

aufgeklärt wurde, wird der Warnfunktion der Aufklärungsobliegenheit nicht gerecht.

OGH 26. 1. 2006, 8 Ob 121/05k

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Mutter des Heinz R. (in der Folge immer: Kreditnehmer) führte in S. ein Schuhgeschäft. Dieses Schuhgeschäft befand sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Aus diesem Grund nahm nicht die Mutter des Kreditnehmers, sondern der Kreditnehmer gemeinsam mit seinem Bruder bei der Klägerin einen Kredit über ATS 1,3 Mio auf. Der Kreditnehmer eröffnete in B. ein Schuhgeschäft, um hohe Lagerbestände des Schuhgeschäftes seiner Mutter abzubauen zu helfen und die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Mutter zu lösen.

Mit Kreditvertrag vom 10. 5. 2000 räumte die Klägerin dem Kreditnehmer zu Kontonummer 13.067.145 einen jederzeit wieder ausnutzbaren Kredit über ATS 200.000 mit einer Laufzeit bis 9. 5. 2005 ein. Diese Kreditaufnahme diente dazu, Geld für den Betrieb des Schuhgeschäftes in B. flüssig zu haben.

Vor dieser Kreditvergabe war der Klägerin bereits bekannt, daß der Kreditnehmer monatlich € 1.100 bis 1.200 verdiente. Der Klägerin war auch bekannt, daß die Mutter des Kreditnehmers das Schuhgeschäft in S. führte und daß der Kreditnehmer und sein Bruder den Kredit über ATS 1,3 Mio deshalb aufgenommen hatten, weil sich das Schuhgeschäft der Mutter des Kreditnehmers in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Der Klägerin war bekannt, daß die Mutter des Kreditnehmers die Kreditraten bezahlen sollte. Zum Zeitpunkt der Aufnahme des Kredites über ATS 200.000 (10. 5. 2000) war der zuvor aufgenommene Kredit über ATS 1,3 Mio auf ATS 1,22 Mio reduziert worden. Der Klägerin war zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme 10. 5. 2000 ferner bekannt, daß der Kreditnehmer Alleineigentümer eines Ein- bis Zweifamilienhauses war, wobei jedoch eine weitere Belastung dieser Liegenschaft zur Absicherung des nun gewährten Kontokorrentkredites über ATS 200.000 wirtschaftlich nicht mehr vertretbar schien, weil ein solcher Kredit auf der Liegenschaft nicht mehr ausreichend gedeckt gewesen wäre. Die Klägerin lehnte daher eine weitere Kreditvergabe in Form des Kontokorrentkredites von ATS 200.000 gegenüber dem Kreditnehmer ab, wenn er keinen Bürgen zur Absicherung des Kredites bringen könne.

Der Beklagte war ein sehr guter Freund des Kreditnehmers. Er wußte zum Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft zwar, daß die Mutter des Kredit-

nehmers ein Schuhgeschäft in S. und der Kreditnehmer ein Schuhgeschäft in B. führt. Wirtschaftliche Schwierigkeiten der Mutter des Kreditnehmers waren dem Beklagten ebensowenig bekannt wie die Schulden des Kreditnehmers. Der Beklagte wußte allerdings aufgrund eines Gespräches mit dem Kreditsachbearbeiter der Klägerin, daß eine Kreditvergabe nur aufgrund seiner Bürgschaft möglich sei. Der Beklagte wußte auch, daß der Kontokorrentkredit der Weiterführung des Geschäfts durch den Kreditnehmer in B. dienen sollte.

Der Beklagte übernahm zur Besicherung des mit Kreditvertrag vom 10. 5. 2000 eingeräumten Kontokorrentkredites die wechselmäßig unterlegte Haftung als Bürge und Zahler. Er unterfertigte am 10. 5. 2000 einen vom Kreditnehmer als Akzeptanten unterfertigten Blankowechsel als Bürge für den Annehmer sowie folgende Bürgschaftserklärung:

„Zur Sicherstellung aller Forderungen und Ansprüche aus Haupt- und Nebenverbindlichkeit jeder Art, die der ... Bank aus dem vorstehenden Kreditverhältnis in Höhe von ATS 200.000 sA erwachsen sind oder in Zukunft noch erwachsen werden, übernehme(n) ich (wir) ... die wechselmäßig unterlegte Haftung als Bürge(n) und Zahler gemäß § 1357 ABGB zur ungeteilten Hand. Gleichzeitig habe(n) ich (wir) den zu diesem Kreditvertrag hinterlegten Blanko-Deckungswechsel als Bürge(n) für den (die) Annehmer mitgefertigt ...“

Zu den Nebenverbindlichkeiten, die meine (unsere) Haftung umfassen, gehören vor allem sämtliche mit den Forderungen oder Ansprüchen aus dem Kreditverhältnis zusammenhängenden Zinsen, Zinseszinsen, Provisionen, Gebühren, Auslagen und Kosten, auch wenn diese bei den Abschlußterminen zum Kapital geschlagen werden und der verbürgte Betrag dadurch überschritten wird ...“

Neben einer Blanko-Gehaltsverpfändung unterfertigte der Beklagte am 10. 5. 2000 auch noch folgende

„ERKLÄRUNG

Anlässlich des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages (Garantievertrages) wurde ich über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt.

