

# Das Mysterium der echten Mitschuld

Benedikt Wallner

**In der jüngeren Literatur werden sämtliche Mithaftende eines Kredits, wenn sie Konsumenten sind, als Interzedenten für den (die) jeweils anderen behandelt: Da nämlich – mit der jüngeren Rsp – Interzession am Vorliegen eines Regressrechts gemessen wird, bestimme doch § 896 ABGB, dass im Zweifel jeder nach Kopfteilen hafte. Die Materialien zu § 25c KSchG, die demgegenüber noch solche „echten Mitschuldner“ postuliert hatten, auf die das Gesetz überhaupt nicht anwendbar ist, seien sich dieser schwerwiegenden Konsequenz wohl nicht bewusst gewesen. Der vorliegende Beitrag versucht einmal mehr einen anderen Weg aufzuzeigen, zumal das Innenverhältnis zwischen Interzedent und Hauptschuldner nicht § 896 ABGB, sondern § 1358 ABGB regelt.**

Stichwörter: Interzession, Gutstehung, Regressrecht, Bürgschaft, Schuldbeitritt, Mithaftung, Mitschuldner, Mitkreditnehmer.  
Normen: § 25c KSchG, § 896 ABGB, § 1358 ABGB.

JEL-Classification: D 18, G 21, K 10.

Recent articles tend to treat all of a loan's jointly liable parties, under Consumer law's legislation, as surety towards the other(s): For if, according to younger jurisdiction, intercession derives from the right of recourse, then § 896 ABGB has it that, if no peculiar share has been contracted among them, each of the parties is liable in numbers. In contrast, legislative materials had postulated "genuine joint debtors", to whom the consumer protection law of surety (§ 25c KSchG) did not apply, thus providing no protection at all; but, so those articles say, legislative materials were obviously wrong, having not thought of the implications of § 896 ABGB. This essay once again tries to show a different way, since the internal relationship between principal debtor and surety is not determined by § 896 ABGB, but by § 1358 ABGB.

## 1. Ein Abgrenzungskriterium tut Not

Mehrere Literaturstimmen [1] beschäftigen sich in letzter Zeit wieder mit dem Mysterium der „echten Mitschuld“ bei § 25c KSchG: Wer ist so ein „echter Mitschuldner“ laut den Materialien, und auf wen ist folglich dieses Gesetz *nicht* anzuwenden? *Graf* verweist jüngst nochmals auf die Ausgangslage, dass es einerseits Fälle der Mitschuld gibt, die eine Interzession darstellen, und andererseits solche, für die das nicht gilt [2]. Deswegen stelle sich die Frage nach einem *Abgrenzungskriterium*, mit dessen Hilfe jene Mitschuldnerverhältnisse, die dem § 25c KSchG unterliegen, von solchen abgegrenzt werden, bei denen das nicht der Fall ist. Das Kriterium des *Eigeninteresses* sei „kaum zu einer sinnvollen Abgrenzung geeignet“, findet beispielsweise auch der vierte Senat [3].

Die letzten Befunde [4] lauten nun allerdings, es gebe gar keine solchen echten Mitschuldner, die nicht gleichzeitig [5] Interzedenten sind! Dieses Verständnis kommt daher, dass man meint, Interzession (das Vorliegen von Interzession) am Vorliegen eines Regressrechts nach § 896 ABGB gegenüber dem Hauptschuldner festmachen zu müssen. Das erscheint aber fragwürdig.

## 2. Der „notwendige Interzedent“ und seine Folgen

- ◆ Gemeinsam ist der neuen Lehre der *Interzession kraft Regressrechts*, dass sie in jedem Fall einer Mithaftung unter mehreren Schuldnern eine Interzession [6] erblickt, wenngleich nur zu einem Teil der übernommenen Gesamtschuld.
- ◆ Dies führt zur Figur des „notwendigen Interzedenten“ in allen Fällen der Mithaftung und stellt in Abrede, dass es auch die große Fallgruppe gibt, in



Photo: Studio Menzi

Dr. Benedikt Wallner ist Rechtsanwalt und Partner bei DEINHOFER-PETRI-WALLNER Rechtsanwälte; e-mail: wallner@petricello.at

der die Bank keinen der beiden (oder mehreren) Mithaftenden über die wirtschaftlichen Verhältnisse des anderen aufklären muss.

- ◆ Diese Negation führt in weiterer Folge zunächst dazu, dass Fälle, die in der Vergangenheit von den Interzessionsregeln fraglos *ausgenommen* waren, weil zwei oder mehrere Personen im gemeinsamen Interesse einen Kredit aufgenommen haben, nach neuem Verständnis nunmehr als Interzessionsfälle aufzufassen wären: Jeder Mithaftende ist demnach nun gleichzeitig der Interzedent des anderen. Weil aber die Interzessionsregeln vom Kreditgeber verlang(t)en, den Interzedenten schon vor Abgabe seiner Erklärung auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners (bzw in neuerer Diktion: des anderen Mithaftenden) hinzuweisen, und seine Haftung bei Verletzung dieser Obliegenheit zur Gänze entfallen lassen, bedeutet diese Lesart notwendig eine nachträgliche Überraschung für die Gläubiger. Denn

[1] *Graf*, ZFR 2012, 165; *Heinrich*, JBl 2012, 359; *dies*, ÖBA 2012, 467; *Kellner*, ÖBA 2010, 58.

[2] *Graf*, ZFR 2012, 165.

[3] Nach reiflicher Abwägung in 4 Ob 05/09i, 4.2., mwN.

[4] Vgl FN 1.

[5] Wenn auch nicht zur Gänze, sondern nur zum jeweils anderen Teil.

[6] Jede Situation der mitschuldnerischen Haftung stellt nach *Graf*, ZFR 2012, 166, gleichzeitig ein Interzessionsgeschäft dar; ähnlich argumentierten schon *Kellner* und *Heinrich*, JBl 2012, 359; *dies*, ÖBA 2012, 467.

in solchen Fällen hatten sie eine Aufklärungsobliegenheit bei Kreditvergabe nicht erblickt und daher beizeiten keine Aufklärung geleistet.

- ✦ Aber nicht nur die Gläubiger können durch die neue Lehre erhebliche Schlechterstellung erfahren: Wie sich bei näherer Betrachtung zeigt, wird das Gesetz durch die neue Lehre so weit ausgehebelt, dass auch die Interzedenten ihres gesetzlichen Schutzes zu großen Teilen verlustig gehen. Sie ist schon deswegen abzulehnen.
- ✦ Zudem werden, wenn man in jedem mehrpersonalen Schuldverhältnis zum Teil auch Interzession sieht, rein arithmetisch die Schuldverhältnisse zerlegt in mindestens zwei, oft aber auch noch viel mehr kleine Fraktionen, die dann nur mehr in Prozentzahlen [7] angebar sind, was wenig praktikabel erscheint und im Vorhinein keine sichere Beurteilung zulässt [8]. Schon eine einzige andere rechtliche Würdigung in einem Teilsegment der Mithaftung, etwa aufgrund nicht zu beweisender Details im Sachverhalt, führt durch Iteration zu einem gänzlich anderen Prozessausgang und erschwert somit die Rechtsverfolgung ex ante. Die jüngere Lehre der *Interzession kraft Regressrechts* weist so auch eine gewisse Geringschätzung für die Erfordernisse der Praxis auf.
- ✦ Schließlich steht der neuen Lesart ganz unzweifelhaft der Wille des Gesetzgebers laut Materialien entgegen, der eben „echte Mitschuldner“ vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausnehmen wollte [9].

### 3. Ein Auslegungsproblem

*Graf* zeigt zutreffend ein ganz erhebliches Auslegungsproblem auf, das bisher

nicht erkannt worden ist [10]: Aufklärungspflichten rechtfertigen sich nämlich typischerweise durch *Informationsasymmetrien*. Die ratio der Aufklärungspflicht des § 25c KSchG liegt hauptsächlich in der asymmetrischen Informationsbeschaffungs- und -verarbeitungsmöglichkeit; daher verpflichtet der Gesetzgeber den Kreditgeber dazu, den Interzedenten, der Verbraucher ist, über allfällige Zweifel hinsichtlich der Rückzahlungsfähigkeit des Hauptschuldners zumindest zu informieren. *Graf* weist dann nach, dass ein „gemeinsames Interesse“, von dem die Materialien zur Abgrenzung sprechen, diese Informationsasymmetrie ja keineswegs ausschließt: „Bloß weil zB die Ehefrau Miteigentümerin der mit Hilfe des Kredits gekauften Wohnung wird, muss sie noch lange keinen Einblick in die finanziellen Verhältnisse des Ehemannes haben. Eher das Gegenteil wird der Fall sein.“ Für die Aufklärungsbedürftigkeit ergibt sich also tatsächlich kein Unterschied zwischen demjenigen, der an der Kreditaufnahme auch ein eigenes Interesse hat, und demjenigen, der kein eigenes Interesse hat. Es ist maW nicht das eigene Interesse, das dazu führt, dass man nun plötzlich besseren informativen Zugang zu den Vermögensverhältnissen des Mitschuldners hat als ohne ein solches eigenes Interesse.

