

Interzession von Verbrauchern

Update und Sonderfragen zu § 25c KSchG

Benedikt Wallner

Rund ein Jahrzehnt ist seit Einführung der Bürgenschutzbestimmungen der §§ 25c und 25d KSchG vergangen, und noch immer besteht erhebliche Unsicherheit unter den Rechtsanwendern: Haftet die Bürgin für die Schulden des (Ex-)Gatten oder nicht? Wie und wann ist vom Kreditinstitut Aufklärung zu geben, und worüber? Was passiert andernfalls?

Stichwörter: Interzession, Verbraucher, Bürgschaft, Garantie, Mitschuldner, Mitkreditnehmer. Norm: § 25c KSchG.
JEL-Classification: G 21, K 12, K 23.

Approximately one decade has passed since the introduction of the guarantee protection regulations §§ 25c and 25d KSchG, and still there is substantial uncertainty among the legal users: Is the guarantee liable for her (ex-)husband's debts or not? How and when information is to give by the bank, and about what? What happens otherwise?

Einschlägige Leitsätze, vor allem deren Überschriften, erzeugen oft ein widersprüchliches Bild. Die Judikatur ist aber, von sogleich zu diskutierenden Details abgesehen, keineswegs uneinheitlich oder lückenhaft. Es gibt seit 1995 [1] auch mannigfache Literatur zum Thema Interzession (von Verbrauchern), meist wissenschaftliche Arbeiten [2]. Aus praktischer Sicht stellen sich allerdings manche Gewichtungen anders dar. Im folgenden wird versucht, einen Überblick über den derzeitigen Stand zu geben wie auch, einige offene Punkte kritisch zu diskutieren.

Dreifacher Schutz vor riskanten Haftungen

Ein Hauptschuldner zahlt seine Verbindlichkeit nicht ordnungsgemäß zurück, die Gläubigerbank nimmt daraufhin den Interzedenten in Anspruch. Was bis vor zehn Jahren nur in seltenen Ausnahmefällen zur Klagsabweisung führte,

muß inzwischen wesentlich differenzierter gesehen werden: Dem Interzedenten – meist handelt es sich um eine *Interzedentin* – stehen nämlich seit 1997 neben der zur „sittenwidrigen Interzession“ entwickelten Rechtsprechung mit den §§ 25c und 25d KSchG auch zwei gesetzliche Schutzmechanismen zur Verfügung. Wie hängen die drei Fallgruppen:

- ◆ Sittenwidrigkeit der Interzession nach der zu § 879 Abs 1 ABGB entwickelten Rechtsprechung,
- ◆ Entfall der Haftung nach § 25c KSchG, und
- ◆ Mäßigung der Schuld des Interzedenten durch den Richter nach § 25d KSchG

zusammen? Sie bestehen nebeneinander [3], ihre Voraussetzungen sind also jeweils selbständig zu prüfen. In der Praxis führt zwar oft auch § 25c KSchG zur gänzlichen Beseitigung der Mithaftung vermögensschwacher Interzedenten und ist daher auch in diesem Zusammenhang zu behandeln. Systematisch aber gehört die Vorschrift des § 25c KSchG nicht zu den Schutzinstrumenten für *vermögensschwache* Interzedenten, weil sie weder Vermögensschwäche noch ein wirtschaftliches Mißverhältnis zwischen eingegangenem Verpflichtungsumfang und eigener wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Interzedenten voraussetzt (dazu sogleich)!

Für heute zu prüfende Haftungserklärungen der Mithaftenden, die vor 1997 abgegeben wurden, gab es zwar noch keinen besonderen gesetzlichen Schutz, doch können solche Verpflichtungen wegen der „verdünnten Entscheidungs-



Photo: Günter Menzl

Dr. Benedikt Wallner ist Rechtsanwalt, Universitätslektor in Wien, Vertrauensanwalt des VKI; e-mail: office@petricello.at

freiheit“ sittenwidrig und damit nichtig sein; Judikatur [4] und Schrifttum [5] alleine hierzu sind reichhaltig, die praktische Bedeutung der „sittenwidrigen Interzession“ sinkt allerdings zusehends mit der Anwendbarkeit der klareren, gesetzlichen Schutzinstrumente der §§ 25c und 25d KSchG für jene Interzessionsgeschäfte, die ab 1997 abgeschlossen wurden. Seither können Haftungserklärungen von Verbrauchern mit § 25d KSchG einem (antragsbedürftigen) richterlichen Mäßigungsrecht unterliegen. Auch dazu liegen bereits viele Publikationen vor [6]. Daß dieses richterliche Mäßigungsrecht im Schrifttum stärkere Beachtung gefunden hat als die Regelung des § 25c KSchG, ist erstaunlich, weil sich nach dessen Prüfung meist die

[1] Ausgelöst durch die Leitentscheidung 1 Ob 544/95 = SZ 68/64 = ÖBA 1995, 804 = ARD 4681/19/95 = eclex 1995, 638 = EFSlg 78.445 = EvB1 1995/156 = JB1 1995, 651 = KRES 3/96b ua.

[2] ZB die Dissertation von *Eigner*, Interzedentenschutz, die nicht nur ihres Umfangs wegen zu einem Standardwerk geworden ist.

[3] Vgl zB 7 Ob 228/02h = ÖBA 2003, 620 (*P. Bydlinski*) = eclex 2003/130.

[4] Am anschaulichsten wohl 7 Ob 217/99h vom 16. 2. 2000; aus jüngerer Zeit zB 9 Ob 18/04v mwN = ÖBA 2005, 54.

[5] Ausführlich, mit Darstellung der Genese ausgehend von den deutschen Entwicklungen, *Eigner*, Interzedentenschutz, 273 ff; vgl auch *Wallner*, *juridikum* 2001, 162 ff.

[6] Ausführlich *Faber*, ÖBA 2004, 527; vgl auch *Unger*, ÖBA 2004, 680, die zwar am Rande ebenfalls den Tatbestand von § 25c KSchG (Informationspflicht) beleuchtet, nicht aber die schwerwiegende Rechtsfolge (Interzedent haftet nicht!); vgl zuletzt *Aichhorn*, Kredite von Ehepartnern. Diese Autorin behandelt die in § 25c KSchG geregelte „Hinweis- und Aufklärungspflicht“ vergleichsweise kurz und stellt die Bestimmung in eine Reihe mit der eher harmlosen Vorschrift des § 25b KSchG. Kaum erwähnt wird dabei, was passiert, wenn nicht oder nicht richtig informiert wurde: Denn dann ist die oder der Betroffene der Bank nichts schuldig! Die Bank verliert den Prozeß zur Gänze – ein Ergebnis, das zahlreiche einschlägige Verfahren aufweisen.

Frage der Mäßigung gar nicht mehr stellt: Bei dem richterlichen Mäßigungsrecht handelt es sich nur um eine Billigkeitsnorm, die subsidiär greifen kann – falls nämlich nicht bereits zuvor auf eine Haftungsbefreiung nach § 25c KSchG entschieden wird [7].

Hingegen wird die praktische Bedeutung des zentralen Entschuldungsparagraphen § 25c KSchG oft nicht hinreichend erkannt [8]. Ich setze mich im folgenden deshalb nur mit § 25c KSchG auseinander, weil er praktisch weitaus am ergiebigsten ist. Während nämlich

- ◆ die – weiterhin bedeutsame – Rechtsprechung zur sittenwidrigen Interzession nach § 879 Abs 1 ABGB auf nahe Angehörige des Hauptschuldners beschränkt und einzelfallabhängig ist, womit man häufig an der Revisionsgrenze des § 502 ZPO scheitert, auf der anderen Seite
- ◆ die Konstruktion des richterlichen Mäßigungsrechtes nach § 25d KSchG nach der ausdrücklichen Intention des Gesetzgebers „nur“ eine Billigkeitsnorm [9] darstellt, sodaß diese beiden Instrumente von einer vagen Vorhersagbarkeit sind,
- ◆ handelt es sich bei der Nichthaftung, die § 25c KSchG statuiert, um eine klare gesetzliche Anordnung, die, auch außerhalb des Angehörigenkreises, jedem Interzedenten als Verbraucher zur Verfügung steht [10] und immer dann auch ohne Antrag greift, wenn ihre – zugegebenermaßen komplexen – Voraussetzungen erfüllt sind. Das wird noch in der jüngeren Literatur manchmal verwirrend dargestellt [11] und auch von der Rechtsprechung nicht immer sogleich gesehen [12], führt aber in der Praxis zwingend zur völligen Haftungsbefreiung der Interzedentin und nicht zur Teilhaftung.

§ 25c KSchG hat folgende Tatbestandsmerkmale:

1. Beitritt zu einer Verbindlichkeit (Interzession)
2. eines Verbrauchers
3. als Mitschuldner, Bürge oder Garant.
4. Fehlen eines Hinweises des Gläubigers auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners,
5. aber nicht jedenfalls, sondern nur dann, wenn der Gläubiger bereits erkennt, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird
6. oder dies erkennen muß
7. und der Interzedent seine Verpflichtung nicht auch – die Warnung in den Wind schlagend – trotz einer solchen Information übernommen hätte (§ 25c Satz 2 KSchG)
8. und der (Interzessions-)Vertrag nicht bereits vor dem 1. Jänner 1997 geschlossen wurde (§ 41a Abs 4 KSchG).

1. Interzession

1.1. Was ist Interzession?

Die schwierigste Frage kommt gleich zu Beginn, wann nämlich wirklich „Interzession“ im Sinne der §§ 25c und 25d KSchG vorliegt. Sie ist bislang nur unbefriedigend und nicht endgültig gelöst.

Keine Probleme bereitet zunächst der Regelfall, den offenbar auch der Gesetzgeber vor Augen hatte [13], also das Vorliegen eines wirtschaftlichen Hauptschuldners, in dessen Interesse die (Kredit-)Schuld begründet wird, unter gleichzeitigem oder auch späterem Beitritt eines Dritten, eben des Interzedenten, für den diese Schuld nicht oder doch nicht wesentlich und unmittelbar im

eigenen Interesse liegt; dabei spielt der Ursprung der Mithaftung (Bürgschaft, Garantie oder Mitschuldnerschaft) keine Rolle.

Keine Probleme bereiten sollte auch der Fall einer klar gewählten, ersichtlichen *Form* von „Mitschuldnerschaft“, „Bürgschaft“ oder „Garantie“ [14].

In bislang drei Entscheidungen hat der OGH jedoch das Vorliegen von Interzession infolge *Eigeninteresses* der Mithaftenden *verneint*: Es handelt sich dabei um Fälle, in denen die Kreditmittel etwa zur Anschaffung von Möbeln für die Ehwohnung, für Geschenke an gemeinsame Kinder [15], „die auch vom Willen der haftpflichtigen Beklagten getragen wurden“ [16], oder zur Finanzierung des Hauses dienten, welches die Haftende gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten bewohnen wollte [17]; oder schließlich zur Bedienung des überzogenen Girokontos, von welchem einerseits die Reparatur des PKWs der Mithaftenden finanziert worden war, andererseits die generelle Dispositionsmöglichkeit über das Konto wiederhergestellt wurde, was ebenfalls in vollem Umfang der dort auch zeichnungsberechtigten Mithaftenden zugute kam. Der weitere Verwendungszweck war die Abdeckung von Verbindlichkeiten, die aus der Anschaffung von Mobiliar für die Ehwohnung resultierten [18].

Die beiden letztgenannten Entscheidungen sind nur knapp begründete Zurückweisungsbeschlüsse, die erstgenannte E 7 Ob 65/04s ein Aufhebungsbeschluß, wobei im zweiten Rechtsgang noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Der OGH unterscheidet jeweils zwischen dem vertraglichen Beitritt zu einer fremden Verbindlichkeit als Mitschuldner, Bürge oder Garant, in welchem Fall Interzession gegeben sei, einerseits und „echten Mitschuldnern“, die im gemein-

[7] Mäßigung der festgestellten, also bejahten Schuld einerseits und Verneinung jedweder Schuld kraft Nichthaftung gem § 25c KSchG andererseits schließen einander ja begrifflich aus. § 25d KSchG ist ohnehin antragsbedürftig; er sollte also nur subsidiär bzw eventualiter geprüft werden, zumal die Mäßigung zu einem schwächeren Ergebnis führen kann als der Ausspruch einer Nichthaftung nach § 25c KSchG.

[8] Obwohl bereits 2002 Haas in einer Entscheidungsbesprechung, die auch mehrfach rezipiert wurde und bis heute nichts an Prägnanz eingebüßt hat, die wesentlichen Eckpunkte darstellte: JBl 2002, 538.

[9] Zutreffend dargestellt bei Aichhorn, Kredite von Ehepartnern 394 mwN.

[10] In 8 Ob 121/05k = ÖBA 2006, 598 (P. Bydlinski) war zB der Interzedent ein sehr guter Freund des Kreditnehmers, ganz ähnlich in 7 Ob 233/01t vom 17. 10. 2001.

[11] Man kann zB entgegen Brandl /

Saria, Handbuch 90, nach 1997 nicht mehr aufrecht erhalten, es bestehe grundsätzlich keine Aufklärungspflicht: Insofern die Mehrzahl aller Interzessionen Verbraucher betreffen, hat sich der Regelfall mit Einführung des § 25c KSchG geradezu umgekehrt. Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer / Langer, KSchG Rz 9 zu § 25c, bezeichnen die grundsätzliche Verneinung der Aufklärungspflicht daher zutreffend als die „frühere Rechtslage“.

[12] Vgl zB die Unterinstanzen zu 2 Ob 288/03x = ÖBA 2004, 782 = eclex 2004/155, 363, oder jüngst zu 8 Ob 121/05k (FN 12).

[13] P. Bydlinski, ÖBA 2005, 52, Anm zu E 7 Ob 65/04s, 7 Ob 89/04w.

[14] „Während also bei der Übernahme einer Bürgschaft (oder Garantie) sowie bei einem nachträglichen Schuldbeitritt jedenfalls Interzession im Sinne des § 25c KSchG vorliegen wird, ...“ Kosesnik-Wehrle /

Lehofer / Mayer / Langer, KSchG Rz 2 zu § 25c.

[15] 7 Ob 65/04s = RdW 2004, 592 = ÖBA 2005, 51, krit P. Bydlinski, ÖBA 2005, 52 = eclex 2005, 41.

[16] Die vom OGH gebrauchte Wendung, „die auch vom Willen der Beklagten getragen wurde“, wird in der Rezeptionsgeschichte dieser E gerne übersehen, war aber im vorliegenden Fall ganz wesentlich: Tatsächlich wurde dann im zweiten Rechtsgang (*nicht rk*) festgestellt, daß die Beklagte sich den Entscheidungen ihres Ehegatten, die dieser im übrigen alleine getroffen hat, zu fügen hatte (US 14), sodaß von einer freien Willensentscheidung der Beklagten nicht gesprochen werden könne (US 29).