Insbesondere ist mir bewußt, daß nur entsprechende Sanierungsmaßnahmen den wirtschaftlichen Fortbestand des Kreditnehmers gewährleisten können und die Gefahr einer bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit nicht auszuschließen ist.

Die Kreditgewährung erfolgte ausschließlich/im wesentlichen aufgrund meiner Bürgschaft (Garantie) und mir ist das Risiko, das mit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung bzw Übernahme

1359.

§ 25c KSchG. Ein sorgfältiger Kreditgeber muß es zumindest ernstlich für möglich halten, daß ein ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann. In Verbindung mit einem relativ geringen Monatseinkommen des Kreditnehmers aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, stellt dies eine ausreichende Verdachtslage dafür dar, daß die Erfüllung der Kreditverbindlichkeit voraussichtlich nicht möglich sein werde. Ist eine Aufklärungsobliegenheit des Kreditgebers zu bejahen, trifft ihn die volle Behauptungs- und Beweislast dafür, daß er dieser Aufklärungsobliegenheit gänzlich nachgekommen ist. Die bloß formularmäßige Erklärung, daß der Bürge anlässlich des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers

me der Garantie verbunden ist, voll bewußt.“

Am 20. 11. 2002 wurde über das Vermögen des Kreditnehmers das Schuldenregulierungsverfahren eröffnet. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte die Klägerin den Kredit am 3. 2. 2003 fällig. Sie verständigte den Beklagten von der Fälligkeit des Kredites und forderte ihn zur Abdeckung der Kreditforderung auf.

Die Klägerin nimmt den Beklagten mit Wechselmandatsklage in Anspruch.

Der Beklagte wendet ein, er sei zum Zeitpunkt der Übernahme der Haftung Verbraucher gewesen. Die Klägerin hätte den Beklagten im Sinne des § 25c KSchG auf die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners hinweisen müssen. Der Hauptschuldner sei zum Zeitpunkt der Krediteinräumung bereits zahlungsunfähig gewesen. Tatsächlich habe die Klägerin eine solche Aufklärung unterlassen. Der gesamte Vorgang zur Abgabe der Unterschrift des Bürgen habe lediglich wenige Minuten gedauert. Die formularmäßig in die Bürgschaftserklärung aufgenommene „Erklärung“, daß der Beklagte über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt worden sei, habe nicht den Tatsachen entsprochen. Der Umstand der tristen wirtschaftlichen Situation des Kreditnehmers sei der Klägerin nicht nur bekannt gewesen, sie habe auch nur wegen dieser Situation auf einer Übernahme der Haftung durch den Beklagten bestanden. Jedenfalls gehe es zu Lasten der Klägerin, daß sie verabsäumt habe, eine sorgfältige Bonitätsprüfung über die Lage des Kreditnehmers anzustellen.

Das *Erstgericht* hielt den Wechselzahlungsauftrag mit der Maßgabe aufrecht, daß lediglich Zinsen in Höhe von 6% ab Verfallstag und keine Wechselspesen zuzusprechen seien und verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von € 16.791,75 sA.

Neben den eingangs wiedergegebenen Feststellungen traf das *Erstgericht* noch folgende Sachverhaltsfeststellungen:

„Für die Klägerin war am 10. 5. 2000 keineswegs absehbar, daß der Kredit nicht bezahlt werden könne. Vielmehr war es so, daß der Kredit, den der Kreditnehmer und sein Bruder für die Mutter aufgenommen hatten, bis 18. 5. 2001 auf ATS 1,22 Mio getilgt worden war. Wirtschaftliche Schwierigkeiten des Kreditnehmers waren für die Klägerin erst im November 2002 erkennbar. Die Klägerin war über die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens über das Vermögen des Kreditnehmers selbst überrascht.“

Das *Erstgericht* erachtete rechtlich, daß die Klägerin keine Verpflichtung ge-

troffen habe, den Beklagten iSd § 25c KSchG zu belehren, weil feststehe, daß ihr zum Zeitpunkt der Kreditvergabe gar nicht bewußt gewesen sei, daß der Kreditnehmer seine Verbindlichkeiten voraussichtlich nicht erfüllen werde. Im übrigen habe die Klägerin den Beklagten durch die wenn auch formularmäßige Erklärung deutlich darauf hingewiesen, daß die Übernahme seiner Bürgschaft das ausschlaggebende Element für die Kreditgewährung gewesen sei.

