

Verbraucherrecht

Gerichtstyp: OGH

Geschäftszahl: 3Ob58/05h

Datum: 20051124

Schlagworte: Bürgschaft; Ausfallshaftung; Interzession; Schuldbeitritt;
Uneinbringlichkeit; Exekution; Beweislast; Behauptungslast;

Veröffentlichung: Zak 2006/88, 54

Leitsatz: Der Verbraucher, der sich darauf beruft, nicht als Interzedent zu haften, weil ihm der Gläubiger entgegen § 25c KSchG keine Information über die wirtschaftliche Lage des Schuldners erteilt hat, muss behaupten und beweisen, dass der Gläubiger die Situation des Schuldners im Zeitpunkt der **Interzession** kannte oder kennen musste

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei V***** reg. Genossenschaft mbH, L*****, vertreten durch Dr. Sieglinde Lindmayr, Dr. Michael Bauer, Dr. Günter Secklehner Rechtsanwalts-OEG in Liezen, sowie der auf ihrer Seite beigetretenen Nebenintervenienten 1. Dr. Erwin Bajc, Rechtsanwalt, Mittergasse 28, Bruck an der Mur, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Felicia G*****, und 2. Dr. Erwin B*****, auch vertreten durch Dr. Peter Zach und Dr. Reinhard Teubl, Rechtsanwälte in Bruck an der Mur, wider die beklagten Parteien 1. Verlassenschaft nach dem am 8. Jänner 2003 verstorbenen Enea S*****, vertreten durch den Verlassenschaftskurator Oliver S*****, ebendort, dieser vertreten durch Dr. Peter Schäfer, Rechtsanwalt in Graz, und 2. Andreas F*****, vertreten durch Dr. Peter Schlösser und Dr. Christian Schoberl, Rechtsanwälte in Graz, wegen 218.018,50 EUR sA, infolge Revision der zweitbeklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 29. November 2004, GZ 2 R 165/04h-66, womit infolge Berufung der zweitbeklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Leoben vom 13. August 2004, GZ 5 Cg 14/02a-59, in der Hauptsache bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen. Die klagende Partei sowie die auf ihrer Seite beigetretenen Nebenintervenienten haben die Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen selbst zu tragen.

Begründung:

Die klagende Bank nimmt den Zweitbeklagten als Ausfallsbürgen in Anspruch. Im Verlauf des Verfahrens erster Instanz trat zwischen der klagenden Bank und dem am 8. Jänner 2003 verstorbenen erstbeklagten Ausfallsbürgen Ruhen des Verfahrens ein. Über das Vermögen der Felicia G***** (im Folgenden nur Gemeinschuldnerin), der Ehegattin des Dr. Ferdinand G*****, wurde am 31. Jänner 2000 das Konkursverfahren eröffnet und der 1. Nebenintervenient auf Seiten der klagenden Partei, ein Rechtsanwalt, zum Masseverwalter bestellt. Dieser Rechtsanwalt trat als solcher (1. Nebenintervenient) als auch in eigener Sache (als 2. Nebenintervenient) dem Verfahren bei. Im Konkurs der Gemeinschuldnerin meldete die nun klagende Partei ihre Ansprüche als Konkursforderungen an.

Die Gemeinschuldnerin ist bzw. war Eigentümerin dreier Liegenschaften, ob denen jeweils zugunsten der klagenden Partei Pfandrechte sowie diesen gegenüber nachrangig das Belastungs- und Veräußerungsverbot für den Ehegatten der Gemeinschuldnerin einverleibt war. Die Mutter der Gemeinschuldnerin ist bzw. war Eigentümerin von Liegenschaftsanteilen, mit denen Wohnungseigentum an neun Wohnungen verbunden war, auch der Ehegatte der Gemeinschuldnerin war Eigentümer von Anteilen derselben

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

Liegenschaft. Für die der Gemeinschuldnerin gewährten Kredite und Darlehen, auf die sich die genannten Hypotheken beziehen, waren auch die Miteigentumsanteile ihrer Mutter verpfändet. Für einen Großteil der Kredite hatte auch der Ehegatte der Gemeinschuldnerin Wechselbürgschaften sowie die Haftung als Bürge und Zahler übernommen.

Im Dezember 1999 hatte der zweitbeklagte Kaufmann den Ehegatten der Gemeinschuldnerin über einen ihm bekannten Geschäftsmann, den 2003 verstorbenen - hier indes weiter so bezeichneten – Erstbeklagten kennen gelernt. Der Ehegatte der Gemeinschuldnerin informierte in einem Gespräch die beiden Beklagten über den nahenden Konkurs seiner Ehegattin und deren Liegenschaften. Dabei wurde die „Idee geboren“, gemeinsam diese zu erwerben und so „in den Immobiliensektor einzusteigen“. Bei einem vom Erstbeklagten im Februar/März 2000 organisierten Gesprächstermin mit dem Vorstandsvorsitzenden der klagenden Partei taten die Beklagten ihre Absicht kund, die Liegenschaften der Gemeinschuldnerin zu erwerben und stellten in Aussicht, dafür deren Schulden zu übernehmen. Die Liegenschaften sollten einer noch zu gründenden, im Wesentlichen aus den Beklagten und dem Ehegatten der Gemeinschuldnerin „bestehenden“ Gesellschaft übertragen werden. Als die Rede auf die Konkurseröffnung kam, legte der Vorstandsvorsitzende den Kaufinteressenten nahe, sich wegen des Kaufs mit dem Masseverwalter in Verbindung zu setzen.

