

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

149. JAHRGANG

03
2017

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN



Aus dem Inhalt:

BEITRAG

Florian Skarics:

(Kein) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter?

Seite 81

RECHTSPRECHUNG

Die Anmerkung der Namensrangordnung ist nicht nur auf eine Person beschränkt *Hans Hoyer*

Seite 98

§ 785 Abs 3 letzter Satz ABGB aF ist verfassungskonform *Alexander Hofmann* Seite 102

(Un-)Zulässigkeit von E-Mail-Eingaben *Peter G. Mayr*

Seite 116

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

Inhalt

Beitrag

Florian Skarics

(Kein) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter?	81
---	----

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

Bemessung der Entschädigung für Mehrleistung nach Änderung des Bebauungsplans – OGH 6. 7. 2016, 7 Ob 119/16z: §§ 17, 57, 58 Abs 2 WrBauO	92
---	----

Haftung des Immobilienmaklers bei Unterlassen des Mitteilens sämtlicher Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich sind – OGH 11. 7. 2016, 5 Ob 93/16m: §§ 3, 5 MaklerG; §§ 1295ff ABGB; § 30b Abs 2 KSchG	93
---	----

Entstehen von Dienstbarkeiten bei Veräußerung einer Liegenschaft, die offenkundig der anderen dient und auch weiterhin dienen soll, ohne spezifische Vereinbarung und Verbücherung – OGH 5. 8. 2016, 2 Ob 74/16w: §§ 841ff, 863, 1452, 1460ff ABGB	96
--	----

Die Anmerkung der Namensrangordnung ist nicht nur auf eine Person beschränkt – OGH 25. 8. 2016, 5 Ob 139/16a: §§ 53 GBG; §§ 2, 13, 40, 45 WEG 2002 (Anmerkung von Hans Hoyer)	98
--	----

Erbrecht

Schenkung auf den Todesfall und Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte – OGH 27. 10. 2016, 2 Ob 137/16k: §§ 956 aF, 1293ff ABGB	100
---	-----

§ 785 Abs 3 letzter Satz ABGB aF ist verfassungskonform – VfGH 13. 12. 2016, G 572/2015: Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG; § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015 (Anmerkung von Alexander Hofmann)	102
--	-----

Firmenbuch und Unternehmensrecht

Erfordernis eines Stiftungsprüfers im Abwicklungsstadium einer Privatstiftung – OGH 30. 1. 2017, 6 Ob 224/16h: §§ 14, 20 PSG	108
---	-----

Zur Rückzahlungssperre des EKEG – OGH 30. 1. 2017, 6 Ob 246/16v: §§ 14, 15 EKEG	109
--	-----

Eintragung eines Doppelnamens im Firmenbuch – OGH 30. 1. 2017, 6 Ob 254/16w: § 11 GmbHG; § 17 FBG	110
--	-----

Vertragsrecht

Wirkliche Übergabe bei Schenkung – OGH 20. 12. 2016, 1 Ob 229/16g: § 943 ABGB; § 1 Abs 1 lit d NotAktG	110
---	-----

Gewährleistungsfrist bei verdeckten Sachmängeln – OGH 20. 12. 2016, 4 Ob 202/16h: §§ 914f, 933 ABGB	111
--	-----

Treuhand, Exekutions- und Insolvenzrecht

Rücktritt des Insolvenzverwalters vom Kauf eines Unternehmens unter Eigentumsvorbehalt bei Käuferinsolvenz – OGH 26. 1. 2017, 9 Ob 40/16x: §§ 20, 21 IO	113
--	-----

Verfahren außer Streitsachen

Unterbrechung eines Außerstreitverfahrens wegen eines ausländischen Verfahrens? – OGH 18. 10. 2016, 1 Ob 135/16h: § 25 Abs 2 Z 1 AußStrG	115
---	-----

(Un-)Zulässigkeit von E-Mail-Eingaben – OGH 19. 12. 2016, 2 Ob 212/16i: § 6 Abs 4, § 24 Abs 1, § 144 AußStrG; § 36 Abs 1, § 93 Abs 1 ZPO; § 16 ZustG; § 89 Abs 1 GOG; § 5 Abs 1a ERV 2006 (Anmerkung von Peter G. Mayr)	116
---	-----

Varia

Selbstentzündung des KFZ – OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 188/16k: § 1 EKHG	118
---	-----

Standesnachrichten und Mitteilungen	120
--	-----

Impressum	120
-----------------	-----

NZ 2017/32

(Kein) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter?

