

# TE OGH 2001/11/20 3Ob81/01k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.11.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Andreas Oberbichler, Rechtsanwalt in Feldkirch, gegen die beklagte Partei Adolf R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Blum, Dr. Michael Brandauer und Mag. Johannes Blum, Rechtsanwälte in Feldkirch, wegen S 1,000.000 sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Endurteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck vom 9. Februar 2001, GZ 4 R 14/01t-21, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Zwischenurteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 10. Oktober 2000, GZ 7 Cg 181/99k-14, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Das Endurteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben.

Diesem wird die neuerliche Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei aufgetragen.

## Text

Begründung:

Der Beklagte war Geschäftsführer der A\*\*\*\*\* GmbH. Die klagende Bank hatte dieser Gesellschaft diverse Kredite gewährt. Anlässlich der erstmaligen Einräumung eines Kredits bestellte der Beklagte zu dessen Besicherung eine Höchstbetragshypothek von S 10,800.000 an einer in seinem Eigentum stehenden Liegenschaft.

Am 30. 9. 1996 schlossen die genannte GmbH als übertragende und die Firma E\*\*\*\*\* GmbH als übernehmende Gesellschaft einen Verschmelzungsvertrag. Gleichzeitig wurde der Firmenwortlaut der übernehmenden Gesellschaft in A\*\*\*\*\* GmbH geändert.

Der Beklagte hatte ursprünglich unter seinem Namen eine Einzelfirma geführt. Etwa im Jahr 1984 begann er eine Geschäftsbeziehung mit der nunmehrigen klagenden Partei. Geschäftsführer der am 31. 3. 1988 im Firmenbuch eingetragenen "alten" A\*\*\*\*\* GmbH war unter anderem bis zur Löschung der Gesellschaft der Beklagte.

Mit Gegenbrief vom 20. 3. 1989 gewährte die klagende Partei dieser GmbH einen Einmalbarkredit in der Höhe von S 12,000.000 zu Konto Nr 0286-30036/01. Der Kredit war vereinbarungsgemäß in 30 gleich hohen aufeinanderfolgenden Halbjahresraten von S 400.000 zurückzuzahlen. Weiters wurde festgehalten, dass die vereinbarten Kapitalraten bei Fälligkeit automatisch zu Lasten des Kontos 0286-30036/00 abgebucht werden. In dem Schreiben hieß es auch:

"Zur Besicherung unserer Forderungen aus diesem Kreditvertrag sowie der aus der sonstigen Geschäftsverbindung mit Ihnen bereits erwachsenen und zukünftig erwachsenden Kreditforderungen werden Sie uns folgende Sicherheiten bestellen:

Einverleibung einer Höchstbetragshypothek über S 10,800.000 ob der [dem Beklagten] zur Gänze gehörigen Liegenschaft... im dritten Range nach Vorlasten..."

Dieses Schreiben war von zwei für die klagende Partei Zeichnungsberechtigten sowie vom Beklagten für die GmbH und von ihm persönlich als Bürge für den Akzeptanten unterfertigt. Dieser Kredit ist mittlerweile zur Gänze getilgt.

Korrespondierend dazu wurde die Pfandbestellungsurkunde vom 28. 3. 1989 vom Beklagten persönlich unterfertigt. Diese betrifft die Einräumung der Höchstbetragshypothek im Betrag von S 10,800.000 ob der genannten Liegenschaft. Die Urkunde hat folgenden wesentlichen Inhalt:

"1. Zur Sicherstellung aller Forderungen und Ansprüche an Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aller Art bis zum Höchstbetrag von S 10,800.000 (in Worten Schilling zehnmillionenachthunderttausend), welche der [klagenden Partei] gegen den Schuldner aus gewährten und künftig zu gewährenden, im Inland beurkundeten Geld-, Haftungskrediten und Darlehen, insbesondere aus dem mit Vertrag vom 20. 3. 1989/28. 3. 1989 gewährten Kredit, Darlehen erwachsen sind und erwachsen werden, bestellt (bestellen), der (die) endesgefertigte(n) Herr Adolf R\*\*\*\*\*, geboren 16. 3. 1938, die ihm zur Gänze gehörige Liegenschaft... zum Pfande..."

8. Der (Die) Endesgefertigte(n) anerkennt (anerkennen), daß in dem Falle, daß das Schuldkonto auf eine andere Währung lauten sollte als die vorliegende Pfandbestellungsurkunde, die [klagende Partei] jederzeit ohne Einvernehmen mit dem Schuldner berechtigt ist, den Schuldsaldo in die in dieser Urkunde bezeichnete Währung zu konvertieren.

12. Der (Die) Endesgefertigte(n) nimmt (nehmen) zur Kenntnis, dass sämtliche im Rahmen der Geschäftsverbindung eingeräumten und künftig einzuräumenden Kredite und Darlehen ein einheitliches Kreditverhältnis darstellen und die [klagende Partei] nicht verpflichtet ist, vor Ablauf eines Jahres nach Tilgung sämtlicher Forderungen aus dem Kreditverhältnis, die verpfändete(n) Liegenschaft(en) freizugeben."

Mit Gegenbrief vom 6. 6. 1989 wurde der "alten" GmbH ein Kontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag von S 6,000.000 auf dem Konto Nr 0286-30036/00 eingeräumt. Dieser Gegenbrief wurde am 9. 6. 1989 vom Beklagten für die GmbH und für sich persönlich als Bürge für den Akzeptanten unterzeichnet. Als Besicherung war unter anderem die Übergabe einer jederzeit intabulationsfähigen Pfandbestellungsurkunde über S 2,4 Mio ob der dem Beklagten zur Gänze gehörenden [bereits verpfändeten] Liegenschaft vereinbart. Dieser Kredit wurde sodann mit Gegenbrief vom 18. 10. 1989 auf den Höchstbetrag von S 12,000.000 ausgedehnt; in diesem Schreiben wurde auch vereinbart, dass von der Klägerin der DM-Kontokorrentkredit-Import über DM 1,425.000, welcher mit Schreiben vom 6. 6. 1989 eingeräumt wurde, bis zu einem Rahmen von S 6,000.000 innerhalb dieses Kreditrahmens von S 12,000.000 geführt wird. Dieser Gegenbrief wurde wieder vom Beklagten firmenmäßig für die alte A\*\*\*\*\*GmbH und auch für sich persönlich als Bürge für den Akzeptanten unterfertigt, und zwar am 20. 10. 1989.

Mit Gegenbrief vom 23. 3. 1990 wurde der Kontokorrentkredit über S 12,000.000 um den Betrag von S 4,000.000 bis zum Höchstbetrag von S 16,000.000 aufgestockt. Auch dieser Kredit wurde zu Konto-Nr. 0286/30036/00 geführt und konnte auch in Form eines DM-Kontokorrentkredits auf dem DM-Konto in Anspruch genommen werden. Vereinbart war, dass die Sicherheiten gemäß Schreiben vom 6. 6. 1989 und vom 18. 10. 1989 auch für diesen Kredit gelten sollte. Als weitere Besicherung wurde vereinbart, dass eine eintragungsfähige Pfandbestellungsurkunde über den Betrag von S 3,000.000 ob verschiedenen der Erika R\*\*\*\*\* gehörenden Liegenschaften sowie ob der bereits mehrfach erwähnten Liegenschaft des Beklagten übergeben wird. Auch dieser Vertrag wurde dem Beklagten am 28. 3. 1990 für sich persönlich und firmenmäßig für die GmbH unterzeichnet. Dieser Kontokorrentkredit wurde mit Schreiben vom 16. 10. 1992 auf S 13,000.000 reduziert, wobei der Kontokorrentkredit auf dem Konto mit der Endziffer 00 geführt wurde und auch in Schilling, DM und Schweizer Franken ausnützbar war. Bezüglich der Sicherheit ist in diesem Schreiben festgehalten, dass sich die Klägerin "die bereits zu unseren Gunsten einverleibte Höchstbetragshypothek per S 10,800.000" ob der näher bezeichneten Liegenschaft des Beklagten weiter dienen lässt. Diese Vereinbarung wurde wiederum vom Beklagten unterzeichnet, und zwar insbesondere auch folgender Zusatz:

"Die hiemit bestellten Sicherheiten gelten auch für den Fall, daß wir die Laufzeit dieses Kredites ein- oder mehrmals verlängern. Mit derartigen Kreditprolongationen zu im Übrigen gleichen Bedingungen sind die Herren [Beklagter] und Walter T\*\*\*\*\* einverstanden. Die Einholung ihrer Zustimmung aus Anlaß der Prolongation ist nicht erforderlich."

