



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F***** W*****, vertreten durch Dr. Alois Schneider, Rechtsanwalt in Rattenberg, gegen die beklagte Partei J***** N*****, vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, wegen 146.000 EUR sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz vom 22. September 2009, GZ 3 R 90/09i-22, mit welchem das Urteil des Landesgerichts Linz vom 30. März 2009, GZ 3 Cg 75/08x-15, bestätigt wurde, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Klagebegehren auf Zahlung von 146.000 EUR samt 4 % Zinsen seit 12. Jänner 2007 abgewiesen wird.

Der Kläger ist schuldig, dem Beklagten die mit 30.343,53 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen (darin 2.946,08 EUR Umsatzsteuer, 12.667 EUR Barauslagen) zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger war Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, die als Pächterin einen Gastronomiebetrieb führte. Im Jahr 2002 schloss die Gesellschaft einen Unterpachtvertrag mit einer anderen GmbH. Der Beklagte war einer der Gesellschafter der Unterbestandnehmerin, deren Geschäftsführer war ab 2004 sein ebenfalls daran beteiligter Vater.

Der Kläger machte gegen die Unterbestandnehmerin ab dem Jahr 2003 außergerichtlich eine Forderung von rund 300.000 EUR geltend, die ihm seiner Auffassung nach aufgrund verschiedener Leistungen persönlich zustand. Für den Fall, dass der Beklagte und dessen Vater die Haftung für die Rückzahlung übernehmen würden, bekundete er seine Bereitschaft zu einer Ratenzahlung.

Am 28. August 2006 kam es zu einer Besprechung beim Rechtsanwalt des Klägers, an der der Kläger, der Beklagte und dessen Vater teilnahmen. Der Beklagte und dessen Vater strebten eine Reduktion der Forderung an. Der Kläger war damit einverstanden, wenn auch der Beklagte und dessen Vater die persönliche Haftung übernehmen würden. Schließlich einigte man sich auf die Zahlung von 150.000 EUR. Dass der Beklagte dafür persönlich haften sollte, wie dies der Kläger verlangt hatte, war nicht weiter strittig. Der Beklagte meinte allerdings, er wisse nicht, wie er das Geld aufbringen solle. Aus diesem Grund wurde eine Ratenzahlung von 2.000 EUR über 60 Monate zuzüglich 6.000 EUR einmal jährlich im Dezember vereinbart. Schriftlich verpflichtete sich der Beklagte nicht; der Anwalt des Klägers hielt das Ergebnis jedoch in einem Aktenvermerk fest.

Am 31. August 2006 wurde der Unterpachtvertrag gelöst. Ende 2006 und zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt vor April 2007 zahlte entweder der Beklagte oder die Unterbestandnehmerin jeweils 2.000 EUR. Da weitere Zahlungen unterblieben, stellte der Kläger den Gesamtbetrag fällig. Bei einer darauf folgenden Besprechung bestritt der Beklagte seine persönliche Haftung nicht. Er wies jedoch darauf hin, dass er derzeit nicht zahlen könne, und ersuchte, einen Monat zu warten, um eine endgültige Lösung für die Rückführung zu finden und die Rückzahlungsmodalitäten

dann schriftlich festzuhalten. In der Folge kam jedoch weder eine schriftliche Vereinbarung zustande, noch wurden weitere Zahlungen geleistet.

Ein Konkursantrag gegen die (ehemalige) Unterbestandnehmerin wurde Mitte 2008 mangels Masse abgewiesen. Sie befindet sich seit 23. Juli 2008 in Liquidation.

Der Kläger begehrt 146.000 EUR samt 4 % Zinsen seit 12. Jänner 2007. Er habe bei der Übergabe des Bestandobjekts Leistungen erbracht, die „dem Beklagten“ die Übernahme des Objekts erst ermöglicht hätten. Insbesondere habe er Verhandlungen über eine Schuldübernahme beim Finanzierungsinstitut geführt und auch sonst Aufwendungen und Arbeitsleistungen erbracht, die sich finanziell nur „schwer bewerten“ ließen. Auch habe er „Zahlungen“ geleistet. Anlässlich einer Unterredung vom 28. August 2006 habe sich der Beklagte persönlich verpflichtet, dem Kläger in Abgeltung seiner Leistungen und Aufwendungen einen Pauschalbetrag von 150.000 EUR in Raten zu bezahlen. Dieser Betrag sei das Ergebnis einer vergleichsweisen Bereinigung gewesen. Am 1. August 2007 habe der Beklagte seine persönliche Zahlungsverpflichtung neuerlich anerkannt. Er habe aber nur zwei Raten zu 2.000 EUR gezahlt.

