jedoch dem Rest der Arbeit vorangestellt werden, da es zunächst zu klären gilt welche Rechtsgeschäfte von diesem Begriff erfasst werden.

Nach ganz einhelliger Auffassung ist unter Interzession das Eingehen einer Verbindlichkeit in fremdem, genauer noch in nicht ausschließlich eigenem, Interesse zu verstehen.<sup>11</sup> Es handelt sich also um das **Einstehen für eine materiell fremde Schuld**.<sup>12</sup> Ob die Verbindlichkeit auch formell als eine fremde begründet ist oder aber formell der Interzedent die Verbindlichkeit selbst eingeht, ist nicht ausschlaggebend. Es kann sich also um die Haftung für eine formell und materiell fremde Schuld handeln, oder aber um die Haftung für eine nur materiell fremde Schuld, die aber formell als eine eigene des Interzedenten begründet wird.<sup>13</sup> Bei der Beurteilung der Frage, ob Interzession vorliegt, ist folglich vor allem auf den wirtschaftlichen Zweck der eingegangenen Verbindlichkeit abzustellen und nicht auf deren Rechtsform.<sup>14</sup> Daher ist es auch nebensächlich, ob es sich um eine dingliche oder persönliche Haftung handelt.<sup>15</sup>

Klassisches Beispiel der Interzession ist die Übernahme persönlicher Haftung in Form einer Bürgschaft, da diese stets im wirtschaftlichen Interesse eines anderen, nämlich des

---

<sup>10</sup> Siehe dazu unten Kapitel 3.2.

<sup>11</sup> *Mader/Faber* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar<sup>3</sup> (2006) §§ 1342-1345 Rz 3; *Gschnitzer et al.*, Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> (1991) 264; *Mayrhofer*, Das Recht der Schuldverhältnisse<sup>3</sup> (1986) 112; *Wilhelm*, Interzession, extensiv (§ 25c KSchG), *ecolex* 2011, 281 (281); *Gruber*, Der Schutz des Bürgen, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 998 (1002); *Ofner* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar<sup>2</sup> (2013) § 1344 Rz 2.

<sup>12</sup> RIS-Justiz RS0018120; OGH 22.10.1986, 1 Ob 634/86; *Gamerith* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2002) §§ 1342-1344 Rz 2.

<sup>13</sup> *Gschnitzer et al.*, Schuldrecht AT<sup>2</sup> 264; *Mader/Faber* in *Schwimmann*<sup>3</sup> §§ 1342-1345, Rz 3.

<sup>14</sup> *Gamerith* in *Rummel*<sup>3</sup> §§ 1342-1344, Rz 2; *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse<sup>3</sup> 113; *Mader/Faber* in *Schwimmann*<sup>3</sup> §§ 1342-1345, Rz 3.

<sup>15</sup> *Gschnitzer et al.*, Schuldrecht AT<sup>2</sup> 264; *Mayrhofer*, Schuldverhältnisse<sup>3</sup> 112; *Gruber* in FS 200 Jahre ABGB 1002; *Wilhelm*, *ecolex* 2011, 281.

Etwas irreführend ist in diesem Zusammenhang die Definition von *Welser*, Bürgerliches Recht - Band II<sup>13</sup> (2007) 156: „Interzession ist die rechtsgeschäftliche Sicherung materiell fremder Schulden durch die Übernahme persönlicher Haftung.“ Allgemein kann Interzession aber eben auch durch die Übernahme dinglicher Haftung entstehen. Lediglich beim Schutz des Interzedenten wird danach unterschieden, ob die Haftung dinglicher oder persönlicher Natur ist (siehe dazu sogleich). Die eingeschränkte Definition von *Welser* ist wohl darauf zurückzuführen, dass er nur den Schutz des Interzedenten behandelt.