[17] 7 Ob 89/04w = ÖBA 2005, 52, krit P. Bydlinski, ÖBA 2005, 52.

[18] 5 Ob 33/05x = ÖBA 2005, 910.

samen Interesse eine Verbindlichkeit eingehen, andererseits, in welchem Fall die §§ 25c und d KSchG nicht anwendbar seien. Gegen diese Auffassung sprechen jedoch zahlreiche Argumente, das Abstellen auf jedwedes eigene Interesse ist zu unscharf:

1.1.1. Schon das Berufungsgericht hatte im eingangs zitierten Fall 7 Ob 65/04s zutreffend argumentiert, warum es für die Anwendung des § 25c KSchG nicht darauf ankommen kann, ob der Interzedent irgendein nicht näher hinterfragtes eigenes Interesse an der Kreditaufnahme hat bzw ob ihm diese Kreditaufnahme in irgendeiner Form zugute kommt:

Diese Umstände spielten demnach zwar bei der Prüfung einer allfälligen Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB und auch bei der Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts nach § 25d KSchG eine Rolle. Würde man aber ein eigenes Interesse des Interzedenten an der Kreditaufnahme, etwa weil der Kreditnehmer ein Angehöriger ist, dem gegenüber eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, oder von dessen Einkommen auch der Interzedent lebt, ausreichen lassen, um ihn als „echten Mitschuldner“ anzusehen bzw die Verbindlichkeit als „materiell eigene Schuld“, so würde der Anwendungsbereich des § 25c KSchG gerade auch um jene Fälle eingeschränkt, für die er geschaffen wurde: Es sind regelmäßig auch Angehörige, die in einem persönlichen und wirtschaftlichen Naheverhältnis zum Kreditnehmer stehen, die dessen Verbindlichkeit beitreten. Ein solcher bleibt Interzedent (und wird nicht „echter Mitschuldner“), auch dann, wenn die Kreditvaluta ihm selbst irgendwie zugute kommt. Diese ratio legis könne mithin § 25c KSchG nicht unterstellt werden [19]. „Interzession hängt nicht vom Fehlen irgendeines Eigeninteresses ab, sondern davon, ob es sich bei der gesicherten Verbindlichkeit materiell um eine fremde oder um eine eigene handelt.“ [20] P. Bydlinski meint daher, die in 7 Ob 65/04s zum Ausdruck kommende Ansicht des 7. Senates sei keinesfalls zu teilen und überdies extrem gläubigerfreundlich (ebd).

1.1.2. Der verunglückte Begriff der nie ohne Anführungszeichen auskommen- den „echten Mitschuldner“, den bedauerlicherweise auch der Standardkommentar zum KSchG [21] übernommen hat, geht auf die Materialien RV 311, Blg NR 20. GP 26 zurück; dort heißt es, wörtlich und ohne Auslassungen:

„Diejenigen Fälle, in denen mehrere Personen gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit (als „echte Mitschuldner“) eingehen, sollen nicht erfaßt werden. Besteht aber – wie es vielfach der Fall ist – der Gläubiger beispielsweise schon in den Vorgesprächen auf dem Eintritt eines weiteren Schuldners oder auf der Absicherung des Kredits durch einen Bürgen oder Garanten, und geben daher der wirtschaftliche Hauptschuldner und der Interzedent ihre Vertragserklärungen gemeinsam ab, so sollen die Schutzbestimmungen der §§ 25c und 25d KSchG zur Anwendung kommen.“

Liest man also die Materialien unverkürzt und im unmittelbaren Zusammenhang, dann zeigt sich schon, daß selbst den Redaktoren der Ausdruck „echte Mitschuldner“ zur Denotation eines Gegenbegriffs von Interzedenten dermaßen ungeeignet erschien, daß sie ihn lediglich als überflüssigen Zusatz in Klammer hinzufügten und darüber hinaus noch unter Anführungszeichen setzten. Zur Klarstellung, wohl die gestiftete Verwirrung ahnend, haben sie sogleich expressis verbis hinzugefügt, daß es Fälle einer gleichzeitigen bzw gemeinsamen Abgabe von Vertragserklärungen von Hauptschuldner und Interzedent geben soll, in denen die Schutzbestimmungen der §§ 25c und 25d KSchG zur Anwendung kommen.

Der Begriff „echte Mitschuldner“ weist für sich genommen also keine rechte Abgrenzungsqualität auf und sollte daher besser vermieden und ersetzt werden durch „Mitschuldner“ [22]. Ihnen und nur ihnen den Interzedentenschutz zu verwehren ist völlig konsequent, auch wenn „Mitschuldner“ und „Mitschuldner“ wieder verwirrend ähnlich klingt, weil im Falle eines Kreditverhältnisses zwischen dem Haftenden

und der Gläubigerbank, und sei es auch nur eines Mitschuldnerverhältnisses, ein ganz anderes Schuldverhältnis, nämlich ein synallagmatisches Austauschverhältnis vorliegt: Der Mithaftende ist dann ja nicht bloß vermöge Beitritts zur Verbindlichkeit eines Anderen Mithaftender – und schutzwürdig –, sondern kraft seiner vertraglichen Verpflichtung als Kreditnehmer. Was von beidem vorliegt, ist leicht zu überprüfen: Der Mitschuldner hat die Kreditvaluta, zumindest auch, in seine (engere oder weitere) Verfügungsgewalt übertragen bekommen und wird damit erst Kunde des Kreditinstitutes, das nämlich nur diesfalls mit ihm eine Geschäftsverbindung eingeht. Jener Mithaftende dagegen, den die Materialien der §§ 25c und 25d KSchG im Auge haben, und der als Interzedent geschützt sein soll, steht außerhalb des synallagmatischen Austauschverhältnisses und wird folgerichtig vom Kreditinstitut auch gar nicht als Kunde angesehen, weil es zu ihm an einer bestehenden Geschäftsverbindung mangelt [23]. Kreditnehmer, auch Mitschuldner, werden vom Gesetz überhaupt nicht erfaßt und sind auch nicht schutzwürdig.

1.1.3. P. Bydlinski hat in seiner Kritik [24] der Entscheidungen 7 Ob 65/04s und 7 Ob 89/04w unter anderem aufgezeigt, daß der Gesetzgeber in Z 3 des § 25d Abs 2 KSchG ausdrücklich einen Fall vorgesehen hat, in dem ein Nutzen bzw ein Eigeninteresse des Interzedenten aus der Leistung des Gläubigers der grundsätzlichen Qualifikation als Interzession nicht schadet. Folglich muß es entgegen dem OGH *Interzedenten mit Eigeninteresse* geben können. Dieser logische Widerspruch ist bislang noch nicht aufgelöst worden.

1.1.4. Rechtsprechung und Lehre erkennen übereinstimmend, daß gerade bei Ehegatten-Bürgschaften zwangsläufig neben dem emotionalen Naheverhältnis auch ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht und die Kreditaufnahme nahezu immer mittelbare Vorteile für den auf Unterhaltsansprüche angewiesenen Interzedenten hat, die aber nicht wesentlich seien. „Die Inhaltskontrolle soll aber genau in jenen Härte-

[19] OLG Wien im Fall 7 Ob 65/04s im ersten Rechtsgang, Seite 14.

[20] P. Bydlinski, ÖBA 2005, 53.

[21] Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer / Langer, Rz 2 zu § 25c, der dann aber zur Abgrenzung doch noch klarstellt: „Während also bei der Übernahme einer Bürgschaft (oder Garantie) sowie bei einem nachträglichen Schuldbeitritt jedenfalls Interzession im Sinne des § 25c KSchG vorliegen wird, ist bei der gemeinsamen Begründung einer Verbindlichkeit stets zu prüfen, ob die Mit-

haftung eines Schuldners vorrangig im wirtschaftlichen Interesse eines anderen Mitschuldners liegt.“

[22] P. Bydlinski, ÖBA 2005, 52.

[23] Vgl die Neufassung der Z 47 ABB 2000, die Iro folgendermaßen kommentiert: „Der Sicherstellungsanspruch ist nunmehr ausdrücklich auf Ansprüche aus der Geschäftsverbindung beschränkt. Damit soll vor allem auch klargestellt werden, daß derjenige, der dem Kreditinstitut gegenüber die Bürgschaft übernommen hat, nicht nach Z 47

zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist. Da nämlich der Bürge keinerlei Leistungen des Kreditinstituts in Anspruch nimmt, sondern vielmehr selbst die charakteristische Leistung erbringt, liegt zwischen ihm und dem Kreditinstitut keine Geschäftsverbindung im Sinne der ABB vor, für die ein Tätigwerden des Kreditinstituts im Rahmen einer Bankdienstleistung gegenüber einem Kunden essentiell ist“, in Iro / Koziol, ABB 2000, Rz 3 zu Z 47.

[24] ÖBA 2005, 52.

fällen wie hier zur Haftungsbefreiung führen, in denen familiäre Abhängigkeitsverhältnisse den Interzedenten in die Schuldenfalle geführt haben“ [25]. Auch nach dem dt BGH – von dem die Figur des Interzedentenschutzes im Wege nachprüfender Kontrolle übernommen wurde – reichen bloße *mittelbare* Vorteile nicht, die Anwendung des § 138 Abs 1 BGB auszuschließen [26]. In der Rechtsprechung zur sittenwidrigen Interzession war längst geklärt, daß es um den unmittelbaren wirtschaftlichen persönlichen Nutzen geht, wohingegen der Lebensunterhalt durch den Ehegatten kein *wesentliches* Eigeninteresse darstellt [27]. In SZ 61/147 sprach der OGH aus, daß der Begriff des eigenen wirtschaftlichen Interesses nur von beschränktem Wert und nicht stets als Abgrenzungskriterium geeignet ist. Der Umstand, daß der Interzedent am Grundgeschäft interessiert ist, kann nur dazu beitragen, den *hypothetischen Parteiwillen* zu erforschen und die Tendenz des Rechtsgeschäftes festzustellen. Hier ist aber zu beachten, daß in concreto der Interzedent (meist mangels ausreichender Bonität) vom Gläubiger gerade kein Kredit eingeräumt werden sollte, andernfalls wäre sie neben dem Hauptschuldner zur Mitkreditnehmerin gemacht worden.

1.1.5. Bereits die Gesetzesmaterialien verweisen im Klammerausdruck auf die Regelung des § 1347 ABGB. *Gamerith* schreibt dazu, daß maßgebend ist, ob die Parteien nur die Haftung oder aber die Verpflichtung selbst verstärken wollten. Habe der Gutstehende kein eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundgeschäft zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner, sei also nur eine Sicherung der Verbindlichkeit beabsichtigt, so sei im Zweifel Bürgschaft anzunehmen. Habe der Gutsteher hingegen ein erkennbares eigenwirtschaftliches Interesse an diesem Grundverhältnis wie zB Vorteile aus dem Geschäft etc, so sei anzunehmen, daß die Parteien einen „Schuldbeitritt“ vereinbaren wollten [28]. Selbst solche Fälle eines Schuldbeitritts sind aber laut Materialien – argumento: durch den Verweis auf § 1347 ABGB und dessen Verständnis des Beitritts zu

einer fremden Verbindlichkeit – ebenfalls § 25c KSchG unterstellt.

1.1.6. Insofern § 25c KSchG ausdrücklich in seinem Klammerausdruck Solidarschuld, Bürgschaft und Garantie allesamt als Interzession behandelt und alle diese Fälle der Vorschrift dieser Gesetzesstelle unterwirft, muß, wenn die Anordnung nicht als völlig inhaltsleer gelten soll, irgendein Anwendungsbereich überbleiben für eine Interzessionsform, die sogar in Gestalt der Mitschuldnerschaft eine Form der *Gutstehung* für eine materiell fremde Schuld zum Inhalt hat, anstelle einer „echten Mitschuldnerschaft“. Andernfalls wäre der (interzessionarische) Schuldbeitritt nicht geschützt worden. Es sind daher unter den „echten Mitschuldnern“ *nur* diejenigen Fälle zu verstehen, in denen mehrere Personen gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit eingehen, was sich aber nur auf den Fall der Solidarschuld beziehen kann, weil ein Bürge selbst keine (Kredit-)Verbindlichkeit eingetht. Auch *Kathrein* vertritt, daß ein bloßes „Eigeninteresse“ des Interzedenten jedenfalls noch nicht dazu führen kann, daß die Warnpflicht des Kreditnehmers entfällt [29].

1.2. Formenmißbrauch

Kreditnehmer sind also nicht von § 25c KSchG geschützt, Mitkreditnehmer ebenso wenig, Interzedenten schon. Doch wurde in der Praxis auch schon der Versuch unternommen, zwingende Schutzvorschriften zu umgehen, was bei der Prüfung zu berücksichtigen ist: Ein ebenso einfacher wie alter Rat an den interzessionsschutz-verunsicherten Banker lautete, „mache eben alle beide zu Kreditnehmern, dann gibt es keinen Interzedentenschutz nach § 25c KSchG“ [30]. Befolgt er ihn, dann mißbraucht er uU die Rechtsform der Mitkreditnehmerschaft für etwas, was eigentlich, nach übereinstimmendem Parteiwillen, fremdschuldnerische Gutstehung ohne eigenes wesentliches wirtschaftliches Interesse, sohin Interzession ist.

Auf die gewählte Bezeichnung alleine kommt es allerdings auch hier nicht an [31]. Bei der vielmehr erforderlichen

Auslegung nach § 914 ABGB ist vor allem Gewicht darauf zu legen, ob der Interzedentin ein eigenes wirtschaftliches Interesse am gescherten Geschäft zukam [32]. Die Frage, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluß die nunmehr offene Frage – ob die Mithaftende einer materiell fremden Verbindlichkeit als Mitschuldnerin beigetreten und daher Interzedentin oder als Mitkreditnehmerin anzusehen ist – gestellt hätten, kann sich aus Natur und Zweck des Vertrages, aus Vorverhandlungen oder anderen Umständen des Geschäfts beantworten [33].

2. eines Verbrauchers

Der Gesetzgeber hat § 25c KSchG auf solche Verträge beschränkt, die der Interzedent als Verbraucher eingeht. Ob der Hauptschuldner Verbraucher oder Unternehmer ist, spielt keine Rolle. Eine Interzedentin, die im Unternehmen ihres Ehegatten überhaupt nicht tätig war, ist zweifelsohne als Verbraucherin zu beurteilen, insbesondere wenn sie anderweitig berufstätig war. § 25c KSchG würde aber selbst für den Fall ihrer Mitwirkung im Betrieb ihres Ehemanns auf sie Anwendung finden [34]. Die Verbrauchereigenschaft des Interzedenten wird zwar in den meisten Fällen unstrittig sein. Spannung bescherte der Rechtsprechung aber die Konsumenteneigenschaft der GmbH-Proponenten:

Grundsätzlich wurde lange Zeit auch der *Geschäftsführer*, der eine persönliche Bürgschaft für Schulden „seiner“ GmbH übernommen hat, mangels eines eigenen Unternehmens als Verbraucher angesehen [35], was sich so ja zwanglos aus § 1 KSchG ergibt. Allerdings führte das dann zu absurden Konsequenzen, wenn der Einmangesellschaftergeschäftsführer nachträglich vom Kreditinstitut Aufklärung über „seine“ wirtschaftlichen Verhältnisse forderte: Daher wurde mit der E 7 Ob 315/01a [36] die Verbrauchereigenschaft (und damit die Anwendbarkeit der §§ 25b bis 25d KSchG) für einen GmbH-*Geschäftsführer* verneint, der *Alleingesellschafter* der GmbH ist. In 6 Ob 26 /03x [37] hat der OGH

[25] *Eigner*, Interzedentenschutz 292f mwN.