Der Beklagte bestritt den geltend gemachten Anspruch. Er sei nur Minderheitsgesellschafter der Unterbestandnehmerin gewesen. Der Kläger habe versucht, für die Aufgabe des Standorts (gemeint offenkundig: zur Ermöglichung eines Bestandvertrags unmittelbar zwischen der Unterbestandnehmerin und dem Eigentümer) einen Betrag von 150.000 EUR zu lukrieren. Der Vater des Beklagten habe dies als Geschäftsführer der Unterbestandnehmerin stets abgelehnt. Die Forderung des Klägers stehe auch nicht im Zusammenhang mit irgendwelchen Aufwendungen oder Leistungen des Klägers. Der Beklagte habe nie eine

persönliche Haftung übernommen.

Das Erstgericht gab der Klage in der Hauptsache statt. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus stellte es fest, dass es der Beklagte gewesen sei, der die beiden Raten gezahlt habe. Rechtlich beurteilte es die Vereinbarung vom 28. August 2006 als Vergleich, aufgrund dessen der Beklagte dem Kläger den Klagsbetrag unabhängig davon schulde, ob die ursprünglich vom Kläger geltend gemachte Forderung zu Recht bestanden habe oder nicht.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei.

Zwischen dem Kläger und der Unterbestandnehmerin habe Streit über die Berechtigung einer Forderung von 300.000 EUR bestanden. Mit der Vereinbarung vom 28. August 2006 hätten sie sich darüber verglichen, wobei Bedingung dafür die persönliche Haftung des Beklagten und dessen Vaters gewesen sei. Wenngleich das strittige Rechtsverhältnis nicht zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestanden habe, sei der wirtschaftliche Zweck der Vereinbarung darin gelegen, dass der Kläger als „Gegenleistung“ für seinen teilweisen Forderungsverzicht gegenüber der GmbH weitere Mithaftende erhalten sollte.

Bei der Verpflichtung des Beklagten habe es sich um einen Schuldbeitritt gehandelt. Ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt vorliege, sei unter Heranziehung der Auslegungsregeln der §§ 914 und 915 ABGB unter Bedachtnahme auf Sinn und Zweck des Geschäftes sowie die Übung des redlichen Verkehrs zu entscheiden. Dabei sei zu prüfen, ob die Parteien nur die Haftung oder aber die Verpflichtung selbst stärken wollten. Fehle ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundgeschäft, so sei anzunehmen, dass nur eine Sicherung, also eine Bürgschaft, beabsichtigt sei; sonst liege ein Schuldbeitritt nahe. Im

vorliegenden Fall habe der Kläger offenkundig eine Verstärkung der Verpflichtung angestrebt, da er eine persönliche Haftung des Klägers und dessen Vaters als Voraussetzung für eine Reduktion seiner Forderung bezeichnet habe. Weiters sei der Kläger aufgrund seiner Beteiligung an der GmbH an deren Weiterbestehen und Liquidität interessiert gewesen. Der Schuldbeitritt zu Sicherungszwecken setze anders als die Bürgschaft keine schriftliche Verpflichtungserklärung des Interzedenten voraus. Eine Analogie werde von der Rechtsprechung im Gegensatz zur Lehre abgelehnt. Der Beklagte habe sich daher wirksam zur Zahlung verpflichtet. Auf die Frage, wer die beiden Raten gezahlt habe, komme es nicht an.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil neuere Rechtsprechung zur Frage fehle, ob ein Schuldbeitritt, den ein Gesellschafter im Zusammenhang mit der vergleichweisen Regelung einer Gesellschaftsschuld erkläre, der Schriftform bedürfe.

Die dagegen gerichtete Revision des Beklagten ist zulässig, weil die Rechtsprechung zur Formfreiheit des Schuldbeitritts einer Überprüfung bedarf; sie ist im Sinn des Abänderungsantrags berechtigt.

1. § 1346 Abs 2 ABGB sieht die Schriftform nur für die Bürgschaft, nicht aber für den in § 1347 ABGB geregelten Schuldbeitritt vor. Das Berufungsgericht hat richtig aufgezeigt, dass die Rechtsprechung eine analoge Anwendung des Schriftformerfordernisses bisher abgelehnt hat.

1.1. In älteren Entscheidungen wurde die Formfreiheit des Schuldbeitritts als geradezu selbstverständlich vorausgesetzt (vgl etwa 2 Ob 287/51 = JBl 1952, 209; 5 Ob 772/79; 1 Ob 568/76 = SZ 49/53). Dies entsprach der älteren Lehre, die für den Schuldbeitritt aufgrund des Gesetzeswortlauts und der entsprechenden

Rechtsslage in Deutschland Formfreiheit annahm (*Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1 [1928] 276; *Ohmeyer/Klang* in *Klang*² VI [1951] 209 FN 17; zuletzt etwa *Mayrhofer*, Das Recht der Schuldverhältnisse [1986] 114). Allerdings wurde auch Unbehagen an dieser Differenzierung geäußert. So führte etwa *Gschnitzer* (in *Klang*² IV/1 [1968] 294 FN 14) aus, es wäre „nützlich“, das Formgebot des § 1346 ABGB auf alle Interzessionsfälle auszudehnen.