Mit Schreiben vom 26. 11. 1993 (unterfertigt vom Beklagten am 29. 11. 1993) wurde der Kontokorrentkredit auf den Höchstbetrag von S 5,000.000 reduziert. Die im Schreiben vom 16. 10. 1992 getroffenen Vereinbarungen und Sicherheiten behielten auch für diesen Kredit ihre volle Gültigkeit, was ausdrücklich im Schreiben vom 26. 11. 1993 festgehalten wurde.

Mit Schreiben vom 29. 11. 1993 räumte die Klägerin zu Konto Nr 0286-30036/00 einen Fremdwährungskontokorrentkredit bis zum Höchstbetrag im Schillinggegenwert von S 8,000.000 ein. Die Abwicklung erfolgte vereinbarungsgemäß über dieses Konto oder über ein neu zu eröffnendes Septo-Konto. Als Sicherheiten für diesen Kontokorrentkredit wurde in diesem Schreiben angeführt:

"Widmung der bereits zu unseren Gunsten einverleibten Höchstbetragshypothek über S 10,800.000 ob vorerwähnten Liegenschaft".

Auch dieses Schreiben wurde vom Beklagten am 30. 11. 1993 für sich persönlich unterfertigt. Dieser Kredit war in jeder Währung ausnützlich. In der Folge wurde als Septo-Konto das Konto mit der Endziffer 01 und der Währung Schweizer Franken errichtet.

Der Verschmelzungsvertrag vom 30. 9. 1996 enthält folgenden Punkt:

"I. Die übertragende Gesellschaft wird durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Verzicht auf die Liquidation unter Inanspruchnahme der Begünstigungen des Art I UmgrStG und unter Buchwertfortführung der übernehmenden Gesellschaft verschmolzen." "I. Die übertragende Gesellschaft wird durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Verzicht auf die Liquidation unter Inanspruchnahme der Begünstigungen des Art römisch eins UmgrStG und unter Buchwertfortführung der übernehmenden Gesellschaft verschmolzen."

In Punkt II dieses Vertrages wurde verschiedenes Vermögen der übertragenden Gesellschaft angeführt, unter anderem Betriebsliegenschaften, Geschäftsanteile und Kraftfahrzeuge sowie Marken. In Punkt römisch II dieses Vertrages wurde verschiedenes Vermögen der übertragenden Gesellschaft angeführt, unter anderem Betriebsliegenschaften, Geschäftsanteile und Kraftfahrzeuge sowie Marken.

Mit der Verschmelzung wurde der Beklagte unter anderem auch selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der "neuen" A\*\*\*\*\* GmbH. Diese Funktion wurde mit Eintragung vom 17. 4. 1998 im Firmenbuch gelöscht. Mit Eintragung vom selben Tag folgte die Eintragung seiner selbständigen Vertretungsbefugnis als Prokurist seit 1. 4. 1998. Diese Funktion wurde mit Eintragung vom 6. 5. 1998 gelöscht. Der entsprechende Änderungsantrag langte am 4. 5. 1998 beim Firmenbuch ein.

Die GmbH verständigte mit Schreiben vom 29. 10. 1996 die klagende Partei von der Verschmelzung, wobei festgehalten wurde:

"Mit Vertrag vom 30. 9. 1996 wurde die..., im folgenden 'übertragende Gesellschaft' genannt, durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Ausschluß der Liquidation mit der... verschmolzen."

In diesem Schreiben heißt es auch, dass die neue A\*\*\*\*\* GmbH in "die mit der prot. A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* getroffenen Vereinbarungen, insbesondere nachstehend angeführte Kreditverträge" eintrete:

- a) Kontokorrentkredit auf Konto Nr 0286-30036/00 über S 5,000.000 gemäß Schreiben vom 26. 11. 1993;
- b) Fremdwährungskontokorrentkredit auf Konto Nr 0286-30036/00 über S 8,000.000 gemäß Schreiben vom 29. 11. 1993;
- c) Einmalbarkredit auf Konto Nr 00286-30036/01 über ursprünglich S 12,000,000, derzeit aushaftend mit S 6,000.000 gemäß Schreiben vom 20. 3. 1989;
- d) Exportfonds-Rahmenkredit Nr 83.542 über S 9,200.000 gemäß Schreiben vom 7. 10. 1996.

Der zu c) erwähnte Einmalbarkredit über ursprünglich S 12,000.000 ist mittlerweile getilgt.

Die Beklagte vereinbarte im Rahmen der A\*\*\*\*\* GmbH mit Mag. Erich M\*\*\*\*\* und dem kaufmännischen Leiter Andreas H\*\*\*\*\*, dass er aus der Sachhaftung bezüglich seiner Liegenschaft entlassen werde. Dieses Thema wurde auch bei einem Gespräch in den Räumlichkeiten der klagenden Partei, bei welchem die beiden Genannten und auf Seiten der klagenden Partei der Geschäftsleiter Imre V\*\*\*\*\* und Mag. M\*\*\*\*\* anwesend waren, besprochen. Eine gänzliche Entlassung des Beklagten aus der Sachhaftung konnte bei diesem Gespräch nicht erreicht werden, wohl aber eine Reduktion der Sachhaftung auf den Betrag von S 5,000.000.

Eine entsprechende Teillöschung wurde auch durchgeführt. Gleichzeitig mit der Reduktion der Pfandhaftung des Beklagten wurde auch der der GmbH gewährte Kreditrahmen um S 5,000.000 gekürzt.

Mit Beschluss des Landesgerichtes Steyr vom 3. 4. 1999 wurde über die "neue" GmbH der Konkurs eröffnet. Kurz zuvor kam es im März 1999 zu zwei Gesprächen in den Räumlichkeiten der klagenden Partei. Der Beklagte suchte von sich aus den Filialleiter auf und informierte ihn über die schlechte finanzielle Situation der GmbH. Er wünschte, dass dieser von der klagenden Partei keine Gelder mehr ausbezahlt würden. Bei diesem Gespräch wurde auch über die Haftung des Beklagten für den Betrag von S 5,000.000 gesprochen.

Mit ihrer Klage hatte die klagende Partei zunächst die Zahlung von S 1,000.000 sA bei sonstiger Exekution in die verpfändete Liegenschaft des Beklagten begehrt. In der Folge änderte sie ihr Begehren auf Zahlung ohne die genannte Einschränkung, hilfsweise aber auf Zahlung dieses Betrages bei sonstiger Exekution in eine von einer anderen Bank ausgestellten Bankgarantie, ab.

Die klagende Partei brachte dazu im Wesentlichen vor:

Sie habe nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der A\*\*\*\*\* GmbH den Beklagten aus seiner Realhaftung in Anspruch genommen und ihn aufgefordert, S 5,000.000 bis 15. 6. 1999 zu bezahlen. Sie mache vorerst den Teilbetrag von S 1,000.000 geltend. Der Beklagte habe neben der Haftung für einen bereits rückgeführten Kredit auch eine Hypothekarhaftung für den offenen Saldo auf Konto Nr 0286-30036/00 übernommen. Dieser hafte mindestens in Höhe der Klagsforderung aus. Der Beklagte habe bei Gesprächen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmissverständlich erklärt, dass er im Falle einer Insolvenz zu seiner Realhaftung stehe und dass ihm auch bewusst sei, dass er aus dieser Haftung mit S 5,000.000 in Anspruch genommen werde.