[26] BGH NJW 1997, 257; ÖBA 2000, 924.

[27] Vgl Zurückweisungsbeschluß 7 Ob 217/99h vom 16. 2. 2000 (einkommens- und vermögenslose Hausfrau, ATS 12 Mio-Haftung), viel ausführlicher dargestellt freilich in der nicht veröffentlichten Berufungsentscheidung des OLG Wien 14 R 224/98h vom 19. 4. 1999.

[28] *Gamerith* in Rummel, ABGB II/33, Rz 2 zu § 1347.

[29] KBB § 25c KSchG Rz 3 mwN, unter Ablehnung der Rspr ÖBA 2005, 51, 52.

[30] *P. Bydlinski* (ÖBA 2005, 54) bespricht den Umgehungsfall, daß die Bank auf die Wahl der konkreten Konstruktion Einfluß nimmt in dem Wissen, daß der Kredit im ganz überwiegenden Interesse nur eines der beiden Mitkreditnehmer verwendet werden soll; zugunsten des anderen „Mitkreditnehmers“ müsse dann Interzessionsrecht greifen.

[31] Vgl *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft²

24 mwN.

[32] *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft² 25.

[33] *Rummel* in Rummel, ABGB³ Rz 12 zu § 914.

[34] 1 Ob 107/00t = ÖBA 2001, 166 (*G. Graf*) = *ecolex* 2000, 868; *Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer*, Rz 4 zu § 25c.

[35] Vgl *Eigner*, Interzedentenschutz 61 mwN.

[36] JBl 2002, 526 (*Karollus*); siehe auch *Bydlinski / Haas*, ÖBA 2003, 11.

[37] = ÖBA 2003, 957.

einem Gesellschafter einer GmbH, der nur zu 25% an ihr beteiligt und der ihr Geschäftsführer ist, zwar nicht die Verbraucher-, aber die Interzedenteneigenschaft abgesprochen unter Hinweis auf sein „massives wirtschaftliches Eigeninteresse an der Bürgschaftserklärung“ [38]. In 8 Ob 43/04p [39] hat der OGH später einer 80%-Gesellschafterin nicht die Konsumenteneigenschaft abgesprochen [40]. P. Bydlinski/Haas [41] argumentieren, daß es für die Konsumenten- bzw. Unternehmereigenschaft nicht auf formale Kriterien ankomme, sondern den typischen Unternehmer eigenverantwortliches Handeln auszeichne. Das sei mit dem bloßen Halten von Geschäftsanteilen ja noch nicht notwendig verbunden, diese könnten beispielsweise ererbt sein, während die Geschäfte ein Angestellter führt. Nur wenn organschaftliche Handlungsbefugnis und wirtschaftliches Eigeninteresse zusammenfielen, liege rechtlich kein Konsument mehr vor, sondern ein Unternehmer; wobei ein eigenes wirtschaftliches Interesse erst ab einer Kapitalbeteiligung von mehr als 50% zu bejahen sei, weil diesem Gesellschafter, wenn er auch die Geschäfte führt, idR die alleinige Entscheidung über das Schicksal des Unternehmens zusteht. Ein *Minderheitsgesellschaftler*, der für eine Schuld der Gesellschaft persönlich hafte, bleibe – trotz allfälliger Geschäftsführerbefugnis – *Verbraucher*, weil die Haftungsübernahme rechtlich und wirtschaftlich gesehen überwiegend für fremde Schuld erfolge.

Der Geschäftsführer einer GmbH, der die Bürgschaft für ihre Schulden übernimmt, ist nach stRsp mangels eines eigenen Unternehmens weiterhin als Verbraucher anzusehen [42]. Weiterhin nicht entschieden ist die Frage, ob die Verbrauchereigenschaft im Bereich der §§ 25b bis 25d KSchG auch für einen Minderheitsgesellschaftler gilt, der nicht zugleich Geschäftsführer ist [43], oder der zugleich Geschäftsführer ist [44]. ME

kann aber kein Zweifel bestehen, daß solche Personen als Verbraucher anzusehen sind. Alles andere würde § 1 KSchG nicht gerecht: Die übernommene Mithaftung gehört in diesen Fällen nicht zum Betrieb ihres Unternehmens, und auch bei „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ ergibt sich nicht zwingend ihr bestimmender Einfluß auf die Geschichte der Gesellschaft.

3. als Mitschuldner, Bürge oder Garant

Dies ist die zweite ungelöste Rechtsfrage: *Wer ist geschützter Interzedent?* Mitschuldner, Bürge oder Garant führt das Gesetz an. An andere Interzeptionsformen wurde bei Gesetzwerdung einfach nicht gedacht [45]; sie wurden daher vom Gesetz auch nicht etwa ausgeschlossen oder ausdrücklich anders behandelt, nirgendwo in den Materialien wird diese Aufzählung als taxativ bezeichnet.

3.1. Rechtsprechung

Allerdings tut dies der OGH, beginnend mit 9 Ob 85/02v [46], der keine planwidrige Lücke erkennen will, wenn es um die Anwendbarkeit des Interzedentenschutzes auf (reine) Pfandschuldner/Realschuldner geht (solche Schuldner hingegen, die sowohl persönlich als auch dinglich haften, sind geschützte Interzedenten schon kraft ihres persönlichen Beitritts zur Verbindlichkeit des Hauptschuldners, der ja zweifellos in der gesetzlichen Aufzählung enthalten ist). Diese Rechtsprechung hat folgende Vorgeschichte: Als im Jahr 1995 die Leitentscheidung des OGH zur sittenwidrigen Interzeption naher Angehöriger erging [47], hatte soeben das Bundesministerium für Justiz einen Entwurf zur Kodifizierung dieses Problemkreises innerhalb des KSchG verfaßt. Beides zusammen wurde damals sowohl von *Peter Bydlinski* [48] als auch von *Georg*

Graf [49] kommentiert. In zwei kurzen Fußnoten behandelten beide Autoren dabei ganz am Rande auch die Frage der Drittpfandbestellung, freilich bezogen auf die Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 879 Abs 1 ABGB. In 9 Ob 85/02v liest man dann:

„Schon in ihrer Kommentierung der Leitentscheidung 1 Ob 544/95 zeigten *Peter Bydlinski ... und Graf ...* auf, daß dieses für eine Sittenwidrigkeit erforderliche Merkmal der massiven Überforderung bei Verpfändung von vornherein fehlt, weil der Sicherungsgeber in einem solchen Fall seinen Vermögenswert ja bereits hat und damit nicht seine Zukunft belastet (*P. Bydlinski aaO FN 14*) bzw. Pfandverträge von diesem Prinzip in der Regel nicht erfaßt werden, weil hier die Gefahr, daß der Interzedent eine Verbindlichkeit eingeht, die er nicht werde erfüllen können, nicht in vergleichbarem Maß gegeben ist (*Graf aaO FN 13*).“

3.2. Schrifttum

Allerdings stellt inzwischen *P. Bydlinski* klar, daß es so nicht gemeint gewesen sein kann: In seiner Glosse [50] zu 9 Ob 85/02v zeigt er auf, warum entgegen dem Obersten Gerichtshof § 25c KSchG auch in Fällen der Realhaftung (unmittelbar oder analog) anwendbar ist; eine planwidrige Lücke liege sehr wohl vor, denn an die reine Pfandbestellung sei bei der Gesetzwerdung einfach nicht gedacht worden; insbesondere seien Verschlechterungen der Stellung von Verbrauchern gegenüber dem status quo mit der Novelle sicherlich nicht beabsichtigt gewesen, und habe der OGH in anderen Zusammenhängen – wegen Gleichheit der Interessen – Bürgschaftsnormen (bzw. für die Bürgschaft aufgestellte Grundsätze) auf Pfandbestellung durch Dritte angewendet [51]. Hatte zB noch die ältere Rechtsprechung zur Schadenersatznorm des § 1364 Satz 2 ABGB unter dem „Bürgen“ nur diesen selbst im engeren Sinne

[38] Der Zurückweisungsbeschluß ist aber so knapp begründet, daß nicht ersichtlich ist, ob der OGH diese primär auf die sittenwidrige Interzeption des § 879 Abs 1 ABGB abstellende Aussage auch auf die §§ 25c und d KSchG angewendet wissen wollte.

[39] = ÖBA 2005, 137.

[40] Allerdings § 25c KSchG aus anderen Gründen schließlich für nicht anwendbar erklärt (Zurückweisungsbeschluß).

[41] ÖBA 2003, 11.

[42] 3 Ob 58/05h = ÖBA 2006, 461 = ecolex 2006, 484 die eine Übersicht zum Meinungsstand gibt.

[43] Ebenfalls 3 Ob 58/05h mwN.

[44] Offenlassend 8 Ob 100/03v = ÖBA 2004, 635 = EvBl 2004/99 = ecolex 2004/

364 = RdW 2004, 281 zum Fall eines Geschäftsführers mit einer 25%-Beteiligung.

[45] *P. Bydlinski* in ÖBA 2002, 932 ff.

[46] ÖBA 2002, 930.

[47] Vgl FN 1.

[48] ZIK 1995, 135 ff.

[49] ÖBA 1995, 776 ff.

[50] ÖBA 2002, 932 ff.

[51] Man kann das zwar noch keine authentische Interpretation nennen, aber immerhin war *P. Bydlinski* dabei: „Ganz offensichtlich wurde an diese Sicherstellungsform im Gesetzgebungsverfahren einfach nicht gedacht; auch nicht – hier klopfte ich mir an die eigene Brust [sic!] – in den rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen zum Ministerialentwurf, die bloß auf das Fehlen des

Garanten hingewiesen haben (vgl *P. Bydlinski*, ZIK 1995, 135, 139 [wo nur 136 FN 14 im Zusammenhang mit dem Überforderungsmerkmal kurz der Sachhaftung gedacht und ausgeführt wird, daß es bei der Hingabe konkreter Vermögenswerte zu Sicherungszwecken von vornherein an Überforderung fehlt]; *G. Graf*, ÖBA 1995, 781 [779 FN 13 kurz zur Sachhaftung und Überforderung]). Grund dafür war möglicherweise, daß das Mäßigungsrecht des 25d KSchG doch deutlich im Zentrum der Reform der Verbrauchersicherheiten stand (vgl etwa die EB aaO 11) und insofern die Pfandbestellung verständlicherweise nicht weiter ins Blickfeld rückte.“ ÖBA 2002, 932 ff.

verstanden, so ist inzwischen längst anerkannt, daß sie auch für den Bürgen und Zahler, den Garanten, den Solidarschuldner und eben den Pfandbesteller gilt [52]: *Alle* Interzessionsformen werden *einheitlich* behandelt, weil keine sachlichen Ungleichbehandlungsgründe zu erblicken sind. Diese jüngere Argumentation ist nicht nur zutreffend, sondern blieb bislang auch unwiderlegt, selbst wenn sich das Höchstgericht danach noch mehrfach auf die ursprüngliche Argumentation berufen haben sollte [53].

Apathy [54] vertritt dazu die Meinung, daß es sich auch bei der Pfandbestellung im fremden Interesse, mag diese in 25c KSchG zwar nicht ausdrücklich genannt sein, um einen Fall von Interzession handle. Sowohl *Eigner* [55] als auch *Apathy* vertreten die Ansicht, daß es keinen sachlichen Grund gibt, die Informationspflicht des Gläubigers nur gegenüber persönlich haftenden Interzedenten zu statuieren, womit zumindest die analoge Anwendung des 25c KSchG auf Pfandbesteller geboten sei, wenn diese nicht zugleich persönliche Schuldner seien. Wie *Eigner* auch zutreffend nachweist, kann man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, er habe in der KSchG-Novelle den Interzessionsbegriff neu definieren und einschränken wollen. Tatsächlich leidet nämlich der sachhaftende Interzedent unter demselben Informationsdefizit wie der Mitschuldner, Bürge oder Garant und ist aus diesem Grund ebenso schutzwürdig. Auch *Kaja Unger* widerspricht dieser Meinung des OGH dezidiert, sind doch die Interessen der Pfandbesteller, eine umfassende wahrheitsgemäße Aufklärung über die wirtschaftliche Lage des Kreditnehmers zu erhalten, genauso hoch wie jene der anderen Interzedenten [56]. Obwohl also das Schrifttum einhellig die vom OGH einstweilen fortgeschriebene Judikatur zu den Pfandbestellern ablehnt, hat der Gesetzgeber bislang nicht die mehrfach gewünschte Klarstellung geschaffen und hat Pfandbesteller noch nicht ausdrücklich den übrigen Interzedenten gleich gestellt. Das wäre zwar wünschenswert, aber auch de lege lata führt ein genaueres Hinsehen bereits zur gleichen Konsequenz:

Die Begründung des Höchstgerichtes, daß bei der Drittpfandbestellung ein krasses Mißverhältnis zwischen dem Haftungsumfang und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Pfandschuldners als Interzedent sowohl im Zeitpunkt der Pfandbestellung als auch später ausgeschlossen sei, vermag nicht zu überzeugen: § 25c KSchG hat nämlich nicht zur Tatbestandsvoraussetzung, daß der Interzedent finanzschwach oder wirtschaftlich überfordert wäre. Auch der die Mithaftung für eine fremde Schuld übernehmende, vermögende Millionär ist von der Schutzwirkung des § 25c KSchG nicht ausgeschlossen, sofern die Informationssymmetrie verletzt wurde und die Gläubiger ihm Hinweise auf die schlechte wirtschaftliche Lage des Kreditnehmers, die ihr vorliegen oder vorliegen sollten, nicht weitergibt. Diese Bestimmung stellt, anders als § 25d KSchG, nicht auf die wirtschaftliche Überforderung, sondern auf die erforderliche *Warnung* ab. Sieht beispielsweise der Kreditgeber bereits voraus, daß die zu bestellenden Sicherheiten schlagend werden, weil der Kreditnehmer selbst die für die Rückführung erforderlichen Mittel nicht aufbringen wird, dann macht es keinen wie immer gearteten Unterschied, ob diese Sicherheiten in Pfandrechten oder in persönlicher Mithaftung bestehen. Auch hierin zeigt sich, daß § 25c KSchG eine völlig andere ratio aufweist als § 25d KSchG und sittenwidrige Interzession nach der Rechtsprechung: Seine *Warnfunktion* hat mit wirtschaftlicher Überforderung oder Finanzschwäche „nicht das geringste zu tun“! [57]

Im Fall der E 10 Ob 315/02z [58] standen einer von der Beklagten übernommenen Mithaftung im Umfang von insgesamt ATS 540.000,00 und daraus resultierender Kreditrückzahlungen von monatlich ATS 3.000,00 lediglich ihr monatliches Einkommen als Ausgleichszulagenbezieherin von ATS 8.000,00 sowie ein Liegenschaftsvermögen im Wert von ATS 300.000,00 gegenüber. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit sei laut OGH auch zu berücksichtigen, daß die dortige Beklagte bei einer Inanspruchnahme aus ihrer Haftungserklärung mit ihrem Liegenschaftsvermögen auch ihre einzige Wohnmöglichkeit verlieren wür-

de und somit in ihrer Existenz bedroht wäre. Der Unterschied zum Fall der reinen Realhaftung liegt nur darin, daß die Interzedentin der E 10 Ob 315/02z eine Mithaftung übernommen hatte. Oder anders formuliert: einzige Rettung der Beklagten – der Judikatur des Höchstgerichtes folgend – im Verfahren 10 Ob 315/02z war der Umstand, daß sie eine Mithaftungserklärung abgegeben hat und nicht als *reine* Pfandschuldnerin fungierte. Worin nun aber der Unterschied zwischen einem Mithaftenden, dessen einziges Vermögen aus einer von ihm bewohnten Liegenschaft besteht, und einem Pfandbesteller, dessen einziges Vermögen ebenfalls aus einer von ihm bewohnten Liegenschaft besteht, liegen soll, wird vom Höchstgericht offen gelassen. Tatsächlich existiert er auch nicht.