Einen entscheidenden Schritt weiter ging *Koziol* (Über den Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechts, JBl 1964, 306, 311 ff). Bei einem Beitritt, der ausschließlich der Gutstehung diene, bestehe Formpflicht analog zum Bürgschaftsrecht. Anderes gelte nur dann, wenn der Beitretende auch ein eigenes vermögenswertes Interesse am Grundgeschäft zwischen Gläubiger und ursprünglichem Schuldner habe. Dieser Auffassung schloss sich in weiterer Folge *Ertl* an (in *Rummel*¹ [1984] § 1405 Rz 4).

1.2. Die Ausführungen *Koziols* und *Ertls* führten zunächst zu keiner Änderung der Rechtsprechung (1 Ob 568/76 = SZ 49/53; 2 Ob 718/86). In 2 Ob 685/86 ließ der Oberste Gerichtshof die Frage der Analogie jedoch ausdrücklich offen. Dies war möglich, weil er im konkreten Fall ohnehin eine Bürgschaft annahm. Damit wurde eine Tendenz der Rechtsprechung deutlich, das von *Koziol* und *Gschnitzer* ausgedrückte Anliegen durch eine Zweifelsregel zugunsten der Bürgschaft zu verwirklichen: fehlendes Eigeninteresse am Grundgeschäft spricht danach für Bürgschaft, nicht für Schuldbeitritt (1 Ob 568/76 = SZ 49/53; RIS-Justiz RS0032011; zuletzt etwa 1 Ob 109/00m = ÖBA 2001, 922 und 6 Ob 114/09x; kritisch zu einer allzu starren Anwendung dieser Regel allerdings 1 Ob 525/94v = wbl 1994, 378).

1.3. Eine inhaltliche Stellungnahme zur

Auffassung, dass auch der Schuldbeitritt der Schriftform bedürfe, erfolgte erstmals in 1 Ob 633/88 (= SZ 61/174 = ÖBA 1989, 432 [abl *P. Bydlinski*]). Das Schriftformerfordernis des § 1346 Abs 2 ABGB habe Warnfunktion; es solle vor der leichtfertigen Übernahme einer Bürgschaft im Vertrauen darauf schützen, ohnehin nicht zahlen zu müssen. Diese Gefahr sei bei anderen Gutstehungserklärungen, insbesondere bei einer Schuldübernahme, geringer, weil hier dem Übernehmer bewusst sein müsse, dass er eine auf eigene Leistung gerichtete Verpflichtung begründe. *P. Bydlinski* (ÖBA 1989, 433 ff) hielt dem - in der Sache *Koziol* folgend - entgegen, dass das Risiko einer unüberlegten Haftungsübernahme bei Bürgschaft und Sicherungs-Schuldbeitritt in gleicher Weise bestehe. Anderes gelte nur bei einem wirtschaftlichen Eigeninteresse am Grundgeschäft. Weiters könne mangels Notwendigkeit einer Warnung vor Unüberlegtheit auch dann auf die Schriftform verzichtet werden, wenn dem Beitretenden ohnehin bewusst gewesen sei, dass er die finanzielle Belastung endgültig tragen müsse. Die Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB sei nur im Rahmen von dessen Ratio zu ziehen; konsequenterweise müsse dann aber in einem vergleichbaren Fall auch die Formpflicht bei der Bürgschaft teleologisch reduziert werden.

Der letztgenannte Gedanke war bereits der Entscheidung 1 Ob 633/88 zugrunde gelegen, da der dort entscheidende Senat das Vorliegen eines (seiner Auffassung nach formfreien) Schuldbeitritts gerade daraus abgeleitet hatte, dass der Beitretende (Gutsteher) nicht erwarten konnte, dass der Schuldner seine Verpflichtung erfüllen würde. Dieses Abgrenzungskriterium wurde in weiteren Entscheidungen neben jenem des Eigeninteresses beibehalten (RIS-Justiz RS0032121). Wieder wurde daher ein Umstand, der in der Lehre als Argument für oder gegen die Formpflicht genannt

wurde, in der Rechtsprechung mit weitgehend selbem Ergebnis zur Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Beitritt herangezogen.

1.4. In der Formfrage blieb der Oberste Gerichtshof jedoch ungeachtet der Einwände *P. Bydlinskis* bei seiner Auffassung. In 3 Ob 519/89 (= SZ 62/160 = JBl 1990, 323 [abl *P. Bydlinski*] = ÖBA 1990, 332 [zust *Apathy*]) lehnte er eine Analogie aus methodischen Erwägungen ab. Es gebe keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer Gesetzeslücke, da der Schuldbeitritt in § 1347 ABGB, sohin unmittelbar im Anschluss an das Schriftformerfordernis des § 1346 ABGB geregelt sei, und sich auch in §§ 1406 f ABGB verhältnismäßig ausführliche Regelungen des Schuldbeitritts fänden.