Der Beklagte sei auch Geschäftsführer der GmbH gewesen und habe in dieser Funktion die entsprechenden Urkunden unterfertigt. Auch nach der Verschmelzung habe er als Gesellschafter entsprechende Einsicht in die Betriebs- und Geschäftsunterlagen gehabt. Die Fälligkeit der Klagsforderung sei keineswegs von der vom Beklagten geforderten Rechnungslegung abhängig, zumal er die entsprechenden Kontoentwicklungen bei der nunmehrigen Gemeinschuldnerin einsehen könne. Zudem sei die klagende Partei an die Bestimmung des § 38 BWG gebunden. Die Verschmelzung der beiden Gesellschaften bedeute eine Universalsukzession, wodurch an der Stellung des Beklagten als Hypothekarschuldner keine Änderung eingetreten sei. Es habe auch keiner neuen Realpfandbestellung bedurft. Zum Zeitpunkt der Verschmelzung habe ein offener Saldo auf dem Kontokorrentkonto bestanden. Der Beklagte sei aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechts an den Pfandbestellungsvertrag gebunden geblieben. Es sei auch zwischen den Parteien nicht vereinbart worden, dass bei einer Gesamtrechtsnachfolge die Höchstbetragshypothek erlösche. Der Beklagte habe den Pfandbestellungsvertrag nie aufgekündigt. Die Hypothekarhaftung für die Forderung aus dem Kontokorrentkonto mit der Endziffer /00 sei daher nach wie vor aufrecht. Der Beklagte sei auch Geschäftsführer der GmbH gewesen und habe in dieser Funktion die entsprechenden Urkunden unterfertigt. Auch nach der Verschmelzung habe er als Gesellschafter entsprechende Einsicht in die Betriebs- und Geschäftsunterlagen gehabt. Die Fälligkeit der Klagsforderung sei keineswegs von der vom Beklagten geforderten Rechnungslegung abhängig, zumal er die entsprechenden Kontoentwicklungen bei der nunmehrigen Gemeinschuldnerin einsehen könne. Zudem sei die klagende Partei an die Bestimmung des Paragraph 38, BWG gebunden. Die Verschmelzung der beiden Gesellschaften bedeute eine Universalsukzession, wodurch an der Stellung des Beklagten als Hypothekarschuldner keine Änderung eingetreten sei. Es habe auch keiner neuen Realpfandbestellung bedurft. Zum Zeitpunkt der Verschmelzung habe ein offener Saldo auf dem Kontokorrentkonto bestanden. Der Beklagte sei aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechts an den Pfandbestellungsvertrag gebunden geblieben. Es sei auch zwischen den Parteien nicht vereinbart worden, dass bei einer Gesamtrechtsnachfolge die Höchstbetragshypothek erlösche. Der Beklagte habe den Pfandbestellungsvertrag nie aufgekündigt. Die Hypothekarhaftung für die Forderung aus dem Kontokorrentkonto mit der Endziffer /00 sei daher nach wie vor aufrecht.

In der Folge brachte die klagende Partei vor, dass sich aus im einzelnen bezeichneten Konten eine Forderung der klagenden Partei gegen die Gemeinschuldnerin von insgesamt S 16,576.664,31 ergebe.

Schließlich brachte die klagende Partei vor, dass sie aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Streitparteien gegen Ausstellung einer Bankgarantie der Löschung des klagsgegenständlichen Pfandrechts zugestimmt habe. Mit dieser Garantie vom 3. 7. 2000 habe eine Bank für den Beklagten eine Haftung im Höchstbetrag von S 5,250.000 übernommen. Zwischen den Parteien sei vereinbart worden, dass die Bankgarantie an die Stelle der Höchstbetragshypothek trete.

Im Gegensatz zum sogenannten Einmalbarkredit auf dem Septo-Konto/01 hafte aus einem auf demselben Septo-Konto in Schweizer Franken gewährten Kredit noch ein offener Saldo von sfr 1,800.000 per 21. 6. 2000 aus. Aufgrund von Anfechtungen des Masseverwalters im Konkurs der GmbH habe an diesen am 9. 5. 2000 ein Betrag von S 1,550.000 überwiesen werden müssen.

Die klagende Partei stellte auch den Zwischenantrag auf Feststellung der Haftung des Beklagten für ihre Forderung gegen die GmbH, weil er seine Haftung für deren Verbindlichkeiten bestreite und das Bestehen dieses Haftungsverhältnisses eine Vorfrage für die Haftung darstelle.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens.

Er habe nur für eine Verbindlichkeit der GmbH, die vollständig zurückbezahlt worden sei, die Pfandhaftung übernommen. Für weitere Verbindlichkeiten habe er keinerlei rechtsgültige Drittpfandbestellungen oder sonstige Haftungsverpflichtungen zugunsten der klagenden Partei abgegeben. Offensichtlich habe die klagende Partei der Gemeinschuldnerin "Blankokreditmittel" unter Missachtung wesentlicher Bankvertragsobliegenheiten gewährt. Er sei weder von der Bank noch von der Gemeinschuldnerin jemals direkt informiert worden. In eventu werde eingewendet, dass ihm durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten der klagenden Partei ein Schaden in Höhe des Klagsbetrags entstanden sei, den er einer allenfalls zu Recht bestehenden Klagsforderung kompensando entgegenhalte. Aus dem Klagsvorbringen sei nicht ersichtlich, welche Verbindlichkeiten aus welchem Drittpfandbestellungsvertrag überhaupt klagsgegenständlich seien. Im Übrigen wäre auch eine Klagsforderung nicht fällig. Sein Rechtsvertreter habe die klagende Partei mit Brief vom 14. 6. 1999 im Sinn des § 1366 ABGB aufgefordert, hinsichtlich sämtlicher Bewegungen auf dem durch den Beklagten angeblich besicherten Kreditkonto Rechnung zu legen. Dieser Aufforderung sei die klagende Partei bisher nicht nachgekommen. Er habe nur für eine Verbindlichkeit der GmbH, die vollständig zurückbezahlt worden sei, die Pfandhaftung übernommen. Für weitere Verbindlichkeiten habe er keinerlei rechtsgültige Drittpfandbestellungen oder sonstige Haftungsverpflichtungen zugunsten der klagenden Partei abgegeben. Offensichtlich habe die klagende Partei der Gemeinschuldnerin "Blankokreditmittel" unter Missachtung wesentlicher Bankvertragsobliegenheiten gewährt. Er sei weder von der Bank noch von der Gemeinschuldnerin jemals direkt informiert worden. In eventu werde eingewendet, dass ihm durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten der klagenden Partei ein Schaden in Höhe des Klagsbetrags entstanden sei, den er einer allenfalls zu Recht bestehenden Klagsforderung kompensando entgegenhalte. Aus dem Klagsvorbringen sei nicht ersichtlich, welche Verbindlichkeiten aus welchem Drittpfandbestellungsvertrag überhaupt klagsgegenständlich seien. Im Übrigen wäre auch eine Klagsforderung nicht fällig. Sein Rechtsvertreter habe die klagende Partei mit Brief vom 14. 6. 1999 im Sinn des Paragraph 1366, ABGB aufgefordert, hinsichtlich sämtlicher Bewegungen auf dem durch den Beklagten angeblich besicherten Kreditkonto Rechnung zu legen. Dieser Aufforderung sei die klagende Partei bisher nicht nachgekommen.

Die ursprüngliche GmbH sei untergegangen und im Firmenbuch gelöscht worden. Für das Kreditverhältnis der neuen GmbH habe er mangels Modus keine gültige Pfandrechtsbestellung abgegeben. Beim Eintritt der neuen GmbH in die Kreditverträge der untergegangenen gelöschten GmbH habe es sich nicht um einen Schuldbeitritt, sondern um einen klaren mit Zustimmung der klagenden Partei durchgeführten Schuldnerwechsel gehandelt. Er habe nur Vertrauen in die untergegangene GmbH gehabt und seine Liegenschaft nur für deren Verbindlichkeiten zur Verfügung gestellt. Seine Liegenschaft habe nie als Sicherheit für Verbindlichkeit eines anderen Unternehmens dienen sollen. Die mündliche Zusage einer Realhaftung zugunsten der neuen GmbH sei unwirksam, weil die Pfandbestellung formbedürftig sei. Im Übrigen sei auch keine Zusage, wonach die Liegenschaft für Verbindlichkeiten der neuen GmbH real haften solle, gemacht worden.