Muss ein Gesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH vom Gläubiger gewarnt werden, wenn er als Interzedent für „seine“ wirtschaftlich angeschlagene GmbH auftritt? Der Beitrag geht zunächst allgemein darauf ein, ob ein GmbH-Gesellschafter als Unternehmer oder Verbraucher iSd KSchG einzustufen ist. Darauf aufbauend wird erörtert, inwiefern die §§ 25 c f KSchG anwendbar sind, wenn sich ein GmbH-Gesellschafter für Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft verbürgt.

Von Florian Skarics

Inhaltsübersicht:

- A. Zur Unternehmer- oder Verbraucherstellung eines GmbH-Gesellschafters
 - 1. Einleitung
 - 2. Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher
 - 3. Der GmbH-Gesellschafter als Unternehmer
 - 4. Keine Unternehmer- oder Verbraucherstellung bei Organisationsgeschäften
- B. Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG
 - 1. Einleitung
 - 2. Regelungsinhalt
 - 3. Rechtsprechung und Lehre
 - 4. Stellungnahme
 - a) Teleologische Reduktion des § 25 c KSchG?
 - b) Teleologische Reduktion des § 25 d KSchG?
 - c) Unionsrechtliche Zulässigkeit
- C. Fazit

A. Zur Unternehmer- oder Verbraucherstellung eines GmbH-Gesellschafters

1. Einleitung

Einleitend soll hier in geraffter Form der Verbraucher- und Unternehmerbegriff des KSchG beschrieben und auf die diesbezügliche Einstufung eines GmbH-Gesellschafters eingegangen werden.¹

Bei der Beschreibung des **Geltungsbereichs des KSchG** stellt § 1 KSchG darauf ab, dass ein Unternehmer mit einem Verbraucher ein Rechtsgeschäft abschließt. Damit soll der Schutz des typischerweise unterlegenen Verbrauchers gewährleistet werden. Im Sinne größtmöglicher Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber hier bewusst eine schematische Regelung getroffen und nicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers abgestellt.²

¹ Eine umfassende Analyse des persönlichen Geltungsbereichs des KSchG in Bezug auf GmbH-Gesellschafter kann in diesem Rahmen nicht erfolgen; diesbezüglich sei insbesondere auf die diesem Beitrag zugrunde liegende Monografie verwiesen; siehe Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher (2017) passim.

² Siehe etwa Krejci in Rummel, ABGB³ (2002) § 1 KSchG Rz 1, 5; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 1 KSchG Rz 26 ff.

Unternehmer ist gemäß § 1 Abs 1 Z 1 KSchG jemand, der ein Rechtsgeschäft abschließt, das zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Das konkret abgeschlossene Geschäft muss daher einen (wenn auch nur entfernten) Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmers aufweisen und den Betrieb des Unternehmens fördern.³ Dieser Zusammenhang muss nicht nur zu irgendeinem Unternehmen bestehen, sondern das Rechtsgeschäft muss für den Handelnden zum Betrieb „seines“ Unternehmens gehören.⁴ Ein Unternehmen ist gemäß § 1 Abs 2 KSchG jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.⁵

Die **Verbraucherstellung** ergibt sich nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG daraus, dass das konkret durch ein Rechtssubjekt abgeschlossene Geschäft nicht zum Betrieb ihres Unternehmens gehört. Dies kann entweder der Fall sein, wenn eine Person gar kein Unternehmen betreibt oder wenn es sich bei dem Rechtsgeschäft um ein Privatgeschäft einer unternehmerisch tätigen Person handelt.⁶

2. Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher

Mit der Rechtsfähigkeit der GmbH und dem gesellschaftsrechtlichen **Trennungsprinzip**⁷ geht einher, dass

³ OGH 23. 5. 2005, 3 Ob 317/04 w RdW 2005, 613; Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1 KSchG Rz 4; Kerschner in Jabornegg/Artmann, UGB² (2010) § 343 Rz 27 ff.

⁴ Zur Bedeutung des besitzanzeigenden Fürwortes „seines“ in diesem Zusammenhang vgl HG Wien 15. 3. 1995, 1 R 389/94 WR 1994/688; P. Bydlinski/Haas, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingesellschafters für Schulden „seiner“ GmbH? ÖBA 2003, 11 (14); Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 36 ff, 59.