Während *P. Bydlinski* dies erwartungsgemäß kritisierte (JBl 1990, 326 ff), stimmte *Apathy* (ÖBA 1990, 557 f) aufgrund historischer Interpretation zu: Der Gesetzgeber der Dritten Teilnovelle habe § 1346 Abs 2 ABGB nur für die Bürgschaft eingeführt, obwohl ihm deren Nähe zum Schuldbeitritt bewusst gewesen sei. Der Wille des Gesetzgebers stehe daher der Beseitigung des - auch von *Apathy* zugestandenen - Wertungswiderspruchs entgegen. Allerdings sei die Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Beitritt eine Auslegungsfrage: wenn sich der Interzedent dem Gläubiger erkennbar derart verpflichte, dass ihm ein Regress gegen den Hauptschuldner zustehe, sei Bürgschaft und damit Formpflicht anzunehmen.

Damit gelangte *Apathy* für den typischen Fall einer Interzession ebenfalls zur Formpflicht, er begründete das aber nicht mit einer Analogie, sondern mit der Annahme, dass in einem solchen Fall ohnehin eine Bürgschaft vorliege. *P. Bydlinski* hielt dieser Argumentation entgegen, dass sie bei einer eindeutig als Schuldbeitritt erklärten und gemeinten Interzession nicht weiterhelfe (ÖBA 1991, 212).

1.5. Nicht den Schuldbeitritt, sondern die Garantie betraf die bald darauf ergangene Entscheidung 1 Ob 595/92 (= SZ 65/109 = ÖBA 1993, 146 [zust *Apathy*]; krit *Wilhelm*, Die neue Form der Garantie, *ecolex* 1993, 14 ff). Hier bejahte der Oberste Gerichtshof die Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB. Im Hinblick auf den Zweck dieser Regelung sei es nicht zu rechtfertigen, den bloß akzessorisch haftenden Bürgen dem Formgebot zu unterwerfen, die Haftungserklärung des Interzedenten, der eine selbständige und damit riskantere Haftung übernehme, dagegen nicht. Zudem ergäben sich aus der schwierigen Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft Gefahren für den Rechtsverkehr. Aus diesen Gründen seien die Formvorschriften des Bürgschaftsrechts außerhalb des Anwendungsbereichs des § 350 HGB auf Garantieverprechen analog anzuwenden. Ob dies auch für den Schuldbeitritt gelte, ließ der Senat offen. Die Formpflicht der Garantie ist seither ständige Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0017732).

1.6. In einer kurz nach 1 Ob 595/92 ergehenden Entscheidung (6 Ob 619/92 = ÖBA 1993, 819 [abl *P. Bydlinski*] = *ecolex* 1993, 302 [zust *Wilhelm*]) lehnte der Oberste Gerichtshof jedoch die Analogie für den Schuldbeitritt neuerlich ab. Der von *Apathy* aufgezeigte Wille des historischen Gesetzgebers sei verbindlich; zudem habe der aktuelle Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung trotz neu eingeführter Vorschriften zum Schutz rechtlich unerfahrener Parteien keinen Anlass zur Änderung der Gesetzeslage gesehen. Es sei nicht Aufgabe der Rechtsprechung, aus rechtspolitischen Gründen die Interessenbewertung des Gesetzgebers zu korrigieren. Mit der Entscheidung zur Garantie und dem damit entstandenen weiteren Wertungswiderspruch (*P. Bydlinski*, ÖBA 1993, 824) setzte sich die Entscheidung nicht auseinander.

Auch in weiterer Folge verwies der Oberste

Gerichtshof mehrfach auf seine Rechtsprechung zur Formfreiheit des Schuldbeitritts oder legte sie seiner Entscheidung zumindest implizit zugrunde (1 Ob 525/94 = wbl 1994, 378; 6 Ob 602/94; 1 Ob 605/95; 1 Ob 138/97v; 6 Ob 114/09x). Dabei handelte es sich jedoch überwiegend um obiter dicta. Ein Schuldbeitritt war nur in 1 Ob 138/97v zu beurteilen; hier wurden die Entscheidungen der Vorinstanzen jedoch aufgehoben, weil noch geklärt werden musste, ob überhaupt österreichisches Recht anwendbar war.

1.7. Der Rechtsprechung zur Formfreiheit steht eine Reihe von Entscheidungen gegenüber, die andere Schutzvorschriften des Bürgschaftsrechts analog auf einen zu Gutstehungszwecken erfolgten Beitritt anwenden. Danach treffen den Gläubiger auch gegenüber einem Solidarschuldner, der für eine materiell fremde Schuld haftet, ähnliche Sorgfaltspflichten wie bei einer Bürgschaft (3 Ob 559/91 = SZ 65/70 = ÖBA 1993, 64 [*P. Bydlinski*]; RIS-Justiz RS0032130). Der Schuldbeitritt ersetze in solchen Fällen die dafür (primär) vorgesehene Bürgschaft, sodass es nur konsequent sei, die Wertungen des Bürgschaftsrechts weitestgehend auf die „Haftungsmitschuld“ zu erstrecken (10 Ob 58/05k = SZ 2005/94).