Die Angaben zur Höhe der Klagsforderung seien nicht nachvollziehbar, widersprüchlich und nachweisbar unrichtig. Es sei sehr wahrscheinlich, dass auf dem gegenständlichen Konto seit 14. 4. 2000 weitere Geldbeträge eingegangen seien.

Der Beklagte trat der Klagsänderung unter Hinweis auf die zwischen den Parteienvertretern getroffene Vereinbarung nicht entgegen.

Schließlich brachte er noch vor, dass Zusammenschlüsse im Handelsrecht anders als im Steuerrecht nicht als Gesamtrechtsnachfolge zu werten seien. Auch bei der gegenständlichen Übertragung der Kreditverbindlichkeiten der alten auf die neue GmbH seien die relevanten Kreditverträge bei der klagenden Partei einzeln angeführt und übertragen worden. Für die restlichen Konten sei es zu keiner Schuldübernahme gekommen. Es fehle seine Zustimmung gemäß § 1407 ABGB zur Schuldübernahme. Gegebenenfalls habe er als Gesellschafter der neuen GmbH dem Schuldnerwechsel zugestimmt, nicht jedoch als Pfandbesteller. Er habe in der neuen GmbH nicht viel zu sagen gehabt. Mit dem finanziellen Teil ihrer Geschäftsführung sei er nie befasst gewesen. In zwei Gesprächen mit der klagenden Partei nach der Verschmelzung habe er zum Realpfand lediglich eine vage Wissensklärung abgegeben, welche im Übrigen auf unrichtigen Annahmen basiert habe. Eine Zustimmung zum Schuldnerwechsel habe er nie erteilt. Schließlich brachte er noch vor, dass Zusammenschlüsse im Handelsrecht anders als im Steuerrecht nicht als Gesamtrechtsnachfolge zu werten seien. Auch bei der gegenständlichen Übertragung der Kreditverbindlichkeiten der alten auf die neue GmbH seien die relevanten Kreditverträge bei der klagenden Partei einzeln angeführt und übertragen worden. Für die restlichen Konten sei es zu keiner Schuldübernahme gekommen. Es fehle seine Zustimmung gemäß Paragraph 1407, ABGB zur Schuldübernahme. Gegebenenfalls habe er als Gesellschafter der neuen GmbH dem Schuldnerwechsel zugestimmt, nicht jedoch als Pfandbesteller. Er habe in der neuen GmbH nicht viel zu sagen gehabt. Mit dem finanziellen Teil ihrer Geschäftsführung sei er nie befasst gewesen. In zwei Gesprächen mit der klagenden Partei nach der Verschmelzung habe er zum Realpfand lediglich eine vage Wissensklärung abgegeben, welche im Übrigen auf unrichtigen Annahmen basiert habe. Eine Zustimmung zum Schuldnerwechsel habe er nie erteilt.

Die klagende Partei könne nach ihrem bisherigen Vorbringen selbst nicht schlüssig angeben, auf welche Kontogrundlage sie ihre Klagsforderung stütze. Ohne weitere Rechnungslegung durch sie könne er sich kein Bild über die Hauptschuld machen. Ungeachtet der bereits im vorprozessualen Stadium erhobenen Aufforderung habe die klagende Partei bisher nicht ordnungsgemäß Rechnung gelegt bzw die relevanten Kontoinformationen erteilt. Damit wäre eine allenfalls zu Recht bestehende Klagsforderung nicht fällig.

Das Erstgericht, welches das Verfahren auf den Grund des Anspruchs eingeschränkt hatte, erkannte mit Zwischenurteil das Klagebegehren, der Beklagte sei schuldig, der klagenden Partei S 1,000.000 samt 6,5 % Zinsen ab dem Tag der Klagszustellung zu bezahlen, als dem Grunde nach zu Recht bestehend.

Neben dem eingangs im Wesentlichen wiedergegebenen Sachverhalt stellte es unter anderem noch fest, dass ein Schweizer Franken-Kredit auf dem Konto mit der Endziffer 01 noch mit einem Betrag von rund sfr 1,800.000 offen aushafte, dass nach wie vor eine aufrechte Forderung der Klägerin gegenüber der A\*\*\*\*\* GmbH bestehe und schließlich, dass der Beklagte erklärt habe, er sei sich über die Haftung [für S 5,000.000] im Klaren und werde den Betrag zurückzahlen, wobei eine Einschränkung nur auf den Kredit zum Konto mit der Endziffer 01 nicht erfolgt sei.

Eine Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag der klagenden Partei fällte das Erstgericht nicht.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht die Verschmelzung der "alten" A\*\*\*\*\* GmbH mit der "neuen" als Universalrechtsnachfolge. Der Universalrechtsnachfolger übernehme grundsätzlich die gesamte Rechtsposition der übertragenden Gesellschaft, es sei denn, diese sei nach dem Parteiwillen höchstpersönlich. Maßgebend seien demnach die in der Pfandbestellungsurkunde von den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarungen. Dabei trete grundsätzlich der Universalrechtsnachfolger in den Kreditvertrag ein, weil im Zweifel anzunehmen sei, die Rechtsposition sei nicht höchstpersönlich. Grundsätzlich bleibe auch die Haftung der für den Kredit bestellten Sicherheiten aufrecht, auch wenn der Pfandvertrag formell nicht abgeändert werde. Dies gelte auch für den Fall des sogenannten Drittpfandschuldners. Diesem stehe zur Wahrung seiner Interessen nach erfolgter Universalsukzession lediglich die Kündigung unter Einhaltung einer angemessenen Frist mit Wirkung für die Zukunft zu. Eine Kündigung sei vom Beklagten nie ausgesprochen worden. Es sei auch weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart worden, dass die Pfandbestellung im Fall einer Universalsukzession nicht weiter gelten solle. Im Übrigen habe der Beklagte seine persönliche Haftung auch bei den Gesprächen vom März 1999 anerkannt. Es sei ihm auch nach der

Verschmelzung bekannt geworden, dass seine Höchstbetragshaftung auf S 5,000.000 reduziert worden sei, womit er sicherlich einverstanden gewesen sei. Von diesem Vorgang habe er gewusst, er habe aber in diesem Zusammenhang keine weiteren Schritte gesetzt. Daraus sei zu schließen, dass er selbst ebenfalls von einer Weiterhaftung seiner Liegenschaft für die streitgegenständlichen Verbindlichkeiten ausgegangen sei. Da die klagende Partei auch nach wie vor eine aufrechte Forderung gegenüber der Gemeinschuldnerin habe, bestehe das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht. Auch die Fälligkeit sei grundsätzlich zu bejahen. Auf nähere Details zur Höhe der Verbindlichkeit werde erst im Verfahren über die Höhe des Anspruchs einzugehen sein.

Mit dem angefochtenen Endurteil gab das Berufungsgericht der gegen das erstgerichtliche Zwischenurteil erhobenen Berufung des Beklagten Folge. Es änderte diesen dahin ab, dass es das geänderte Hauptbegehren und auch das Eventualbegehren abwies. Die ordentliche Revision erklärte es für nicht zulässig.

Zu diesem Ergebnis gelangte das Berufungsgericht - sieht man von der für das weitere Verfahren nicht mehr bedeutenden Verwerfung der Berufung wegen Nichtigkeit ab - allein aufgrund der Rechtsrüge des Beklagten. Auf die ebenfalls geltend gemachten Berufungsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigung ging das Berufungsgericht nicht ein.

Im Rahmen seiner Ausführungen zur Rechtsrüge verneinte das Berufungsgericht zunächst das Vorliegen eines konstitutiven Anerkenntnisses des Beklagten auf der Grundlage der (vom Beklagten bekämpften) Feststellung des Erstgerichts über eine Erklärung des Beklagten im März 1999.