Bei einem folgenden Gespräch der drei mit dem Masseverwalter machte dieser Angaben über die Schätzwerte der Liegenschaften und die laufenden Mieteinnahmen. Diese würden aufgrund von Abtretungen teilweise an die klagende bzw. eine andere Bank fließen. Der Ehegatte der Gemeinschuldnerin sprach den Beklagten gegenüber von noch höheren Mieteinnahmen (insgesamt etwa 180.000 S), die aus den Liegenschaften zu erwirtschaften seien. Das spielte zumindest für den Zweitbeklagten eine nicht unerhebliche Rolle im Zusammenhang mit seinem Entschluss, sich am Ankauf der Liegenschaften zu beteiligen.

Am 7. April 2000 gründeten die Beklagten mit dem Ehegatten der Gemeinschuldnerin die G*****gesellschaft mbH (in der Folge nur Hauptschuldnerin). Alle drei Gesellschafter sollten auch – nur gemeinsam vertretungsbefugte - Geschäftsführer sein. Die Gespräche der Gesellschafter mit dem Vorstandsvorsitzenden der klagenden Partei und dem Masseverwalter führten letztlich zum endgültigen Entschluss, der Konkursmasse die drei Liegenschaften abzukaufen. Außerdem schloss die Hauptschuldnerin mit der Mutter der Gemeinschuldnerin einen Vertrag, mit dem deren Miteigentumsanteile an einer weiteren Liegenschaft um einen Kaufpreis von 6.043.009 S an die Hauptschuldnerin übertragen werden sollten. Der Kaufpreis entsprach den per 30. Juli 2000 aushaftenden, im Grundbuch ob dieser Liegenschaft einverleibten Lasten. Der Ehegatte der Gemeinschuldnerin sollte eine ihm gehörende Liegenschaft in die hauptschuldnerische Gesellschaft einbringen, tat dies aber nie. Gemäß der mit den Beteiligten getroffenen Übereinkunft verfasste der 2. Nebenintervenient als Rechtsanwalt die Kaufverträge. Als Kaufpreis ging man von der Summe „der eingetragenen Pfandrechte“ aus, wobei bei einer der Liegenschaften auch die Hypotheken einer anderen Bank berücksichtigt werden sollten. So wurden die Kaufpreise mit 4.055,826,31 S, 3,85 Mio S und 10,496.895 S netto festgesetzt. Wie in den Kaufverträgen festgehalten hatten die Beteiligten vereinbart, dass eine Löschung der zu Gunsten des Ehegatten der Gemeinschuldnerin einverleibten Belastungs- und Veräußerungsverbote stattfinden solle. Dieser erklärte sich damit ausdrücklich einverstanden und sagte zu, selbst entsprechende Löschungsquittungen zu verfassen. „Aus dem Verschulden“ desselben unterblieb dies jedoch. Nach Abschluss und konkursgerichtlicher Genehmigung der Kaufverträge schlossen die klagende Partei, die Hauptschuldnerin und der Masseverwalter im Juli 2000 Vereinbarungen über private Schuldübernahmen ab. Darin wurden für jedes Kreditkonto der Gemeinschuldnerin die Höhe des eingeräumten Kredits, die vereinbarten Sicherheiten und der unberichtigt zum 31. Mai 2000 aushaftende Betrag angeführt. Die Hauptschuldnerin verpflichtete sich, die jeweils offenen Beträge entsprechend den Bestimmungen der ursprünglichen Verträge zurückzuzahlen, wobei mit einer Ausnahme

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

180 monatliche Pauschalraten vereinbart wurden, bei einem Kredit nur monatliche Raten. Alle Sicherheiten und die übrigen Bestimmungen der Darlehens- und Kreditverträge sollten aufrecht bleiben. Die klagende Partei erklärte, die Gemeinschuldnerin aus ihrer persönlichen Haftung zu entlassen. Weiters wurde vorgesehen, dass in der Form zusätzliche Sicherheiten eingeräumt werden sollten, dass die Hauptschuldnerin sich verpflichtete, Ansprüche „aus zwei anhängigen Prozessen“ sowie sämtliche Mietzinsforderungen an die klagende Partei abzutreten; die drei Gesellschafter der Hauptschuldnerin übernahmen Ausfallsbürgschaften gemäß § 1356 ABGB bis zu einem Höchstbetrag von je drei Mio S. Schließlich verpflichteten sich die Hauptschuldnerin, der Ehegatte der Gemeinschuldnerin und seine Schwiegermutter, die auf den Pfandliegenschaften befindlichen Baulichkeiten gegen Brandschaden und sonstige versicherbare Elementarschäden versichert zu halten und die Versicherungspolizzen laut gesonderter Vereinbarung zu Gunsten der klagenden Partei vinkulieren zu lassen.