2. Die neuere Lehre spricht sich praktisch einhellig dafür aus, das Schriftformerfordernis des § 1346 Abs 2 ABGB analog auf einen zum Zweck der Gutstehung erklärten Schuldbeitritt anzuwenden.

2.1. Ausgangspunkt waren die bereits referierten Ausführungen von *Koziol* (JBl 1964, 306, 311 ff), *Ertl* (in Rummel¹ [1984] § 1405 ABGB Rz 4) und *P. Bydlinski* (erstmal ÖBA 1989, 434 f). Der historischen Argumentation *Apathys* (oben 1.4.) hielt *P. Bydlinski* (ÖBA 1993, 822) entgegen, dass die Materialien in sich widersprüchlich seien: Einerseits betonten sie zwar den Unterschied zwischen akzessorischer Bürgschaft und nicht akzessorischem Beitritt;

andererseits führten sie aber aus, dass bei absichtlicher Umgehung der Formpflicht ohnehin Bürgschaft anzunehmen sei und sich das Abgrenzungsproblem daher nicht stelle. Wenn „absichtlich eine Bürgschaft als ‘Schuldübernahme’ verkleidet werden“ solle, werde das stets nur durch eine „bewusst genaue Formulierung“ geschehen, die praktisch kaum anders als schriftlich möglich sei (Herrenhausbericht 417 f). Die Praxis, so *P. Bydlinski*, zeige jedoch, dass sich das Abgrenzungsproblem sehr wohl stelle. Die historische Argumentation habe daher nur schwache Gründe für sich, weswegen teleologischen Erwägungen ein höheres Gewicht zukomme.

2.2. Als zusätzliches Argument für die Formpflicht wurde in weiterer Folge der Umstand genannt, dass der Gesetzgeber Bürgschaft und Schuldbeitritt in den §§ 25c und 25d KSchG gleich behandelt habe (*F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand [2001] 72; *P. Bydlinski*, Die Kreditbürgschaft im Spiegel von aktueller Judikatur und Formularpraxis² [2003] 30; *Harrer*, Sicherungsrechte [2002] 44; *Neumayr*, Persönliche Sicherungsgeschäfte - Abgrenzungs- und Formfragen, in FS Honsell [2002] 481, 489 ff; *Vollmaier*, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545, 551). Das Gesetz gehe daher von einem einheitlichen Interzessionsbegriff aus und nehme eine gleiche Schutzwürdigkeit von Bürgen und Beitretendem an. Diese Wertung sei auch für die Formpflicht maßgebend. *Neumayr* (aaO 498) spricht in diesem Zusammenhang von einer nachträglich entstandenen Gesetzeslücke, da in der aktuellen Praxis kaum mehr Unterschiede zwischen den einzelnen Sicherungsformen gemacht würden.

2.3. Neben den genannten Autoren sprechen sich - ohne zusätzliche Argumente - ua *Dehn* (Die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften [1998] 58, 126), *Gamerith* (in *Rummel*³

§ 1347 Rz 3a), *Mader/W. Faber* (in *Schwimann*³ § 1347 Rz 2) und *Schauer* (Handelsrechtsreform. Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64, 74 FN 92) für die analoge Anwendung von § 1346 Abs 2 ABGB auf einen zu Sicherungszwecken erfolgenden Schuldbeitritt aus. Ablehnend äußerten sich in jüngerer Zeit nur *Apathy* (ÖBA 1990, 557 f), *Wilhelm* (ecolex 1993, 302) und zuletzt - die systematischen Erwägungen der Rsp teilend - *Welser* (Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ [207] 131). *Apathy's* Auffassung nähert sich allerdings wegen seines weiten Verständnisses der Bürgschaft (jede Haftungsübernahme mit für den Gläubiger erkennbarem Regressanspruch) im Ergebnis der Mehrheitsmeinung an.

3. Nach Auffassung des Senats kann die Rechtsprechung zur Formfreiheit eines zum Zweck der Gutstehung erklärten Schuldbeitritts nicht aufrecht erhalten werden.

3.1. 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. Insbesondere ist es im Regelfall eine reine Fiktion, dass Interzedenten - zumal bei mündlichen Erklärungen - zwischen der Übernahme der Verpflichtung (Schuldbeitritt) oder bloß der Haftung (Bürgschaft) unterscheiden. Sie sind daher, was das Gesetz in den §§ 25c und 25d KSchG klarstellt, unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der Interzession in gleicher Weise schutzwürdig.