Ausgehend von § 96 GmbH-Gesetz, ob auf Grund einer Erklärung der GmbH nach Art XVII Abs 11 EU-GesRÄG noch in der früheren Fassung anzuwenden sei, und unter Berufung auf die schon zur früheren Rechtslage einhellige Rechtsmeinung bejahte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht des Beklagten das Vorliegen einer Universalsukzession. In einem solchen Fall komme § 1407 Abs 2 ABGB nicht zur Anwendung. Zu den weiteren Behauptungen des Beklagten, aus denen sich eine einvernehmliche Aufhebung der Pfandhaftung für weitere Auszahlungen an die Gesellschaft ab März 1999 ergeben würde, mangle es noch an Feststellungen. Ausgehend von Paragraph 96, GmbH-Gesetz, ob auf Grund einer Erklärung der GmbH nach Art römisch XVII Absatz 11, EU-GesRÄG noch in der früheren Fassung anzuwenden sei, und unter Berufung auf die schon zur früheren Rechtslage einhellige Rechtsmeinung bejahte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht des Beklagten das Vorliegen einer Universalsukzession. In einem solchen Fall komme Paragraph 1407, Absatz 2, ABGB nicht zur Anwendung. Zu den weiteren Behauptungen des Beklagten, aus denen sich eine einvernehmliche Aufhebung der Pfandhaftung für weitere Auszahlungen an die Gesellschaft ab März 1999 ergeben würde, mangle es noch an Feststellungen.

Dagegen sei nicht maßgeblich, ob sich der Beklagte mit den Verantwortlichen der GmbH über seine Entlassung aus einer Realhaftung geeinigt habe. Dies wäre ohne Zustimmung der Klägerin nicht möglich gewesen.

Die Sicherung durch eine Höchstbetragshypothek könne sich auch auf erst künftig entstehende Forderungen erstrecken. Als Voraussetzung werde nur gefordert, dass eindeutig bestimmt sein müsse, welche künftigen Kreditverträge und damit welche künftige Forderungen gedeckt werden sollten. Dazu reiche es hin, dass die Vertragspartner feststehen und dass etwa die Forderungen aufgrund eines künftig im Inland zu beurkundeten Kreditvertrags entstehen (SZ 58/19). Diesen Anforderungen entspreche die Erklärung des Beklagten in der Pfandbestellung. Zufolge der Gesamtrechtsnachfolge aufgrund der Verschmelzung könne kein Zweifel daran bestehen, dass sich diese Erklärung auch auf die übernehmende Gesellschaft erstrecke. Es sei daher nicht entscheidend, ob in der Folge nur bei einem Teil von neu gewährten Krediten oder von Aufstockungen von bereits gewährten Krediten die Pfandhaftung ausdrücklich bedungen oder erweitert wurde oder ob dies nicht in jedem Fall zuträfe. In diesem Zusammenhang lägen Feststellungsmängel nicht vor.

Wie der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung SZ 59/74 ausgeführt habe, könne der Drittpfandbesteller auf die Auskunftspflicht des persönlichen Schuldners nur verwiesen werden, wenn dieser dazu verpflichtet wäre. Der Umstand allein, dass jemand einem anderen leicht Auskunft erteilen könnte, stelle keinen rechtlichen Grund für seine Verpflichtung zur Auskunftserteilung dar. Auch der Drittpfandbesteller habe daher Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche gegen den Kreditgeber, deren Erfüllung es ihm ermöglichen solle, den Umfang seiner Haftung zu bestimmen. Dieser Anspruch ergebe sich, wenn das gesicherte Rechtsverhältnis beendet sei oder auf den Dritten gegriffen werden solle, überdies unmittelbar aus § 1366 ABGB. Wie der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung SZ 59/74 ausgeführt habe, könne der Drittpfandbesteller auf die Auskunftspflicht des persönlichen

Schuldners nur verwiesen werden, wenn dieser dazu verpflichtet wäre. Der Umstand allein, dass jemand einem anderen leicht Auskunft erteilen könnte, stelle keinen rechtlichen Grund für seine Verpflichtung zur Auskunftserteilung dar. Auch der Drittpfandbesteller habe daher Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche gegen den Kreditgeber, deren Erfüllung es ihm ermöglichen solle, den Umfang seiner Haftung zu bestimmen. Dieser Anspruch ergebe sich, wenn das gesicherte Rechtsverhältnis beendet sei oder auf den Dritten gegriffen werden solle, überdies unmittelbar aus Paragraph 1366, ABGB.

Die Verweigerung von Auskünften an Personen, derer diese zur Durchsetzung der Ansprüche bedarf, stelle einen Rechtsmissbrauch dar. Um das Bankgeheimnis nicht zu verletzen, müsse allerdings die Bank bezüglich jener Zahlungseingänge auf dem Konto der Personalschuldnerin, die von der Sachhaftung des Beklagten nicht erfasste Verbindlichkeiten betreffen, diesem Auskunft nur darüber geben, dass diese Zahlungseingänge ihrem Widmungszweck nach nicht zur Tilgung der durch die Sachhaftung des Klägers besicherten Verbindlichkeiten bestimmt waren. Wer zur Rechnungslegung verpflichtet sei, müsse aber im Übrigen alle Angaben machen, die eine Nachprüfung der Rechnung ermöglichen. In einem solchen Fall sei auch davon auszugehen, dass der Drittpfandbesteller nicht Auskunft über die Schuld der Personalschuldnerin, sondern über jene Grundlagen fordere, die es ihm ermöglichen sollen, den Umfang seiner Sachhaftung zu bestimmen. Solange beispielsweise die Bank den Drittpfandbesteller im Unklaren lasse, welche Zahlungen, die auf das Konto der Personalschuldnerin eingingen, sie auf welche Schuld im Verhältnis zur persönlichen Schuldnerin und welche der eingegangenen Zahlungen sie auf die Haftung des Drittpfandbestellers angerechnet hat, könne er nicht feststellen, wie die beklagte Bank richtig hätte verrechnen müssen und in welchem Ausmaß seine Sachhaftung fortbesteht (SZ 59/74; vgl. EvBl 1990/4).

Die Verweigerung von Auskünften an Personen, derer diese zur Durchsetzung der Ansprüche bedarf, stelle einen Rechtsmissbrauch dar. Um das Bankgeheimnis nicht zu verletzen, müsse allerdings die Bank bezüglich jener Zahlungseingänge auf dem Konto der Personalschuldnerin, die von der Sachhaftung des Beklagten nicht erfasste Verbindlichkeiten betreffen, diesem Auskunft nur darüber geben, dass diese Zahlungseingänge ihrem Widmungszweck nach nicht zur Tilgung der durch die Sachhaftung des Klägers besicherten Verbindlichkeiten bestimmt waren. Wer zur Rechnungslegung verpflichtet sei, müsse aber im Übrigen alle Angaben machen, die eine Nachprüfung der Rechnung ermöglichen. In einem solchen Fall sei auch davon auszugehen, dass der Drittpfandbesteller nicht Auskunft über die Schuld der Personalschuldnerin, sondern über jene Grundlagen fordere, die es ihm ermöglichen sollen, den Umfang seiner Sachhaftung zu bestimmen. Solange beispielsweise die Bank den Drittpfandbesteller im Unklaren lasse, welche Zahlungen, die auf das Konto der Personalschuldnerin eingingen, sie auf welche Schuld im Verhältnis zur persönlichen Schuldnerin und welche der eingegangenen Zahlungen sie auf die Haftung des Drittpfandbestellers angerechnet hat, könne er nicht feststellen, wie die beklagte Bank richtig hätte verrechnen müssen und in welchem Ausmaß seine Sachhaftung fortbesteht (SZ 59/74; vergleiche EvBl 1990/4).