Das Problem ist also: Wenn es nicht das „gemeinsame Interesse“ ist, das die Asymmetrie aus der Welt schafft, warum wollen uns dann die Materialien dazu bringen, Kreditaufnahmen „im gemeinsamen Interesse“ anders zu behandeln als Interzessionen? *Graf* knüpft nun an bei der jüngeren Judikatur, wonach eine materiell fremde Schuld dadurch charakterisiert sei, dass dem Interzedenten, der die Schuld bezahlt hat, ein *Regressanspruch* gegenüber dem (materiellen) Schuldner zusteht [11], und löst das

aufgezeigte Problem dann so, dass er dem Gesetzgeber des § 25c KSchG – der nämlich offenbar an § 896 ABGB nicht gedacht hatte – Inkonsistenz zusinnt, mit dem Ergebnis, dass die Aufklärungspflicht gegenüber *beiden Kreditnehmern* besteht, weil beide Mitschuldner gleichzeitig Kreditnehmer und Sicherungsgeber für den jeweils anderen seien.

Es gibt aber noch eine einfache andere Lösung: Diese liegt darin, dass das Gesetz nicht jedenfalls an die bestehende Informationsasymmetrie Rechtsfolgen knüpft, sondern nur unter ganz bestimmten Umständen.

### 4. Der Wortlaut des Gesetzes schützt nur Gutsteher

Schon nach dem Wortlaut des § 25c KSchG ist nur der *Interzedent* (Gutsteher) geschützt, fordert der Wortlaut doch den *Beitritt* eines Verbrauchers als Mitschuldner, Bürge oder Garant zu einer Verbindlichkeit eines *Anderen*. Das Gesetz nennt zwar diesen Anderen schlicht „Schuldner“, was, man muss es zugeben, nicht besonders treffsicher ist, denn spätestens mit der Haftungserklärung „schuldet“ ja auch der Interzedent. Jedoch hat sich die präzisere Bezeichnung „Hauptschuldner“ zu Abgrenzungszwecken bewährt [12]. Stünde im Gesetz „Hauptschuldner“ anstelle von „Schuldner“, wäre der Gegensatz zum „Interzedenten“ sogar augenfällig; er besteht aber auch so denknotwendig. Das Gesetz selbst fasst alle geregelten Fälle in einem Klammerausdruck als „Interzession“ zusammen und behandelt sie untereinander gleich [13] – anders jedoch als den Mitkreditnehmer, der niemandes Schuld beitrifft. Zu weit geht daher das Verständnis von *Heinrich* [14], der Begriff des *Mitschuldners* könne so weit verstanden

[7] Vgl 3 Ob 111/08g: „Gegenüber der erstinstanzlichen Berechnung beträgt der Anteil der Interzession am gesamten um Zinsen und Kosten bereinigten Schuldenstand von 284.491,89 EUR 26,25%. Bei diesem Prozentsatz beträgt der ebenfalls von der Haftungsfreiheit erfasste Anteil an Zinsen, Spesen und Kosten 29.700,13 EUR. Die Haftungsfreiheit der Beklagten aus dem Grund des § 25c KSchG ist daher im Umfang von 104.373,43 EUR gegeben.“

[8] Das liegt an den Iterationen: Habe ich nur eine Kreditsumme und zwei Personen, Hauptschuldner und Interzedent, kann ich sie nur unter diesen beiden aufteilen und erhalte höchstens zwei rechtliche Schicksale. Muss ich allerdings hinsichtlich jeder dieser Personen notwendig unterscheiden, inwiefern sie jeweils als Hauptschuldner und als Interzedent anzusehen sind, erhalte ich bereits bis zu vier rechtliche Schicksale. Oft sind aber zwei oder noch mehr Teil-Kreditsummen zu beurteilen, und falls einmal mehr als nur zwei Mithaft-

tende beteiligt wären, hat man eine schöne Rechenaufgabe. Die Kritik ist hier nicht, dass dies etwa die Rechenkapazität von Kreditinstituten – als der praktisch am häufigsten vorkommenden Gläubigergruppe – überfordern müsste; sondern es geht bei Gesetzesanwendung immer auch um die Vorhersehbarkeit von Ergebnissen.

[9] Näher dazu unten Punkt 10.

[10] *Graf*, ZFR 2012, 168.

[11] Vgl 10 Ob 34/06g; Beisatz T1 zu RS0119014; dieser selbst lautet allerdings unverändert: „Der Anwendungsbereich des § 25c KSchG soll sich auf solche Mitschuldner beschränken, die einer materiell fremden Verbindlichkeit (Übernahme einer Haftung für Rechnung eines anderen und im fremden Interesse) beitreten. Personen, die gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit als echte Mitschuld eingehen, sind nicht erfasst. In wessen Interesse die Übernahme einer Verbindlichkeit liegt, ist aus der Sicht des Schuldners zu beurteilen. Kommt

die Kreditaufnahme auch dem Mithaftenden zugute, liegt keine fremde Verbindlichkeit im Sinne des § 25c KSchG vor.“

[12] Die Materialien selbst sprechen gleich anfangs vom „Hauptschuldner“, aber es fällt auf, dass die Literatur diesen Begriff zunehmend vermissen lässt. Er passt auch nicht zum jüngeren Verständnis vom „notwendigen Interzedenten“, das nämlich die strukturellen Unterschiede zwischen Hauptschuldner und Interzedent vernachlässigt.

[13] 4 Ob 205/09i: „Der Gesetzgeber behandelt in den §§ 25c und 25d KSchG die Interzession durch Schuldbeitritt, Garantie und Bürgschaft gleich. Diese Gleichstellung wird in den Gesetzesmaterialien (RV 311 BlgNR 20. GP 26) als mehr oder minder selbstverständlich vorausgesetzt; sie liegt wegen des gleichen Zwecks der Interzessionsformen (Sicherstellung des Gläubigers) und ihrer faktischen Austauschbarkeit auf der Hand.“

[14] ÖBA 2012, 468.

werden, dass auch der *Mitkreditnehmer* darunter subsumiert werden kann, dies sei sogar vom Wortlaut des § 25c KSchG noch durchaus gedeckt: Sie hebt damit schlechterdings den Gegensatz auf, den § 25c KSchG zwischen dem Interzedenten und dem Anderen, dessen Schuld der Interzedent beiträgt, aufstellt. Es sind also nicht nur die Materialien, die gebieten, die Interzessionsregeln auf jene Fälle nicht anzuwenden, in denen mehrere Personen gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit als „echte Mitschuldner“ eingehen [15], sondern schon nach dem Wortlaut ist dies der Fall.

### 5. Der telos: privatautonome Entscheidung beim Gutstehen für eine fremde Schuld

Für den Interzessionsbegriff ist es kennzeichnend, dass es sich stets um eine materiell fremde Schuld handeln muss, weil ansonsten die Rede von der „Gutstehung“ [16] ins Leere ginge: Für eigene Schuld lässt sich nicht gutstehen. *Kellner* versucht eine Begriffsklärung zunächst teleologisch: „Wovor soll eigentlich gewarnt werden? Prima vista soll die Hoffnung des Verbrauchers zerstört werden, der Gläubiger werde ihn schon nicht anstelle des Hauptschuldners belangen“ [17]. Der Interzedent hat indessen kein Anrecht auf Schon-nicht-Inanspruchnahme. Das würde ja seine Verpflichtungserklärung annullieren und es überdies dem Gläubiger aufbürden, den Entfall eines Haftungsfonds just dann zu erleiden, wenn er dem Interzedenten nicht das gesagt hatte, was sich ohnehin aus seiner eingegangenen Verpflichtung ergibt. Das würde wenig Sinn ergeben. Auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners soll der diesbezüglich kundigere Gläubiger den Interzedenten deswegen hinweisen, damit dieser sich ein fundiertes eigenes Bild machen und sodann privatautonom entscheiden kann. Das ist nicht in allen Fällen erforderlich, sondern nur dann, wenn der Gläubiger erkennen kann, dass der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird.

*Kellner* argumentiert weiter, nach seinem Verständnis „soll die Information des Gläubigers den Mithaftenden vielmehr davor warnen, dass sein Rückgriff von vornherein Not leidet“. Dann sei er nämlich besonders schutzwürdig, weil er

nur de iure für fremde Rechnung handelt, de facto aber auf eigene. So führt er den Begriffsinhalt vom Interzedenten hin auf denjenigen, der Rückgriff beim Hauptschuldner nehmen kann und der deswegen der Information über die triste wirtschaftliche Lage seines Rückgriffschuldners bedarf: „Entscheidend ist also *alleine*, ob der Interzedent auf fremde Rechnung handelt.“ [18] Der Interzedent ist aber aus einem anderen Grunde besonders schutzwürdig. Nämlich weil und soweit eine Informationsasymmetrie herrscht zwischen ihm und der Bank: Die Bank weiß (bzw kann und muss daher auch wissen, bei Anwendung bankwirtschaftlicher Sorgfalt), dass es um die Rückzahlungsfähigkeit des laut Vertrag zur Rückzahlung allein verpflichteten Hauptschuldners nicht zum Besten steht. Die Interzedentin weiß es nicht. Sie mag gewisse Eckdaten, Fakten und Zahlen kennen, vermag diese aber nach der ausdrücklichen Vorstellung des Gesetzgebers [19] nicht mit jener Präzision und Fachkenntnis zu einer verlässlichen Zukunftsprognose zu verdichten, die für ihre in aller Regel weitreichende Interzessionsentscheidung erforderlich wäre. Zwar kann niemand verlässlich in die Zukunft sehen. Aber die Bank kann das in aller Regel besser als ein Interzedent. Das Wesen der Gutstehung liegt gerade darin, nur notfalls – wenn sich also die Dinge anders als geplant entwickeln – in Anspruch genommen zu werden. Weiß die Bank zum Interzessionszeitpunkt bereits mehr darüber, dass und wieso dieser Plan voraussichtlich nicht aufgehen wird (zum Teil oder zur Gänze; der Gesetzestext erwähnt ausdrücklich beides), oder kann sie es bei Anwendung bankwirtschaftlicher Sorgfalt wissen, so muss sie dieses Wissen mit dem Interzedenten teilen. Mehr braucht sie nicht zu tun. Das wird aus dem letzten Satz des § 25c KSchG deutlich, der es zum Kausalitätskriterium erhebt, dass die von der Bank zu erteilende Information überhaupt geeignet war, an dem Entschluss des Interzedenten, gut zu stehen, etwas zu ändern.

Es geht hier also um eine Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme: Wer gutsteht, macht sich bestimmte Vorstellungen von der Rückzahlungsfähigkeit seines Hauptschuldners und damit von der Wahrscheinlichkeit, selbst in Anspruch genommen zu werden. Falls diese Vorstellungen aus kundiger Sicht ex ante zu korrigieren wären, muss die Bank sie korrigieren,

sonst verliert sie dieses Sicherungsmittel. Treffen die Vorstellungen hingegen zu, ist zB die Ausfallswahrscheinlichkeit im Abschlusszeitpunkt tatsächlich gering und tritt erst lange nach Krediteinräumung ein Ereignis ein, mit dem auch die Bank nicht rechnen konnte, etwa eine allgemeine Markteintrübung, so haftet der Interzedent selbst dann, wenn er nicht aufgeklärt wurde, weil es diesfalls schon an einem Tatbestandsmerkmal der Interzessionsregeln gefehlt hat, er demnach also gar nicht aufzuklären war.

### 6. Interzedenz qua Rückgriffsrecht?

Schon *Kellner* dehnt aufgrund der gesetzlichen Rückgriffsregeln unter Mithaftenden den Interzessionsbegriff auf jeden Mithaftenden aus: „Alle Regressberechtigten bedürfen gleichermaßen der Information über die wirtschaftliche Lage ihres Schuldners.“ [20] *Graf* verdichtet dies noch und erblickt nun eine „bemerkenswerte Meinungsdivergenz innerhalb verschiedener Senate des Höchstgerichtes, namentlich des dritten und des sechsten Senats“ [21]. Diese Prämisse ist allerdings ebenfalls fraglich, sagt doch auch der dritte Senat richtig: „Unter Interzession ist das Eingehen einer Verbindlichkeit in fremdem Interesse bzw im nicht ausschließlich eigenen Interesse zu verstehen. Der Begriff ist durch den wirtschaftlichen Zweck gekennzeichnet. Stets muss es sich um eine bestehende, materiell fremde Schuld handeln“ [22] und vor allem: „Entscheidend dafür, ob ein Interzessionsgeschäft vorliegt, kann nur der Parteiwille sein, der – wenn er nicht ausdrücklich erklärt wird – aus den Umständen beim Vertragsabschluss zu erschließen ist.“ [23]

Auch der vierte Senat, der mit 4 Ob 205/09i wegen des Gebots der Gleichbehandlung beider Interzessionsformen die gesetzliche Formvorschrift der Bürgschaft auf den Schuldbeitritt ausdehnt, sagt zunächst noch: „Aus-schlaggebend ist ausschließlich die Frage, ob der Dritte die Haftung für eine materiell fremde Schuld übernimmt“. Allerdings schließt er sich dann der Meinung an, eine materiell fremde Schuld liege dann vor, wenn dem zahlenden Interzedenten ein *Regressanspruch* gegen den ursprünglichen Schuldner zustehe. Von § 896 ABGB ist dabei allerdings nicht die

[15] EB RV 311 B1gNR 20. GP 26.

[16] Vgl *Ohmeyer* in Klang, ABGB I.1. zu § 1358.

[17] ÖBA 2010, 58, Punkt 2.2.

[18] *Kellner*, ÖBA 2012, 58, Punkt 2.3. mwN.

[19] Vgl EB RV 311 B1gNR 20. GP 26, Besonderer Teil Zu § 25c KSchG, 2.

[20] *Kellner*, ÖBA 2010, 58, Punkt 4.1.

[21] *Graf*, ZFR 2012, 168.

[22] 3 Ob 111/08g, eingangs der rechtlichen Beurteilung, mwN; dieses seltene Bei-

spiel eines ausdrücklich gekennzeichneten „Sonderfalls“ bzw Umgehungsgeschäftes, bei dem der Mann den Kredit braucht und die Frau den Kredit kriegt (Rollentausch), taugt allerdings nicht zur allgemeinen Referenzierung! [23] 3 Ob 1/09g

Rede. Und angesichts des roten Fadens, der sich durch diese E zieht, nämlich „des gleichen Zwecks und der faktischen Austauschbarkeit der verschiedenen Interzessionsformen“, nimmt es eigentlich Wunder, dass der vierte Senat nicht sogleich den Regressanspruch des Bürgen nach § 1358 ABGB als einzig anwendbare Regressnorm im Falle des Schuldbeitritts identifiziert, was nur konsequent wäre, wenn man dabei von materiell fremder Schuld ausgeht: Wie bei § 1358 ABGB soll letztlich nichts an Schuld beim Gutstehenden verbleiben, er hat ein vollständiges Regressrecht. Beim Regress nach § 896 ABGB wäre das nicht der Fall. § 896 ABGB sagt uns also nichts über das Vorliegen einer materiell fremden Schuld – auf die es tatsächlich ankommt.

Das Argument, bei solidarischer Verpflichtung sei stets der Eine der Gutstehender des Anderen und umgekehrt, verkennt auch, dass die Schuld des Einen aus seiner Gutstehung, die Schuld des Anderen hingegen aus seiner vertraglichen Rückzahlungsverpflichtung gegenüber dem Kreditgeber resultiert. Das Gesetz würde überhaupt keine Probleme der Auslegung bereiten, hätte es sich auf gesetzlich oder praktisch vertypete Formen der Gutstehung (Bürgschaft, Garantie) beschränkt; das war aber angesichts der Bankpraxis, die längst und vielfach mit Schuldbeitritten operierte, nicht mehr möglich, der Schuldbeitritt [24] musste für diese Belange den übrigen Interzessionsformen *expressis verbis* gleichgestellt werden. Man darf dabei aber nicht die übrigen Erfordernisse des Gesetzes übersehen, das einen strukturellen Unterschied zwischen Hauptschuldner und Gutstehendem macht, den die neuere Lehre einfach wegwischt.

Die Auffassung, für die Frage, ob Interzession vorliegt oder nicht, sei ausschlaggebend, ob dem Mitschuldner oder Bürgen ein Regressanspruch (nach § 896 ABGB) gegen den Hauptschuldner zusteht, ist ebenfalls fragwürdig, wenngleich 6 Ob 44/11f sie als „mittlerweile gesicherte Rechtsprechung“ bezeichnet. Das an dieser Stelle zuerst gegebene Zitat des sechsten Senats, RS 0119014, trägt diese Auffassung gerade nicht; erst T12 und T14 lassen sie ansatzweise erkennen; T15 wird als Zitat nicht bemüht, obwohl er lautet: „Entscheidend ist, dass

der Interzedent typischerweise damit rechnen kann, die Schuld – zumindest (!) wegen seines Regressanspruchs – letztlich materiell nicht tragen zu müssen.“ Der Regressanspruch kommt hier also nur als eine Unterform des Plans vor, die übernommene Schuld letztlich nicht selbst tragen zu müssen. T15 verweist auf 8 Ob 5/11k, und diese knappe Zurückweisungsentscheidung letztlich auf 3 Ob 111/08g, die sich dann näher mit dem Thema beschäftigt. Aber auch diese Entscheidung betont ihre Eigenschaft eines „Sonderfalles“ [25].

Es dürfte sich bei der Aufnahme und Wiedergabe dieses Leitsatzes um ein Redaktionsversehen handeln: Denn 3 Ob 111/08g hebt noch ausdrücklich hervor, dass dort mit der Kreditaufnahme *eine schon bestehende Schuld beider Ehegatten* abgedeckt wurde! Das heißt aber nichts anderes, als dass mit einer Zahlung der Ehefrau sowohl ihre eigene Schuld getilgt als auch die gemeinsame Schuld des Mannes abbezahlt wurde. Und nur in *diesem* letztgenannten *Umfang* erfolgte die Tilgung einer materiell fremden Schuld. Dabei stellte sich natürlich die Frage des Ausmaßes. Weil spezifisches Vorbringen und Feststellungen im Sachverhalt fehlten, musste und durfte das Höchstgericht dort nach § 896 ABGB von einer Belastung nach Kopfteilen, also je zur Hälfte ausgehen. Es betont aber gleichzeitig, wie praktisch alle (!) anderen Entscheidungen auch, dass Personen, die gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit als echte Mitschuldner eingehen, von den Interzessionsregeln nicht erfasst sind.

## 7. ... und welches Rückgriffsrecht?

Bei dem Regressrecht des Interzedenten handelt es sich um den vollständigen Ersatz des § 1358 ABGB! Denn § 896 ABGB hat ja nicht den Rückersatz des fremdschuldnerischen Interzedenten, sondern den Ausgleich unter mehreren Gesamtschuldnern zum Regelungsgegenstand [26]; dieses Ausgleichsrecht verläuft gewissermaßen horizontal, während der Rückgriff nach § 1358 ABGB vertikal verläuft und bekanntlich über die Regelung des Bürgenregresses weit hinaus

geht: Er findet auf Jeden Anwendung, der eine fremde Schuld bezahlt, für die er persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet [27]. Sein Anwendungsgebiet erstreckt sich schlechthin auf alle Fälle, in denen jemand nach der Rechtslage eine Schuld zu zahlen genötigt ist, die ihn nichts angeht [28]! § 25c KSchG versteht das Verhältnis zwischen Interzedent und Hauptschuldner gerade als ein vertikales, bei dem der Eine materiell schuldet und der Andere nicht. Es besteht daher zwischen Interzedent und Hauptschuldner kein Rückgriffsanspruch nach § 896 ABGB!

## 8. Der Fall der Reitstallfinanzierung

Orientiert man sich an § 896 ABGB für die Frage, ob die Interzessionsregeln überhaupt anwendbar sind oder nicht, so schwächt man am Ende die Rechte des Interzedenten. Das sei am Beispiel einer Reitstallfinanzierung gezeigt: Gegeben sei ein Vater, dessen Tochter ihn bittet, sich an ihrem geplanten Reitstall finanziell zu beteiligen, was er jedoch ablehnt. Immerhin unterstützt er seine Tochter anlässlich deren eigener Kreditaufnahme über 100.000, für die er *bürgt*. § 25d KSchG brauchen wir nicht mit zu bedenken, denn der Vater war und ist vermögend und nicht etwa einkommensschwach; die Tochter allerdings schon. Kann die Tochter nichts zurückzahlen, muss der Vater 100.000 an die Bank leisten und hat dann zufolge § 1358 ABGB das Recht, von seiner Tochter 100.000 zu regressieren. War er aber auf ihre tristen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht gesetzesgemäß hingewiesen worden etc, muss er zufolge § 25c KSchG die ganzen 100.000 *nicht* zahlen [29]. Variieren wir den Fall nur leicht und lassen den Vater demselben Kreditvertrag der Tochter *als Solidarschuldner* beitreten: Erblickt man seinen Regressanspruch in § 896 ABGB, so hat er nach geschehener Abstattung der ganzen Schuld (100.000) an die Bank lediglich einen Regressanspruch auf 50.000 gegen seine Tochter. Bei Anwendung der neuen Lehre wäre er hier nur für 50.000 überhaupt Interzedent und müsste gegebenenfalls diese 50.000 nicht an die Bank zahlen, die anderen 50.000

[24] „Mitschuldnerschaft entsteht häufig dadurch, dass mehrere Personen auf einer Vertragsseite Vertragspartner werden. Diese Konstellation ist hier nicht von Interesse, sondern bloß der **Beitritt zu Interzessionszwecken (Gutstehung)**. Der Schuldbeitritt hat in solchen Fällen im wesentlichen dieselbe Funktion wie die Bürgschaft und wird von Banken öfters an ihrer Stelle gewählt.“ P. Bydliński, Kreditbürgschaft<sup>2</sup> 26f; Hervorhebungen im Original;

[25] Bei dem die Beklagte aufgrund eines Kredit- und Girovertrages Hauptschuldnerin wurde, ihr Ehemann der Verbindlichkeit als Bürge beitrug und die Gesamtkonstruktion nur deshalb gewählt wurde, weil der Mann von der Bank als kreditunwürdig eingestuft worden war; also ein Rollentauschfall (vgl unten Punkt 13.), von dem wir uns nicht allzu viel Aufklärung für den Normalfall erwarten dürfen.

[26] *Gamerith* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Rz 1

zu § 896.

[27] *Gamerith* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Rz 2 zu § 1358; *Mader/Faber* in Schwimann, ABGB Rz 1-2 zu § 1358.

[28] *Ohmeyer* in Klang, ABGB I.1. zu § 1358 mwN.

[29] Dies war im Wesentlichen der Sachverhalt, der 8 Ob 122/05g zugrundelag.

hingegen sehr wohl, denn hinsichtlich dieser darf er sich nicht regressieren. In einen Fall (Form Bürgschaft) wäre der Vater also zu 100% Interzedent, im anderen Fall (Form Schuldbeitritt) nur zur Hälfte. Die Interzessionsregeln lassen jedoch eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Interzessionsformen Bürgschaft, Solidarschuld und Garantie nicht zu, im Gegenteil, es sollen alle Interzessionsformen gleich behandelt werden. Außerdem wäre es eine Schlechterstellung des Interzedenten gegenüber dem bisherigen Verständnis, nach dem er in beiden Varianten zu 100.000 für materiell fremde Schuld gutsteht.

§ 896 ABGB zum Entscheidungskriterium für Interzedenz zu machen hieße also buchstäblich, das Pferd von der falschen Seite aufzäumen. Derjenige Interzedent, den § 25c KSchG im Auge hat, hat deswegen ein Regressrecht gegen den Hauptschuldner, weil er nur Interzedent ist, aber nicht umgekehrt. Würde man Interzedenz ebenso vom Bestand eines Regressrechts abhängig machen wie umgekehrt das Regressrecht von Interzedenz, was bereits das Gesetz in §§ 1344, 1358 ABGB macht, läge ein Zirkelschluss bzw eine Nullreferenz vor. Deswegen knüpft das Gesetz axiomatisch an etwas anderes, nämlich an *des Dritten* Akt des *Verpflichtens dem Gläubiger gegenüber für den Schuldner* (§ 1344 ABGB) bzw später dann nur mehr schlicht an die *fremde Schuld* (§ 1358 ABGB). Wann liegt das vor?

## 9. Das Synallagma als negative Abgrenzung

ME [30] muss man begrifflich den Mitkreditnehmer vom Interzedenten abgrenzen, weil der *Mitkreditnehmer* eben eine Unterform von *Kreditnehmer* ist. Und dieser ist vom Gesetz überhaupt nicht erfasst. Der Kreditnehmer steht, anders als der Interzedent, zum Kreditgeber in einem vertraglichen Austauschverhältnis und erhält die Kreditvaluta (auch) in seine Verfügungsgewalt übertragen [31]. Nur zu ihm begründet die Bank überhaupt eine Geschäftsverbindung, nicht aber zum

Bürgen (oder sonstigen Interzedenten), der doch keinerlei Leistung der Bank in Anspruch nimmt, sondern der vielmehr selbst die charakteristische Leistung erbringt [32]. An Ziffer 47 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Bankgeschäft (ABB), die den Anspruch auf Bestellung von Sicherheiten der Bank gegenüber ihrem Kunden regelt, wird das deutlich: „Der Sicherstellungsanspruch ist ausdrücklich auf Ansprüche *aus der Geschäftsverbindung* zwischen Kreditinstitut und Bankkunde beschränkt. Vor allem ergibt sich aus dieser Einschränkung, dass derjenige, der dem Kreditinstitut gegenüber die *Bürgschaft* übernommen hat, *nicht* nach Ziffer 47 ABB 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.“ [33] Aber auch dann, wenn jemand, der bereits aufgrund der Inanspruchnahme von Bankleistungen Kunde des Kreditinstituts ist, diesem gegenüber die Bürgschaft für die Schuld eines Dritten übernimmt, gilt Ziffer 47 für die Bürgenschuld nicht, weil es sich insofern um keinen Anspruch des Kreditinstituts „aus der mit dem Kunden bestehenden Geschäftsverbindung“ handelt. Die Bürgschaftsübernahme hat nämlich normalerweise keinerlei Bezug auf die zwischen Kreditinstitut und Kunde bestehende Geschäftsverbindung, was sich auch daran zeigt, dass das Kreditinstitut sicherlich auch einen ebenso zahlungskräftigen Nichtkunden als Bürgen akzeptieren würde [34].

Mit dem telos des Gesetzes lässt sich so hervorragend vereinbaren, dass (und warum) nicht *jede* auftretende Asymmetrie in der Informationsbeschaffungsmöglichkeit zu Konsequenzen führt: Wer nämlich, wie zB ein Bürge, nichts an Gegenleistung bekommt und bekommen soll von der Bank, wer also nur gutsteht, umgekehrt aber seinerseits (gegebenenfalls) die charakteristische Hauptleistung

erbringt, indem er zahlt, was der Hauptschuldner nicht vermag, der ist *besonders schutzwürdig*, schutzwürdiger als ein Kreditnehmer, der zwar auch nicht immer letzte Klarheit über die wirtschaftlichen Verhältnisse seines Mit-Kreditnehmers haben wird, aber immerhin an der Hauptleistung der Bank profitiert! Alles andere hätte wesentlich tiefere Reflexionen des Gesetzgebers über seinen Eingriff in die Privatautonomie erfordert und daher auch gezeitigt.

Abzustellen ist also zur Abgrenzung nur auf das Synallagma. Die Gemeinsamkeit aller Kreditgeschäfte liegt nach *Bollenberger* darin, dass sie auf die Verschaffung von Kapital oder von Kaufkraft gerichtet sind [35]. Spätestens in der Neufassung des § 983 ABGB ab 11.6.2010 ist die Hingabe vertretbarer Sachen an den Darlehensnehmer durch den Darlehensgeber vertragliche Hauptleistungspflicht [36]. „Kreditvertrag“ heißt seither der entgeltliche Darlehensvertrag über Geld (§ 988 ABGB nF, der nun ausdrücklich den „Kreditnehmer“ zur einen Partei dieses Vertrages macht). Die meisten der bisher beurteilten Interzessionsfälle haben sich zwar schon zuvor ereignet. Aber auch schon vor Inkrafttreten des Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetzes war nach hL im Zweifel davon auszugehen, dass mit der Vereinbarung der Zurverfügungstellung von Geld ein Geldkreditvertrag (nach neuer Terminologie im Sinne des § 988 ABGB) gewollt war und die Vereinbarung nicht bloß als Vorvertrag zu einem Realkontrakt zu verstehen war, wenn es sich wie im Bankgeschäft typischerweise um eine verzinsliche Kreditgewährung handelte [37].

Vor diesem Hintergrund kommt dem Merkmal des mehr oder weniger stark ausgeprägten „Eigeninteresses“ des (eben fraglichen) Interzedenten keine wesentliche Abgrenzungskraft mehr zu: Nicht nach dem jeweils eigenen Interesse bestimmt sich dann die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Interzessionsregeln. Sondern die Interzessionsregeln sind angezeigt, wenn Bürgschaft, Garantie oder Schuldbeitritt vorliegen. Sie sind aber nicht anwendbar, wenn und soweit feststeht, dass die Person, deren

[30] Vgl schon *Wallner*, ÖBA 2007, 339 [1.1.2.].

[31] Wir dürfen hier nicht an der Oberfläche kleben bleiben: Wenn zB die Ehefrau den Kreditvertrag mitunterschreibt, wird sie – anscheinend – dadurch auch verfügungsbehaftet über die Kreditvaluta, selbst wenn sie zustimmt, dass die Valuta gänzlich an den Ehemann ausbezahlt wird. Es kann doch aber wohl nur auf das von den Parteien Gewollte ankommen: Eine Unterschrift macht noch keinen Vertrag, und Auslegung wird häufig ergeben, dass die alleinige Zurverfügungstellung der

Kreditvaluta an den Ehemann gewollt war.

[32] *Kellner* (ÖBA 2010, 58) „vermutet“ ausdrücklich, angesprochen seien jene Solidarschuldner, die Partner des Grundgeschäftes sind und denen also ein Anspruch auf die Leistung des Kreditnehmers zusteht und die kraft Gesetzes die Gegenleistung dafür solidarisch schulden.

[33] *Iro* in BVR<sup>2</sup> I Rz 1/224 mwN, der ergänzt: „Daran ändert sich auch nichts, wenn in der Bürgschaftsvereinbarung die subsidiäre Geltung der ABB vorgesehen sein sollte, weil das nur so verstanden werden kann, dass

der Bürge damit hinsichtlich der Rechte und Pflichten einem Kunden im Sinne der ABB gleichgestellt wird. Daraus folgt aber noch nicht die Anwendbarkeit der Ziffer 47, weil es dafür eben an einer Geschäftsverbindung fehlt.“

[34] *Iro* in BVR<sup>2</sup> I Rz 1/224

[35] *Bollenberger* in BVR<sup>2</sup> IV Rz 11 mwN.

[36] *Bollenberger* BVR<sup>2</sup> IV Rz 1/6.

[37] *Bollenberger* in BVR<sup>2</sup> IV Rz 1/10 mwN zur früheren deutschen Rechtslage; vgl auch *Laurel*, BWG<sup>3</sup> Rz 9 zu § 1.

Interzedenteneigenschaft in Frage steht, selbst als Kreditnehmerin auftreten wollte und der Kreditvertrag auch ihr gegenüber erfüllt worden ist [38]. Umgekehrt sind sie auch dann anwendbar, wenn Interzession schon kraft Rechtsform vorliegt [39]: Ein Bürge ist begriffsnotwendig immer Interzedent, ein Garant auch [40], und ein Mitschuldner kraft Schuldbeitritts ebenso, weil seine Mithaftung aus Interzession und nicht aus Mitkreditnehmerschaft resultiert.

Man kann auch nicht die Haftung für formell eigene, aber materiell fremde Schuld mit dem Regressrecht einfach gleichsetzen, weil es regelmäßig demjenigen, der solidarisch und gleichberechtigt neben einem Anderen eine Kreditschuld begründet (Mitekreditnehmer), auch hinsichtlich jenes Teils, für den sich der Andere intern zur Rückzahlung verpflichtet hat, an materiell fremder Schuld gebricht: Eine Wohnung mit 100 m<sup>2</sup>, die ein Paar gemeinsam bewohnt, und die es mit der Kreditvaluta anschafft, ist beider jeweils eigene Wohnung und nicht dasselbe wie zwei Wohnungen mit je 50 m<sup>2</sup>, die jeder von beiden allein bewohnt, selbst wenn deren Gesamtpreis gleich hoch wäre; schaffen sie die gemeinsame Wohnung mittels gemeinsamen Kredits an, sind sie anders zu behandeln, als wenn sie jeweils für den Kredit des anderen gutstehen.

## 10. Nochmals: die Materialien

Heinrich will zur Rettung der Konsistenz, Kellner folgend, besser eine Äußerung in den Materialien redundant werden lassen als eine Gesetzesbestimmung [41]. Hat man nur diese Wahl, ist das wohl die bessere. Noch besser wäre es freilich, gelänge eine Auslegung, die weder mit den Materialien (oder dem telos), noch schon gar mit dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch steht.

Liest man nochmals die Materialien, so formulieren sie bereits einleitend als „Ziel, das Niveau des Verbraucherschutzes im österreichischen Zivilrecht dort zu verbessern, wo sich Unzukömmlichkeiten ergeben haben, ohne die Interessen der Wirtschaft über Gebühr zu

beeinträchtigen.“ Man muss also nicht die eigentümliche Mechanik der Gesetzwerdungsvorgänge bemühen, sondern kann direkt nachlesen, dass die „Interessen der Wirtschaft“ vom Gesetz mitbedacht waren, und daher eine Regelung, die schlichtweg jeden Mitkreditnehmer zum Interzedenten des jeweils anderen macht, für den dann die Interzessionsregeln des § 25c KSchG (gänzlicher Entfall zumindest jenes Teils der übernommenen Haftung, der Interzession ist) und des § 25d KSchG (richterliche Mäßigungsmöglichkeit je nach subjektiven Voraussetzungen des Interzedenten bis zum gänzlichen Haftungsentfall für den Teil, der Interzession darstellt) gelten, die also die Interessen der Wirtschaft beeinträchtigen würde und auch kaum handhabbar wäre, nicht Gesetz geworden wäre. Das hat mit dem dort formulierten weiteren Ziel, bestehende Schutzlücken zu schließen, nichts zu tun: Diese können vielmehr geschlossen werden, wenn man sich auf einen ex ante handhabbaren Modus einigt, wem der Interzessionsschutz zugute kommen soll und wem nicht.

Die Lesart des „notwendigen Interzedenten“, die uns die neuen Arbeiten der genannten Autoren beschert, konfligiert auch in auffälliger Weise mit der Wortwahl in der Einleitung der EB, die von der „Verbesserung der Information mündiger Bürger“ spricht. Dem bereits referierten Gesetzesziel der Schaffung einer Informationssymmetrie zwischen Kreditgeber und Interzedenten entspricht die in der Einleitung der EB formulierte Überlegung, auf einem deregulierten, freieren Markt müssten dem Nachfrager entsprechende rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um seine Interessen selbst zu wahren. Dabei gehe es um Transparenz, Freiheit vor Irreführung und das Zurückdrängen von Überrumpelung. Die Interessen der Wirtschaft könnten dabei nicht unangemessen vernachlässigt sein, liege ein so verstandener effektiver Verbraucherschutz doch im Interesse jener Unternehmer, die sich dem Kunden gegenüber entsprechend fair verhalten [42]. Die wenig überraschende Kompromissformel lautet also offenkundig aber-

mals: privatautonom-uneingeschränkter Vertragsschluss nach erforderlichenfalls geschehener Aufklärung und geschaffener Informationssymmetrie ja, Überrumpelung und Ausbeutung nein!

Die Materialien selbst beleuchten die verfassungsrechtlichen Schranken [43]: „Aus grundrechtlicher Sicht kann die vorgeschlagene Regelung weiters als Abwägung zwischen dem Recht auf Eigentum und dem Recht auf Erwerbsfreiheit einerseits und dem – wohl auch durch übermäßige Verbindlichkeiten beeinträchtigten – Interesse an einer autonomen privaten Lebensgestaltung andererseits verstanden werden. Die Schranken, die die Verfassungsordnung dem Staat ganz allgemein für die Zulässigkeit von Eigentumseingriffen und im Besonderen für Eingriffe in die Privatautonomie auferlegt, werden durch den Entwurf nicht überschritten.“ [44]

Schließlich werden auch die *Präventivwirkungen* der vorgeschlagenen Neuregelungen angesprochen und dahingehend zusammengefasst, dass sich erfahrungsgemäß die Marktteilnehmer, insbesondere die Unternehmer, auf die im Konsumentenschutzgesetz enthaltenen Vorgaben einstellen und ihr Verhalten entsprechend ändern [45].

Dem Gesetzgeber geht es also um die Aufwertung der Entscheidungssphäre des typischerweise informationsbedürftigen Verbrauchers. Man hätte auch eine starre Mechanik einführen und Interzessionsgeschäfte von Verbrauchern oder im Familienkreis gänzlich untersagen oder beschränken können, aber das wollte man gerade nicht. Ebenfalls nur *Informationspflichten* enthalten bereits die mit dieser Novelle in das KSchG neu eingeführten §§ 25a (Kreditgeschäfte von Ehegatten) sowie 25b (Kreditverbindlichkeiten von Verbrauchern), auch wenn sie ob ihrer weitgehenden Sanktionslosigkeit in der Rezeptionsgeschichte der Interzessionsregeln ein Schattendasein führen [46]!

Laut EB sollen die neu statuierten Interzessionsregeln nur gelten bei einem **Beitritt** eines Dritten, für den der bis dahin etwas aus der Mode gekommene Begriff „Interzedent“ wiederbelebt wur-

[38] Die rechtliche *Erfüllung des Kreditvertrages* darf nicht mit dem faktischen *Erhalt der Kreditvaluta* oder der mit ihr angeschafften Sache gleichgesetzt werden: *Graf* (ZFR 2012, 169) bringt das Beispiel des teuren Ringes, den die Frau in Verwendung der Kreditvaluta vom Mann geschenkt bekommt, was auch dann nicht ihre Kreditrückzahlungspflicht auslöst, wenn der Mann ausfällt – diese faktische Verwendung der Kreditvaluta, zuvor noch deren Nettozufluss, sind lediglich Indizien auf der Sachverhaltsebene zur Auslegung des Parteiwillens, welche Art von Vertrag vorliegt!

[39] Falsch daher 7 Ob 65/04s = RdW

2004,592 = ÖBA 2005,51 (P. Bydliński) = ecolex 2005,41; im zweiten Rechtsgang 7Ob229/06m.

[40] Freilich muss hier demjenigen, der sich auf Umgehung beruft, ebenfalls wieder der Beweis offen stehen, die konkret gewählte Rechtsform habe nicht dem wahren Parteiwillen entsprochen;

[41] ÖBA 2012, 468.

[42] Doch verstehe es sich von selbst, dass auch ein solcher Verbraucherschutz „nicht über seine Ziele hinausschießen und der Wirtschaft im zunehmenden internationalen Wettbewerb nicht unnötige Restriktionen auferlegen soll-

te“. Und unter II. (Entwicklung und Inhalt des Entwurfs), 3., heißt es dann ein drittes Mal: „Dabei sollen aber die Interessen der Wirtschaft nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.“

[43] EB RV 311 BLG NR 20. GP 26 IV.

[44] EB RV 311 BLG NR 20. GP 26 IV 2.

[45] EB RV 311 BLG NR 20. GP 26 V.

[46] Die Materialien betonen zu § 25a KSchG die „Aufklärung von Ehegatten“, zu § 25b KSchG die „Informationspflichten des Gläubigers“; EB RV 311 BLG NR 20. GP 26, Besonderer Teil, Zu § 25a KSchG und Zu § 25b KSchG.

de, zu **einer fremden Verbindlichkeit** (Hervorhebungen im Original!) einer Person, die vom Interzedenten nicht nur grundsätzlich unterschieden ist, sondern sich auch dadurch auszeichnet, dass es ihre unstrittig eigene Verbindlichkeit ist. Diese Erwäggründe ziehen sich durch die gesamten Materialien des Besonderen Teils: Bemüht wird das „Risiko des Einstehenmüssens für eine materiell fremde Schuld“, das dadurch verringert werden soll. Ausdrücklich ist auch von einer „Warnfunktion“ die Rede: Eine Bürgschaft ist schließlich kein Kinderspiel, Garantie und Schuldbeitritt sind es schon gar nicht! Nur allzu viele Konsumenten scheinen aber genau das – oder eine „reine Formsache“ – anzunehmen, weil es ihnen jemand so gesagt hat. Und um sie dieser Illusion zu ihrem eigenen Schutz zu berauben, muss man sie warnen. Wenn schon die Bank nicht sicher ist, ob der Hauptschuldner den einzuräumenden Kredit zur Gänze aus eigener wirtschaftlicher Kraft zurückführen kann, dann soll der Gutstehende keinesfalls dieser Blauäugigkeit unterliegen. Die Bank kann das in aller Regel besser beurteilen als der gutstehende Verbraucher.

## 11. Der Fall der Motorradfinanzierung

ME wird latent übersehen, dass § 25c KSchG mit wirtschaftlicher Überforderung des Interzedenten nicht das Geringste zu tun hat, anders als § 25d KSchG, und anders auch als die Fälle der sittenwidrigen Interzession nach § 879 ABGB. Vielleicht sind manche Autoren geneigt, § 25c KSchG so auszulegen, dass man auch hier auf die Schutzwürdigkeit der Interzedentin Bedacht nimmt, was wie gesagt das Gesetz aber nicht anordnet.

Betrachten wir den häufigen Fall, dass ein Ehepaar gemeinsam einen Kredit aufnimmt, beide also laut Vertrag „als Kreditnehmer“ fungieren, die Kreditvaluta einem Kreditkonto, für welches beide zeichnungsbehaftet sind, gutgeschrieben wird, und schließlich der Mann das Geld –

mit Wissen der Bank – für den Kauf seines Motorrades verwendet [47]: Das ist keine Interzession! Dem Motorrad-Fall liegt zwar aus meiner Sicht tatsächlich meist ein Formenmissbrauch (dazu unten) zugrunde: Hatte die Mithaftende gar nicht vor, ihrem Mann (zum Teil) ein Motorrad zu schenken, sondern wird sie von der Bank oder von ihm nur als Gutstehende herangezogen, weil und soweit er sich den Kredit für das Motorrad nicht leisten kann, und wird sie dennoch unterschiedslos neben ihm als Kreditnehmerin tituliert, sprechen wir nicht über jenen Fall, den das Gesetz regelt, sondern über Umgehung. Aber wenn man Umgehung ausschließen kann, so liegt Mitkreditnehmerschaft und keine Interzession vor, die eben voraussetzen würde, dass die Ehefrau für einen Kredit des Mannes bürgt, garantiert oder seiner Schuld beiträgt. Haben beide den Kredit beantragt, abgeschlossen und die Kreditvaluta in ihre Verfügungsgewalt erhalten [48], ist der Kreditvertrag mithin ordnungsgemäß aufseiten der Bank erfüllt worden, so gebietet § 25c KSchG gerade nicht, die nicht Motorrad fahrende Ehefrau irgendwie zu schützen! Was die Frau mit der Kreditvaluta macht, ist ihre Sache. Stellt man also auf das Synallagma ab, erübrigen sich Überlegungen zum Nutzen wie zur Schutzwürdigkeit. Dieses Ergebnis ist nicht nur vom Wortlaut und der Intention des Gesetzes, sondern auch von der Privatautonomie her geboten: Wir dürfen doch nicht außer Acht lassen, dass sich im ersten Falle der Mitkreditnehmerschaft die Ehefrau aus welchen Gründen auch immer entschlossen hatte, mit der auch ihr zugezählten Kreditvaluta ihrem Mann etwas Gutes zu tun, während im zweiten – wenngleich weitaus häufigeren – Fall seiner Finanzschwäche mit der Gutstehung durch eine Dritte begegnet wird. Welcher der beiden Fälle vorliegt, ergibt Vertragsauslegung.