Der Inhalt der Schuldübernahmevereinbarungen war den Gesellschaftern der Hauptschuldnerin, insbesondere dem Zweitbeklagten, zum Zeitpunkt der Unterfertigung der Urkunden am 21. Juli 2000 bekannt. Inwieweit der Unterfertigung nähere Besprechungen vorausgingen, in denen die einzelnen Vertragspunkte (sowie auch die wesentlichen Regelungen in den Darlehens- und Kreditverträgen der Gemeinschuldnerin) mit den Gesellschaftern erörtert wurden, kann nicht festgestellt werden. Alle drei waren jedenfalls geschäftlich erfahren, insbesondere auch der Zweitbeklagte, der u.a. Geschäftsführer einer Personalbereitstellungs- und Montagegesellschaft ist. Der Erstbeklagte und der Ehegatte der Gemeinschuldnerin als ehemaliger Rechtsanwalt hatten auch schon Erfahrungen mit Immobiliengeschäften gesammelt. Allen war das Wesen von Bürgschaften bekannt, der Zweitbeklagte hatte schon Bürgschaftserklärungen für Kredite seines eigenen Unternehmens abgegeben, als einem Kunden der klagenden Partei waren ihm Verträge, wie sie diese üblicherweise abschloss, bekannt. Der Vorstandsvorsitzende der klagenden Partei forderte, dass die Gesellschafter der Hauptschuldnerin auch Haftungen als Bürgen übernehmen müssten. Mit einer Haftung als Bürgen und Zahler waren sie nicht einverstanden, weil die Kredite auch durch Hypotheken und andere Sicherheiten besichert waren. Letztlich einigte man sich auf Ausfallsbürgschaften. In den Verträgen wird darauf hingewiesen, dass der Bürge nach § 1356 ABGB nur in Anspruch genommen werden kann, wenn der Kreditnehmer von der Bank vorher vergeblich geklagt und darüber hinaus gegen ihn fruchtlos **Exekution** geführt wurde. Nur wenn die Exekution von vornherein aussichtslos erscheine, könne der Bürge auch ohne Exekutionsführung in Anspruch genommen werden. Auch im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Kreditnehmers oder der Abweisung eines entsprechenden Antrags mangels kostendeckender Masse könne der Bürge sofort in Anspruch genommen werden, ebenso bei unbekanntem Aufenthalt des Kreditnehmers bei Fälligkeit. In Punkt 12. des Bürgschaftsvertrags bestätigten die Bürgen, über die Bonität des Kreditnehmers ausreichend informiert zu sein.

Wie detailliert zwischen den Organen der klagenden Bank und dem Zweitbeklagten tatsächlich über die einzelnen Vertragspunkte dieses Vertrags gesprochen wurde, kann nicht festgestellt werden. Der Zweitbeklagte unterschrieb den Bürgschaftsvertrag „praktisch als Privatperson“, war sich dabei aber „natürlich wohl bewusst“, dass ein Zusammenhang zwischen diesem und den von ihm und den beiden weiteren Gesellschaftern geplanten geschäftlichen Aktivitäten bestand, dies „insoweit, als die Bürgschaften letztlich von der klagenden Partei gefordert wurden, um beim gegenständlichen Geschäft betreffend die früheren Liegenschaften der Gemeinschuldnerin entsprechend abgesichert zu sein“. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Bürgschaftsverträge und die Schuldübernahmeverträge in einem solchen Zusammenhang standen, dass die tatsächliche Durchführung des Liegenschaftskaufs (inklusive der „Löschung“ des Belastungs- und Veräußerungsverbots zu Gunsten des Ehegatten der Gemeinschuldnerin) Voraussetzung oder Bedingung für die Gültigkeit der mit der klagenden Partei abgeschlossenen Verträge sein sollte.

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

Der Ehegatte der Gemeinschuldnerin war im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge (am 21. Juli 2000) in einem psychisch nicht sonderlich beeinträchtigten Zustand. Generell besteht bei ihm eine rezidivierende depressive Störung mit auch im Sinne einer Persönlichkeitsstörung zu sehenden paranoid-querulatorischen Zügen, die sich seit den 70-iger Jahren zunehmend entwickelte und phasenweise fluktuierend verlief. Eindeutige Hinweise auf eine Psychose bestehen nicht. Seit 1997 kam es zur Zunahme der depressiven Episoden, wobei nicht gesagt werden kann, dass auch die paranoid-querulatorischen Züge zugenommen hätten. Zusätzlich besteht seit Jahren ein Medikamentenmissbrauch (mit Tranquilizern), zum Teil kombiniert mit Alkoholabusus und Einnahme von Schmerzmitteln. Solche Erkrankungen führen nicht zu einer „generellen Geschäftsunfähigkeit“. Im Jahr 2000 (so auch im Mai) hielt sich der Ehegatte der Gemeinschuldnerin zeitweise in der Sigmund-Freud-Klinik in ***** auf, wobei sich sein Zustand insgesamt gebessert haben dürfte; auch in dieser Phase kann nicht von seiner Geschäftsunfähigkeit ausgegangen werden. Nur bei einem nicht feststellbaren massiven Medikamenten- und/oder Alkoholkonsum zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung wäre eine „Geschäftsunfähigkeit“ allenfalls denkbar.