Wie also vom Schrifttum zutreffend aufgezeigt [59], sind Drittpfandbesteller entsprechend § 25c KSchG ebenfalls auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners hinzuweisen, wenn der Gläubiger erkennt oder erkennen muß, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird. Dieser Kritik wurde von der Rechtsprechung noch nicht begegnet: Ausdrücklich offen läßt das 8 Ob 81/03z vom 26. 2. 2004, weil dort § 25c KSchG vom Sachverhalt her nicht zur Anwendung kam; ebenfalls aus diesem Grunde offen lassend 6 Ob 32/04f vom 27. 5. 2004.

3.3. Zusätzliche Aspekte

Wenn im konkreten Fall ein Pfandobjekt – wie häufig – bereits im Zeitpunkt der Haftungsübernahme erheblich belastet war [60], dann könnte überdies keine Rede davon sein, die Haftende würde etwa „mit einem schon vorhandenen Vermögenswert“ entstehen – der Vermögenswert war vielmehr wirtschaftlich erst zu schaffen, nämlich durch Tilgung der zahlreichen aushaftenden Vorpfandrechte. Allgemeiner formuliert, bezieht sich sohin die mit 9 Ob 85/02v entwickelte Judikatur zum mangelnden Interzedentenschutz bei reiner Realhaftung von vornherein nicht auf Fälle wie denjenigen eines zum Haftungsübernahmezeitpunkt nicht unwesentlich vorbelasteten Pfandobjekts. Denn diese Rechtsprechung operiert stets und ausschließlich

[52] Vgl. *Gamerith* in Rummel, ABGB 13 § 1364 Rz 2a mwN.

[53] Was aber immer noch geschieht, vgl. RS0116606, 1 Ob 93/02m, 8 Ob 81/03z.

[54] In JB1 2003, 47 und in *Schwimann*, ABGB VI² Rz 1 zu 25c KSchG.

[55] In JAP 2000/2001, 214; ÖBA 2003, 909 ff.; sowie Interzedentenschutz, 352 ff.

[56] ÖBA 2004, 684: „Eine unterschiedliche Handhabung der Aufklärungspflicht bei Mitschuldnern, Bürgen oder Garanten und dem Drittpfandbesteller, die nach hL alle Interzedenten sind, entbehrt jeder sachlichen Grundlage.“ (mwN).

[57] *P. Bydlinski*, ÖBA 2002, 932.

[58] ÖBA 2003, 625 = *ecolex* 2003, 236

(*Wilhelm*).

[59] Vgl. *P. Bydlinski*, ÖBA 2002, 932 und *Eigner*, ÖBA 2003, 909.

[60] Ganz ähnlich, bezogen allerdings noch auf Sittenwidrigkeitskontrolle, *Th. Rabl* in seiner Anm zu *ecolex* 2005/351, 761.

mit der mangelnden Überforderung des Drittpfandbestellers, die sich aus dem Vorhandensein eines Vermögenswertes in Gestalt des Pfandobjektes angeblich ergebe. Belastet aber ein Drittpfandbesteller das bereits erheblich vorbelastete Pfandobjekt neuerlich, dann könnte er in dem Umfang der schon bestehenden Haftung gar nicht mit dem ihm insofern nicht zur Verfügung stehenden Pfandobjekt eintreten.

Letztlich würde die Fortschreibung der mit der E 9 Ob 85/02v begonnenen Rechtsprechung zu einem absurden Ergebnis und Wertungswiderspruch führen, weil derjenige Interzendent, der für dieselbe Schuld zugleich dinglich und personal haftet, dem Interzedentenschutz unterliegen soll (obwohl er doch augenscheinlich, mit zwei Interzessionsakten, die größere Belastung auf sich genommen hat), nicht aber der nur dinglich Haftende; ein Ergebnis, das der Gesetzgeber mit §§ 25c und 25d KSchG keinesfalls beabsichtigt hat. Auch eine verfassungskonforme Auslegung nach dem Gleichheitssatz gebietet, reine Pfandschuldner nicht vom Schutzbereich der §§ 25c und 25d KSchG auszunehmen, weil die Sachverhalte der reinen Pfandhaftung und der reinen- oder mit Pfandhaftung unterlegten Personalhaftung wertungsmäßig gleich liegen.

4. Hinweisobliegenheit; zur Warnfunktion des erforderlichen Hinweises

4.1. „Die Bürgin wurde doch ohnehin aufgeklärt!“

Hartnäckig hält sich die Bezeichnung „Aufklärung“ für den laut § 25c KSchG zu gebenden Hinweis. Häufig wird das dann bei Parteien (und sogar manchen Unterinstanzen [61]) so verstanden, als ginge es darum, die Mithaftende über ihre Bürgeneigenschaft aufzuklären: „Ich habe ihr genau erklärt, daß sie zahlen muß, wenn der Herr X. einmal nicht mehr zahlen kann“, ist eine Standardantwort von Bankmitarbeitern als Zeugen auf die richterliche Frage nach der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht des § 25c KSchG. Falls nicht noch mehr kommt, steht richtigerweise die Klags-

abweisung für die Kreditgeberin bereits im Raum.

Von „Aufklärung“ ist im Gesetz nämlich nicht die Rede, die Materialien sprechen von „Auskunft“. Entsprechend der einhelligen Interpretation in der Rechtsprechung dient die Hinweisobliegenheit [62] der Bank dem Zweck der nachdrücklichen Warnung des Interzedenten [63]. Erst daraus wird deutlich, daß die Gläubigerbank – sogar bei tatsächlicher oder oft nur vermeintlicher Informiertheit des Interzedenten – selber tätig werden muß! Richtig ist, daß die Gläubigerbank dabei zwangsläufig in eine Zwickmühle gerät: will sie doch gerade das Kreditgeschäft, an dem sie verdienen kann, abschließen, und das kann sie nur, wenn der Interzendent gutsteht. Gerade davor soll sie ihn nun warnen, damit er es sich am Ende noch einmal überlegt und durch seinen Rückzieher das ganze Geschäft unmöglich macht? Genau so ist es aber vom Gesetzgeber – laut RV mit guten Gründen – konzipiert worden, und das klar formulierte Gesetz läßt hier auch keinen Wertungsspielraum offen.

Kletečka [64] meint und hat dabei die Materialien für sich, kaum einmal werde man annehmen können, daß der Bürge die Haftung dann nicht übernommen hätte, wenn er auf etwas, was er ohnedies schon weiß, hingewiesen worden wäre. Tatsächlich mag es auf den ersten Blick absurd anmuten, Aufklärung über etwas zu verlangen, was der Aufzuklärende bereits weiß. Dementsprechend häufig sind Vorbringen, wonach die Interzendentin zB als Ehefrau über die finanzielle (Not-)Lage des Kreditnehmers bescheid gewußt habe, sodaß selbst der vom Gesetz geforderte Hinweis zu keinem Wissenszuwachs führen konnte. Die Rechtsprechung läßt diesen Einwand regelmäßig nicht gelten; sie versteht den Zweck der Hinweispflicht als nachdrückliche Warnung (vgl. unten 4.2.) und erwartet vom Kreditgeber einen performativen Akt: Auch wer schon weiß, wie es um die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners bestellt ist, muß noch nicht notwendig wissen bzw. verstehen, daß der Kreditgeber deswegen auf seiner Interzession besteht, weil er beabsichtigt oder voraussieht, ihn anstelle des Hauptschuldners (teilweise)

in Anspruch zu nehmen. Wissen und vermeintliches Wissen klaffen meist auseinander. Genau dies ist aber, wie die natürlich erst nach der Gesetzwerdung zahlreicher gewordenen Verfahren zeigen, der Regelfall: Der bereits in gewisser finanzieller Notlage befindliche Hauptschuldner stellt idR nicht nur seine eigene wirtschaftliche Lage, sondern vor allem seine Erwartung hinsichtlich der gänzlichen und eigenständigen Rückführbarkeit der Kreditvaluta dem präsumtiven Mithaftenden – meist seinem Lebenspartner oder sonstigem Angehörigen – selbstverständlich viel rosiger dar, als die Bank das je tun würde, sei es aus seiner eigenen kreditwirtschaftlichen Beschränktheit heraus, sei es aus oft unrealistischem Wunschdenken. Auch dasjenige Kreditinstitut, das den Kredit vergibt, ist meist von der Realität noch ein gutes Stück entfernt, denn schließlich liegt ihm in diesem Stadium der Kreditverhandlungen schon einiges daran, das Geschäft auch tatsächlich abschließen zu können, und dies geht eben nur unter gleichzeitiger Besicherung durch die Mithaftung der Interzendentin. Ein Fremdinstitut, das am vorliegenden Geschäftsabschluß keinerlei Interesse hat, und das vorab zu konsultieren die Interzendentin jedenfalls gut beraten wäre, wird die wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners meist noch viel trister malen. Aber schon die pflichtgemäße Warnung aus dem Munde des den Kredit vergebenden Instituts kann der oft leichtgläubigen, vermeintlich alternative- bzw. perspektivlosen Interzendentin regelmäßig insofern die Augen öffnen, als ihr dadurch erst klar wird, daß sie zB einen Kredit in Höhe von mehreren hunderttausend Euro mit ihrem geringen Einkommen ohne jedes Vermögen, nicht selten auch nur Karenzgeld und mehreren Sorgepflichten, bei bestem Willen nicht wird erfüllen können; oder daß sie zwar formaliter gut stehen, im Ernstfall aber nicht tatsächlich eintreten will, dieser Ernstfall aber weder ausgeschlossen noch so unwahrscheinlich ist wie vom Hauptschuldner geschildert. Kreditverbindlichkeiten, die auf solche Art und Weise „gesichert“ werden müssen, also letztlich zulasten des Interzedenten, sollen durch § 25c KSchG gerade verhindert werden [65].

[61] Unklarheiten über Inhalt und Umfang der Hinweispflicht sind problematisch, denn „ob ein Kreditgeber dem Interzedenten ausreichende Informationen über die wirtschaftliche Lage des Schuldners im Sinne des § 25c KSchG gegeben hat, ist von der Beurteilung der konkreten Individualumstände, also einzelfallabhängig“ (7 Ob 233/01t mwN:

7 Ob 261/99d = ÖBA 2000, 527; RIS-Justiz RS011839) und damit auch nicht mehr revisibel.

[62] Hinweispflicht oder nur -obliegenheit? Haas hatte diese systematische Unterscheidung in JBl 2002, 538 mit guten Argumenten andiskutiert, weder das Schrifttum noch die Judikatur haben aber bisher schwer-

wiegende Konsequenzen aus dieser Unterscheidung gezogen und verwenden noch abwechselnd beide Begriffe.

[63] Vgl die unter 4.2. zitierte Rspr.

[64] In ecolex 2004/116, 268.

[65] RV 311 Blg. NR 20. GP 27.

4.2. Zweck und Umfang der Hinweissobliegenheit

Der Gläubiger hat den interzedierenden Verbraucher auch dann auf die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners hinzuweisen, wenn dieser über die finanzielle Situation des Hauptschuldners Bescheid weiß – oder vielmehr meint, darüber Bescheid zu wissen, was gerade bei Angehörigen häufig der Fall ist [66]. Stets haben wir es ja mit kreditwirtschaftlichen Laien zu tun [67]. Dies soll das Risiko des Einstehenmüssens für eine materiell fremde Schuld verringern und den Interzedenten nachdrücklich warnen. Weiter heißt es in den Materialien: „Auch soll die Auskunft dem Bürgen, Mitschuldner oder Garanten die wirtschaftlichen Gründe des Kreditgebers, aus denen er neben der Haftung des Hauptschuldners auf der Haftung einer weiteren Person besteht, vor Augen führen.“ Auch in den E 1 Ob 132/01w [68], 1 Ob 29/01y, 7 Ob 228/02h [69] und weiteren Nachfolgeentscheidungen [70] wurde diese Aussage wiederholt. Hingegen wurde einmal in 6 Ob 156/03i eine Verletzung der Hinweispflicht verneint, weil der beklagte Bürge über alle Verbindlichkeiten seines Sohnes und dessen schlechte wirtschaftliche Lage genau informiert war [71]. In der jüngeren E 8 Ob 61/05m tritt der OGH nochmals uneingeschränkt der Aussage bei, den Kreditgeber treffe auch dann eine Aufklärungsobliegenheit, wenn der Interzedent über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners Bescheid wisse: Eine genaue Kenntnis des Interzedenten kann nämlich in den seltensten Fällen als sicher unterstellt werden, und der Gläubiger weiß auch oft über den Informationsstand des Interzedenten nicht genau Bescheid [72]. Dieser Fall 8 Ob 61/05m wurde dann dennoch für die Gläubigerbank entschieden. Das stellt aber keine Judikaturwende dar, weil dort die „Interzedentin“ als de facto Geschäftsführerin und Prokuristin der Kreditschuldnerin selbst die Kreditverhandlungen geführt, der Gläubigerbank die Unterlagen zur Bonitätsprüfung der Kreditschuldnerin zur Verfügung gestellt hat, nämlich

Bilanzen, Salden- und offene Postenlisten, und über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners – bei dessen Alleingesellschafterin, einer Stiftung, sie noch dazu Begünstigte war – voll informiert war. Die bisherige Rechtsprechung erfährt damit lediglich jene Einschränkung, daß jedenfalls dann, wenn der Interzedent selbst die Kreditverhandlungen für den Hauptschuldner eigenverantwortlich führt und über dessen Finanzlage zur Gänze unterrichtet ist, eine Aufklärungsobliegenheit des Kreditgebers zu verneinen ist [73].