3.2. Diese gesetzliche Wertung zwingt nicht nur zur analogen Anwendung anderer Bürgenschutzvorschriften auf die Interzession durch Schuldbeitritt (10 Ob 58/05k =

SZ 2005/94), sondern auch zur Gleichbehandlung in der Formfrage. Es ist jedenfalls nach derzeit geltendem Recht ein nicht nachvollziehbarer Wertungswiderspruch, wenn zwar die Bürgschaft und - aufgrund analoger Anwendung von § 1346 Abs 2 ABGB - auch die Garantie, nicht aber der Sicherungs-Schuldbeitritt der Schriftform bedarf.

Die - nicht ganz widerspruchsfreien (*P. Bydlinski*, ÖBA 1993, 822) - Ausführungen der Gesetzesmaterialien (Herrenhausbericht 417 f) stehen dem nicht entgegen: Der Gesetzgeber ging zu Anfang des 20. Jahrhunderts offenkundig davon aus, dass bei einer mündlich übernommenen Haftung für materiell fremde Schulden ohnehin in der Regel Bürgschaft vorliege, sodass eine ausdrückliche Regelung für den Schuldbeitritt nicht erforderlich sei. Dem entspricht in der Sache die Lösung *Apathys*, der bei erkennbarem Vorliegen einer materiell fremden Schuld (also eines Regressanspruchs im Fall der Zahlung) auf interpretativem Weg Bürgschaft annimmt (ÖBA 1990, 557 f).

Dieser Weg führt zweifellos in vielen Fällen zur Vermeidung des oben aufgezeigten Wertungswiderspruchs, und er wäre möglicherweise auch im vorliegenden Fall gangbar, weil der Beklagte die Haftung für eine materiell fremde Schuld übernahm und der Kläger dies jedenfalls erkennen musste. Allerdings zeigt *P. Bydlinski* zutreffend auf, dass die Grenze dieser Argumentation bei einer eindeutig als Schuldbeitritt erklärten und gemeinten Interzession erreicht wäre (ÖBA 1991, 212). Dass es auch eine solche Interzession gibt, zeigt § 25c KSchG: Wäre ohnehin jedes Einstehen für eine materiell fremde Schuld Bürgschaft, dann wäre die Erwähnung des Schuldbeitritts nicht erforderlich gewesen.

Damit liegt aber in Bezug auf die Formpflicht eine zumindest nachträglich entstandene Gesetzeslücke vor (RIS-Justiz RS0056102; vgl dazu *F. Bydlinski*, Juristische

Methodenlehre und Rechtsbegriff² [1991] 585 ff): Der Gesetzgeber des Jahres 1997 sah Bürgen, Garanten und zum Zweck der Gutstehung Beitretende als gleich schutzwürdig an. Dennoch blieb die Formpflicht des Gesetzes auf Bürgen beschränkt. Dieser Wertungswiderspruch ist durch Analogie zu beheben.

Der (zuletzt geäußerte) Wille des Gesetzgebers steht dem nicht entgegen. Die unterbliebene Erstreckung der Formpflicht auf Garantie und Schuldbeitritt lässt sich damit erklären, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung im KSchG typische Verbraucherkreditverträge vor Augen hatte, die nach dem schon damals geltenden § 33 Abs 2 KWG ohnehin der Schriftform bedurften. Dabei handelte es sich zwar nur um eine Ordnungsvorschrift („unbeschadet der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts“); dennoch war und ist weitgehend sichergestellt, dass die Schriftform bei Bankgeschäften ohnehin eingehalten wird. Die Interzession bei anderen Verträgen hatte der Gesetzgeber offenkundig nicht bedacht.

3.3. Die Analogie ist nicht auf Verbrauchergeschäfte zu beschränken. § 1346 Abs 2 ABGB ist eine Vorschrift des allgemeinen Zivilrechts, die auch unternehmerisch tätige Bürgen schützt. Eine Ausnahme galt zwar nach § 350 HGB für Bürgschaften eines Vollkaufmanns im Rahmen seines Handelsgewerbes. Verträge zwischen Privatpersonen waren aber ebenso von der Formpflicht erfasst wie Bürgschaften eines Unternehmers, der nicht unter § 350 HGB fiel. Zudem wurde diese Sonderregel mit dem HaRÄG 2005 aufgehoben, was die unterschiedliche Behandlung der Formpflicht von Bürgschaft und Sicherungs-Schuldbeitritt um so problematischer macht (*Schauer* in *Krejci* [Hrsg], Reformkommentar UGB/AGBG [2007] § 350 Rz 9).

Der Gesetzgeber ist daher der Auffassung, dass der durch das Schriftformgebot gewährleistete Mindestschutz

von Bürgen auch außerhalb des Konsumentenschutzrechts erforderlich ist. Demgegenüber ist die gleiche Schutzbedürftigkeit von Bürgen, Beitretenden und Garanten, die den §§ 25c und 25d KSchG zugrunde liegt, anders als der Inhalt dieser Normen nicht durch besondere Verbraucherschutzabwägungen begründet. Vielmehr beruht er, wie ausgeführt, auf dem gleichen Zweck der verschiedenen Interzessionsformen (Einstehen für eine materiell fremde Schuld) und auf deren faktischer Austauschbarkeit. Das trifft in gleicher Weise auch außerhalb des Verbraucherschutzrechts zu.