Der Beklagte sei über gewisse Zeit hinweg auch Geschäftsführer, Prokurist und Gesellschafter der Personalschuldnerin gewesen. Das Beweisverfahren habe Anhaltspunkte dafür ergeben, dass er in dieser Eigenschaft jedoch nicht mit den finanziellen Belangen, insbesondere auch nicht bezüglich der zur Klägerin bestehenden Geschäftsverbindung zu tun gehabt habe. Darüber hinaus habe er vorgebracht, dass er nach seinem Ausscheiden aus der Personalschuldnerin keine Möglichkeit mehr gehabt habe, auf die maßgeblichen Kontounterlagen Zugriff zu nehmen. Die Eintragung der selbständigen Vertretungsbefugnis des Beklagten für die Personalschuldnerin sei mit Firmenbucheintragung vom 6. 5. 1998 gelöscht worden. Im Hinblick auf die Daten der behaupteten Inanspruchnahme des Beklagten und der Klagseinbringung sei davon auszugehen, dass er jedenfalls ab seiner Inanspruchnahme keinen Zugriff mehr auf die maßgeblichen Kontounterlagen gehabt habe. Davor habe er noch nicht Aufzeichnungen über die Kontoentwicklungen machen müssen. Abgesehen davon könnten diese Aufzeichnungen keine Auskunft über die Kontoentwicklung nach seinem Ausscheiden geben. Im Übrigen müsse es dem Realschuldner freistehen, zunächst abzuwarten, ob und in welchem Ausmaß er tatsächlich in Anspruch genommen wird, weil ja auch erst ab diesem Zeitpunkt feststehe, inwiefern die gegen ihn erhobenen Ansprüche überhaupt einer Überprüfung bedürfen.

Der Beklagte habe bereits im erstgerichtlichen Verfahren vorgebracht, dass für ihn nicht erkenntlich sei, welche Verbindlichkeit nunmehr geltend gemacht werde, weshalb die klagende Partei seiner Meinung nach angehalten werden müsse, die Klagsforderung genau zu spezifizieren. Nach Aufforderung, die Höhe der Klagsforderung nachzuweisen, habe sie lediglich die Saldostände zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bekanntgegeben. Daraufhin habe der Beklagte weiteres Vorbringen erstattet. Die klagende Partei habe sodann die aushaftenden Salden beziffert

und als Beweismittel dafür Kontoauszüge angeboten. Zum Antrag des Beklagten auf Urkundenvorlage habe sie ausgeführt, dass der Beklagte über diese Kontoauszüge selbst verfüge. Ihr sei nicht zumutbar, über 1000 Kopien aus den bereits mikroverfilmten Kontounterlagen herzustellen.

Der Beklagte habe hiezu zu Recht erwidert, dass er sich ohne weitere Rechnungslegung durch die klagende Partei kein Bild über die Hauptschuld machen könne. Die Bekanntgabe einer unüberprüfaren Gesamtsumme sei nicht ausreichend. Billige man dem Drittpfandbesteller auch aktiv geltend machbare Ansprüche zu, so könne er sich aber auch in jenem Verfahren, in dem er aus seiner Realhaftung in Anspruch genommen wird, auf den Standpunkt zurückziehen, dass zunächst die Kreditnehmerin [gemeint offenbar:

Kreditgeberin] zunächst überprüfbar darlegen müsse, wie sich der von ihr geforderte Betrag errechne. Dem sei die Klägerin trotz der ihr erteilten Aufträge, "die Höhe der Klagsforderung nachzuweisen", nicht nachgekommen. Es gereiche ihr zum Nachteil, dass sie nicht nachvollzieh- und überprüfbar dargelegt habe, wie sich der gegen den Beklagten geltend gemachte Betrag errechne. Schon aus diesem Grund sei der Berufung Folge zu geben und das Ersturteil dahin abzuändern, dass sowohl das Haupt- als auch das Eventualbegehren abgewiesen würden. Zu einem Vorgehen nach § 473a Abs 1 ZPO habe keine Veranlassung bestanden, weil sich die Abänderung daraus ergebe, dass die klagende Partei ihrer prozessualen Behauptungs- und Beweislast nicht entsprochen habe. Kreditgeberin] zunächst überprüfbar darlegen müsse, wie sich der von ihr geforderte Betrag errechne. Dem sei die Klägerin trotz der ihr erteilten Aufträge, "die Höhe der Klagsforderung nachzuweisen", nicht nachgekommen. Es gereiche ihr zum Nachteil, dass sie nicht nachvollzieh- und überprüfbar dargelegt habe, wie sich der gegen den Beklagten geltend gemachte Betrag errechne. Schon aus diesem Grund sei der Berufung Folge zu geben und das Ersturteil dahin abzuändern, dass sowohl das Haupt- als auch das Eventualbegehren abgewiesen würden. Zu einem Vorgehen nach Paragraph 473 a, Absatz eins, ZPO habe keine Veranlassung bestanden, weil sich die Abänderung daraus ergebe, dass die klagende Partei ihrer prozessualen Behauptungs- und Beweislast nicht entsprochen habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der klagenden Partei, mit der sie in erster Linie die Wiederherstellung des Ersturteils begehrt, hilfsweise aber einen Aufhebungsantrag stellt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision ist zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs dazu, ob die Nichterfüllung des Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruchs des Drittpfandbestellers auch die Fälligkeit des Verwertungsanspruchs des Pfandgläubigers hinausschiebt, fehlt. Darauf hat die klagende Partei insgesamt zutreffend hingewiesen.

Die Revision ist aber auch im Sinne ihres Aufhebungsantrags berechtigt.

Die in der Revision geltend gemachten Mängel des Berufungsverfahrens liegen jedoch nicht vor.

Es kann keine Rede davon sein, dass das Berufungsgericht von Feststellungen des Erstgerichts ohne Beweiswiederholung abgegangen wäre, hat dieses doch die Prüfung der entsprechenden Anfechtung durch den Beklagten aus rechtlichen Erwägungen unterlassen und ist, wie es auch selbst ausführt, allein aus Erwägungen der Behauptungs- und Beweislast zu einer Klagsabweisung gelangt.

Soweit die klagende Partei erstmals in ihrer außerordentlichen Revision geltend macht, bereits das Erstgericht habe ihren Zwischenantrag auf Feststellung stillschweigend übergangen, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie dies vor dem Berufungsgericht nicht geltend gemacht hat. Dies wäre aber notwendig gewesen, handelt es sich doch um einen Verfahrensmangel erster Instanz, weil das Erstgericht eben über einen Sachantrag nicht entschieden hat (§ 496 Abs 1 Z 1 ZPO). Nach ständiger Rechtsprechung kann aber ein in der (mit) Berufung nicht geltend gemachter Verfahrensmangel erster Instanz nicht als Revisionsgrund geltend gemacht werden (Nachweise bei Kodek, aaO § 503 Rz 3). Der Umstand, dass das Berufungsgericht nicht über den Zwischenfeststellungsantrag entschieden hat, kann keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nach § 503 Z 2 iVm § 496 Abs 1 Z 1 ZPO darstellen, weil eben, wie dargelegt wurde, im Berufungsverfahren nie eine Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag begehrt wurde. Soweit die klagende Partei erstmals in ihrer außerordentlichen Revision geltend macht, bereits das Erstgericht habe ihren Zwischenantrag auf Feststellung stillschweigend übergangen, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie dies vor dem Berufungsgericht nicht geltend gemacht hat. Dies wäre aber notwendig gewesen, handelt es sich doch um einen Verfahrensmangel erster Instanz, weil das Erstgericht eben über einen Sachantrag nicht entschieden hat (Paragraph

496, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO). Nach ständiger Rechtsprechung kann aber ein in der (mit) Berufung nicht geltend gemachter Verfahrensmangel erster Instanz nicht als Revisionsgrund geltend gemacht werden (Nachweise bei Kodek, aaO Paragraph 503, Rz 3). Der Umstand, dass das Berufungsgericht nicht über den Zwischenfeststellungsantrag entschieden hat, kann keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nach Paragraph 503, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO darstellen, weil eben, wie dargelegt wurde, im Berufungsverfahren nie eine Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag begehrt wurde.