4.3. Die Bank selbst muß informieren; Kreditnehmer ist idR nicht ihr Verhandlungshelfer

Auf ein bloßes *Informiertsein* des Interzedenten (= durch wen immer informiert worden) kommt es also nicht an. Die Informationspflicht im Sinne des § 25c KSchG trifft vielmehr den Kreditgeber. Dieser kann sich dazu schon auch eines Verhandlungshelfers bedienen. Unter den Voraussetzungen, unter denen man Irreführungen des Interzedenten durch Verhandlungshelfer des Kreditgebers diesem zurechnet [74], muß man zwar auch eine Aufklärung durch den Verhandlungshelfer als ausreichend erachten [75]. Oft ist es ja so, daß die Interzedentin die Bank das erste Mal erst zur Abgabe ihrer Unterschrift betritt, das Kreditverhältnis aber lange zuvor vom Hauptschuldner mit der Bank ausgehandelt worden ist. Dabei hat meist die Bank auf der Breibringung einer Interzedentin bestanden, und es ist der Hauptschuldner, der diesen Wunsch an die Interzedentin weiterleitet, um ihre Haftungserklärung zu erreichen. Deswegen könnte man auf die Idee kommen, ihn als Verhandlungshelfer der Bank anzusehen, vor allem wenn die Interzedentin später gegenüber der Bank geltend macht, sie sei in Irrtum geführt worden. Der Hauptschuldner ist gegenüber der Interzedentin aber idR nicht Verhandlungsbeauftragter des Kreditgebers, sondern nur dann, wenn der Gläubiger selbst ein über den mit jeder Interzession begrifflich verbundenen Siche-

rungszweck hinausgehendes Interesse an der Verpflichtung des Interzedenten hatte [76]. Es gilt daher auch umgekehrt, daß sich die Gläubigerbank im Regelfall nicht auf eine ohnehin erfolgte Aufklärung durch den Hauptschuldner und Lebensgefährten der Interzedentin berufen kann, wenn diese – mangels Verhandlungshelfereigenschaft des Hauptschuldners – auch nicht Irreführung durch ihren Lebensgefährten geltend machen kann.

4.4. Sonstige Hinweispflichten

In besonderen Fällen hat schon die ältere Rechtsprechung auf eine weitergehende Hinweispflicht der Bank gegenüber dem Bürgen erkannt, wenn zB der falsche Eindruck erweckt wird, die Bürgschaft werde einen Einsatz der Kreditmittel zur Stärkung der wirtschaftlichen Position des Kreditnehmers ermöglichen, während sie tatsächlich nur zur Abdeckung eines bei der Bank notleidend gewordenen Kredits verwendet werden sollte [77]. Das gilt weiterhin für alle Fälle der reinen oder weitgehenden Umschuldung, bei denen dem Kreditnehmer durch die (neuerliche) Kreditgewährung, für welche die in Rede stehende Interzession dient, kein frisches Geld mehr zugeführt wird.

4.5. Formulärmäßiger Hinweis reicht nicht

Steht fest, daß ein Hinweis auf die konkrete Situation des Kreditnehmers durch die Gläubigerbank bei Übernahme der Bürgschaft nicht erfolgte, dann wird die bloß formulärmäßige Erklärung, daß der Bürge anlässlich des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt wurde, der Warnfunktion der im § 25c KSchG angesprochenen Aufklärungsobliegenheit nicht gerecht. Um dieser Aufklärungsobliegenheit nachzukommen, hat vielmehr der Kreditgeber konkrete Informationen über die wirtschaftliche Lage des Kreditnehmers (Einkommen; anderweitige Belastungen; konkrete wirtschaftliche Lage eines zu finan-

[66] RIS-Justiz RS0113880; 1 Ob 107/00t = ÖBA 2001, 166 (G. Graf) = ecolex 2000, 868 = SZ 73/122.

[67] Eine Ausnahme bildete nur der interzedierende Ex-Bankdirektor aus 1 Ob 132/01w = ÖBA 2002, 499 (G. Graf) – er war im Ergebnis auch nicht geschützt.

[68] = ÖBA 2002, 499 (G. Graf).

[69] = ÖBA 2003, 620 (P. Bydlinki).

[70] Siehe RIS-Justiz RS0113880; 3 Ob 284/03s.

[71] Diese E ist allerdings unergiebig, nimmt der OGH darin doch nicht selbst zu § 25c KSchG Stellung, sondern bestätigt nur die Berufungse. Außerdem geht es um einen drittfinanzierten Autokauf, und hatte der Beklagte stets nur mit dem *Autoverkäufer* zu tun, dessen Nachforschungspflicht zur Bonität des Hauptschuldners gering eingeschätzt wurde. Bankwirtschaftliche Sorgfalt gebietet es aber *Kreditinstituten* regelmäßig, strengere Nachforschungen anzustellen.

[72] Unter Verweis auf P. Bydlinki zu ÖBA 2003, 620.

[73] 8 Ob 61/05m = ÖBA 2004, 782.

[74] Nämlich denen des § 875 ABGB.

[75] 2 Ob 288/03x.

[76] 2 Ob 288/03x = ÖBA 2004, 782 = RdW 2004/310, 339 = JBl 2004, 522 = ecolex 2004/155, 363.

[77] 8 Ob 4/01y = ÖBA 2002, 503 mwN, SZ 58/153; 7 Ob 625/85.

zierenden Unternehmens; Bilanzergebnisse) darzulegen [78].

Die noch immer häufig in Kreditverträgen anzutreffende Klausel, der Interzident bestätige durch seine Unterschrift, über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers „informiert zu sein“, liegt sehr weit neben den Anforderungen des § 25c KSchG: Auf ein bloßes „Informiertsein“ käme es ja nicht an, ein „Informierthaben“ durch die Bank wird damit aber nicht bestätigt. Man kann die Unterfertigung dieser Klausel auch nicht als Indiz dafür werten [79], die Interzidentin hätte den Kreditvertrag auch dann unterfertigt, wenn sie tatsächlich von der Bank über die finanzielle Gesamtlage informiert worden wäre. Es liegt hier nämlich eine für die Klägerin nachteilige Beweislastverschiebung vor, was die Tatsachenbestätigung zum unzulässigen Vertragsbestandteil im Sinn des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG macht [80].

5. Der Gläubiger erkennt die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners

Haas [81] schreibt dazu richtig, daß dieser Fall in der Praxis ohnehin nur eine geringe Rolle spielt, weil der Interzident den Nachweis dafür, daß der Kreditgeber von der schlechten wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners wußte, nur selten erbringen wird können. Viel eher gelingt der Nachweis des nächsten Abschnitts (6.), nämlich daß der Kreditgeber zwar nicht positiv die Gefahr der späteren Nichterfüllung durch den Hauptschuldner gekannt hat, dies aber nur deswegen, weil er sich nicht entsprechend bankwirtschaftlicher Sorgfalt darum gekümmert hat.

Wenn sich bereits aus den Bemerkungen zum Kreditantrag die handschriftliche oder in späteren Jahren auch vom EDV-Programm automatisch vorgenommene Beurteilung ergibt, die Krediteinräumung sei „ein Grenzfall“; dazu eventuell noch die Notiz, aufgrund der Bürg-

schaft durch den Interzidenten mit gutem Einkommen werde der Kreditwunsch dennoch nicht abgelehnt, dann ist dieser Unter-Fall erfüllt: Das Gesetz verpönt ganz klar und erstmals die bis dahin gängige Praxis, Kredite zu Lasten von Interzidenten zu vergeben, soweit diese Verbraucher sind. Unternehmer müssen nach wie vor, wenn es sich um den Beitritt zum Kredit ihres Unternehmens handelt, nicht davor gewarnt werden, daß ein neues Kreditverhältnis nur wegen ihrer Gutstehung vergeben wird und es hochwahrscheinlich ist, daß sie für die Kreditschuld eintreten müssen.

Wird im umgekehrten Fall festgestellt, daß der Kreditgeber nach ordentlicher Überprüfung gemäß bankwirtschaftlicher Sorgfalt davon ausging [82], daß der Kredit aus den Einnahmen des hauptschuldnerischen Unternehmens zurückgezahlt werden könne, dann kann nicht gesagt werden, der Gläubiger habe erkannt oder erkennen müssen, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen werde [83]. Und im Fall 1 Ob 93/02m stand fest, daß die Hauptschuldnerin bis 1997 Kreditrückzahlungen aus den Erlösen des laufenden Betriebs ihres Unternehmens leistete, die Kreditgeberin deren wirtschaftliche Lage nur aus „Saldenlisten“ und den Erläuterungen ihres Geschäftsführers und seiner Ehegattin kannte. Die Kreditgeberin hatte daher keinen Grund zur Annahme, daß der wirtschaftliche Ruin bevorstehe. Die Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen erfolgte auch erst mehr als vier Jahre später. Umgekehrt wird die sehr rasch eingetretene Insolvenz des Hauptschuldners lediglich gut zwei Jahre nach Kreditvergabe ein starkes Indiz dafür sein, daß bereits zum Zeitpunkt der Haftungserklärung des Interzidenten die wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners sehr schlecht war, was mit bankkaufmännischer Sorgfalt bei Kreditvergabe hätte auffallen müssen [84]. Das führt uns zum nächsten Tatbestandsmerkmal:

6. oder muß dies erkennen:

Die Verpflichtung zur sorgfältigen Bonitätsprüfung des Hauptschuldners ist eine objektive: In 8 Ob 121/05k [85] hatte das Erstgericht zwar festgestellt, daß die *Gläubigerbank selbst* nicht damit rechnete, daß der Kredit nicht zurückbezahlt werden könne: „Für die Klägerin war am 10. 5. 2000 keineswegs absehbar, daß der Kredit nicht bezahlt werden könne. Vielmehr war es so, daß der Kredit, den der Kreditnehmer und sein Bruder für die Mutter aufgenommen hatten, bis 18. 5. 2001 auf ATS 1,22 Mio getilgt worden war. Wirtschaftliche Schwierigkeiten des Kreditnehmers waren für die Klägerin erst im November 2002 erkennbar. Die Klägerin war über die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens über das Vermögen des Kreditnehmers selbst überrascht.“ Das entband die Gläubigerbank aber deshalb nicht von ihrer Hinweisobliegenheit, weil damit noch nicht die Rechtsfrage beantwortet ist, ob die Klägerin nicht hätte erkennen müssen, daß der Kreditnehmer seine Verbindlichkeiten voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird. Der OGH versteht die erstgerichtlichen Feststellungen zur „Erkennbarkeit“, angesichts der übrigen Feststellungen zur tristen wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners, als subjektive Ansicht der Gläubigerbank: „Ein sorgfältiger Kreditgeber muß es zumindest ernstlich für möglich halten, daß ein ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann.“ (ebd). Rechtlich zu untersuchen war also überdies – was die Unterinstanzen unterlassen hatten –, ob die Gläubigerbank die schlechte wirtschaftliche Situation des Hauptschuldners hätte erkennen müssen.

Aber wann *muß* ein Kreditinstitut die schlechte wirtschaftliche Lage des Schuldners erkennen? Je nach Art und Ausmaß der Verbindlichkeit wird der Gläubiger eine sorgfältige Bonitätsprüfung unter Verwendung der ihm zugänglichen Instrumente vornehmen müssen,

[78] 8 Ob 121/05k = ÖBA 2006, 598 (P. Bydlinski) = EvBl 2006/80 = eclex 2006/203, 479 (Th. Rabl). Die formularmäßige Aufklärung, die der Bürge neben einer Blanko-Gehaltsverpfändung, einem Blanko-Wechsel und einer vorformulierten Bürgschaftserklärung unterfertigte, hatte hier folgenden Wortlaut: „Erklärung: anlässlich des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages (Garantievertrages) wurde ich über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt. Insbesondere ist mir bewußt, daß nur entsprechende Sanierungsmaßnahmen den wirt-

schaftlichen Fortbestand des Kreditnehmers gewährleisten können und die Gefahr einer bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit nicht auszuschließen ist. Die Kreditgewährung erfolgte ausschließlich/im wesentlichen aufgrund meiner Bürgschaft (Garantie) und mir ist das Risiko, das mit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung bzw Übernahme der Garantie verbunden ist, voll bewußt.“

[79] Wie dies noch die Unterinstanzen im Fall 2 Ob 288/03x = ÖBA 2004, 782 = eclex 2004, 363 = JBl 2004, 522 taten.

[80] Vgl Krejci in Rummel, ABGB3,

Rz 138 ff zu § 6 KSchG mwN.

[81] JBl 2002, 538.

[82] Und offenbar auch davon ausgehen durfte, worüber der nur knapp begründete Zurückweisungsbeschluß leider nichts sagt.

[83] 3 Ob 312/00d vom 23. 5. 2001.

[84] Dieser Überlegung bedient sich beispielsweise das OLG Wien in 14 R 35/03z vom 27. 3. 2003 (rk).

[85] ÖBA 2006, 598 (krit P. Bydlinski) = eclex 2006/203, 479.

sich somit in jenem Umfang Kenntnis von der wirtschaftlichen Lage des Hauptschuldners zu verschaffen haben, wie dies ein sorgfältiger Kreditgeber üblicherweise tut [86]. Jedenfalls ist stets – je nach Art und Ausmaß der Verbindlichkeit – eine sorgfältige Bonitätsprüfung unter Verwendung der dem Unternehmer zugänglichen Instrumente – für Banken wird insbesondere die Abfrage der Kleinkreditevidenz gefordert – erforderlich [87].