Der Ehegatte der Gemeinschuldnerin hielt sich nicht an seine Zusagen („Löschung“ seines Belastungs- und Veräußerungsverbots; Einbringung seines Liegenschaftsbesitzes), bereitete aber auch sonst seinen Mitgesellschaftern „wenig mehr als Probleme“. Beginnend ab Sommer 2000 begann er, deren Entscheidungen nicht mehr mitzutragen und Unterschriften zu verweigern. Letztlich führte sein Verhalten dazu, dass die Hauptschuldnerin praktisch handlungsunfähig war, wovon auch der Vorstandsvorsitzende der klagenden Partei und der 2. Nebenintervenient in Kenntnis gesetzt wurden. Die Hauptschuldnerin leistete diverse Zahlungen an die klagende Partei, jedenfalls wurden Kreditraten überwiesen, weshalb ein verschuldeter Terminverlust nicht feststeht. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2000 stellte diese dessen ungeachtet den aushaftenden Schuldsaldo von 22,939.724,39 S zuzüglich Zinsen und Spesen seit 1. Juli/1. Oktober 2000 zur sofortigen Rückzahlung fällig, weil die ihr bekannten Unstimmigkeiten innerhalb der Hauptschuldnerin zu einer Verletzung des Vertrauens in ihre Kreditwürdigkeit geführt habe.

Nach Besprechungen zwischen den Organen der klagenden Partei, den Beklagten und dem 2. Nebenintervenienten kam es am 13. Jänner 2001 zum Abschluss zweier rechtswirksam gewordener prätorischer Vergleiche vor einem Bezirksgericht. In dem einen verpflichtete sich der 1. Nebenintervenient als Masseverwalter gegenüber der klagenden Partei zur Zahlung von 1 Mio S bei Exekution in die drei Liegenschaften der Gemeinschuldnerin. Im zweiten verpflichtete sich die durch den 2. Nebenintervenienten vertretene Hauptschuldnerin zur Zahlung von 10 Mio S. Aufgrund dieser Vergleiche konnte die klagende Partei die Liegenschaften jedenfalls durch Zwangsversteigerung verwerten. Gegen die Hauptschuldnerin erwirkte die klagende Bank keinen weiteren Exekutionstitel. Eine auf Grund des Vergleichs gegen sie am 26. Februar 2002 eingeleitete und bewilligte Fahrnisexekution wurde wegen eines schon vorher erfolglos gebliebenen anderen Fahrnisexekutionsverfahrens nicht vollzogen.

Der Zweitbeklagte (teilweise auch „sein“ Unternehmen) hatte ungefähr 300.000 S in die Liegenschaften investiert.

Die klagende Partei beehrte zunächst von beiden Beklagten die Zahlung von jeweils 218.018,50 sA. Dazu brachte sie vor, dass diese für die der Hauptschuldnerin gewährten und wegen Verlusts der Kreditwürdigkeit fällig gestellten Kredite die Haftung als Ausfallsbürgen in jeweils dieser Höhe übernommen hätten. Ein Gesellschafter, der Ehegatte der Gemeinschuldnerin, habe auch am 23. Oktober 2000 einen Antrag auf Konkurseröffnung verfasst; demnach liege Überschuldung vor. Exekution gegen die Hauptschuldnerin zu führen sei aussichtslos.

In der Folge brachte die klagende Partei vor, sie habe keine Aufklärungs- oder Informationspflichten verletzt; die Hauptschuldnerin und ihre Gesellschafter seien voll

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

informiert worden. Die Kaufverträge seien wirksam und detailliert ausverhandelt worden, auch der Zweitbeklagte sei geschäftlich erfahren. Ihre Organe hätten ihn nicht dahin informiert, dass sich die Finanzierung der Liegenschaften aus den Mieteinnahmen lukrieren lasse. Sie sei nicht von der rechtlichen Unmöglichkeit der Durchführung der Verträge ausgegangen. Vielmehr hätten die Hauptschuldnerin und deren Gesellschafter ihre vertraglichen Pflichten nicht eingehalten. Die klagende Partei sei davon ausgegangen, dass sich die Hauptschuldnerin, wie sie ausdrücklich erklärt habe, um die Löschung des Belastungs- und Veräußerungsverbots des Ehegatten der Gemeinschuldnerin kümmern werde. Eine Fahrnisexekution gegen die Hauptschuldnerin sei erfolglos verlaufen. Es habe sich nicht um eine Verbraucherbürgschaft gehandelt. Die Fälligestellung sei wegen Säumnis mit der Darlehensrückzahlung erfolgt.

Der Zweitbeklagte wendete im Wesentlichen ein: Die Organe der klagenden Partei hätten ihn dahin informiert, dass die Finanzierung der Liegenschaften bereits auf Grund der Mieteinnahmen möglich sei. Es bestünden monatlich garantierte Mieteinnahmen von 180.000-240.000 S. Bis zum Vorliegen der Löschungsquittungen des Ehegatten der Gemeinschuldnerin seien die Verträge bedingt gewesen. Die Übermittlung des internen Entwurfs eines Konkursantrags beweise nicht die Überschuldung. Fälligkeit könne nicht bestehen, weil die klagende Partei Zwangsversteigerung gegen die Konkursmasse führe. Sie habe gegen ihre Pflichten nach § 1364 ABGB verstoßen und keine Eintreibungsschritte gegen die Hauptschuldnerin gesetzt. Durch die Führung von Zwangsversteigerungsverfahren gegen die Konkursmasse habe sie zur Vermögensschmälerung der Hauptschuldnerin beigetragen. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb die frühere Schuldnerin aus ihrer Haftung entlassen worden sei. Die angebliche privative Schuldübernahme sei keine solche gewesen, weil die Hauptschuldnerin nicht in inhaltsgleiche Vereinbarungen mit der Konkursmasse eingetreten sei. Er wende einen durch Investitionen in die Liegenschaften sowie zur Lastenfreistellung entstandenen Schaden von 300.000 S sowie weitere im Einzelnen dargestellte Gegenforderungen kompensando ein.

Er sei bei Eingehen der **Bürgschaft** Konsument gewesen. Die klagende Partei habe ihn nicht über die wahren wirtschaftlichen Hintergründe des Geschäfts aufgeklärt, weshalb das „Mäßigungsrecht gemäß § 25 KSchG“ zur Anwendung komme. Die klagende Partei habe mit der Hauptschuldnerin einen prätorischen Vergleich abgeschlossen, ohne die Ausfallbürgen über die rechtlichen Konsequenzen zu belehren.

Das Erstgericht stellte die Klageforderung in voller Höhe und die Gegenforderungen als nicht zu Recht bestehend fest und gab demzufolge dem Klagebegehren gegen den Zweitbeklagten zur Gänze statt. Ausgehend von seinen oben verkürzt wiedergegebenen Feststellungen gelangte es zur rechtlichen Beurteilung, dass ein unbedingtes rechtsgültiges Bürgschaftsverhältnis in Form einer Ausfallbürgschaft zustande gekommen sei. Dabei könne der Zweitbeklagte nicht als Verbraucher iSd KSchG angesehen werden; er habe die Bürgschaft im unmittelbaren Zusammenhang mit von ihm beabsichtigten unternehmerischen Geschäften abgeschlossen. Die klagende Bank habe die Kreditforderung der Hauptschuldnerin gegenüber berechtigt eingemahnt, weil diese praktisch handlungsunfähig geworden sei, womit ihre Kreditwürdigkeit in Zweifel zu ziehen gewesen sei. Dass eine Exekutionsführung gegen diese aussichtslos gewesen wäre, stehe fest. Der klagenden Partei sei kein wie auch immer geartetes Verschulden nachgewiesen worden, außerdem sei ein Kompensationsverbot vereinbart worden.

Das Gericht zweiter Instanz verwarf die Nichtigkeitsberufung des Zweitbeklagten, seiner Berufung in der Hauptsache gab es im Übrigen mit Urteil nicht Folge. Es verneinte die geltend gemachten Verfahrensmängel, auch die Tatsachenrüge erkannte sie als unberechtigt. In Behandlung der Rechtsrüge bestätigte sie die Ansicht des Erstgerichts, die klagende Partei habe den Kredit gegenüber der Hauptschuldnerin zu Recht fällig gestellt und eine Exekution gegen sie sei aussichtslos. Dass der Ehegatte der Gemeinschuldnerin die [Einverleibung der] Löschung des Belastungs- und Veräußerungsverbots nicht bewirkt habe, sei der Bank nicht vorwerfbar.

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

Der Zweitbeklagte könne sich auch auf die §§ 25b bis 25d KSchG nicht berufen, wovon er ohnehin konkret nur § 25c leg cit in Anspruch nehme. Dafür müsse es sich bei der **Interzession** um ein Verbrauchergeschäft handeln. Die in der E 7 Ob 315/01a für die Bejahung der Unternehmereigenschaft des Geschäftsführers und Alleingeschafters der Hauptschuldnerin (GmbH) gebrauchten Argumente träfen auch bei einem zu einem Drittel an einer GmbH beteiligten (Mit-)Geschäftsführer zu, wenn er für rein unternehmensbezogene Kredite der Gesellschaft die persönliche Mithaftung übernehme, dadurch das Geschäft der GmbH praktisch erst ermögliche und dabei naturgemäß auch ein persönliche Gewinninteresse verfolge. Im Übrigen sei der Kredit nach den Feststellungen nicht wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage der Hauptschuldnerin, sondern wegen der durch das Verhalten eines Geschäftsführers (Ehegatte der Gemeinschuldnerin) verursachten Vertrauensunwürdigkeit fällig gestellt worden. Nach dem Bürgschaftsvertrag müsse die Bank vor Belangen des Ausfallbürgen nicht alle anderen Sicherungsmittel ausschöpfen.