Das *Berufungsgericht* gab der dagegen vom Beklagten erhobenen Berufung nicht Folge und sprach aus, daß die ordentliche Revision zulässig sei, weil die Rechtsfrage zu lösen sei, ob und unter welchen Voraussetzungen den Interzedenten die Behauptungs- und Beweislast für eine Verletzung der Warn- und Informationspflicht des Kreditgebers nach § 25c KSchG treffe.

Rechtlich ging das *Berufungsgericht* davon aus, daß den Verbraucher die Behauptungs- und Beweislast sowohl für die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners, als auch für deren Erkennbarkeit im Zeitpunkt des Zustandekommens der Interzession treffe. Nur dann, wenn der Gläubiger aktiv für eine bereits bestehende Forderung die Einbeziehung eines Interzedenten betreibe, weise dies prima facie darauf hin, daß er die Einbringung der Forderung beim Hauptschuldner als nicht gesichert ansehe. Dieser Anschein sei jedoch nur dann zu bejahen, wenn es sich um die Gläubigerin einer bereits bestehenden Verbindlichkeit handle. Werde jedoch die Kreditvereinbarung mit der Hauptschuldnerin gleichzeitig mit der Übernahme der Wechselbürgschaft geschlossen, treffe die Beweislast dafür, daß dem Gläubiger die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners hätte bekannt sein müssen, den Bürgen. Dieser Behauptungs- und Beweislast sei der Beklagte nicht nachgekommen. Umstände, aus denen bereits im Mai 2000 zu erkennen gewesen wären, daß der Kontokorrentkredit voraussichtlich nicht aus den Erträgen des vom Kreditnehmer betriebenen Schuhgeschäftes abgedeckt werden könnte, seien weder hervorgekommen noch vom Beklagten in erster Instanz behauptet worden. Damit habe aber auch eine Aufklärungspflicht der Klägerin iSd § 25c KSchG gegenüber dem Beklagten nicht bestanden. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die vom Beklagten unterfertigte Erklärung der Informationspflicht nach § 25c KSchG genügen könnte.

Die dagegen vom Beklagten erhobene *Revision* ist zulässig, weil es einer Klarstellung bedarf, ob eine vom Bürgen unterfertigte formularmäßige Erklärung, daß er auf die wirtschaftliche Lage

des Hauptschuldners hingewiesen worden sei, ausreicht, der Aufklärungsobliegenheit in 25c erster Satz KSchG zu genügen. Die *Revision* ist auch berechtigt.

Tritt ein Verbraucher einer Verbindlichkeit als Mitschuldner, Bürge oder Garant bei (Interzession), so hat ihn der Gläubiger gemäß § 25c KSchG 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 gemäß § 25c Satz 2 KSchG nur dann, wenn er seine Verpflichtung trotz einer solchen Information übernommen hätte. Nicht strittig ist hier, daß es sich beim Beklagten um einen Interzedenten iSd § 25c KSchG handelt.

Die in § 25c KSchG angesprochene Aufklärungsobliegenheit des Kreditgebers soll das Risiko des Einstehens 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. Demzufolge hat der Gläubiger den Interzedenten darüber zu informieren, inwiefern die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erwarten läßt, daß dieser seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht (vollständig) erfüllen wird, sodaß die Haftung des Interzedenten schlagend wird (Erläut RV 311 Blg Nr 20. GP, 25; ÖBA 2000, 527; ÖBA 2001, 166 [Graf]; ÖBA 2002, 499 [Graf]; EvBl 2004/99). Die Rechtsfolge der unterbliebenen Aufklärung durch den Kreditnehmer nach § 25c KSchG, nämlich die Haftungsbefreiung des Interzedenten, tritt aber bei Unterbleiben der Information nicht schon jedenfalls, sondern nur dann ein, wenn der Kreditgeber bei Abschluß des Interzessionsvertrages erkannte oder erkennen mußte, daß der Kredit wahrscheinlich notleidend werden wird. Nur dann ist ein Verstoß gegen die Informationspflicht denkbar (EvBl 2004/99 mwN).