Da sich das Berufungsgericht bei seiner abändernden Entscheidung im Wesentlichen schon darauf stützte, dass die klagende Partei gar kein ausreichendes Vorbringen erstattet habe, kann ihm auch kein Verstoß gegen § 473a ZPO angelastet werden, der voraussetzt, dass sich eine abändernde Entscheidung auf Feststellungen des Erstgerichts gründet. Da sich das Berufungsgericht bei seiner abändernden Entscheidung im Wesentlichen schon darauf stützte, dass die klagende Partei gar kein ausreichendes Vorbringen erstattet habe, kann ihm auch kein Verstoß gegen Paragraph 473 a, ZPO angelastet werden, der voraussetzt, dass sich eine abändernde Entscheidung auf Feststellungen des Erstgerichts gründet.

Vor Eingehen auf die in der außerordentlichen Revision, aber auch in der dem Beklagten freigestellten Revisionsbeantwortung erhobenen Rechtsrügen gilt es zunächst zu prüfen, ob nicht das Berufungsgericht die Klage schon deshalb zu Recht abgewiesen hat, weil die geänderten Klagebegehren unschlüssig sind.

Dies trifft auf das Hauptbegehren zu.

Damit begehrt die klagende Partei einen uneingeschränkt in das Vermögen des Beklagten vollstreckbaren Geldzahlungstitel. Dies steht in Widerspruch mit ihrem Vorbringen, in dem stets nur von einer reinen Sachhaftung des Beklagten die Rede war. Zu der Klagsänderung hat die klagende Partei lediglich vorgebracht, dass die Pfandhaftung durch eine Bankgarantie abgelöst worden sei. Ein Vorbringen, aus dem sich die Übernahme aus einer persönlichen Haftung durch den Beklagten ergibt, wurde jedoch nicht erstattet. In der derzeitigen Form ist daher das Hauptbegehren nach dem Stand des Vorbringens der klagenden Partei unschlüssig.

Das Eventualbegehren entspricht im Wesentlichen dem ursprünglichen Pfand(rechts)klagebegehren mit der Ausnahme, dass anstelle der Pfandliegenschaft eine Bankgarantie als Exekutionsobjekt angeführt wird.

Wenn auch die klagende Partei zu ihrer Klagsänderung und zu der ihr zugrunde liegenden Vereinbarung zwischen den Streitparteien nur ein äußerst dürftiges Vorbringen erstattet hat, ergibt sich daraus doch mit hinreichender Deutlichkeit, dass sie selbst und nicht etwa der Beklagte Begünstigter der Bankgarantie ist, die eine dritte Bank ausgestellt (und mit der diese "für den Beklagten eine Haftung im Höchstbetrag von S 5,250.000" übernommen) hat. Damit kann aber diese Bankgarantie nicht einfach als ein anderes Exekutionsobjekt an die Stelle der zum Pfand bestellten Liegenschaft des Beklagten in der Weise treten, dass das stattgebende Urteil über das Eventualbegehren der klagenden Partei eine Exekution "in die Bankgarantie" ermöglichen würde. Wie bereits dargelegt, ergibt sich aus dem Vorbringen gerade nicht, dass damit eine Geldforderung des Beklagten gegen die dritte Bank begründet worden wäre, die Gegenstand einer Forderungsexekution (gemäß § 294 EO) sein könnte. Schon aus § 880a ABGB geht hervor, dass eine Garantie einen Leistungsanspruch des Begünstigten gegen den Garanten begründet (8 Ob 612/85; RdW 1986, 340 und zahlreiche weitere E zu RIS-Justiz RS0005081; zuletzt 8 Ob 291/99y). Dagegen handelt es sich bei der Bankgarantie nicht um einen Vermögensbestandteil des Beklagten. Daher könnte die Forderung der klagenden Partei keinesfalls in die Bankgarantie vollstreckt werden, kann doch Exekution wegen Geldforderungen nach der Exekutionsordnung nur in Vermögensbestandteile des Personal- oder Realschuldners geführt werden (siehe §§ 87, 97, 133 und § 253 Abs 1 und 3 iVm § 37 sowie §§ 294, 325, 331 EO; Heller/Berger/Stix, EO 4 1685; Mohr in Angst, EO § 253 Rz 3; vgl auch Burgstaller/Holzner in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 37 Rz 46). Dass aus einer Garantie dem Auftraggeber kein vermögenswertes und durch Dritte pfändbares Recht erwächst, hat der Oberste Gerichtshof auch bereits klargestellt (HS 26.475 = HS 26.900 = JUS Z 1990 = ÖBA 1996/555, 479 = RdW 1996, 169 = RPFIE 1996/72 = ZIK 1996, 72). Wenn auch die klagende Partei zu ihrer Klagsänderung und zu der ihr zugrunde liegenden Vereinbarung zwischen den Streitparteien nur ein äußerst dürftiges Vorbringen erstattet hat, ergibt sich daraus doch mit hinreichender Deutlichkeit, dass sie selbst und nicht etwa der Beklagte Begünstigter der Bankgarantie ist, die eine dritte Bank ausgestellt (und mit der diese "für den Beklagten eine Haftung im Höchstbetrag von S 5,250.000" übernommen) hat. Damit kann aber diese Bankgarantie nicht einfach als ein anderes Exekutionsobjekt an die Stelle der zum Pfand bestellten Liegenschaft des Beklagten in der Weise treten, dass das stattgebende Urteil über das Eventualbegehren der klagenden Partei eine

Exekution "in die Bankgarantie" ermöglichen würde. Wie bereits dargelegt, ergibt sich aus dem Vorbringen gerade nicht, dass damit eine Geldforderung des Beklagten gegen die dritte Bank begründet worden wäre, die Gegenstand einer Forderungsexekution (gemäß Paragraph 294, EO) sein könnte. Schon aus Paragraph 880 a, ABGB geht hervor, dass eine Garantie einen Leistungsanspruch des Begünstigten gegen den Garanten begründet (8 Ob 612/85; RdW 1986, 340 und zahlreiche weitere E zu RIS-Justiz RS0005081; zuletzt 8 Ob 291/99y). Dagegen handelt es sich bei der Bankgarantie nicht um einen Vermögensbestandteil des Beklagten. Daher könnte die Forderung der klagenden Partei keinesfalls in die Bankgarantie vollstreckt werden, kann doch Exekution wegen Geldforderungen nach der Exekutionsordnung nur in Vermögensbestandteile des Personal- oder Realschuldners geführt werden (siehe Paragraphen 87,, 97, 133 und Paragraph 253, Absatz eins und 3 in Verbindung mit Paragraph 37, sowie Paragraphen 294,, 325, 331 EO; Heller/Berger/Stix, EO4 1685; Mohr in Angst, EO Paragraph 253, Rz 3; vergleiche auch Burgstaller/Holzner in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO Paragraph 37, Rz 46). Dass aus einer Garantie dem Auftraggeber kein vermögenswertes und durch Dritte pfändbares Recht erwächst, hat der Oberste Gerichtshof auch bereits klargestellt (HS 26.475 = HS 26.900 = JUS Ziffer 1990, = ÖBA 1996/555, 479 = RdW 1996, 169 = RPFIE 1996/72 = ZIK 1996, 72).

Allerdings kann das Eventualbegehren so gedeutet werden, dass die klagende Partei ein Urteil anstrebt, aus dem sich ihre Berechtigung zum Abruf der Bankgarantie ergibt, ist doch aufgrund ihres Vorbringens zu unterstellen, dass die Bankgarantie die Pfandhaftung in dem Sinn ersetzen sollte, dass diese für den Fall abgerufen werden darf, dass bei Fehlen der Abänderungsvereinbarung die Pfandhaftung tatsächlich gegeben gewesen wäre. Man wird daher in das Eventualbegehren als Minus das Begehren auf Feststellung, die klagende Partei sei berechtigt, die Bankgarantie für den Klagsbetrag abzurufen, eingeschlossen sehen können. An der Formulierung des Klagebegehrens muss demnach die Klage noch nicht zur Gänze scheitern. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Feststellungen über die von den Parteien im Laufe des Verfahrens getroffene Vereinbarung über die "Ersetzung" der Pfandhaftung bisher nicht getroffen wurden.