6.1. Einige Kriterien für das Einsetzen der Hinweissbliegenheit

Der OGH hat in folgenden Entscheidungen *verneint*, daß der Gläubiger hätte erkennen müssen, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen werde:

- ◆ 8 Ob 50/03s [88], weil dort der Interzident dem Hauptschuldner vor Kreditvergabe (und unabhängig von dieser) eine Zahlung zugesagt hatte und durch seine Äußerung, das Geld (ATS 250.000,00) sei von ihm zum Hauptschuldner schon unterwegs, selbst ein Verhalten gesetzt hat, das den Anschein, die Forderung beim Hauptschuldner sei nicht gesichert, entkräftet hat.
 - ◆ 8 Ob 100/03v [89], weil der beklagte Geschäftsführer durch Bilanzfälschungen die finanzielle Situation der kreditnehmenden GmbH bewußt beschönigt hat.
 - ◆ 8 Ob 43/04p [90], weil die Bank bei Kreditgewährung im Hinblick auf die davor erfolgte Rückzahlung eines anderen Kredites und die gute wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners keinen Anhaltspunkt für besondere Aufklärungspflichten gehabt hat.
- „In den meisten dieser Entscheidungen sind offenbar (auch) persönliche Eigenschaften oder Verhaltensweisen der jeweils beklagten Bürgen mit ausschlaggebend für eine Verneinung des Erkennenmüssens der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners“ [91].
- Demgegenüber hat der OGH etwa in folgenden Entscheidungen eine Erkennbarkeit der voraussichtlichen Nicht-

rückzahlbarkeit des Kredites durch den Hauptschuldner *bejaht*:

- ◆ In 1 Ob 29/01y [92] wurde die Gläubigerin einer bestehenden Verbindlichkeit selbst aktiv, um die Einbeziehung des Interzedenten in das Schuldverhältnis zu erreichen, was prima facie darauf hinweise, daß die Gläubigerin die Einbringung der Forderung beim Hauptschuldner als nicht gesichert angesehen habe. Die Klägerin habe nicht einmal behauptet, wieso sie ungeachtet dessen die Einbringung ihrer Forderung bei der Hauptschuldnerin als gesichert angesehen habe.
- ◆ In 8 Ob 57/04x [93] war die äußerst geringe Eigenkapitalquote der Hauptschuldnerin und der mangelnde Nachweis von weitgehenden anderen Absicherungen ausschlaggebend für die vom OGH angenommene Erkennbarkeit der möglichen Nichtrückzahlung des Kredites.
- ◆ In 8 Ob 46/05f [94] waren gegen den Hauptschuldner zahlreiche Exekutionsverfahren anhängig, was die Klägerin gewußt habe.
- ◆ In dem der E 8 Ob 122/05g [95] zugrundeliegenden Fall war von einem monatlichen Nettoeinkommen eines der beiden Hauptschuldner von ATS 21.000,00 inklusive Familienbeihilfe, einem Karenzgeld von monatlich netto ATS 6.200,00 und einer Arbeitszusage für die Erstbeklagte nach der Karenzzeit auszugehen. Verfügbare Mieteinnahmen von ATS 3.500,00 waren noch nicht vorhanden, sondern wurden für die Zukunft angenommen. Bei der beabsichtigten Kreditrate von monatlich ATS 10.368,00 wäre ein frei verfügbares Einkommen von ATS 14.200,00 monatlich verblieben. Die beiden Hauptschuldner waren zwar Lebensgefährten, aber nicht verheiratet; eine der beiden Hauptschuldner hatte damals ein siebenjähriges und ein neugeborenes Kind. Das frei verfügbare Einkommen von ATS 14.200,00 monatlich für vier Personen war im Jahr 1998 nur geringfügig höher als das Existenzminimum einer für drei weitere Personen unterhaltspflichtigen Person. Weiters sei zu berücksichtigen,

daß bei Lebensgefährten, die gegeneinander keine Unterhaltsrechte bzw. Unterhaltspflichten haben, mit einer Trennung mit einer nicht geringen Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muß, sind doch bekanntermaßen schon seit vielen Jahren selbst die Scheidungsraten nicht gering. Jede Trennung einer Lebensgemeinschaft hat aber zur Folge, daß in aller Regel die Lebensgefährten die gemeinsame Haushaltsführung aufgeben, sodas statt bisher einem nach der Trennung zwei Haushalte geführt werden müssen, was zwangsläufig in aller Regel zu einer Verdoppelung der Fixkosten einer Haushaltsführung führen wird [96]. Angesichts dieser Verhältnisse war die Wahrscheinlichkeit, daß die Hauptschuldner den Kredit nicht (vollständig) zurückzahlen würden können, relativ groß.

- ◆ Hat der Kreditnehmer nur ein geringes monatliches Einkommen von EUR 1.100,00 bis EUR 1.200,00, ist die dem Kreditnehmer gehörige Liegenschaft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr belastbar, hatte die Gläubigerbank dem Kreditnehmer bereits zuvor einen Kredit von mehr als EUR 73.000,00 eingeräumt und war die Gläubigerbank über das Einkommen des Kreditnehmers und über die Finanzlage des mit dem Kredit finanzierten Unternehmens informiert, dann „mußten zumindest erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob der Kreditnehmer in der Lage sein werde, mit dem von ihm erzielten Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit und allfälligen Erträgen aus dem (kreditfinanzierten) Unternehmen die Kreditverbindlichkeit decken zu können: Ein sorgfältiger Kreditgeber muß es zumindest ernstlich für möglich halten, daß ein ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann. Dieser Umstand in Verbindung mit dem relativ geringen Monatseinkommen, das der Kreditnehmer aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bezog, stellt eine ausreichende Verdachtslage dafür dar, daß die Erfüllung der Kreditverbindlichkeit voraussichtlich nicht möglich sein werde“ [97].

[86] Vgl G. Graf, ÖBA 1995, 781; 1 Ob 132/01w = ÖBA 2002, 499; RIS-Justiz RS0115984.

[87] Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer / Langer, Rz 6 zu § 25c.

[88] Vgl ecotex 2004, 268 (Kletečka).

[89] ÖBA 2004, 635.

[90] ÖBA 2005, 137.

[91] Vgl 4 R 178/05h des OLG Wien vom 19. 9. 2005.

[92] ÖBA 2002, 654.

[93] ÖBA 2005, 352.

[94] Vom 4. 5. 2005.

[95] Vom 19. 12. 2005.

[96] Vgl auch OLG Wien 5 R 49/02s.

[97] 8 Ob 121/05k = ÖBA 2006, 598 (P. Bydlinski) = EvBl 2006/80 = ecotex 2006, 479 (Th. Rabl).

6.2. Subjektive Überzeugung der Bank(mitarbeiter) zur Bonität des Hauptschuldners reicht nicht aus

Bei der Beurteilung, ob die schlechte wirtschaftliche Lage des Schuldners für den Gläubiger nach objektiven Maßstäben *erkennbar* war, ist es natürlich belanglos, zu welcher subjektiven Überzeugung die Bank in Gestalt des betreffenden Bankmitarbeiters tatsächlich gelangt ist. Auf die Kenntnis und die Möglichkeiten des mit der konkreten Vertragsabwicklung befaßten Mitarbeiters kommt es sohin nicht an; vielmehr ist unternehmensintern sicherzustellen, daß im Unternehmen vorhandene relevante Informationen den zuständigen Mitarbeitern zur Verfügung stehen [98]. Sodann ist es erforderlich, daß die Bank die objektiv richtigen Schlüsse aus den gesammelten Daten zieht [99].

7. Interzedent verbürgt sich trotz Warnung (§ 25c 2. Satz KSchG)

Eher selten wird dieser Fall in der Praxis festgestellt [100]. § 25c letzter Satz KSchG eröffnet dem Gläubiger die Möglichkeit, die fehlende Kausalität seiner Pflichtwidrigkeit zu beweisen [101]. Hat sie der Gläubiger nicht einmal (in erster Instanz) behauptet, dann ist diese Einschränkung (von der Instanz) nicht etwa im Rahmen der allgemeinen Rechtsrüge zu prüfen [102]. Praktisch läßt sich etwa der vermögende Vater des in finanzielle Schwierigkeiten geratenen Hauptschuldners denken, der seinem Sohn, anstelle ihm Geld zu geben, für einen Kredit gutsteht und, von der kreditierenden Bank pflichtgemäß auf die Unsicherheit angesprochen, mit der die Bedienung durch den Hauptschuldner alleine nur möglich sei, weil zum Beispiel völlig unklar ist, ob das eben erst eröffnete Geschäft des Hauptschuldners ausreichend profitabel sein wird, zur Antwort gibt, „sei's drum, ich helfe meinem Sohn auf alle Fälle“.

Zum Verständnis dieser Einschränkung ist wichtig, daß der Gesetzgeber, anstelle eines vollständigen Verbotes der Einbeziehung von Interzedenten in das Schuldverhältnis, wenn dieses riskant erscheint, den viel schwächeren Schutz der notwendigen *Informationssymmetrie* gewählt hat. Das heißt, daß a) sogar ein Vermögensschwacher die Mithaftung für einen Kredit übernehmen können soll [103], b) bzw sogar dann, wenn es aufgrund der bisherigen Verschuldungsentwicklung etc (nahezu) gewiß erscheint, daß nicht der Hauptschuldner, sondern der Interzedent den Kredit (teilweise) zurückzahlen haben wird – falls der Interzedent nur wußte, worauf er sich einläßt! Unfair hingegen wäre es, wenn das Kreditinstitut seinen regelmäßig gegebenen Wissensvorsprung vor dem Interzedenten, nicht nur betreffend die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners [104], sondern auch betreffend das wirtschaftliche Fachwissen, um zu erkennen, was die erforschten Bonitäts-Eckdaten für die voraussichtliche Rückführbarkeit des aufgenommenen Kredites bedeuten, für sich behält und dem Interzedenten nicht mitteilt. Das allein ist verpönt.

8. § 25c KSchG noch nicht anwendbar, da vor 1997 unterschrieben

Für Haftungserklärungen vor 1997 gilt § 25c KSchG nicht, für solche ab dem 1. 1. 1997 sehr wohl – so weit, so klar. Was aber gilt für Haftungserklärungen zu Krediten, die zwar vor 1997 begründet, aber nach 1997 in irgendeiner Form verändert, noviert, umgewandelt, aufgestockt oder prolongiert wurden? Haftet die Interzedentin noch immer aus den alten Krediten, als keine Hinweispflicht bestand, obwohl diese gar nicht mehr aufrecht sind? Den Materialien ist eine Einschränkung des § 25c KSchG auf, auch wirtschaftlich gesehen, Neukredite und -interzessionen

nicht zu entnehmen. Das Gesetz [105] stellt nur auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses ab.

Zwei Fallgruppen sind jedoch auseinander zu halten: Wird die Bürgin aus der Haftung für den Altkredit entlassen und übernimmt sie gleichzeitig die Haftung als Interzedentin für einen neuen Kredit, liegt sohin eine echte Umschuldung vor, dann kommen die Vorschriften für den nach 1997 abgeschlossenen Interzessionsvertrag zur Anwendung. So wurde im Fall 7 Ob 228/02h [106] entschieden, wobei es wohl gleichgültig sein muß, ob die Interzedentin ausdrücklich aus ihrer Haftung aus dem Altkredit entlassen wurde oder das alte Obligo kraft Umschuldung und Tilgung erloschen ist.

Anders zu beurteilen wäre der – damit leicht zu verwechselnde – Sachverhalt eines Hauptschuldners, der vor 1997 einen Schuldenberg anhäufte, für den die Interzedentin bereits mithaftete, und dem nach 1997 von seiner Bank im Rahmen einer wirtschaftlichen Umschuldung durch einen neuen Abstattungskreditvertrag ohne Zuführung frischen Geldes eine Alternative zur Fälligkeit geboten wird, natürlich wiederum unter Mithaftung der Interzedentin: „Es lag nämlich gar keine neue Interzession vor, vor der die Beklagte infolge Fehlens eines neu hinzukommenden besonderen Risikos hätte gewarnt werden können oder müssen. Die Umwandlung eines zunächst eingeräumten Kontokorrent- und Einmalkredites in einen einheitlichen Abstattungskredit kommt hiefür nicht in Betracht, weil dies als bloße Schuldänderung gemäß § 1379 ABGB zu beurteilen ist [107]. [...] Durch die Umwandlung des Kreditverhältnisses von einem Kontokorrent- in einen Abstattungskredit wurde dem Kreditnehmer damit in Wahrheit nur eine Ratenzahlung bewilligt, was, als bloße Änderung der Rückzahlungsmodalitäten als Änderung eines bestehenden Schuldverhältnisses im Sinne des § 1379 ABGB zu beurteilen war. Da durch die Umwand-

[98] Vgl *Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer / Langer*, KSchG Rz 7 mwN.

[99] So im Ergebnis zuletzt 8 Ob 121/05k = ÖBA 2006, 598 (*P. Bydlinski*) = EvBl 2006/80 = *ecolex* 2006, 479 (*Th. Rabl*).

[100] Etwa in LG für ZRS Wien, 13. 7. 2005, 24 Cg 33/05g, rechtskräftig: „Die Beklagte stützt sich weiters auf den Verstoß der klagenden Partei gegen § 25c KSchG. [...] Nach den getroffenen Feststellungen hätte die Beklagte im Jahr 1999 die Mithaftung auch dann übernommen, wenn sie von der klagenden Partei ausdrücklich auf die – ihr ohnedies bekannte – schlechte wirtschaft-

liche Lage ihres Ehegatten hingewiesen worden wäre. Aus dieser Bestimmung ist für die Beklagte also nichts zu gewinnen.“ Die – folglich als bestehend erkannte – Schuld der Beklagten wurde allerdings idF zur Gänze gemäßigt iSd § 25d KSchG.

[101] So zB 2 Ob 288/03x = ÖBA 2004, 782 unter Berufung auf *P. Bydlinski*, Sittenwidrigkeit; *Thunhart*, ÖBA 2001, 850; SZ 73/121.

[102] 8 Ob 121/05k = ÖBA 2006, 598 (*P. Bydlinski*); 1 Ob 107/00t = ÖBA 2001, 935; 9 Ob 33/02x = ÖBA 2002, 501; 2 Ob 288/03x = ÖBA 2004, 782 uva.

[103] Zumindest im Tatbestand des § 25c KSchG; nachprüfend kann aber immer noch die richterliche Mäßigung nach § 25d KSchG beantragt werden.

[104] Der Wissensvorsprung des Kreditinstituts resultiert regelmäßig aus seiner, im eigenen Interesse schon immer und neuerdings auch wegen Basel II vorzunehmenden Bonitätserforschung des Hauptschuldners.

[105] Übergangsvorschrift des § 41a Abs 4 KSchG.

[106] ÖBA 2003, 620.

[107] Vgl 1 Ob 538/93 = ÖBA 1994, 428 = RdW 1994, 45.

lung der Beklagten als Bürgin keine neuen Lasten auferlegt wurden, kann sie sich schon deshalb nicht mit Erfolg auf die in § 1378 ABGB an die Novation geknüpfte Rechtsfolge berufen. Insgesamt wurde somit kein Sachverhalt verwirklicht, auf den die Bestimmung des § 25c KSchG anzuwenden wäre“ [108]. Diese Auffassung erscheint aber nicht unproblematisch: Nach der Rechtsprechung [109] begründet eine Zusammenlegung verschiedener Forderungen in eine Gesamtforderung [110] keinen Fall des § 1379 ABGB, soweit eine einheitliche Forderung geschaffen wird, die auf einem neuen Rechtsgrund beruht. *Avancini* führt hiezu weiter aus, eine Novation werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der neue Rechtsgrund von derselben Art ist wie diejenigen es sind, die er ersetzt [111]. Wie in dem von ihm untersuchten Beispielfall, wurde auch hier Kredit gewährt, also der Saldo aus der alten Kreditforderung nicht geltend gemacht, sondern vorgetragen und zur bloßen Rechnungspost gemacht – worin ein neuer Rechtsgrund liege, so *Avancini*. Für das österreichische Recht sei sogar davon auszugehen, daß es bei der (im Zuge der Neukreditierung vorgenommenen) Saldofeststellung regelmäßig zu einer Novation komme [112].