## 12. Eigeninteresse kein Ausschlusskriterium

Meine heftige Kritik an der älteren Rechtsprechung [49] geschah deswegen,

weil diese Rechtsprechung [50] bereits das Vorliegen jeglichen Eigeninteresses der Mithaftenden zum Anlass genommen hatte, die Interzessionsregeln auszuschließen. Man muss das Kind ja nicht mit dem Bade ausschütten [51]. So darf man eben das Gesetz nicht verstehen, auch die Materialien geben dafür keinen Anlass. P. Bydliński hatte früh gezeigt, dass ein gewisses Eigeninteresse aufgrund von § 25d Abs 2 Z 3 KSchG geradezu systemimmanent ist [52]. Nachfolgende Entscheidungen haben das berücksichtigt und differenzierter geurteilt [53]. Hat sich zum Beispiel die Ehefrau aufgrund dringender Bitte ihres Ehemannes vorläufig entschlossen, als Bürgin seinen Kreditvertrag, den er als Hauptschuldner unterzeichnet, mitzuzeichnen, dann muss die Bank sie gegebenenfalls darauf hinweisen, dass ihn die Erträge aus dem neuen Unternehmen, das er mit der Kreditvaluta nun zu gründen gedenkt, gemäß der mit bankwirtschaftlicher Sorgfalt durchgeführten Prognose voraussichtlich nicht in die Lage versetzen werden, die Kreditvaluta zur Gänze aus eigener wirtschaftlicher Kraft zurückzuzahlen, weil die Bürgin andernfalls denkt, die Beteuerungen ihres Ehemannes seien stichhältig, folglich sei die Wahrscheinlichkeit ihrer eigenen Inanspruchnahme tatsächlich gering – und privatautonom eine falsche, weil auf falschen Vorstellungen beruhende Entscheidung (zur Gutstehung) trifft. Ihre allfällige Schutzwürdigkeit aufgrund wirtschaftlicher Überforderung muss dabei völlig ausgeblendet werden. Dass sie vielleicht als Mutter seiner Kinder insofern auch ein Eigeninteresse an dieser Kreditvergabe hat, als es dann nicht zur Fälligkeit alter Kredite gegenüber ihrem Mann und somit nicht – oder noch nicht – zu dessen Insolvenz und damit zum Verlust der einzigen Einkommensquelle der Familie kommt, spielt keine Rolle. Dies wäre noch nicht einmal relevant, wenn sie in untergeordneter Stellung im Unternehmen ihres Mannes beschäftigt ist, ja nicht einmal dann, wenn sie aufgrund ihrer spezifischen Stellung – denkbar als Buchhalterin – eigenen Einblick in seine finanziellen Ver-

[47] Das Beispiel dient Abgrenzungs- und Prüfzwecken: Obwohl natürlich auch Frauen Motorrad fahren, wird die Bank doch prima vista davon ausgehen, das mit der Kreditvaluta angeschaffte Gut diene nur ihm. Im Regelfall wird freilich meist kein Motorrad angeschafft, sondern manchmal ein Auto (obwohl die Frau keinen Führerschein besitzt) und häufig des Mannes Unternehmen oder Liegenschaft mit der Kreditvaluta dotiert.

[48] Entweder auf ihrem gemeinsamen Konto qua gemeinsamer Verfügungsbefugnis oder nur auf seinem Konto qua ihrer Zeichnungsberechtigung.

[49] So *Heinrich*, ÖBA 2012, 467 FN 18;

*dies*, JBl 2012, 359 FN 43.

[50] 7 Ob 65/04s; 7 Ob 89/04w; 5 Ob 33/05x; vgl im Einzelnen *Wallner*, ÖBA 2007, 339 [1.1.1.].

[51] Dieser geflügelten Warnung bedienen sich schon die Materialien (EB RV 311 BLG NR 20. GP 26 II. 3.): Das Problem der Mithaftung einkommens- und vermögensloser Personen für fremde (!) Verbindlichkeiten soll nicht dadurch gelöst werden, dass gleichsam „das Kind mit dem Bade“ ausgeschüttet und die Mithaftung finanziell schwacher Personen generell verboten wird, sondern durch einen Ausgleich zwischen den legitimen Interessen des Finanzierers und jenen der mithaftenden

Person.

[52] ÖBA 2005, 52.

[53] 3 Ob 1/09g: Ein bloßes Eigeninteresse des Haftenden reicht noch nicht aus, eine Interzession zu verneinen. Dies vor allem deshalb, weil das Mäßigungsrecht nach § 25d KSchG ua auf die Berücksichtigung des Nutzens des Interzedenten aus der Leistung des Gläubigers abstellt (Abs 2 Z 3 leg cit), sodass also dieser Nutzen (das Interesse) nicht schon der grundsätzlichen Qualifikation als Interzession schaden kann (RS0119014 T9); 4 Ob 205/09i; Ablehnung der Ansicht, dass ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Beitretenden eine Interzession ausschließe (RS0119014 T11).

hältnisse hat, weil die Aufklärungs- und Warnpflicht von der Bank wahrgenommen werden muss [54]: Nur diese verfügt über die erforderlichen bankwirtschaftlichen Kenntnisse und Informationen zur Gegenüberstellung der voraussichtlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners zu der übernommenen Kreditverbindlichkeit!

Für die Bürgschaftsform ist dieses Ergebnis unmittelbar einsichtig. Nach einhelligem Verständnis der gesetzlichen Anordnung kann es aber nicht darauf ankommen, ob die Ehefrau dabei „als Bürgin“, als Garantin oder als sonstige Mitschuldnerin ihre Gutstehung leistet: Alle Interzessionsfälle werden gleich behandelt [55], nur die *Pfandbestellung* nicht (trotz heftiger Kritik im Schrifttum); das ist zwar falsch, dies kann jedoch nur mehr der Gesetzgeber beheben [56].

### 13. Fälle des Formenmissbrauchs und des Rollentauschs

Auch nach *Heinrich* sei die Schuld des „in welcher Form auch immer Mithaftenden“ stets zum Teil als materiell fremde zu qualifizieren; somit komme es zur (Teil-) Anwendung der Interzedentenschutzvorschriften, wenn die Kreditaufnahme für den Gläubiger erkennbar nicht bloß im Interesse des Mithaftenden steht und diesem „daher“ ein Rückgriffsanspruch in bestimmten Umfang zustehe [57]. Erfolge die Kreditaufnahme demgegenüber – für den Gläubiger erkennbar – ausschließlich im Interesse des Mithaftenden und stünde diesem daher ein Rückgriff gegenüber dem formellen Hauptschuldner nicht

offen, sei das Geschäft nach den wahren Verhältnissen zu beurteilen und der Hauptschuldner (!) über die finanziellen Verhältnisse des „Mithaftenden“ aufzuklären. Auf diese Weise könnten derartige „Rollentauschfälle“ gelöst werden. Auch bei diesen liege keine „echte Mitschuld“ im Sinne der EB vor.

Derartige „Rollentauschfälle“ [58] können methodisch exakt nur dadurch gelöst werden, dass man sie, wofür die Autorin auch eintritt, nach den wahren Verhältnissen so beurteilt, dass in Wahrheit eben der Hauptschuldner der Mithaftende ist bzw nach dem übereinstimmenden Parteiwillen werden sollte, und der Mithaftende der Hauptschuldner [59], weil Umgehungsgeschäfte grundsätzlich derjenigen Rechtsnorm zu unterwerfen sind, die für das in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäft anzuwenden ist [60].

Rollentauschfälle sind allerdings Extremfälle [61] bzw eher selten [62]. Umgehungskonstruktionen gibt es hingegen häufig. *P. Bydlinski* spricht sie mehrfach an [63]: „So soll es dem Vernehmen nach kein Einzelfall sein, dass Banken Ehegatten eines Kreditwerbers nicht bloß als Bürgen, sondern gleich als Mitkreditvertragspartner verpflichten.“ [64] § 25c KSchG müsse hier Anwendung finden, wenn nicht bereits durch Anwendung der *falsa-demonstratio*-Regel, so zumindest im Analogieweg. Diese Fälle des *Formenmissbrauchs* [65] sind in der Praxis tatsächlich sehr häufig: Die Formularvordrucke mancher Banken scheinen überhaupt keine Form der Interzession mehr zu kennen, dort gibt es nur noch „Kreditnehmer“. Aber falls es gelingt,

die Umgehung zu beweisen [66] bzw die wahre Vertragsnatur nach § 914 ABGB zu enthüllen, macht die Anwendung der Interzessionsregeln keine Schwierigkeiten. Auch aus der latenten Missbrauchsgeneigtheit folgt also nicht, dass jeder Mitkreditnehmer jeweils Interzedent des anderen ist.