Die in der *Revision* angesprochene Frage der Behauptungslast bezüglich der Aufklärungsobliegenheit stellt sich hier nicht, weil die getroffenen Feststellungen ausreichen, die Aufklärungsobliegenheit der Klägerin zu bejahen: Daß – nach den Feststellungen des *Erstgerichtes* – die Klägerin nicht damit rechnete, daß der Kredit nicht zurückbezahlt werden könne, entband sie entgegen der Auffassung des *Erstgerichtes* deshalb nicht von ihrer Aufklärungsobliegenheit, weil damit die Rechtsfrage noch nicht beantwortet ist, ob die Klägerin nicht hätte

erkennen müssen, daß der Kreditnehmer seine Verbindlichkeiten voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird.

Hier steht fest, daß der Kreditnehmer zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kontokorrentkreditvertrages und zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages über ein monatliches Einkommen von € 1.100 bis 1.200 verfügte. Es steht ferner fest, daß der Kreditnehmer – um seiner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Mutter zu helfen – ein Schuhgeschäft in B. eröffnet hatte, für das er eine Finanzierung benötigte. Anhaltspunkte dafür, daß dem Kreditnehmer für die Führung dieses Schuhgeschäftes in B. irgendwelche Eigenmittel zur Verfügung standen, bestehen nicht: Ganz im Gegenteil steht fest, daß auch die dem Kreditnehmer gehörige Liegenschaft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr belastbar war. Für die Klägerin, die über das Einkommen des Kreditnehmers und über die Finanzlage des Unternehmens der Mutter des Kreditnehmers informiert war und die dem Kreditnehmer bereits einen Kredit von über ATS 1 Mio eingeräumt hatte, weil die Mutter des Kreditnehmers offenbar nicht mehr kreditwürdig war, mußten daher zumindest erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob der Kreditnehmer in der Lage sein werde, mit dem von ihm erzielten Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit und allfälligen Erträgen aus dem Schuhhandel die Kreditverbindlichkeit decken zu können: Ein sorgfältiger Kreditgeber muß es zumindest ernstlich für möglich halten, daß ein ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen (hier das Schuhgeschäft des Kreditnehmers in B.) in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann. Dieser Umstand in Verbindung mit dem relativ geringen Monatseinkommen, das der Kreditnehmer aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bezog, stellt eine ausreichende Verdachtslage dafür dar, daß die Erfüllung der Kreditverbindlichkeit voraussichtlich nicht möglich sein werde. Genau aus diesem Grund bestand die Klägerin ja auch erkennbar auf der Haftung des Beklagten. Daß zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme der der Mutter des Kreditnehmers gewährte Kredit bereits von ATS 1,3 Mio auf 1,22

Mio ATS reduziert worden war, ändert daran schon deshalb nichts, weil es sich dabei – gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Kreditnehmers – um eine nicht maßgebliche, für ihn positiv zu beurteilende Entwicklung handelt. Ganz im Gegenteil ist die Aufklärungsobliegenheit der Klägerin hier umso mehr zu bejahen, als ihr bekannt war, daß der Kreditnehmer auch noch Kredit-schuldner eines Kredites war, der zum maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kontokorrentkreditvertrages mit über ATS 1 Mio unberichtigt aushaftete. Daß geplant war, daß die Mutter des Kreditnehmers die Raten für diesen Kredit zurückzahlen würde, ändert an dieser Beurteilung deshalb nichts, weil gerade die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Mutter des Kreditnehmers dazu geführt hatten, daß nicht diese, sondern ihre Söhne den Kredit aufgenommen hatten. Bei dieser Sachlage mußte die Klägerin damit rechnen, daß die in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindliche Mutter des Kreditnehmers den für ihr Unternehmen durch die Söhne aufgenommenen Kredit nicht vollständig zurückbezahlen werde und dadurch die Haftung des Kreditnehmers auch für diesen Kredit und nicht nur für den hier aufgenommenen Kontokorrentkredit schlagend werden würde.

Ohne daß es weiterer Feststellungen bedürfte, ist daher eine Aufklärungsobliegenheit der Klägerin iSd § 25c KSchG zu bejahen. Dieser Aufklärungsobliegenheit ist die Klägerin durch die formularmäßige „Erklärung“ im Bürgschaftsvertrag nicht nachgekommen: Abgesehen davon, daß in dieser Erklärung – unrichtigerweise – auf „Sanierungsmaßnahmen“ hingewiesen wurde, die notwendig seien, um den wirtschaftlichen Fortbestand des Kreditnehmers zu erreichen, steht hier fest, daß eine Aufklärung über die konkrete Situation des Kreditnehmers durch die Klägerin bei Übernahme der Bürgschaft durch den Beklagten nicht erfolgte. Die bloß formularmäßige Erklärung, daß der Bürge anläßlich des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers aufgeklärt wurde, wird der Warnfunktion der im § 25c KSchG angesprochenen Aufklärungsobliegenheit nicht gerecht. Um dieser Auf-

klärungsobliegenheit nachzukommen, hat vielmehr der Kreditgeber konkrete Informationen über die wirtschaftliche Lage des Kreditnehmers (Einkommen; anderweitige Belastungen; konkrete wirtschaftliche Lage eines zu finanzierenden Unternehmens; Bilanzergebnisse) darzulegen.

Ist aber eine Aufklärungsobliegenheit des Kreditgebers iSd § 25c KSchG zu bejahen, trifft ihn die volle Behauptungs- und Beweislast dafür, daß er dieser Aufklärungsobliegenheit gänzlich nachgekommen ist (8 Ob 61/05m).

Für den hier zu beurteilenden Fall folgt daraus, daß der Beklagte deshalb nicht haftet, weil die Klägerin ihn über die wirtschaftliche Situation des Kreditnehmers nicht aufklärte. Daß der Beklagte auch dann, wenn eine entsprechende Aufklärung erfolgt wäre, die Bürgschaft übernommen hätte, hat die dafür behauptungs- und beweispflichtige Klägerin (1 Ob 107/00t) nicht vorgebracht.

In Stattgebung der Revision waren daher die Urteile der Vorinstanzen im Sinne einer Aufhebung des Wechselzahlungsauftrages und einer gänzlichen Abweisung des Zahlungsbegehrens abzuändern.

Anmerkung:

1. Die Entscheidungen des OGH zu § 25c KSchG reißen nicht ab. Das hat im wesentlichen zwei Gründe: Zum einen war und ist es nötig, die Grenzen der Vorschrift auszuloten: Wer wird geschützt? Wann hätte der Kreditgeber erkennen müssen, daß der Kreditnehmer seine Verpflichtung voraussichtlich nicht (voll) erfüllen wird? Wie muß die Information in concreto beschaffen sein? Kann sich der Kreditgeber darauf berufen, der Interzedent sei bei Abgabe seiner Haftungserklärung über die finanzielle Situation des Kreditnehmers bereits ausreichend informiert gewesen? Wen trifft wofür die Beweislast? Zu den meisten dieser Fragen hat das Höchstgericht in den letzten Jahren Stellung genommen, wenn auch nicht immer mit überzeugenden Ergebnissen [1]. Zum anderen benötigten die Banken offenbar einige Zeit – und gelegentlich wohl auch mehr oder weniger sanfte Hinweise des OGH –, um die Umsetzung gesetz-

[1] So will er dritten Pfandbestellern den Schutz des § 25c KSchG nicht gewähren (ÖBA 2002, 930 mit abl Anm von P. Bydlinski = JBl 2003, 47 mit abl Anm von Apathy; dagegen die gesamte Lehre, so neben den bereits Genannten auch etwa Eigner, ÖBA 2003, 920); ebenso wenig Personen, die ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung haben und da-

her nach dem OGH gar keine Interzedenten sind (ÖBA 2005, 910; ÖBA 2005, 51 und 52 mit abl Anm von P. Bydlinski; dagegen auch Kathrein in KBB § 25c KSchG Rz 3; Apathy in Schwimann, ABGB³ § 25c KSchG Rz 1). Gelöst hat sich das Höchstgericht hingegen erfreulicherweise von seiner vorher mehrfach vertretenen These, auch der bereits voll

informierte Interzedent könne sich auf den Verstoß des Kreditgebers gegen § 25c Satz 1 KSchG berufen (ÖBA 2006, 206 mit insoweit zust Anm von P. Bydlinski, wo der 8. Senat allerdings versucht, einen Unterschied zu den früher anders beurteilten Sachverhalten herauszuarbeiten).

konform zu gestalten. Lehrreiches Beispiel dafür ist der hier entschiedene Fall, der sich im Jahre 2000 ereignete. Auch wenn nunmehr bereits fast 10 Jahre seit Inkrafttreten der Vorschrift verstrichen sind und sich manches heute wohl kaum mehr so ereignen dürfte, scheinen zur Sicherheit einige Sätze zur Vorgehensweise des Kreditgebers aber durchaus zweckmäßig zu sein.

2. Meine ersten Bemerkungen betreffen die *Erkennbarkeit voraussichtlicher Zahlungsunfähigkeit bei Kreditfälligkeit*. Aufgrund der Besonderheiten des Sachverhalts, die hier nicht im einzelnen wiederholt werden sollen, meint der 8. Senat, die Kredit gebende Bank hätte es zumindest *ernstlich für möglich halten* müssen, daß der Kreditnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten könnte, da er sein Unternehmen ausschließlich fremdfinanzierte. Dies stelle in Verbindung mit dem bloß geringen Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit eine „ausreichende Verdachtslage“ dafür dar, daß die Erfüllung der Kreditverbindlichkeit voraussichtlich nicht möglich sein werde. Damit stehe ohne Notwendigkeit weiterer Feststellungen – entgegen der Rechtsansicht beider Vorinstanzen – eine Aufklärungsobliegenheit des Kreditgebers gemäß § 25c Satz 1 KSchG fest. Ob ein nach üblichem Verständnis ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen vorlag, ist nun aber alles andere als sicher: Der Kreditnehmer wollte seiner Mutter durch Eröffnung eines eigenen Geschäftes an einem anderen Ort helfen, Überkapazitäten ihres Schuhgeschäftes abzubauen. Es ist daher sehr zu vermuten, daß er die Schuhe seiner Mutter nicht gegen sofortige Bezahlung kaufte, sondern daß die beiden eine davon abweichende Vereinbarung getroffen hatten (zB Bezahlung erst nach Verkauf durch den Sohn, reduzierte Preise oä). Präzise Feststellungen dazu hätten die Wahrscheinlichkeit des unternehmerischen Scheiterns eventuell in anderem Licht erscheinen lassen.

3. Das Gesetz verlangt die *Erkennbarkeit voraussichtlicher Nichterfüllung* durch den Schuldner [2]. Das ist ohne Zweifel mehr, als ein Scheitern des Kreditnehmers (*ernstlich*) für möglich zu halten [3]. Möglich ist – nicht nur – im Wirt-

schaftsleben nahezu alles. Man beobachte nur, was aus „Managern des Jahres“ in der Folgezeit so alles geworden ist. Während die ernstliche Möglichkeit bei spätestens 20 oder 30% Wahrscheinlichkeit beginnt, setzt „Voraussichtlichkeit“ jedenfalls *überwiegende* Wahrscheinlichkeit (also mehr als 50%) voraus. Die Gleichsetzung bzw der vom 8. Senat gezogene Schluß vom (ernstlich) möglichen Scheitern des Unternehmens auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit der nicht vollständigen Kreditrückzahlung („voraussichtlich“) ist also zu beanstanden. Dies umso mehr, als das zusätzlich ins Treffen geführte geringe Einkommen aus – zusätzlicher – unselbständiger Erwerbstätigkeit die Wahrscheinlichkeit gegenüber dem vollständigen Fehlen eines Zusatzeinkommens zwingend verringert, nicht erhöht! Möglicherweise handelt es sich hierbei aber bloß um Formulierungen ungenauigkeiten. So hätte ein für die OGH-Position sprechendes weiteres Belastungsmoment eventuell aus dem hohen Vorkredit gewonnen werden können, der durch den hier relevanten neuen Kredit allerdings nicht dramatisch aufgestockt wurde. Auch die aus wirtschaftlicher Sicht vollständige Belastung der Kreditnehmerliegenschaft – offenbar durch Hypotheken – hätte näher beleuchtet werden können; aus der Entscheidung geht jedoch weder klar hervor, ob es sich um die Besicherung von eigenen Schulden des Kreditnehmers handelt, noch ob die Liegenschaft der Befriedigung seiner Wohnbedürfnisse dient. Nicht zuletzt wäre wohl auch eine Bezugnahme auf den Inhalt der vom Bürgen unterfertigten „Erklärung“ (näher zu ihr noch unter 5.) in Frage gekommen: Wer dem Bürgen vorformuliert, die Kreditvergabe erfolge ausschließlich oder zumindest im wesentlichen aufgrund der Verbürgung, erscheint mit seiner Prozeßbehauptung, die voraussichtliche (zukünftige) Leistungsunfähigkeit des Kreditnehmers sei für ihn im Verbürgungszeitpunkt nicht erkennbar gewesen, alles andere als glaubwürdig.