⁵ Allgemein dazu etwa Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 31 ff; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 1 KSchG Rz 9 ff, jeweils mwN.

⁶ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1 KSchG Rz 4; Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 2.

⁷ Siehe dazu Aicher/S.-F. Kraus in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2015) § 61 Rz 4; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 61 Rz 6; Winkler/Gruber in Gruber/Harrer, GmbHG (2014) § 61 Rz 2.

die Rechts- und Vermögensverhältnisse zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern strikt auseinandergelassen werden müssen. Ganz in diesem Sinne führen die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen unternehmerischen Geschäfte einer GmbH nicht zur Unternehmerstellung ihrer Gesellschafter. Das Unternehmen (§ 1 Abs 2 KSchG) wird nämlich durch die GmbH selbst betrieben und nicht durch ihre Gesellschafter.⁸ Die Unternehmerereignis der GmbH hängt freilich nicht von der ausgeübten Tätigkeit ab, weil diese Unternehmerin kraft Rechtsform (§ 2 UGB) ist.⁹

Auch die **Beteiligung an einer Gesellschaft** als Teil der privaten Vermögensverwaltung stellt an sich noch keine unternehmerische Tätigkeit dar.¹⁰ Mit der Kapitalanlage geht nämlich noch keine hinreichend organisierte und auf Dauer ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit einher. Genauso bewirkt auch eine etwaige Geschäftsführungsbefugnis keine Unternehmerstellung, weil die Geschäftsführung als unselbständige Tätigkeit einzustufen ist.¹¹

Außerdem kann mE – entgegen der Rsp¹² – der Gesellschafter nicht (ausschließlich) aufgrund einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** als Unternehmer eingestuft werden. Im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise werden nach der Rsp und Teilen der Lehre gewisse Gesellschafter als Unternehmer eingestuft. Begründet wird dies damit, dass qualifiziert beteiligte und zT auch vertretungsbefugte Gesellschafter aufgrund einer angenehmen Interessenidentität oder wegen ihres beherrschenden Einflusses auf die Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig würden.¹³ Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise kann aber mE im anerkannten Methodenkanon ein derartiges Vorgehen nicht rechtfertigen.¹⁴ Sie darf nämlich nicht dazu führen, dass der rechtlichen Beurteilung ein fingierter Sachverhalt (Betrieb des Unternehmens durch den Gesellschafter) zugrunde gelegt wird. Ferner kann die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch nicht – entgegen dem Gesetzeswortlaut von § 1 KSchG – zu einer Zurechnung des Unternehmens der Gesellschaft an den Gesellschafter (bspw aufgrund eines beherrschenden Einflusses) führen.

Darüber hinaus dürfen mE Gesellschafter grundsätzlich auch nicht aufgrund einer **teleologischen Reduktion des KSchG auf Ebene des Geltungsbereichs** von den Bestimmungen des KSchG generell ausgenommen werden.¹⁵ Der Gesetzgeber hat nämlich bei der Bestim-

⁸ F. Schuhmacher, Der Gesellschafter als Unternehmer – Überlegungen zu Gesellschafterstellung und Unternehmerereignis, wbl 2012, 71 (73); Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann, UGB² § 1 Rz 12; Dehn in Krejci, Reform-Kommentar UGB/ABGB (2007) § 1 Rz 12ff; Haberer, Verbraucher- und Unternehmerbegriff nach UGB und KSchG am Beispiel des GmbH-Gesellschafter, in FS W. Jud (2012) 161 (177); Krejci/Haberer in Zib/Dellinger, UGB (2010) § 2 Rz 174; Krejci, Unternehmensrecht⁵ (2013) 46; Straube in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2012) § 1 Rz 10; Suesserott/U. Torggler in U. Torggler, UGB² (2016) § 1 Rz 26; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 4/30; K. Schmidt, Handelsrecht⁶ (2014) § 4 Rz 11, 55; ebenso zu OG/KG U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 105 Rz 40; RIS-Justiz RS0059726; zB OGH 17. 5. 1972, 7 Ob 64/72 GesRZ 1973, 81 (Grießler); siehe auch (noch zum HGB) OGH 30. 8. 1995, 3 Ob 520/94 (3 Ob 559/95) ecolx 1996, 15 (Puck) = RdW 1996, 59 = SZ 68/152.

⁹ Aufgrund analoger Anwendung des § 2 UGB sind Unternehmer kraft Rechtsform grundsätzlich (beim Abschluss von Transaktionsgeschäften; vgl Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 95 ff, 110 f bei und in FN 528) auch als Unternehmer iSd § 1 KSchG zu qualifizieren; zB Schauer, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64 (69 f).

¹⁰ RIS-Justiz RS0121109; OGH 9. 8. 2006, 4 Ob 108/06 w JBl 2007, 237 (Huemer) = ÖBA 2007, 490 (Riss); zur Verbraucherstellung beim Erwerb von Aktien siehe OGH 26. 11. 2009, 2 Ob 32/09 h ÖBA 2010, 753 (Oppitz) = ecolx 2010, 560 (Graf) = ZFR 2010, 133; F. Schuhmacher, wbl 2012, 71 (73); G. Müller, „Tod“ oder „Hypertrophie“ des Verbraucherschutzes in Fällen des Schuldbeitritts geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH? in FS Nobbe (2009) 415 (422); Kalss, Anlegerinteressen – Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001) 121; Dehn in Krejci, RK UGB § 1 Rz 30; Straube in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 1 Rz 49 ff; Suesserott/U. Torggler in U. Torggler, UGB² § 1 Rz 18; K. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB³ (2010) § 1 Rz 28; Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2016) §§ 343, 344 Rz 41, jeweils mwN; vgl Arnold, Privatstiftungsgesetz³ (2013) Einl Rz 13 b; aA Heidinger, Entscheidungsanmerkung, wbl 2007, 444 (447).

¹¹ OGH 26. 9. 1991, 6 Ob 607/91 ÖBA 1992, 578 = RdW 1992, 75; 28. 4. 2015, 10 Ob 24/15 z ÖBA 2015, 771 = VbR 2015, 158; Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann, UGB² § 1 Rz 12, 25; Hue-

mer, Entscheidungsanmerkung, JBl 2007, 237 (241); Krejci/Haberer in Zib/Dellinger, UGB § 1 Rz 175; F. Schuhmacher, wbl 2012, 71 (74); Straube in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 1 Rz 59; siehe auch Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 38 ff, 57; zum Fremdgeschäftsführer Heidinger, wbl 2007, 444 (447); Mann-Kommenda, Neues zur Verbrauchereignis der GmbH-Gesellschafter, Zak 2016, 324.

¹² ZB OGH 27. 6. 2016, 6 Ob 95/16 p NZ 2016, 308 mwN; einen allgemeinen Überblick über die Rsp zur Einordnung eines GmbH-Gesellschafter als Unternehmer oder Verbraucher bieten etwa Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ (2015) § 1 Rz 9 a; Mann-Kommenda, Zak 2016, 324; Schindler, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher, Zak 2010, 423; Straube, Gedanken zur Judikatur betreffend die Unternehmerereignis der GmbH-Gesellschafter, in FS Koppensteiner (2016) 319 (323 ff); siehe auch Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 29 ff, 41 ff, jeweils mwN.

¹³ ZB OGH 16. 12. 2013, 6 Ob 43/13 m GesRZ 2014, 193 (Hackl) = ÖBA 2014, 455 = wbl 2014, 224; 29. 1. 2015, 6 Ob 170/14 i ÖBA 2015, 536 = VbR 2015, 120 = GES 2015, 123; siehe auch die Rechtsprechungsübersicht zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 59 ff.

¹⁴ Siehe dazu und zum Folgenden Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 65 ff, insbesondere 70 ff.