Zu Unrecht wendet sich die beklagte Partei in der Revisionsbeantwortung gegen die übereinstimmende Rechtsansicht der Vorinstanzen, durch die Verschmelzung der alten GmbH mit der nunmehr gleichnamigen neuen sei es zu einer Gesamtrechtsnachfolge gekommen. Wenn auch, wie das Berufungsgericht richtig ausführt, auf die vorliegende Verschmelzung noch die Bestimmungen des GmbHG in der Fassung vor dem EU-GesRÄG anzuwenden sind, sich somit der Charakter des Rechtsübergangs als Universalsukzession noch nicht aus dem Gesetzestext (§ 96 Abs 1 GmbHG in der novellierten Fassung) ergibt, wurde schon zur alten Rechtslage die Verschmelzung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Gesamtrechtsnachfolge qualifiziert (so etwa MietSlg 46.365, 46.630; SZ 67/235; eoclex 1999/74 = MietSlg 50.731; ZIK 1999, 205; ohne Eingehen auf die anwendbare Fassung des § 96 GmbHG SZ 70/202). Der Beklagte kann den betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu diesem Punkt keine sachlichen Argumente entgegensetzen. Soweit er sich auf frühere Schriftsätze beruft, ist er auf die ständige Rechtsprechung hinzuweisen, nach der dies unzulässig ist (Nachweise bei Kodek in Rechberger, ZPO2 § 506 Rz 1). Zu Unrecht wendet sich die beklagte Partei in der Revisionsbeantwortung gegen die übereinstimmende Rechtsansicht der Vorinstanzen, durch die Verschmelzung der alten GmbH mit der nunmehr gleichnamigen neuen sei es zu einer Gesamtrechtsnachfolge gekommen. Wenn auch, wie das Berufungsgericht richtig ausführt, auf die vorliegende Verschmelzung noch die Bestimmungen des GmbHG in der Fassung vor dem EU-GesRÄG anzuwenden sind, sich somit der Charakter des Rechtsübergangs als Universalsukzession noch nicht aus dem Gesetzestext (Paragraph 96, Absatz eins, GmbHG in der novellierten Fassung) ergibt, wurde schon zur alten Rechtslage die Verschmelzung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Gesamtrechtsnachfolge qualifiziert (so etwa MietSlg 46.365, 46.630; SZ 67/235; eoclex 1999/74 = MietSlg 50.731; ZIK 1999, 205; ohne Eingehen auf die anwendbare Fassung des Paragraph 96, GmbHG SZ 70/202). Der Beklagte kann den betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu diesem Punkt keine sachlichen Argumente entgegensetzen. Soweit er sich auf frühere Schriftsätze beruft, ist er auf die ständige Rechtsprechung hinzuweisen, nach der dies unzulässig ist (Nachweise bei Kodek in Rechberger, ZPO2 Paragraph 506, Rz 1).

Was nun die Erwägungen angeht, aus denen das Berufungsgericht die Klagebegehren als nicht berechtigt ansah, wird einerseits mit Rechtsmissbrauch der klagenden Bank argumentiert, andererseits scheint die Begründung auf die Annahme der mangelnden Fälligkeit, und zwar wohl der ursprünglich geltend gemachten Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die zum Pfand gegebene Liegenschaft, hinauszulaufen. Wie bereits dargelegt wurde, steht nicht fest, welche Vereinbarungen die Parteien während des Verfahrens exakt getroffen haben, weshalb im Folgenden

zunächst unterstellt wird, die Parteien hätten sich darauf geeinigt, die klagende Partei solle berechtigt sein, die vom Beklagten erwirkte Bankgarantie abzurufen, falls sich herausstellen sollte, dass die ursprünglich erhobene Pfandklage erfolgreich gewesen wäre.

In diesem Zusammenhang macht nun die klagende Partei zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht offenbar den Umstand nicht berücksichtigt hat, dass das Erstgericht nicht nur das Verfahren auf den Grund des Anspruchs eingeschränkt, sondern auch bloß ein Urteil über den Grund des Anspruchs nach § 393 Abs 1 ZPO gefällt hat. Nach der seit der WGN 1989 geltenden Fassung dieser Bestimmung kann ein derartiges Zwischenurteil auch dann ergehen, wenn noch strittig ist, ob der Anspruch überhaupt mit irgendeinem Betrag zu Recht besteht. Vor dem Hintergrund dieser Regelung ist es schon auf den ersten Blick befremdlich, dass das Berufungsgericht der klagenden Bank vorwirft, sie habe nicht schon in diesem Verfahrensstadium ihre Ansprüche nachvollziehbar dargelegt und dem seinerzeitigen Pfandbesteller gegenüber ausreichend Rechnung gelegt. In diesem Zusammenhang macht nun die klagende Partei zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht offenbar den Umstand nicht berücksichtigt hat, dass das Erstgericht nicht nur das Verfahren auf den Grund des Anspruchs eingeschränkt, sondern auch bloß ein Urteil über den Grund des Anspruchs nach Paragraph 393, Absatz eins, ZPO gefällt hat. Nach der seit der WGN 1989 geltenden Fassung dieser Bestimmung kann ein derartiges Zwischenurteil auch dann ergehen, wenn noch strittig ist, ob der Anspruch überhaupt mit irgendeinem Betrag zu Recht besteht. Vor dem Hintergrund dieser Regelung ist es schon auf den ersten Blick befremdlich, dass das Berufungsgericht der klagenden Bank vorwirft, sie habe nicht schon in diesem Verfahrensstadium ihre Ansprüche nachvollziehbar dargelegt und dem seinerzeitigen Pfandbesteller gegenüber ausreichend Rechnung gelegt.

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs ist jedenfalls, dass dieser nach Grund und Höhe getrennt beurteilt werden kann. Es muss sich also um Ansprüche auf Geld oder vertretbare Sachen handeln (Rechberger in Rechberger, ZPO2 § 393 Rz 6). Bei solchen Begehren kann es dann auch nicht darauf ankommen, ob es sich um eine Leistungs- oder eine Feststellungsklage handelt (JUS Z 2227 = ÖA 1998, 162 [Oppositionsklage]; Rechberger aaO). Nicht denkbar ist ein solches Zwischenurteil hingegen etwa bei Feststellungsbegehren betreffend die Haftung für künftige Schäden (RIS-Justiz RS0039037), bei denen nur eine Teilung nach Quoten (etwa bei Mitverschulden des Geschädigten) in Betracht kommt. Über die Fälle eines direkt auf Geld gerichteten Anspruchs hinaus wird man aber auch Feststellungsbegehren wie das hier allein noch zu prüfende auf Berechtigung des Abrufs einer Bankgarantie, was einer Geldleistung sehr nahe kommt, als für ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs geeignet ansehen müssen, ist doch hier ebenso wie bei einem Geldzahlungsbegehren auch eine Überprüfung möglich, in welcher Höhe die Berechtigung zum Abruf der Bankgarantie der klagenden Partei zusteht. Es handelt sich also anders als bei den Haftungsfeststellungen um auch quantitativ unterschiedlich beurteilbare Begehren. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs ist jedenfalls, dass dieser nach Grund und Höhe getrennt beurteilt werden kann. Es muss sich also um Ansprüche auf Geld oder vertretbare Sachen handeln (Rechberger in Rechberger, ZPO2 Paragraph 393, Rz 6). Bei solchen Begehren kann es dann auch nicht darauf ankommen, ob es sich um eine Leistungs- oder eine Feststellungsklage handelt (JUS Ziffer 2227, = ÖA 1998, 162 [Oppositionsklage]; Rechberger aaO). Nicht denkbar ist ein solches Zwischenurteil hingegen etwa bei Feststellungsbegehren betreffend die Haftung für künftige Schäden (RIS-Justiz RS0039037), bei denen nur eine Teilung nach Quoten (etwa bei Mitverschulden des Geschädigten) in Betracht kommt. Über die Fälle eines direkt auf Geld gerichteten Anspruchs hinaus wird man aber auch Feststellungsbegehren wie das hier allein noch zu prüfende auf Berechtigung des Abrufs einer Bankgarantie, was einer Geldleistung sehr nahe kommt, als für ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs geeignet ansehen müssen, ist doch hier ebenso wie bei einem Geldzahlungsbegehren a

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)