Der Zweitbeklagte habe in erster Instanz auch gar nicht behauptet, der klagenden Partei sei bei Vertragsschluss klar gewesen oder habe klar sein müssen, dass der Kredit notleidend werde. Warum dies unter den gegebenen Umständen der Fall gewesen sein sollte, sei auch nicht einsichtig.

Die vom Berufungsgericht - mit der Begründung, es fehle höchstgerichtliche Rsp zur Verbrauchereigenschaft eines Minderheitsgesellschafters und Geschäftsführers einer GmbH bei Übernahme persönlicher Haftungen für diese - zugelassene Revision des Zweitbeklagten ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nach § 508a Abs 1 ZPO nicht bindenden Ausspruch des Gerichts zweiter Instanz nicht zulässig.

a) Der Rechtsmittelwerber vermeint zwar, dass neben der von diesem als erheblich angesehenen noch weitere „relevante“ Rechtsfragen vorlägen, vermag aber dafür keine Begründung zu geben. Auch die behauptete Nichtigkeit könnte eine solche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO nur begründen, wenn sie, was jedoch nicht der Fall ist, tatsächlich vorläge (2 Ob 320/99v; RIS-Justiz RS043967; Zechner in Fasching/Konecny² § 502 ZPO Rz 94). In Wahrheit versucht der Zweitbeklagte nur - zufolge § 519 Abs 1 Z 1 ZPO unzulässigerweise (stRsp; Zechner aaO § 519 ZPO Rz 49 mwN) - den Beschluss der zweiten Instanz zu bekämpfen, mit dem seine Nichtigkeitsberufung (wegen angeblichen Vorliegens einer notwendigen Streitgenossenschaft auf Beklagtenseite) verworfen wurde.

Die Revisionsgründe der Aktenwidrigkeit und der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegen, wie der Oberste Gerichtshof prüfte, nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO).

b) Mit der Novelle BGBl I 1997/6 wurden dem KSchG Schutzbestimmungen für Interzedenten - Personen, die eine Haftung für Rechnung eines anderen und in fremdem Interesse auf sich nehmen - als § 25c eingefügt, die hier zur Anwendung gelangen können, weil die Interzessionsvereinbarung nach dem 31. Dezember 1996 geschlossen wurde (§ 41a Abs 4 Z 2 KSchG). § 25c KSchG hat folgenden Wortlaut:

Tritt ein Verbraucher einer Verbindlichkeit als Mitschuldner, Bürge oder Garant bei (**Interzession**), so hat ihn der Gläubiger auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners hinzuweisen, wenn er erkennt oder erkennen muss, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird.

Unterlässt der Unternehmer diese Information, so haftet der Interzedent nur dann, wenn er seine Verpflichtung trotz einer solchen Information übernommen hätte. Der Gesetzgeber hat diese Regelung auf solche Verträge beschränkt, die der Interzedent als Verbraucher einget. Den Gläubiger, der bis zu dem dafür maßgeblichen Zeitpunkt des Zustandekommens der **Interzession** (1 Ob 132/01w = ÖBA 2002, 499 = eolex 2002,

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

246 = RdW 2002, 216; Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer, KSchG, § 25c Rz 11) erkennt oder erkennen muss, dass der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird, trifft eine Informationspflicht: Er hat den interzedierenden Verbraucher auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners auch dann hinzuweisen, wenn dieser über die finanzielle Situation des Hauptschuldners Bescheid weiß. Dies soll das Risiko des Entstehens für eine (materiell) fremde Schuld verringern und den Interzedenten nachdrücklich warnen: Die Auskunft soll diesem die wirtschaftlichen Gründe des Gläubigers vor Augen führen, aus denen dieser neben der Haftung des Hauptschuldners auf der Haftung einer weiteren Person besteht.