¹⁵ RIS-Justiz RS0065288; zB OGH 21. 10. 1982, 7 Ob 515/82 SZ 55/157 = KRES 1 a/11 = HS 13.342; Krejci, Grundfragen zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 209 (226 ff, insbesondere 232 ff) mwN; derselbe in Rummel, ABGB³ § 1 KSchG Rz 5; Welsch, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz 193 (195 f); siehe auch Haberer in FS W. Jud 161 (170 f); Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG

mung des Geltungsbereichs des KSchG bewusst (iSd Rechtssicherheit) eine typisierende Regelung getroffen und nicht auf das Vorliegen einer konkreten Schutzbedürftigkeit abgestellt. Es kann somit nicht vom Vorliegen einer planwidrigen (verdeckten) Unvollständigkeit ausgegangen werden, weshalb eine teleologische Reduktion in diesem Kontext nicht zulässig ist. Eine teleologische Reduktion auf Geltungsbereichsebene ist darüber hinaus auch deshalb abzulehnen, weil zur Vermeidung unbilliger bzw gleichheitswidriger Ergebnisse auch auf Ebene der konkret anzuwendenden Einzelnorm eine teleologische Reduktion stattfinden kann.¹⁶ Dies ist zu bevorzugen, weil damit die typisierende Regelung des Gesetzgebers nicht in Frage gestellt wird und besser auf den spezifischen Schutzzweck der betroffenen Norm abgestellt werden kann.¹⁷ Außerdem können so unionsrechtliche Vorgaben besser berücksichtigt werden.¹⁸

3. Der GmbH-Gesellschafter als Unternehmer

Ausnahmsweise kann der Gesellschafter einer GmbH aber auch selbst ein Unternehmen betreiben und daher als Unternehmer (iSd § 1 UGB) zu qualifizieren sein. Im gegebenen Kontext interessieren hier besonders jene Fälle, wo der Gesellschafter nachhaltig **unternehmerische Beteiligungsgeschäfte** ausführt, die eine hinreichende Organisation erfordern und auch mit einem

nach außen erkennbaren Marktauftritt einhergehen.¹⁹ Der Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Geschäftsanteilen sind dann als unternehmerische Tätigkeit und nicht mehr als private Vermögensverwaltung anzusehen. Die Beurteilung, ob die Beteiligungsgeschäfte eines Gesellschafters noch als private Vermögensverwaltung oder aber als unternehmerische Tätigkeit einzustufen sind, hat immer anhand des konkreten Einzelfalls zu erfolgen. Das Halten eines einzelnen Geschäftsanteils wird aber in aller Regel nicht ausreichen, um eine Unternehmerstellung zu begründen. Schließt der unternehmerisch tätige Gesellschafter (Transaktions-)Geschäfte mit Bezug zu dieser Tätigkeit ab, so ist er dabei als Unternehmer iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG bzw § 343 UGB einzustufen.

4. Keine Unternehmer- oder Verbraucherstellung bei Organisationsgeschäften

Unabhängig davon, ob die Beteiligung eines Gesellschafters unternehmerische oder private Hintergründe hat, kommt bei sogenannten Organisationsgeschäften (körperschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte betreffend die Gesellschaftsorganisation, etwa Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, Beschlussfassung, Organbestellung etc) weder das KSchG noch das 4. Buch des UGB zur Anwendung.²⁰ Diese Bestimmungen stellen nämlich beide auf ein marktorientiertes Auftreten der Wirtschaftsteilnehmer ab und setzen daher das Vorliegen eines Transaktionsgeschäftes, wo rein schuldrechtliche Rechtsbeziehungen (idR mit Austauschcharakter) begründet werden, voraus. Bei **Organisationsgeschäften** sind die Beteiligten grundsätzlich **nicht als Unternehmer oder Verbraucher** iSd § 1 KSchG bzw § 343 UGB zu qualifizieren. In Bezug auf Interzessionen von Gesellschaftern ist diese Einschränkung des Anwendungsbereiches des KSchG aber nicht weiter relevant, weshalb hierauf nicht genauer eingegangen wird.²¹

Rz 29: „einzelne Bestimmungen“; aA bspw S.-F. Kraus, Die Privatstiftung (k)lein Verbraucher? – Gedanken zur Stellung der Privatstiftung im KSchG, in FS H. Torggler (2013) 645 (652 ff); Schilcher, Das Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 3 KSchG, in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz 270 (291 ff); derselbe, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht, in Aicher/Holoubek, Der Schutz von Verbraucherinteressen (2000) 99 (124 ff); vgl auch denselben in Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz (1978) 61 ff, insbesondere 64 f: teleologische Reduktion und Analogie seien zwar grundsätzlich zulässig, der Ansatz des Gesetzgebers wird aber aus Gründen der Rechtssicherheit kritisiert; siehe auch Palten, Von Missverständnissen und Fehlinterpretationen – Abermals: Wohnungseigentümergeinschaft Unternehmer oder Verbraucher? VR 2001/12, 28 (29), die eine teleologische Reduktion zwar nicht für ausgeschlossen hält, jedoch besondere Zurückhaltung fordert; vgl auch F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 729 ff, insbesondere 733 f; F. Schuhmacher, wbl 2012, 71 (73); weiterführend Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 75 ff.