4. Wenn das Höchstgericht schließlich ausführt (und damit seine Position offenbar bekräftigen will), der Kreditgeber habe „genau aus diesem Grund“ (ge-

meint offenbar: wegen des Verdachts, daß die Erfüllung der Kreditschuld voraussichtlich nicht möglich sein werde) „erkennbar“ auf der Haftung des nunmehr beklagten Bürgen bestanden, so ist diese Aussage mehrfach problematisch. Zum einen ergibt sich aus dem Sachverhalt die Motivationslage des Kreditgebers gerade nicht. Zum anderen wäre es unrichtig, jedem Kreditgeber aus seiner Vorsicht einen Strick zu drehen. Nicht nur bei Kreditvergaben spricht viel dafür, bereits bei eher geringer Risikoeinschätzung eine Absicherungsstrategie zu verfolgen. Dem Schluß, wer einen Interzedenten verlange, rechne – im Sinne des gesetzlichen Voraussichtlichkeitskriteriums – mit nicht vollständiger Erfüllung durch den Kreditnehmer, ist daher energisch entgegenzutreten. Er entspräche auch nicht der bisherigen Judikatur. Dort wird nämlich betont, daß das aktive Bemühen des Kreditgebers um Sicherheiten, also etwa das Verlangen eines tauglichen Interzedenten nur dann darauf hinweist, der *Kreditgeber sehe die Einbringlichkeit der Hauptschuld nicht als gesichert an*, wenn die zu sichernde *Kreditforderung bereits vorher bestand* (vgl etwa ÖBA 2001, 166 mit Anm von Graf; ÖBA 2002, 499 mit Anm von Graf; ÖBA 2002, 654; ÖBA 2004, 635; ÖBA 2004, 782; ÖBA 2005, 352).

Was die gewählten Formulierungen anbelangt, so verabsäumt der OGH allerdings den letzten Argumentationsschritt, der für die von ihm für solche Fälle bejahte Heranziehung des § 25c KSchG nötig wäre. Getreu dem bereits angesprochenen gesunden Motto „Was ist schon sicher?“ sieht ein vorsichtiger Kreditgeber die Rückzahlung durch den Kreditnehmer ja (nahezu) niemals als gesichert an; also auch nicht bei einem Sicherheitsverlangen vor erstmaliger Kreditierung. Der OGH scheint mit seiner häufig gebrauchten – dann allerdings unpräzisen – Formulierung nun aber offenbar von vornherein mehr zu meinen: Ein nachträgliches Verlangen von Sicherheiten soll *prima facie für Erkennbarkeit (oder gar Erkennen) der voraussichtlichen Nichtrückzahlung* durch den Kreditnehmer und damit für eine Hinweisobliegenheit nach § 25c Satz 1 KSchG sprechen. Das sollte aber deutlich ausgespro-

[2] Die Beweislast dafür trifft nach ganz hA den Interzedenten: siehe nur *Kathrein* in KBB § 25c KSchG Rz 7 mwN. Bei vom Kreditgeber nachträglich geforderter Besicherung soll *prima facie* (zumindest) von Erkennbarkeit auszugehen sein (dazu noch unter 4.).

[3] Allerdings ist auch die Gesetzesformulierung, „wenn er erkennt oder erkennen

muß, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird“, nicht voll gelungen. Erkennen kann man nur Tatsachen, also bloß Gegenwärtiges. Künftige Entwicklungen kann man nur erwarten bzw für mehr oder weniger wahrscheinlich halten. Gemeint ist mit der

hier kritisierten Wendung offenbar, daß der Gläubiger im Interzessionszeitpunkt Tatsachen kennt oder hätte kennen müssen, aus denen bei sorgfältiger Würdigung zu schließen ist, der Schuldner werde seine Zahlungspflicht mit (zumindest) überwiegender Wahrscheinlichkeit bei Fälligkeit nicht voll erfüllen. Dazu sofort näher.

chen und begründet werden! Für eine solche Annahme gibt es nun tatsächlich gute Gründe, weil ein solches nachträgliches Verlangen – das in der hier abgedruckten Entscheidung freilich nicht zur Debatte stand – ganz typischerweise auf einer aktuellen negativen Einschätzung der Einbringlichkeit beruht (zB aufgrund von Kontoüberziehungen, Ratenrückständen, vorliegenden Bilanzen, Auskünften eines Kreditschutzverbandes oä) und regelmäßig ein Recht zu vorzeitiger Kreditkündigung voraussetzt, mit dem dann üblicherweise auch „gedroht“ wird [4]. Ist das Sicherheitenverlangen ausnahmsweise anders motiviert, müßte dies der Kreditgeber zu seiner Entlastung dartun. So könnte die Beschaffung einer Sicherheit auch einmal in der – zuvor unterlassenen – Erfüllung rein interner Vorgaben begründet sein, die mit konkreten Einbringlichkeitsängsten nichts zu tun haben. Ebenso könnte eine bisherige Sicherheit an Wert verloren haben und ersetzt werden müssen.