3.4. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass das Schriftformerfordernis des § 1346 Abs 2 ABGB ohne Beschränkung auf Verbrauchergeschäfte auf alle Fälle einer Interzession iSv § 25c KSchG anzuwenden ist. Tragender Grund für dieses Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung ist die Entscheidung des Gesetzgebers, die verschiedenen Interzessionsformen als gleich schutzwürdig anzusehen. Aus diesem Grund ist die Befassung eines verstärkten Senats nicht erforderlich.

4. Entscheidend ist daher, unter welchen Voraussetzungen eine Interzession iSv § 25c KSchG vorliegt.

4.1. Nach den Materialien zu § 25c KSchG trifft das bei einem Beitritt zu einer fremden Schuld nur dann nicht zu, wenn „mehrere Personen gemeinsam und im gemeinsamen Interesse eine Verbindlichkeit (als ‘echte Mitschuldner’) eingehen“ (311 BlgNR 20. GP 26). In der Rechtsprechung wurde diese Bezugnahme auf die „echte“ Mitschuld mehrfach dahin verstanden, dass ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Beitretenden eine Interzession ausschließe (7 Ob 65/04s = ÖBA 2005, 51; 7 Ob 89/04w = ÖBA 2005, 52; 5 Ob 33/05x = ÖBA 2005, 910; 1 Ob 31/09d = Zak 2009, 217 [Kellner 207]). Zuletzt hat jedoch der 3. Senat diese in der Lehre überwiegend abgelehnte Auffassung (vgl. *P. Bydlinski*,

ÖBA 2005, 53; *ders.*, ÖBA 2006, 209; *Kathrein* in KBB² § 25c Rz 3; *Mayrhofer* in Klang³ § 25c KSchG Rz 12) nicht aufrecht erhalten (3 Ob 111/08g = JBl 2009, 253 [*P. Bydlinski*]; 3 Ob 1/09g = JBl 2009, 715; vgl zuvor schon 10 Ob 34/06g = ÖBA 2007, 157): Ausschlaggebend für das Vorliegen einer Interzession iSv § 25c KSchG - und damit auch für die Analogie bei der Formpflicht - ist danach ausschließlich die Frage, ob der Dritte die Haftung für eine materiell fremde Schuld übernimmt. Dafür sei das dem Gläubiger bekannte oder leicht erkennbare Innenverhältnis zwischen dem ursprünglichen und dem hinzutretenden Schuldner maßgebend. Eine materiell fremde Schuld liege vor, wenn dem zahlenden Interzedenten ein Regressanspruch gegen den ursprünglichen Schuldner zustehe.

4.2. Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Sie ist logisch zwingend, weil das Eigeninteresse des Interzedenten ein Kriterium für die Minderung der Haftung in § 25d KSchG ist, sodass es nicht schon von vornherein die Anwendung dieser Bestimmung ausschließen kann. Ein unterschiedlicher Interzessionsbegriff in den §§ 25c und 25d KSchG kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Zudem wird die Haftung für eine fremde Schuld im Regelfall ohnehin nur dann übernommen, wenn der Interzedent ein (wirtschaftliches oder anderes) Interesse an der Gewährung oder der Aufrechterhaltung des Kredits an den Hauptschuldner hat (1 Ob 525/94). Dieses Kriterium ist daher kaum zu einer sinnvollen Abgrenzung geeignet.

Entscheidend für die vom Gesetz angenommene Schutzbedürftigkeit des Interzedenten ist daher allein, dass er (typischerweise) damit rechnen kann, die Schuld (zumindest wegen seines Regressanspruchs) letztlich materiell nicht tragen zu müssen. Das gilt nicht nur für die §§ 25c und 25d KSchG, sondern auch für das - insofern eine Warnfunktion erfüllende (RIS-Justiz RS0032186) - Schriftformerfordernis

des § 1346 Abs 2 ABGB.

Die bloß formelle Haftung des Interzedenten muss allerdings für den Gläubiger erkennbar sein (3 Ob 1/09g mwN; *Mayrhofer* in Klang³ § 25c KSchG Rz 7 mwN). Wird die Übernahme der Haftung ausdrücklich als Bürgschaft bezeichnet, so ergibt sich das im Regelfall schon aus dem Verständnis dieses Begriffs. Sonst liegt eine Interzession vor, wenn der Gläubiger aufgrund der Umstände des Geschäftsabschlusses annehmen muss, dass der hinzutretende Schuldner im Fall einer Inanspruchnahme beim Hauptschuldner Regress nehmen kann. Bei einem Beitritt zu einer bereits bestehenden Schuld wird das im Allgemeinen zutreffen; anderes wird nur dann gelten, wenn ein besonderes Innenverhältnis erkennbar ist oder die Leistung aus dem Grundverhältnis unmittelbar (auch) an den Beitretenden erfolgt war. Ein eigenes „Interesse“ am Kredit ist in diesem Zusammenhang nur ein Indiz für die Beantwortung der entscheidenden Frage, ob - wegen des Fehlens eines Regressanspruchs - für den Gläubiger erkennbar eine materiell eigene Schuld vorliegt.