### Fazit

Dass die „kurze Äußerung“ des Gesetzgebers in den Materialien zur KSchG-Novelle 1997 „wohl nicht mit allen Konsequenzen durchdacht“ war [67], mag zwar zutreffen, rechtfertigt es aber nicht, den Anwendungsbereich der Interzessionsregeln völlig unabhängig von der Intention des Gesetzgebers neu zu gestalten.

Sowohl Wortlaut als auch telos des Gesetzes – § 25c KSchG – erfordern einen Interzedenten, der vom Hauptschuldner strukturell verschieden gedacht ist insofern, als er dessen Verbindlichkeit als Gutsteher beiträgt; auf die dafür gewählte Form kommt es nicht an. Wie sonst auch ist die wahre Vertragsnatur bzw die Absicht der Parteien iSd § 914 ABGB zu erforschen, ob sie einen Kredit aufnehmen oder sich als Gutsteher zur Verfügung stellen wollten.

Wem gegenüber die Bank die Hauptleistungspflicht des Kreditvertrages erfüllt hat, der ist nicht Interzedent, auch nicht zum Teil. Es gibt keine Teilinterzession. Eine Person kann aber für bestimmte Teile der Kreditvaluta interzediert und andere Teile derselben unmittelbar empfangen haben.

[54] RS0113880: „Der Gläubiger [...] hat den interzedierenden Verbraucher auch dann auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners hinzuweisen, wenn der Interzedent über dessen finanzielle Situation Bescheid weiß. Dies dient der Verminderung des Risikos für den Interzedenten und seiner nachdrücklichen Warnung.“

[55] RS0124086: „Der Begriff der Interzession wird durch den wirtschaftlichen Zweck gekennzeichnet. Es macht keinen Unterschied, ob die Übernahme der Verpflichtung in der im Gesetz angeführten typischen Form eines Schuldbeitritts als Mitschuldner, Bürge oder Garant oder aber in einer dieser Formen wirtschaftlich gleichwertigen Form geschieht. [...]“

[56] 9 Ob 16/06b: „Die ohne Zweifel gewichtigen Überlegungen *P. Bydlinskis* ändern daher nichts an der bereits in der Leitentscheidung vertretenen Auffassung des erkennenden Senats, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes fehlen und daher eine analoge Anwendung des § 25c KSchG auf die Pfandbestellung nicht möglich ist. Eine entsprechende Änderung kann daher nur der Gesetzgeber selbst herbeiführen.“; vgl RS0116829.

[57] ÖBA 2012, 468.

[58] Wie sie übrigens schon 1935 bekannt waren, vgl *Ohmeyer* in Klang, ABGB IV § 1358 ABGB („... wenn die Schuld vom Hauptschuldner für Rechnung des Zahlers eingegangen wurde, so daß der Hauptschuldner eigentlich Gutsteher war, ...“).

[59] Vgl *P. Bydlinski*, Kreditbürgschaft<sup>2</sup> 24 mwN.

[60] EvBl 1988/10; 7 Ob 602/89; 3 Ob 614/89

[61] *P. Bydlinski*, ÖBA 2005, 52.

[62] Gewiss kommt es immer wieder einmal vor, dass sowohl dem kreditwürdigen Schuldner als auch seiner zumeist als Mithaftenden präsentierten (oder besser: herangezogenen) Lebenspartnerin als auch schließlich der kreditgebenden Bank auf jener unteren Ebene, auf der die Kreditaushandlung stattfindet, vollkommen bewusst ist, dass die Bonität des wahren Hauptschuldners für die Kreditausreichung keinesfalls hinreicht und dieser daher „verkleidet“ werden muss, will man das Kreditgeschäft dennoch abwickeln. Zu offensichtlich ist jedoch, kratzt man nur ein wenig an der Oberfläche, meist die Umgehungabsicht.

[63] Noch zaghaft in Kreditbürgschaft<sup>2</sup>

30: „Zuweilen kommt es auch vor, dass sich jemand bloß als *Interzedent* zur Verfügung stellen will, dann aber einen Vertrag unterfertigt, in dem er als *Mitkreditnehmer* (bzw Mitleasingnehmer) bezeichnet wird. Häufig wird Auslegung in solchen Fällen nur einen Sicherungs-Schuldbeitritt ergeben; etwa dann, wenn dem Gläubiger die bloße Interzessionsabsicht klar erkennbar war und der Vorteil aus dem Geschäft nur dem eigentlichen Partner zukam. Andernfalls könnten die Rechte des (nur) Interzessionswilligen ja in bedenklicher Weise beschnitten werden.“

[64] *P. Bydlinski*, ÖBA 2005, 52.

[65] Näher dazu *Wallner*, ÖBA 2007, 339 [1.2.].

[66] Indizien dafür sind beispielsweise, wer kreditbedürftig war, aus welchem Grund und zu welchem Zweck, wem die Kreditvaluta laut Auszahlungsanordnung zukommen sollte und wem sie tatsächlich zugekommen ist, auf wessen Konto sie ausbezahlt wurde, wer dessen Inhaber war, ggf. auch eine darauf eingeräumte Zeichnungsermächtigung, sowie schließlich der Kreditantrag: wer hat ihn gestellt, und was ist darin angegeben?

[67] *Heinrich*, ÖBA 2012, 467.



Ein gewisses Eigeninteresse des Interzedenten wird nahezu immer vorliegen und schadet nicht für seine Einordnung als Gutsteher. Lediglich dann, wenn sich seine Rolle nicht mehr von derjenigen des Hauptschuldners unterscheiden lässt, sodass die vom Gesetz für seine Anwendbarkeit erforderliche Unterscheidbarkeit von Gutsteher und Hauptschuldner nivelliert wäre, entfällt die Anwendung der Interzessionsregeln.

§ 896 ABGB bietet keinerlei Handhabe für die Entscheidung, ob Gutstehung vorliegt oder nicht. Im Innenverhältnis zwischen Hauptschuldner und Interzedent besteht kein Rückgriff nach § 896 ABGB, sondern nach § 1358 ABGB. ♦

### Literaturverzeichnis

*Apathy / Iro / Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>2</sup> (BVR<sup>2</sup>).

*Bydlinski P.*, Die Kreditbürgschaft<sup>2</sup> (2003).

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

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>3</sup>.

*Graf*, Gegenüber welchen Mitschuldern gelten die §§ 25c und 25d KSchG? Anm zu OGH 6 Ob 44/11f, ZFR 2012, 165.

*Heinrich*, Anm zu 6 Ob 44/11f, ÖBA 2012, 467.

*Heinrich*, Die Interzedentenwarnung nach § 25c KSchG unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der „echten Mitschuld“, JBI 2012, 359.

*Kellner*, Anm zu den E 1 Ob 31/09d und 3 Ob 1/09g, ÖBA 2010, 58.

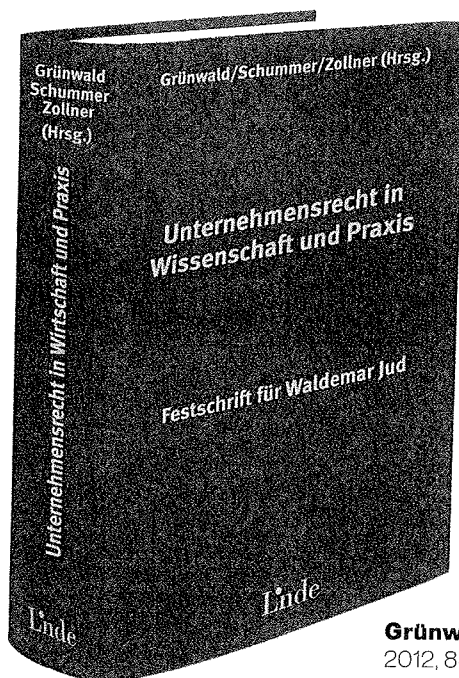
*Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, Vierter Band (1935).

*Laurer / Borns / Strobl / Schütz*, Kommentar zum Bankwesengesetz<sup>3</sup>.

*Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB<sup>3</sup>.

*Wallner*, Interzession von Verbrauchern, ÖBA 2007, 339.

## 45 Beiträge mit aktuellen Themen



- Gesellschaftsrecht
- Kartell- und Wettbewerbsrecht
- Streitbeilegung
- Bank- und Versicherungsrecht
- Kartell- und Wettbewerbsrecht
- Steuer- und Abgaberecht
- Kapitalmarktrecht
- u.v.m

**Grünwald/Schummer/Zollner (Hrsg.)**

2012, 848 Seiten, Ln.

ISBN 978-3-7073-1933-0

EUR 138,-

Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise inkl. 10 % MwSt.