Der Geschäftsführer einer GmbH, der die Bürgschaft für ihre Schulden übernimmt, ist nach stRsp mangels eines eigenen Unternehmens als Verbraucher anzusehen (zuletzt 6 Ob 202/04f u.a.; RIS-Justiz RS0065238). In der E 7 Ob 315/01a (SZ 2002/18 = JBI 2002, 526 [Karollus] = ÖBA 2003, 58 [dazu P. Bydlinski/Haas, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingeschafters für Schulden „seiner“ GmbH? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung 7 Ob 315/01a vom 11. 2. 2002, 11] = GesRZ 2002, 85 = RdW 2002, 412 = ecolex 2002, 430) wurde allerdings die Unternehmereigenschaft eines Bürgen bejaht, der nicht nur der Geschäftsführer, sondern auch alleiniger Gesellschafter der Hauptschuldnerin (einer „Einmann-GmbH“) war. Nach der E 3 Ob 141/03m (ÖBA 2004, 143 = RdW 2003, 694 = ecolex 2004, 26) impliziere die Rechtsposition eines Alleingeschafters (eines Steuerberaters, der als Treuhänder Alleingeschafters der Hauptschuldnerin war), dass dieser einen Bürgschaftsvertrag für die Gesellschaft im Zuge seiner Berufstätigkeit als Unternehmer abgeschlossen habe. In der E 6 Ob 12/03p (ÖBA 2003, 871 [Haas] = RZ 2003, 214 = RdW 2003, 508) führte der Oberste Gerichtshof aus, dass (auch) die Verbraucherdefinition des Art 13 EuGVÜ eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nahelege, wie sich aus der Rsp des EuGH (E vom 3. Juli 1997, C-269/95, Slg 1997, I-03767 Benincasa - Dentalkit) ergebe. Wenn zwei Mitgesellschafter, die zum Zeitpunkt des Abschlusses der Kredit- und Bürgschaftsverträge Geschäftsführer der Gesellschaft gewesen seien, die Bürgschaftshaftung zur Sicherung von Unternehmenszwecken dienenden Krediten (Betriebsmittelkrediten) übernommen hätten, seien die Bürgschaftsverträge der beruflichen Tätigkeit der Bürgen iSd Art 13 EuGVÜ zuzurechnen und könnten keine Verbrauchergeschäfte sein. Ob dies auch für die österreichische Rechtslage gilt, wurde in der Entscheidung, in der es (nur) um die Frage der (internationalen) Zuständigkeit ging, offengelassen.

Karollus (JBI 2002, 527, Anm zu 7 Ob 315/01a) verweist allerdings auf den einheitlichen Verbraucherbegriff des § 1 KSchG, der auch für Bestimmungen gelte, die - wie §§ 25b bis 25d KSchG - nicht auf einer europarechtlichen Grundlage (Haustürgeschäftsrichtlinie, Verbraucherkreditrichtlinie, Klauselrichtlinie) beruhen. Er erwägt die Ausdehnung der Verbraucherqualifikation auch auf Minderheitsgesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion. P. Bydlinski/Haas (aaO), die der Entscheidung 7 Ob 315/01a uneingeschränkt zustimmen, meinen hingegen, dass die These, dass es allein auf die Kapitalbeteiligung und nicht auf die Geschäftsführerfunktion ankommen solle, abzulehnen und im Übrigen ein eigenes wirtschaftliches Interesse erst ab einer Kapitalbeteiligung von mehr als 50 % zu bejahen sei. Ein Minderheitsgesellschafter, 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 (aaO S 13). In der E 6 Ob 202/04f wurde die Frage, ob die Verbrauchereigenschaft im Bereich der §§ 25b bis 25d KSchG auch auf einen Minderheitsgesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist, auszudehnen sei, als für die Entscheidung unerheblich offen gelassen. Aber auch die vom Berufungsgericht aufgeworfene, bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht beantwortete Rechtsfrage, in dem es um einen Minderheitsgesellschafter geht, der zugleich Geschäftsführer ist (offen lassend 8 Ob 100/03v = ÖBA 2004, 536 = EvBl 2004/99 = ecolex 2004, 364 = RdW 2004, 281 zum Fall eines Geschäftsführers mit einer 25 %-Beteiligung) kann die Frage mangels Präjudizialität aus folgenden Erwägungen dahin gestellt bleiben: Wie durch die Revisionschrift nunmehr mit hinreichender Deutlichkeit bestätigt wird, beruft sich der

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

Beklagte tatsächlich - auch wenn in erster Instanz von einem Mäßigungsrecht (das in § 25d KSchG geregelt ist) die Rede war - allein auf die sich aus § 25c KSchG ergebenden Haftungsbefreiung. Dass er nämlich die Haftung auch trotz gesetzeskonformer Information übernommen hätte (was sie beweisen hätte müssen: Kathrein in KBB § 25c KSchG Rz 7), machte die klagende Partei in erster Instanz nicht geltend, obwohl der Zweitbeklagte ausdrücklich die Verletzung von Aufklärungspflichten behauptete.