Auch in 8 Ob 31/05z [113] sollte das ursprüngliche Kreditverhältnis nach dem Willen „der Kreditvertragsparteien“ nicht durch ein neues ersetzt werden, obwohl auch hier nach 1997 eine neue Kreditvertragsurkunde ausgestellt wurde. Fraglich ist mE hier allerdings, ob im Verhältnis zur Interzedentin, zu deren Willensentschluß nach 1997 Feststellungen fehlen, und die von der Prolongation nichts erfahren hat, nicht doch Novation vorliegt. Eine allfällige, nach 1997 vorgenommene Erneuerung der Bürgenhaftung wäre außerdem selbst wieder ein Interzessionsgeschäft und daher jedenfalls nach § 25c KSchG zu prüfen.

9. Beweislastverteilung; Behauptungspflicht; Prima-facie-Beweis

Wurde die Kreditvereinbarung mit der Hauptschuldnerin gleichzeitig mit der Übernahme der Interzession [114] geschlossen, trifft die Beweislast dafür, daß dem Gläubiger die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners bekannt war bzw bekannt sein hätte müssen, nach der Rechtsprechung den *Interzedenten* [115]. Auch der Umstand, daß die Kreditaufnahme teilweise der Umschuldung von bei anderen Banken aufgenommenen Krediten dient, ändert an dieser Beweislastverteilung nichts.

Den *Kreditgeber* trifft sodann, bei Vorliegen der vom *Interzedenten* zu behauptenden und zu beweisenden Informationspflichten im Sinne des § 25c KSchG 1. Satz, die volle Behauptungs- und Beweislast dafür, daß er seiner sich aus § 25c KSchG ergebenden, Aufklärungsobliegenheit gänzlich nachgekommen ist [116]. Um nämlich den Zweck der Aufklärungsobliegenheit – den *Interzedenten* durch ausreichende Informationen über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners über das Risiko der Haftungsübernahme zu warnen – gerecht zu werden, reicht eine vage Kenntnis des *Interzedenten* über mögliche Schwierigkeiten des Hauptschuldners nicht aus [117].

Für die Tatbestandsvoraussetzung des § 25c 2. Satz KSchG, daß der *Interzedent* auch dann, wenn eine entsprechende Aufklärung erfolgt wäre, die Bürgschaft übernommen hätte, ist ebenfalls wieder die *Gläubigerin* behauptungs- und beweispflichtig [118].

Ob für den *Gläubiger* erkennbar war, daß der Schuldner seine Verbindlichkeiten voraussichtlich nicht (oder doch nicht vollständig) erfüllen werde, kann regelmäßig nur anhand der konkreten

Umstände des Einzelfalles beurteilt werden und stellt damit auch regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO dar [119]. Wird ein Kredit von mehr als EUR 150.000,- durch eine in Karenz befindliche Hauptschuldnerin mit einem Karenzgeld von monatlich ca EUR 400,- mit zwei unterhaltsberechtigten Kleinkindern und einem zweiten Hauptschuldner mit einem Einkommen von ca EUR 1.500,- übernommen, wobei zwischen den beiden Schuldnern keine Ehe, sondern eine bloße Lebensgemeinschaft besteht, bei der keinerlei gesetzliche Vorkehrungen [120] dagegen bestehen, daß nicht einer der beiden Lebensgefährten einen anderen Haushalt führt, so liegt in der Bejahung der Informationspflicht nach § 25c KSchG durch das Berufungsgericht keine erhebliche Fehlbeurteilung [121].

9.1. Tatfrage oder Rechtsfrage?

Zwar kann die Frage, ob und welche Hinweispflicht bestanden hat, regelmäßig nur im Einzelfall beantwortet werden [122]. Davon zu unterscheiden ist aber die Rechtsfrage, wann eine Prima-facie-Beweislage gegeben ist. Ob die *Gläubigerin* zum Zeitpunkt der Kreditvergabe die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners kannte, ist eine Tatfrage; ob sie aber davon ausgehen konnte, daß es dem Schuldner möglich sein werde, seine Kreditverbindlichkeiten zu erfüllen, ist eine Rechtsfrage, die sohin einer Tatsachenfeststellung nicht zugänglich ist [123].

9.2. Anscheinsbeweis

Die Rechtsprechung [124] wertet es als Indiz dafür, die *Gläubigerbank* sei selbst von einer ungesicherten Rückführung des Kredites durch den Hauptschuldner alleine ausgegangen, wenn sie selbst aktiv wurde, um die Einbeziehung des *Interzedenten* in das Schuldverhältnis

[108] 15 R 104/03d des Oberlandesgerichtes Wien vom 11. 6. 2003, rechtskräftig. Die Zurückweisung des § 508-ZPO-Antrages enthält dann noch zusätzlich die Begründung, es werde im Schrifttum ein Kausalitätserfordernis zwischen allfälligen Pflichtwidrigkeiten der Bank und der Haftungsübernahme durch den Verbraucher bejaht, dies unter Hinweis auf ÖBA 2002, 499 (*G. Graf*); *Krejci* in Rummel, ABGB³ Rz 9 zu § 25c KSchG mwN, und könne die bloße Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei schon vor Abschluß der Vereinbarung bestehender Haftung der beklagten *Interzedentin* für den Umfang ihr entstehender Aufwendungen nicht ursächlich geworden sein.

[109] Vgl *Ertl* in Rummel, ABGB³ zu § 1378 ABGB mwN.

[110] EvBl 1961/403.

[111] ÖBVI, Rz 5/44 mwN.

[112] ÖBVI, Rz 5/62.

[113] ÖBA 2005, 906 = RdW 2005, 676, 608 = JBl 2005, 722 = eclex 2005/351, 761

[114] Hier einer Wechselbürgschaft; zwar sind die Bestimmungen des Bürgschaftsrechts auf die Wechselbürgschaft nicht anwendbar, doch begründet die Übernahme einer Wechselbürgschaft dann auch eine Haftung nach bürgerlichem Recht, wenn die Übernahme der Haftung als Bürge und Zahler gem § 1357 ABGB „wechselseitig unterlegt“ wird, sodaß diesfalls dem Bürgen auch die bürgschaftsspezifischen Einwendungen zustehen (8 Ob 31/05z = ÖBA 2005, 906 = eclex 2005, 761).

[115] 8 Ob 100/03v = ÖBA 2004, 635; 6 Ob 32/04f; RIS-Justiz RS0113882.

[116] 8 Ob 121/05k = ÖBA 2006, 598.

[117] 8 Ob 61/05m = eclex 2005/433, 910.

[118] 1 Ob 132/01w = ÖBA 2002, 499 (*G. Graf*) = eclex 2002/96 mwN; 8 Ob 121/05k; 1 Ob 107/00t = ÖBA 2001, 166 (*G. Graf*).

[119] 8 Ob 122/05g vom 19. 12. 2005; 9 Ob 33/02x = ÖBA 2002, 501.

[120] Vgl § 92 ABGB.

[121] 8 Ob 122/05g vom 19. 12. 2005.

[122] 9 Ob 33/02x = ÖBA 2002, 50 = JBl 2002, 525 und *Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer / Langer*, Rz 6 zu § 25c.

[123] 2 Ob 288/03x = ÖBA 2004, 782.

[124] Vgl 1 Ob 132/00w = ÖBA 2002, 499 = eclex 2002, 246 = RdW 2002, 216; 1 Ob 29/01y = ÖBA 2002, 654 = eclex 2002, 170 = RdW 2002, 216; 8 Ob 100/03v; 6 Ob 32/04f; RIS-Justiz RS 0113882 uva.

nis zu erreichen. Daraus ergibt sich die Beweisspflicht der Gläubigerbank für die mangelnde Vorhersehbarkeit, daß der Hauptschuldner den Kredit zur Gänze aus eigener wirtschaftlicher Kraft zurückzahlen kann.

Kletečka [125] meint, die Prima-facie-Beweislage sei nur dann gegeben, wenn der Gläubiger einer bereits bestehenden Verbindlichkeit aktiv wird, um den Interzedenten einzubeziehen. Dies sei überzeugend, weil der Kreditgeber „gerade dann“ auf eine nachträgliche Besicherung drängen wird, wenn er Zweifel an der Einbringlichkeit hat. „Gerade dann“ heißt aber nicht „nur dann“. Es gilt daher nicht etwa umgekehrt, der Kreditgeber habe keine Zweifel an der Einbringlichkeit, und es sei daher keine Prima-facie-Beweislage gegeben, wenn er zwar nicht nachträglich, gleichwohl aber anläßlich der Begründung des Schuldverhältnisses auf eine Besicherung durch einen Interzedenten drängt! *Kletečka* führt als Begründung an, „übertrüge man diese Annahme tatsächlich auch auf Haftungsübernahmen für neue Schulden, träfe sie aber auf fast alle Fälle zu. Die Initiative für die Besicherung wird ja regelmäßig vom Kreditgeber ausgehen. Das würde aber bedeuten, daß immer dann, wenn die Bank die Beibringung einer Bürgschaft verlangt, prima facie anzunehmen wäre, daß sie die zumindest teilweise Uneinbringlichkeit der Forderung befürchtet und daher die Unterlassung der Aufklärung idR zur (teilweisen) Haftungsfreiheit führt“. *G. Graf* hält allerdings dagegen, die grundsätzliche Funktion von Kreditsicherheiten bestehe doch darin, die Rückzahlung abzusichern. Nicht immer müsse zwar eine getroffene Absicherung mit vorhergesehener Rückzahlungsschwierigkeit einhergehen. Ein Bedarf nach einer solchen Absicherung sei aber nur dann gegeben, wenn die Rückzahlung dem Kreditgeber doch in gewisser Hinsicht als gefährdet erscheint. Die Vorgehensweise des OGH mache im Hinblick auf diese Ausgangssituation also insoweit Sinn, als es dann eben am Kreditgeber sei zu belegen, daß in concreto keine reale Gefährdung der Rückzahlung bestand [126]. Vielleicht sollte man dieses Argument noch verfeinern, denn das Interesse an einer Sicherheit kann tatsächlich nicht schon generell als Vorhersehbarkeit von Rückzahlungsschwierigkeiten gedeutet werden;

wäre dem nämlich so, dann ergäbe die gesetzliche Einschränkung in § 25c KSchG, „... wenn er erkennt oder erkennen muß ...“ keinen Sinn: Diese Voraussetzung wäre dann ja bei allen Interzessionen schlechthin als gegeben anzunehmen; eine Hinweispflicht hätte dann für alle Interzessionsakte angeordnet werden müssen. Aber sobald aus dem Sachverhalt klar wird, daß sogar aus Sicht des Kreditgebers ein *Bedarf* an der Interzession insofern gegeben war, als andernfalls die Kreditvergabe – mangels als ausreichend beurteilter Bonität des Hauptschuldners – hätte unterbleiben müssen, dann lag auf seiten des Kreditgebers ein „Wissen“ in Form seiner Voraussicht vor, das er mit dem Interzedenten zu teilen hatte. Dann wird man ihm auch die Erschütterung der Prima-facie-Vermutung aufbürden können, daß er bereits Rückzahlungsschwierigkeiten voraussah (wobei nach dem Gesetz schon voraussichtliche *teilweise* Nichterfüllung ausreicht).

Es wird zwar behauptet und fortgeschrieben, daß – allerdings in der Rechtsprechung bislang nicht einheitlich beurteilt, ob – die Gläubigerbank, die sich ein Interzessionsversprechen geben läßt, *selbst* bereits Gläubigerin der Vorschulden des Hauptschuldners zu sein hat, mithin ob das Erfordernis besteht, daß zu ihr selbst bereits eine Verbindlichkeit besteht oder zu einem anderen Institut; und gegebenenfalls, ob der Anscheinsbeweis nur dann anzunehmen sei, wenn die klagsgegenständliche Interzession als zusätzliche Besicherung für Vorschulden eingegangen worden ist. *Krejci* [127] fordert dies nicht, sondern nur, daß der Gläubiger selbst aktiv wurde, um die Einbeziehung des Interzedenten in das Schuldverhältnis zu erreichen. In 8 Ob 57/04x [128] hält es der OGH für ausreichend, wenn „wirtschaftlich betrachtet“ eine bereits bestehende Kontokorrentkreditverbindung verlängert werden sollte. In 2 Ob 288/03x [129] bejahte der OGH ebenfalls die Erleichterung des Anscheinsbeweises, weil der Hauptschuldner bereits einen Kredit offen hatte und der gegenständliche Kredit im wesentlichen – nicht zur Gänze – nur der Abdeckung der Vorkredite diene: Dort hafteten Vorkredite von ATS 200.000,00 aus, die abgedeckt wurden; ATS 20.000,00 wurden für gemeinsame Wohnungszwecke verwendet. 8 Ob 50/03s [130]

will demgegenüber das Erfordernis für den anzuwendenden Anscheinsbeweis lediglich an das Aktivwerden des Gläubigers knüpfen, den Bürgen in das erst zu begründende Schuldverhältnis einzubeziehen. Der E 8 Ob 50/03s lag ein zur Abgrenzung taugender Sachverhalt zugrunde, weil dort der Beklagte selbst ein Verhalten gesetzt hat, das gegen diesen Anschein spricht, indem er seine bevorstehende Zahlung ankündigte; andernfalls wäre der Anscheinsbeweis bejaht worden. Schon *Haas* beklagte ausdrücklich [131], daß der OGH bisher keine Kriterien festgelegt habe, bei deren Vorliegen dem Gläubiger die voraussichtliche Nichterfüllung durch den Hauptschuldner jedenfalls erkennbar sein muß. Sie nennt als „wesentlichen Parameter“: ob bereits Verbindlichkeiten aushaften“ sowie die Einkommens- und Vermögenslage des Hauptschuldners, die es zu prüfen gelte, spricht aber nicht davon, eine Hinweispflicht bestehe nur, wenn mit der klagsgegenständlichen Kreditvaluta ausschließlich Vorschulden abgedeckt würden. Der dieser Entscheidungsbesprechung von *Haas* zugrundeliegende Fall [132] hatte nicht etwa eine Einbeziehung der Bürgin im Sinne der Mithaftung für Vorschulden zum Sachverhalt, sondern lediglich das *Bestehen* von Vorschulden bei gleichzeitiger Neukreditgewährung an die Hauptschuldnerin iHv ATS 500.000,00 unter gleichzeitigem Verlangen einer Mithaftung der später beklagten Interzedentin. Berufungsgericht [133] und Höchstgericht [134] sahen dort aber klar den Tatbestand des § 25c KSchG erfüllt. Auch *Eigner* [135] hält fest, daß das Höchstgericht in keiner der bisher ergangenen Entscheidungen bestimmte Kriterien nennt, ab wann dem Gläubiger jedenfalls erkennbar sein muß, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht zur Gänze erfüllen wird.

Der E 8 Ob 100/03v [136] lag ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde: Dort handelte es sich auch wirtschaftlich um keine *Ausweitung* eines bereits zur Kreditgeberin bestehenden Schuldverhältnisses, sondern um eine Umschuldung von einer anderen Bank unter gänzlicher Neubegründung eines Schuldverhältnisses zur späteren Klägerin; einer der dort Beklagten hatte Bilanzergebnisse verfälscht und war wegen betrügerischer Krida, Untreue und schweren Betrugs

[125] eclex 2004, 269 mwN.

[126] ÖBA 2004, 404.

[127] In Rummel, ABGB³, Rz 5 zu § 25c KSchG mwN.

[128] ÖBA 2005, 352.

[129] ÖBA 2004, 782.

[130] eclex 2004, 268 (*Kletečka*)

[131] *Haas*, JBl 2002, 538.

[132] 9 Ob 33/02x = ÖBA 2002, 501 = JBl 2002, 525

[133] 15R 78/01b des OLG Wien vom 10. 12. 2001.

[134] 9 Ob 33/02x.

[135] Interzedentenschutz, 85.

[136] ÖBA 2004, 635.

verurteilt worden; vor allem aber lag dort kein aktives Einbeziehen der Interzedenten durch die Gläubigerin vor: „Die Klägerin trat nicht ihrerseits an die Zweitbeklagte heran, eine ‚aktive Einbeziehung‘ der Zweitbeklagten erfolgte sohin nicht über Initiative der Klägerin“! [137]

P. Bydłinski [138] faßt als Maßstab zusammen, es komme nach der Rechtsprechung auf jene Sorgfalt an, die ein Kreditgeber vor seiner Entscheidung über eine Kreditvergabe üblicherweise an den Tag legt: Schon aus dem Kreditantrag, jedenfalls aber aus der bankinternen Beurteilung der Kundenbonität geht meist klar hervor, wie der Kreditgeber selbst den Hauptschuldner einschätzte. Lautete diese Einschätzung auf „keine ausreichende Bonität“, dann war die Hinweispflicht gegeben.

Ein Fall schließlich, in dem prima facie von der Annahme des Kreditgebers auszugehen ist, er habe die Einbringlichkeit der Hauptschuld nicht als gesichert angesehen, liegt entgegen dem OGH gerade dann vor, wenn die Hauptschuldnerin eine erst ganz knapp vor der Interzession gegründete GmbH war und die Kreditgewährung zur Unternehmensgründung diente: Die vom OGH geforderten „hellscherischen“ Fähigkeiten [139] puncto künftiger Entwicklung des hauptschuldnerischen Unternehmens sind dafür gar nicht nötig und auch nicht maßgeblich; niemand würde nämlich einen unbesicherten Kredit vergeben an „jemanden“, den er nicht kennt, schon gar nicht ein Kreditinstitut, das stets bankwirtschaftlicher Sorgfaltspflicht unterliegt. Bonität ist das Attribut des § 25c KSchG, nicht etwa Keine-Bonität, die vom Interzedenten positiv nachzuweisen wäre. Die gesetzliche Anordnung hat denselben logischen Geltungsinhalt wie: Keine Interzession von Verbrauchern zu Krediten, die besichert werden müssen, weil die Bonität des Hauptschuldners nicht ausreicht [140]. Kann (ausreichende) Rückzahlungsfähigkeit bis zum Laufzeitende nicht vorhergesehen werden, etwa weil über den Hauptschuldner und den

Geschäftsgang seines erst zu gründenden Unternehmens einfach noch nichts bekannt ist, dann fällt der Hauptschuldner zwangsläufig in eine niedrigere Rating-Klasse. Dieses Wissen ist aber aufgrund der Informationssymmetrie, die § 25c KSchG gebietet, vor Vertragsabschluß jedenfalls an den Interzedenten weiterzugeben. War das nicht der Fall, entfällt die Haftung des Interzedenten. Anders läge der Fall nur dann, wenn sich das Kreditinstitut zum Zwecke der besseren Einschätzung vor Krediteinräumung ein taugliches „Betriebskonzept“ geben läßt. Dabei erweisen sich in der Praxis als taugliche Betriebskonzepte nur solche von unabhängigen Wirtschaftstreuhändern, nicht aber die meist zu optimistische Selbstbeurteilung durch den kreditbedürftigen wirtschaftlichen Eigentümer der hauptschuldnerischen GmbH.

10. Rechtsfolge; zum geringeren Verpflichtungsumfang

War der Hinweis auf die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners zu geben und ist er unterblieben, so haftet der Interzedent nur dann, wenn er seine Haftung nicht trotz eines solchen Hinweises übernommen hätte; so die gesetzliche Konstruktion des § 25c KSchG. Er haftet in diesen Fällen also nicht, wenn er nicht trotzdem übernommen hätte. Ist das so zu verstehen, daß für Zwischenstufen, also eine Teilhaftung entsprechend dem geringeren Verpflichtungsumfang bei ordnungsgemäßem Hinweis, kein Raum bleibt?

Dieses klare „nicht“, das aus dem gesetzlich angeordneten „nur dann, wenn“ logisch folgt, wurde anfangs tatsächlich einmal als ein „vielleicht doch ein wenig“ [141] verstanden: es müsse dem Gläubiger auch offen stehen, zu behaupten und zu beweisen, daß der Interzedent bei entsprechender Information bzw. Warnung nur eine geringere Verpflichtung auf sich genommen hätte; insoweit sei die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung „unscharf“ – obwohl doch der Gesetzgeber gerade mit der Bezeichnung

„nur dann, wenn“ äußerst scharf formuliert hatte – und „somit“ sei aus dem Sinn des zweiten Satzes des § 25c KSchG zu schließen, daß der Interzedent im Falle des Unterbleibens der gesetzlich vorgeschriebenen Informationen von seiner Verbindlichkeit befreit ist, wenn bzw. soweit er sie bei ordnungsgemäßer Mitteilung nicht bzw. nur zum Teil eingegangen wäre. Es bleibe seine Verbindlichkeit bis zur Höhe dieser geringeren Verpflichtung wirksam; so der Aufhebungsbeschluß 1 Ob 107/00t [142].

Mehrere Autoren [143] haben diese Ansicht dann fortgeschrieben, obwohl stets nur diese eine Belegstelle angeführt wird und schon Haas die Bedenken der früheren Literatur an der Praktikabilität „dieser Bestimmung“ – bzw. wohl eher dieser Auffassung von Teilnichtigkeit – dargestellt hat [144]. Irene Faber hatte 2004 „die Rechtsbehelfe zur Herabsetzung oder gänzlichen Beseitigung der Mithaftung vermögensschwacher Interzedenten“ untersucht [145] und sich hauptsächlich dem richterlichen Mäßigungsrecht des § 25d KSchG gewidmet. Am Rande ging auch sie von dieser Fehlentscheidung 1 Ob 107/00t aus und schrieb § 25c KSchG, dem weitaus wichtigsten dieser untersuchten Rechtsbehelfe, folgerichtig lediglich die Wirkung der Teilhaftung zu. Übersehen wird dabei jedoch, daß § 25c KSchG in praktisch allen seiner Anwendungsfälle zur völligen Haftungsbefreiung führt.

Teilnichtigkeit ordnet das Gesetz aber nicht an, und kommt, soweit ich sehe, nach der E 1 Ob 107/00t auch nicht mehr vor. Inspiriert erscheint diese Lösung einer Teilnichtigkeit aus der älteren E 8 Ob 253/99k [146], die freilich zur sittenwidrigen Interzession ergangen war, und auf deren Fall die §§ 25c und 25d KSchG zeitlich noch nicht anwendbar waren. Man kann nämlich Teilhaftung nur vermeintlich aus § 25c letzter Satz KSchG herauslesen; die Begründung der E 1 Ob 107/00t war vielmehr ein Irrweg, der auch nicht weiter beschränkt wurde, weil dem Gesetzestext (wie auch den Materialien) damit, statt es bei der klaren

[137] 8 Ob 100/03v, S 10 f.

[138] Kreditbürgschaft², 113 mwN.

[139] 3 Ob 58/05h = ÖBA 2006, 461 = ecolex 2006, 484.

[140] Vgl Materialien RV 311, Blg NR 20. GP 27, letzter Satz zu § 25c KSchG.

[141] Die Presse v 2. 10. 2000, spricht zutreffend davon, der OGH zeige sich in dieser E, einer der ersten nach der neuen Rechtslage, „bemüht, die Bürgschaft so weit wie möglich zu erhalten“.

[142] Unter Berufung auf *Apathy* in

Schwimmann ABGB 2 Rz 3 zu § 25c KSchG sowie *Schwarzenegger*, JAP 1996/97, 60; ÖBA 2001, 166 = ecolex 2000, 868 ua; diese Entscheidung wurde im ecolex zweimal veröffentlicht, nämlich auch unter ecolex 2001, 44 (*Wilhelm*), es handelt sich aber beide Male um die E 1 Ob 107/00t vom 25. 7. 2000. Falls ich verstehe, was *Wilhelm* mit seiner Anmerkung sagen wollte, so hat der Gesetzgeber gerade keine Teilnichtigkeit vorgesehen, und zwar auch deswegen, weil die Branche dadurch eine Sanktion erfahren und

zur Fairneß und Korrektheit erzogen würde.

[143] Vgl *Kathrein* in KBB, ABGB § 25c KSchG Rz 8, der sich aber auch nur auf die Rspr ecolex 2001, 44 (*Wilhelm*) stützen kann, oder *Krejci* in Rummel, ABGB³ II/4 Rz 9 zu § 25c KSchG.

[144] Haas, JBl 2002, 541.

[145] Faber, ÖBA 2004, 527.

[146] ÖBA 2001, 170 = ecolex 2000, 713 = KRES 10/126 ua.

conditio „nur dann, wenn“ zu belassen, ein „bzw soweit“ hinzugedichtet wird. Das Mißverständnis, dem die Autoren wie auch der OGH dabei unterlagen, offenbart sich im nächsten Satz der zitierten Entscheidung: „In den problematischen Fällen von Angehörigenbürgschaften – wie hier – ist Anknüpfungspunkt der inhaltlichen Mißbilligung die übermäßige Haftung, die den Bürgen im Verhältnis zu seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit überfordert. Gerade diese Überforderung gilt es, gewissermaßen durch geltungserhaltende Reduktion des Verpflichtungsumfangs zu vermeiden; die Haftung ist daher auf ein vertretbares Maß zu reduzieren“. Das mag nun zwar für § 879 Abs 1 ABGB ebenso gelten wie für § 25d KSchG. § 25c KSchG hat indessen mit einer inhaltlichen Mißbilligung einer übermäßigen Haftung ebenso wenig zu tun wie mit einer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen, die überfordert sein könnte. Er ist auch nicht auf Angehörige beschränkt. Nichts davon findet sich im Gesetz oder in den Materialien, sodaß der Ruf nach einer geltungserhaltenden Reduktion hier fehl am Platz ist [147]. Die – auch vom Schutzzweck der Norm – gewiß wesentliche Frage, ob und wie weit die Unterlassung der Information ursächlich für die Verpflichtung des Interzedenten war, hat der Gesetzgeber selbst bereits *erschöpfend* beantwortet: Hätte der Interzedent trotz erhaltener Information seine Haftung übernommen, so bleibt sie gemäß § 25c Satz 2 KSchG bestehen. Dort steht „wenn“ und nicht etwa „soweit“, obwohl es dem Gesetzgeber, hätte er das beabsichtigt, ein leichtes gewesen wäre, diese Regelung jener des § 872 ABGB nachzubilden. Vielmehr wird vom Gesetz nur auf das *Faktum* der Haftungsübernahme als solche abgestellt, nicht auf deren *Ausmaß*. Die Materialien [148] offenbaren den Zweck, jede Kreditaufnahme (lies: gleich in welchem Ausmaß)

zu unterbinden, die letztlich auf Kosten des Interzedenten erfolgt.

Es geht also § 25c KSchG nur um die Informationssymmetrie zwischen Kreditgeber und Interzedent. Wird sie vom Kreditgeber hergestellt, sodaß der Interzedent weiß, worauf er sich einläßt, bleibt seine Haftung bestehen. Ist die Informationssymmetrie aber gestört, scheidet die Interzedentenhaftung aus. ✦

Literaturverzeichnis

Aichhorn, Kredite von Ehepartnern und Lebensgefährten. Ein Überblick über Schutzbestimmungen und rechtliche Unterschiede, in *Aichhorn* (Hrsg): Geld- und Kreditwesen im Spiegel der Wissenschaft (2005) 394.

Avancini / Iro / Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I (1987) II (1993).

Brandl / Saria, Handbuch Kapitalmarktrecht I, Aufklärungspflichten, Organisationspflichten, Prospekthaftung (2005).

Bydlinski, P., Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen. Zugleich Bemerkungen zur Entscheidung des OGH 27. 3. 1995, 1 Ob 544/95, ZIK 1995, 124 und zum BMJ-Entwurf des § 31a Abs 3 bis 6 KSchG, ZIK 1995, 135 ff.

Bydlinski, P., Die Kreditbürgschaft² (2003)

Bydlinski, P. / Haas, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingeschafters für Schulden „seiner“ GmbH? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung 7 Ob 315/01a vom 11. 2. 2002, ÖBA 2003, 11.

Bydlinski, P., Anm zu E 7 Ob 65/04s, 7 Ob 89/04w, ÖBA 2005, 52.

Eigner, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung (2004).

Eigner, Auslegungsfragen zu den §§ 25c, d KSchG; JAP 2000/2001, 214.

Eigner, Zur Anwendung der Inhaltskontrolle von Haftungsverträgen und des Mäßigungsrechts nach 25d KSchG bei Drittpfandbestellung, ÖBA 2003, 909.

Faber, I., Das Mäßigungsrecht gemäß § 25d KSchG, ÖBA 2004, 527.

Graf, G., Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften; Überlegungen zu einem bemerkenswerten OGH-Urteil und einem aktuellen Gesetzesentwurf, ÖBA 1995, 776.

Haas, Zur Aufklärung des Interzedenten über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners nach § 25c KSchG, JB1 2002, 538.

Iro / Koziol, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte – Kommentar (2001).

Koziol / Bydlinski / Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB (2005).

Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer / Langer, Kurzkomentar zum KSchG² (2004).

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ I (2000), II/3 und IV (2002).

Schwarzenegger, Der aktuelle Ministerialentwurf zur Novellierung des KSchG, JAP 1997.

Schwimann (Hrsg), ABGB Praxis-kommentar³ I–VII (2006).

Unger, Rechtliche Unterschiede bei Aufnahme von Krediten durch Ehegatten und Lebensgefährten, ÖBA 2004, 680.

Wallner, Zur sittenwidrigen Interzeession, juridikum 4/2001, 162.

[147] Vgl auch ausführlich *Eigner*, Interzedentenschutz, 115 ff.

[148] RV 311 Blg NR 20. GP 27.