Daß auch der um Interzession Ersuchte bei nachträglichem Besicherungswunsch allen Grund hätte, nachzufragen, warum plötzlich doch Sicherheiten benötigt würden, muß de lege lata wohl unberücksichtigt bleiben. Die klare Regelung des § 25c KSchG läßt – anders als bei schadenersatzrechtlicher Ausgestaltung – keinen Platz für die Mitberücksichtigung von eigener Sorglosigkeit („Mitverschulden“) des Interzedenten.

5. Der weiteren Ansicht des OGH, die vom Bürgen unterfertigte *formulärmäßige Erklärung* stelle keine taugliche Information iS des § 25c Abs. 1 KSchG dar, kann voll beigepflichtet werden. Zentrale Begründung dafür ist der Umstand, daß die Erklärung *inhaltlich unrichtig* war: Nach den Feststellungen wurde über die finanzielle Situation des Kreditnehmers überhaupt nicht geredet. Somit ist bereits die Aufklärungsbestätigung im ersten Satz der „Erklärung“ unzutreffend. Aber auch der zweite Satz, wo von „Sanierungsbedarf“ die Rede ist, entspricht offenbar nicht der Wahrheit: Festgestellt wurde vielmehr, daß der Kredit dazu diene, Geld für den Betrieb des Schuhgeschäftes flüssig zu haben. Wurde vom Kreditgeber tatsächlich nur auf die in der „Erklärung“ erwähnten Umstände hingewiesen, war die Aufklärung also mehrfach fehlerhaft. Da spielt es nur mehr eine untergeordnete Rolle – ist für die geringe Sorgfalt in

concreto aber bezeichnend –, daß sich der Banksachbearbeiter nicht einmal die Mühe nahm, im Formular die mehrfache alternative Bezugnahme auf eine Garantie zu streichen sowie – wohl noch wichtiger – durch Streichung klarzustellen, ob die Kreditgewährung ausschließlich (!) oder „nur“ im wesentlichen aufgrund der Bürgschaftsübernahme erfolgt. Es ist zu hoffen, daß derartige Formulare heute nicht mehr verwendet werden. Abgesehen von allem anderen tragen sie die Gefahr in sich, zu einer vom Einzelfall losgelösten Formalität zu verkommen und damit das wirkliche Risiko mehr zu bagatellisieren als zu betonen. Zur Erfüllung der Vorgaben des § 25c Satz 1 KSchG notwendig sind vielmehr Angaben, die das Risiko der Inanspruchnahme sowie dessen Gründe dem Interzedenten gegenüber konkretisieren; ratsam schon aus Beweisgründen überdies – möglichst vom Interzedenten unterfertigte – Aktenvermerke über den Inhalt des Informationsgesprächs.

6. Der 8. Senat gelangt nach Bejahung der Hinweisobliegenheit mit näherer Begründung zum in concreto sicherlich konsequenten Ergebnis, daß der Kreditgeber dieser Obliegenheit nicht entsprochen hat. Damit sind die anschließenden kurzen Ausführungen zur *Behauptungs- und Beweislast* eine bloße Fleißaufgabe. Unter Bezugnahme auf eine eigene Senatsentscheidung (8 Ob 61/05m = ÖBA 2006, 206 mit Anm von P. Bydlinski) wird – zwar ohne Begründung, aber im Grundsatz wohl zu Recht – vertreten, daß bei feststehender Aufklärungsobliegenheit der Kreditgeber für ihre gänzliche Erfüllung voll beweispflichtig ist. Interessant wäre jedoch gewesen, zu erfahren, welche Wirkungen der OGH einer schriftlichen Interzedentenerklärung beimessen würde, die den Erhalt einer gesetzesgemäßen Aufklärung bestätigt. Jedenfalls dann, wenn sie hinreichend konkret ist und damit zugleich Auskunft über die erhaltenen Informationen gibt, was im vorliegenden Fall zutreffen könnte (Kredit für Sanierungsmaßnahmen, die den wirtschaftlichen Fortbestand des Kreditnehmer-Unternehmens ermöglichen sollen), sollte zumindest erwogen werden, von der Erklärung prima facie auf ordnungsgemäße Aufklärung zu schließen; nicht zuletzt in Parallele zu einem anderen Fall der Wissenserklärung, dem deklaratorischen Anerkenntnis (vgl nur OGH Arb 10.448). Wer sich auf die Unrichtigkeit des selbst Erklärten beruft, hat den Beweis für seine Unrichtigkeitsbehauptung anzutreten (was dem beklagten Bürgen in concreto gelungen ist).

[4] Entsprechendes gilt bei vom Kreditnehmer gewünschter Laufzeitverlängerung (vgl etwa OGH in ÖBA 2005, 352).