4.3. Eine Ausnahme von der Formpflicht könnte allenfalls dann erwogen werden, wenn für den Gläubiger und den Dritten im Zeitpunkt des Schuldbeitritts offenkundig ist, dass ein Regressanspruch zwar faktisch besteht, in Wahrheit aber wegen Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners nicht durchsetzbar sein wird. Damit ist für den Interzedenten offenkundig, dass er die Schuld auch materiell selbst tragen muss; der durch § 1346 Abs 2 ABGB gewährleistete Schutz ist daher nicht erforderlich.

Diese Erwägungen veranlassten *P. Bydlinski*, die Analogie zu § 1346 Abs 2 ABGB in einem solchen Fall zu verneinen (ÖBA 1989, 436). Dies deckt sich wertungsmäßig mit der eingangs dargestellten Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0032121), wonach (formfreier) Schuldbeitritt und nicht

(formpflichtige) Bürgschaft anzunehmen sei, wenn der Gutsteher nicht erwarten könne, dass der Hauptschuldner seine Verpflichtung erfüllen werde. *P. Bydlinski* weist allerdings zutreffend darauf hin, dass die Formfreiheit dann konsequenterweise auch für eine ausdrücklich als Bürgschaft bezeichnete Interzession gelten müsste; § 1346 Abs 2 ABGB wäre insofern teleologisch zu reduzieren.

Nach Auffassung des Senats liegt wegen des gleichen Zwecks und der faktischen Austauschbarkeit der verschiedenen Interzessionsformen jedenfalls eine gleiche Schutzbedürftigkeit vor. Die Gleichbehandlung ist daher auch in diesem Punkt zwingend; es muss unerheblich sein, ob der Dritte in der hier erörterten Situation - jeweils mündlich - eine Bürgschaft übernimmt oder einen Schuldbeitritt erklärt. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es aber bedenklich, wenn diese Gleichbehandlung in Einzelfällen zu einer teleologischen Reduktion von § 1346 Abs 2 ABGB führte. Denn diese Regelung beruht auf der typischen Schutzbedürftigkeit des Bürgen; ein Abstellen auf die Verhältnisse des Einzelfalls würde diesen Regelungszweck unterlaufen.

Gerade in Fragen der Formpflicht besteht ein Bedürfnis nach klaren Verhältnissen. Diese Erwägung liegt auch der vorliegenden Entscheidung zu Grunde: Durch die Gleichbehandlung von Sicherungs-Schuldbeitritt und Bürgschaft wird die im Einzelfall äußerst diffizile Abgrenzung zwischen diesen Rechtsfiguren zumindest für die Frage der Formpflicht unerheblich; das Anknüpfen an den weiten Interzessionsbegriff des § 25c KSchG vermeidet zudem die Notwendigkeit, Spekulationen über ein mehr oder minder bestehendes „Interesse“ des Interzedenten an der Gewährung des Kredits anzustellen. Diesem Ziel liefe es zuwider, wenn der Kenntnisstand des Dritten über den möglicherweise drohenden Ausfall des Regresses - oder auch

dessen einstweilige Hemmung nach § 15 EKEG - entscheidende Bedeutung hätte.

Aufgrund dieser Erwägungen besteht für den Beitritt zu einer materiell fremden Schuld die Formpflicht analog zu § 1346 Abs 2 ABGB auch dann, wenn für den Interzedenten erkennbar ist, dass ein allfälliger Regressanspruch faktisch nicht durchsetzbar wäre.

5. Im vorliegenden Fall trat der Beklagte in einer für den Kläger erkennbaren Weise einer materiell fremden Schuld bei. Sein aufgrund der Gesellschafterstellung anzunehmendes Interesse am Fortbestand der Unterbestandnehmerin und an der Reduktion der gegen sie gerichteten Forderung ist für das Vorliegen einer Interzession unerheblich; entscheidend ist, dass der Beklagte über einen Regressanspruch gegen die Gesellschaft verfügt hätte (oben 4.2.). Eine allenfalls vorliegende Krise der Gesellschaft, die möglicherweise zu Zweifeln an der Durchsetzbarkeit des Regresses führen konnte, ist ebenfalls ohne Bedeutung (oben 4.3.). Die Erklärung des Beklagten hätte daher unabhängig von ihrer Qualifikation als Bürgschaft oder Schuldbeitritt der Schriftform bedurft. Da diese Form - aus welchem Grund auch immer - nicht eingehalten wurde, ist der Revision des Beklagten Folge zu geben und das Klagebegehren abzuweisen.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. April 2010
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: