

Kurzer Vergleich des deutschen und portugiesischen Bürgschaftsrechts

von Rechtsreferendar Philipp *Usadel*, Karlsruhe

I. Einleitung

Dieser Beitrag möchte einen Überblick über die Vorschriften des deutschen und portugiesischen Bürgschaftsrechts geben und dabei auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Regelungen zu diesem Rechtsinstitut in beiden Rechtsordnungen hinweisen.

II. Verortung im Gesetz und Aufbau

Die Vorschriften zur Bürgschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) finden sich im zweiten Buch, dem Recht der Schuldverhältnisse, unter Titel 20 in den §§ 765-778 BGB.

Im portugiesischen Código Civil (CC) ist die Bürgschaft (*fiança*) ebenfalls im Recht der Schuldverhältnisse (*direito das obrigações*) im zweiten Abschnitt (*secção II*) geregelt. Die Vorschriften sind unterteilt in fünf Untertitel (*subsecção I-V*). Der erste Untertitel enthält allgemeine Regelungen (*disposições gerais*), die Untertitel eins bis vier beschäftigen sich mit den Beziehungen der Beteiligten (Bürge: *o fiador*, Gläubiger: *o credor*, Schuldner bzw. Hauptschuldner: *o devedor*) zueinander. Untertitel fünf regelt schließlich das Erlöschen der Bürgschaft (*extinção da fiança*).

III. Gemeinsamkeiten

Sowohl im deutschen als auch im portugiesischen Bürgschaftsrecht ist, neben der persönlichen Haftung des Bürgen, die Akzessorietät der Bürgschaft der tragende und beherrschende Grundsatz. Das BGB bringt dies in § 765 I (persönliche Haftung des Bürgen) und in § 767 I 1 (Akzessorietät; Umfang der Hauptschuld maßgeblich für die Schuld des Bürgen) zum Ausdruck. Im Código Civil schreibt Art. 627 in Nr.1 und 2 eben diese Grundsätze fest (Art. 627 Nr.1 CC: *O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor* – Persönliche Haftung

des Bürgen; Art. 627 Nr.2 CC: A obrigação do fiador e acessória da que recai sobre o principal devedor – Akzessorietät der Bürgschaft).

Gemeinsam ist der Bürgschaft des BGB und des CC außerdem die Möglichkeit, Bürgschaft für eine künftige oder bedingte Forderung (obrigação futura ou conditional) zu leisten. Im BGB regelt dies § 765 II, im Código Civil Art. 628 Nr.2.

Ebenso wie das BGB kennt der CC den sog. Kreditauftrag bzw. o mandato de crédito (§ 778 BGB und Art. 629 CC). Danach werden die Vorschriften über die Haftung als Bürge für denjenigen, der einen anderen beauftragt einem Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu gewähren (im CC: Aquele que encarrega), entsprechend angewendet. Der Auftraggeber haftet also dem Dritten wie ein Bürge für die Rückzahlung des gewährten Kredits. Dabei ist die Auftragserteilung im BGB und im CC formfrei und bedarf daher im Rahmen der Auslegung einer genauen Überprüfung. Insbesondere das eigene Interesse des Auftraggebers spricht für einen Kreditauftrag. Zu beachten ist schließlich, dass Art. 629 CC in den Nr.2 und 3 Rechte des Auftraggebers (o autor do encargo) und des Beauftragten (o encarregado) fest schreibt. Insbesondere ist für den Auftraggeber der Auftrag jederzeit frei widerruflich, wobei er dann für den durch den Widerruf entstandenen Schaden haftet (Art. 629 Nr.2 CC). Im BGB ist der Auftrag nur bis zur Auszahlung des Kredits an den Dritten frei widerruflich; solange gilt das Auftragsrecht. Nach Auszahlung des Kredits gilt das Bürgschaftsrecht.

Was den Umfang der Bürgschaftsschuld betrifft, sind § 767 BGB und Art. 631 CC zu beachten. Beide Regelungen orientieren sich am Umfang der Hauptschuld (§ 767 I 1 BGB; 631 Nr.1 CC: a divida principal), die für den Umfang der Bürgschaftsschuld maßgeblich ist und erstere nicht überschreiten darf. Gem. Art. 631 Nr.2 CC reduziert sich eine Bürgschaft, deren Umfang den der Hauptschuld übersteigt, kraft Gesetz auf den Umfang der Hauptschuld. Im BGB gilt ebenso das; allerdings verzichtet das BGB auf eine ausdrückliche Regelung, da bereits der Grundsatz der Akzessorietät zwangsläufig zu diesem Ergebnis führt.

Auch bezüglich der Anfechtbarkeit (o direito de impugnar) und Aufrechenbarkeit (a faculdade de compensação) der Hauptschuld und deren Auswirkungen auf die Bürgschaft, gleichen sich die deutschen und portugiesischen Vorschriften. Nach § 770 I und II BGB kann der Bürge die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger verweigern, wenn der Hauptschuldner zur Anfechtung der Hauptschuld bzw. zur Aufrechnung mit einer eigenen Forderung berechtigt ist. Genau dies sieht Art. 642 Nr.1 und 2 CC für das portugiesische Recht vor.

Den gleichen Regelungsgegenstand haben auch § 771 BGB (Einreden des Bürgen) und Art. 637 CC (meios de defesa do fiador). Beide Vorschriften sehen vor, dass der Bürge sich mit den dem Hauptschuldner zustehenden Einreden gegen den Gläubiger verteidigen darf und dass der Verzicht des Hauptschuldners auf diese Einreden für den Bürgen keine Wirkung hat.

Sowohl im deutschen, wie auch im portugiesischen Recht kann sich der Bürge mit der Einrede der Vorausklage (benefício da excussão) gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger wehren, § 771 I 1 BGB und Art. 638 Nr.1 CC. Der Código Civil gibt dem Bürgen gem. Art. 638 Nr.2 CC darüber hinaus die Möglichkeit, die Erfüllung der Hauptschuld trotz Vorausklage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zu verweigern, wenn der Bürge beweisen kann, dass die Hauptschuld durch Verschulden des Gläubigers nicht erfüllt werden konnte.

Eine weitere Gemeinsamkeit der beiden Rechtsordnungen besteht in Bezug auf zwei Gründe, die zum Ausschluss der Einrede der Vorausklage führen. Nach § 773 I Nr.1 BGB und Art. 640 lit. a) CC ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen, wenn der Bürge auf sie verzichtet hat. Allerdings muss im deutschen Recht dieser Verzicht gem. § 766 S.1 BGB schriftlich erfolgen. Im portugiesischen Recht ist er formfrei möglich. Außerdem ist nach § 773 I Nr.2 BGB und Art. 640 lit. b) CC die Vorausklage ausgeschlossen, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft wesentlich erschwert ist.

Identisch sind des Weiteren § 774 I 1 BGB und Art. 644 CC (sub-rogação), die den gesetzlichen Forderungsübergang vom Gläubiger auf den Bürgen normieren, soweit letzterer die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erfüllt. Das deutsche Recht verweist allerdings für diese Fälle auf die Vorschriften über die Aufrechnung, insbesondere auf §§ 412, 401 BGB, wohingegen der Código Civil in den Art. 645, 646 und 647 den §§ 412, 401 BGB entsprechende eigene Regelungen vorsieht.

§ 775 BGB, der den Anspruch des Bürgen auf Befreiung normiert, findet seine Entsprechung in Art. 648 CC.

Ebenso wie im BGB besteht auch nach dem CC die Möglichkeit einer Mehrheit von Bürgen. § 769 BGB bestimmt, dass die Mitbürgen dem Gläubiger als Gesamtschuldner für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit haften. Das Verhältnis der Mitbürgen untereinander regelt § 426 BGB, der über § 774 II BGB Anwendung findet. Der Código Civil hat in Untertitel IV (subsecção IV: pluralidade dos fiadores) mit Art. 649 und 650 CC für die Haftung mehrerer Bürgen entsprechende Regelungen geschaffen. Insbesondere haften die Mitbürgen gem. Art. 649 Nr.1 CC dem Gläubiger als Gesamtschuldner. Über Art. 649 Nr.1 CC wird für den Gesamtschuldnerausgleich ebenfalls auf die Vorschriften des CC über die Mehrheit von Gläubigerin und Schuldner verwiesen.

III. Besonderheiten des Código Civil

Zunächst fällt auf, dass im portugiesischen Recht gem. Art. 628 Nr.1 CC die Bürgschaftserklärung anders als im BGB grundsätzlich formfrei möglich ist, sofern nicht das Grundgeschäft (a obrigação principal) formbedürftig ist. Dann bedarf die Bürgschaftserklärung der für das Grundgeschäft bestimmten Form. Im BGB hingegen herrscht nach § 766 S.1 ein strenger Formzwang; die Bürgschaftserklärung muss danach immer in schriftlicher Form abgegeben werden. Das BGB will damit den Bürgen vor einer leichtfertigen Übernahme einer Bürgschaft schützen. Einzige Ausnahme von diesem Formzwang ist § 350 HGB, der für Kaufleute bei Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts, die formfreie Bürgschaftserklärung zulässt.

Anders als das BGB enthält der Código Civil in Art. 635 CC eine Vorschrift betreffend der Rechtskraft (o caso julgado). Im Untertitel II, Beziehungen Zwischen Gläubiger und Bürge (subsecção II: relações entre o credor e o fiador) wird festgelegt, in wie weit sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger auf ein rechtskräftiges Urteil zwischen letzterem und dem Schuldner berufen kann. Im selben Untertitel ist außerdem in Art. 636 CC ausführlich geregelt, wann die Unterbrechung (Art. 636 Nr.1 CC: interrupção) oder Hemmung (Art.636 Nr.2 CC: suspensão) der Verjährung (prescrição) des Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner im Verhältnis zwischen Bürge und Gläubiger Auswirkungen hat, und dass der Verzicht auf die Einrede der Verjährung des einen Teils keine Wirkung für den anderen Teil hat (Art. 636 Nr.3 CC).

Eine wesentliche Besonderheit des Código Civil, die als prozessrechtliches Institut wie ein Fremdkörper wirkt, ist Art. 641 CC. Dieser normiert die Möglichkeit des Bürgen dem Schuldner den Streit zu verkünden, wenn er vom Gläubiger alleine verklagt wird (chamamento do devedor à demanda).

Im letzten Abschnitt der Vorschriften über die Bürgschaft behandelt der Código Civil das Erlöschen der Bürgschaft (extinção da fiança) in den Art. 651 bis 655 CC.

Gem. Art. 651 CC ordnet dabei im Sinne der Akzessorietät der Bürgschaft an, dass diese erlischt, wenn die Hauptschuld erlischt. Art. 652 CC gibt darüber hinaus dem Bürgen, der noch die Einrede der Vorausklage erheben kann, die Möglichkeit, bei Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit, dem Gläubiger aufzuerlegen gegen den Schuldner innerhalb von 2 Monaten vorzugehen. Hält der Gläubiger diese Frist nicht ein verfällt die Bürgschaft. Ist bereits ein Jahr seit der Bürgschaftsleistung vergangen, kann der Bürge, der die Einrede der Verjährung erheben kann, den Gläubiger auffordern, den Schuldner zu Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu mahnen, wenn davon die Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit abhängt.

Art. 653 CC bestimmt weiter, dass bei einer Mehrheit von Bürgen, diese von ihre Verbindlichkeit in dem Umfang frei werden, in welchem sie auf Grund einer Handlung des Gläubigers nicht in die diesem zustehenden Rechte gegen den Schuldner eintreten können.

Art. 654 CC bestimmt schließlich, dass der Bürge sich von seiner Verbindlichkeit befreien kann, sofern die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit geleistet ist und diese nicht zustande kommt, und die vermögensrechtliche Situation des Schuldners sich insoweit verschlechtert, als die Rechte des Bürgen gegen den Schuldner dadurch beeinträchtigt werden oder wenn seit der Bürgschaftsleistung fünf Jahre vergangen sind.

Als letzte Vorschrift sieht Art. 655 CC spezielle Regeln für die Mietbürgschaft (*fiança do locatário*) vor. Art. 655 Nr.1 CC betrifft die Dauer der Bürgschaft; Art. 655 Nr.2 CC ordnet des weiteren an, dass die Bürgschaft erlischt, wenn entweder die Miethöhe verändert wird oder eine Frist von fünf Jahren seit der Bürgschaftsleistung abgelaufen ist.

IV. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass das deutsche und das portugiesische Bürgschaftsrecht in den wesentlichen Grundzügen identisch aufgebaut und geregelt sind. Zum einen ist die Stellung im Gesetz dieselbe, nämlich jeweils im zweiten Buch, dem Recht der Schuldverhältnisse. Zum anderen ist in beiden Rechtsordnungen die Akzessorietät der Bürgschaft der tragende Grundsatz, der auch die Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen gegen eine Inanspruchnahme beherrscht. Schließlich sehen beide Rechtsordnungen den gesetzlichen Forderungsübergang auf den Bürgen vor, soweit dieser die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner tilgt. Auffällige Unterschiede bestehen nur hinsichtlich der Form der Bürgschaftserklärung, die im Código Civil grundsätzlich frei und nur von der Form des Grundgeschäfts abhängig ist, im BGB hingegen nur schriftlich abgegeben werden kann, allerdings mit Ausnahme des § 350 HGB. Daneben ist festzuhalten, dass der Código Civil deutlich ausführlichere Regelungen, vor allem bezüglich der Auswirkungen der Akzessorietät der Bürgschaft enthält, als sein deutsches Pendant. Das BGB begnügt sich damit, die Akzessorietät der Bürgschaft festzustellen und überlässt alles weitere der konsequenten Anwendung dieses Prinzips.