Der Interzedent (in casu: der Zweitbeklagte) müsste aber behaupten und beweisen, dass der Gläubiger die wirtschaftliche Notlage des Hauptschuldners - dass dieser „seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen werde“ - kannte oder kennen musste (Kathrein aaO Rz 7). Das wäre notwendige Voraussetzung der Informationspflicht (1 Ob 132/01w und die folgende Rsp, zuletzt 8 Ob 100/03v; RIS-Justiz RS0115983); Kennen oder Kennenmüssen muss schon vor der, jedenfalls spätestens bei der **Interzession** vorliegen (1 Ob 107/00t = SZ 73/121 = EvBl 2001/10 = ecolex 2001, 44 [Wilhelm]; RIS-Justiz RS0113880), eine nachträgliche Verschlechterung der Lage des Schuldners begründete keine nachträgliche Warnpflicht (Kathrein aaO Rz 2). Ein derartiges Vorbringen unterließ aber der Zweitbeklagte, was schon die zweite Instanz zutreffend erkannte, im Verfahren vor dem Erstgericht und begnügte sich mit dem unsubstantiierten Vorwurf der Verletzung von Aufklärungspflichten; dagegen kann auch in der Revision nichts mehr eingewendet werden. Ein Fall, in dem prima facie von der Annahme des Kreditgebers auszugehen wäre, er habe die Einbringlichkeit der Hauptschuld nicht als gesichert angesehen (Kathrein aaO Rz 7 mwN), ist hier deshalb nicht gegeben, weil die Hauptschuldnerin eine ganz knapp vor der Interzession erst (u.a. vom Zweitbeklagten) gegründete GmbH war, weshalb wohl nur Hellseher die Nichterfüllung der Kreditverpflichtungen der Hauptschuldnerin voraussehen hätte können. Schon in der E 8 Ob 100/03v wurde klargestellt, dass der erwähnte Anschein nicht besteht, wenn die Kreditvereinbarung (hier Schuldübernahme durch die Hauptschuldnerin) gleichzeitig mit der Übernahme der Bürgschaft geschlossen wird.

c) Auch eine erhebliche Fehlbeurteilung durch das Gericht zweiter Instanz im Zusammenhang mit § 1356 ABGB vermag der Revisionswerber nicht darzulegen.

Der Begriff des Ausfallsbürgen (Schadlosbürgen) ist im Gesetz nicht definiert; dieser Bürgschaftsvertragstyp ist im ABGB auch nicht allgemein geregelt (P. Bydliniski in KBB § 1346 ABGB Rz 15). § 1356 ABGB normiert zwei Ausnahmen vom Subsidiaritätsprinzip der **Bürgschaft** (Konkurs, unbekannter Aufenthalt des Hauptschuldners) und ordnet an, dass diese Ausnahmen dann gelten, wenn sich der Bürge nur für den Fall verbürgt hat, dass der Hauptschuldner „zu zahlen unvermögend sei“. Darin liegt die gesetzliche Anerkennung der Ausfallsbürgschaft (Mader in Schwimann², § 1356 ABGB Rz 1). Ausfallsbürgschaft liegt bei der Einschränkung der **Bürgschaft** auf den Fall der **Uneinbringlichkeit** der Hauptschuld vor. Der Gläubiger kann - von den Ausnahmen in § 1356 ABGB abgesehen - erst dann auf den Bürgen greifen, wenn er gegen den Hauptschuldner geklagt und vergeblich **Exekution** geführt hat (P. Bydliniski aaO). Die Rsp hat als weitere Ausnahme entwickelt, dass eine von vorneherhin aussichtslose Exekutionsführung keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Ausfallsbürgen ist (6 Ob 561/93 = JBl 1994, 337; 8 Ob 9/93 = EvBl 1994/34, beide zu § 98 Abs 2 EheG u.a.; Mader aaO Rz 6). Die Vertragsparteien können außerdem im Vertrag abweichend vereinbaren, wann der Fall der **Uneinbringlichkeit** anzunehmen ist (HS 10.638/9; Mader aaO mwN); die näheren Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausfallsbürgen hängen dann von der Vereinbarung ab, mit der die Parteien den Uneinbringlichkeitsfall enger oder weiter festlegen können (4 Ob 589/95 = SZ 68/219; RIS-Justiz RS0081756). Dies ist hier durch die Vertragsbestimmung erfolgt, dass eine von vorneherhin aussichtslose Exekutionsführung keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Ausfallsbürgen ist.

Für die Ausfallsbürgschaft gelten ansonst die allgemeinen Regeln über die **Bürgschaft**.

URTEILE MIT BETEILIGUNG AM VERFAHREN VERBRAUCHERRECHT

Im vorliegenden Fall steht die außergerichtliche Einmahnung der Hauptschuldnerin (§ 1355 ABGB) fest. Im Übrigen beruht die Bejahung der Fälligkeit der **Bürgschaft** auf den Umständen des Einzelfalls, ergeben sich doch die Voraussetzungen dafür, wie bereits dargestellt, aus einem konkreten Vertrag. In der Frage des Vertrauensverlustes der klagenden Bank und der daraus resultierenden Berechtigung zur Fälligestellung kann ebenfalls auf die zutreffenden Erwägungen der zweiten Instanz verwiesen werden. Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit der Hauptschuldnerin musste das Ergebnis der Zwangsversteigerungsverfahren nicht abgewartet werden. In zwei Exekutionsverfahren des Bezirksgerichts Bruck an der Mur ergab sich die Vermögenslosigkeit der Hauptschuldnerin. Der vormalige Erstbeklagte gab anlässlich des Exekutionsvollzugs am 11. Dezember 2002 an, dass die Hauptschuldnerin nicht operativ tätig und vermögenslos sei. Der Ehegatte der Gemeinschuldnerin bestätigte letztes in einem vorbereiteten Konkursantrag.

Die Revision ist zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 50, 40 ZPO. Die Revisionsgegner haben auf die Unzulässigkeit der gegnerischen Revision nicht hingewiesen.