¹⁶ Siehe bspw RIS-Justiz RS0065288; OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 232/12 i ÖBA 2013, 663 (M. Weber) = ecolex 2013, 978 (Wilhelm); 16. 12. 2013, 6 Ob 43/13 m GesRZ 2014, 193 (Hackl) = ÖBA 2014, 455 = wbl 2014, 224; P. Bydlinski, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 2012, 613 (615 ff); Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 6, 7 Rz 72 f; Wendehorst, Entscheidungsanmerkung, EvBl 2011/10, 70 (73); Wilhelm, Entscheidungsanmerkung, ecolex 2013, 978 (979); Straube in FS Koppensteiner 319 (322); siehe auch Dehn in Krejci, RK UGB § 1 Rz 12; S.-F. Kraus, Korrespondenz zu „Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren (OGH 16. 12. 2013, 6 Ob 43/13 m)“, JBl 2014, 608 f.

¹⁷ ZB S.-F. Kraus, JBl 2014, 608 (609).

¹⁸ M. Weber, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 2013, 663 (671).

¹⁹ Siehe dazu und zum Folgenden Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 113 ff mwN.

²⁰ S.-F. Kraus, JBl 2014, 608 (609 f); vgl etwa auch Straube in FS Koppensteiner 319 (325); Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 79 f; Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1 KSchG Rz 5; Terlitza/M. Weber, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1 (7); Schifferl/S.-F. Kraus, § 617 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, GesRZ 2011, 341 (343 f); ablehnend OGH 16. 12. 2013, 6 Ob 43/13 m GesRZ 2014, 193 (Hackl) = ÖBA 2014, 455 = wbl 2014, 224.

²¹ Die Interzession ist – wenngleich es sich dabei regelmäßig um ein entgeltfremdes Rechtsgeschäft handelt – als ein unter den spezifischen Rechtsgeschäftsbegriff des KSchG fallendes Transaktionsgeschäft zu qualifizieren. Siehe weiterführend Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 95 ff, 165 mwN.

B. Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG

1. Einleitung

In der Praxis kommt es sehr häufig vor, dass Banken die Kreditvergabe an eine Kapitalgesellschaft von einer **Mithaftung weiterer Personen** abhängig machen. So soll der vielfach überschaubare Haftungsfonds erweitert werden. Nicht selten verbürgen sich daher die Gesellschafter einer GmbH persönlich für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft. Wird der Kredit der GmbH in weiterer Folge notleidend, versucht die Bank idR, vom Gesellschafter Befriedigung zu erlangen. In einer Vielzahl von Fällen aus der Rsp haben sich die Gesellschafter der GmbH dann (teilweise erfolgreich) auf ihre Verbraucherstellung und auf die §§ 25 c f KSchG berufen. In weiterer Folge soll geprüft werden, inwiefern diese Bestimmungen den Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH Schutz bieten. Dabei werden zuerst der Regelungsinhalt der §§ 25 c f KSchG sowie die Lehrmeinungen und Rsp zur angesprochenen Problematik dargestellt. Daran anschließend folgt eine eigene Stellungnahme zur Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG in verschiedenen Anwendungsfällen.²² In dieser Stellungnahme wird an die oben dargestellten Thesen angeknüpft, weshalb grundsätzlich von einer Verbraucherstellung des interzedierenden Gesellschafter/Geschäftsführers auszugehen ist. Trotzdem ist die Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG fraglich, weil im Lichte des spezifischen Schutzzwecks evtl eine teleologische Reduktion dieser konkreten Einzelbestimmungen des KSchG zu erfolgen hat.

2. Regelungsinhalt

Gemäß **§ 25 c KSchG** muss der Gläubiger (Unternehmer) einen Verbraucher, der einer Verbindlichkeit als **Interzedent** beiträgt, **über die wirtschaftliche Lage des (Haupt-)Schuldners aufklären**, 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 Verbraucher nur dann für die fremde Verbindlichkeit, wenn er seine Verpflichtung trotz einer solchen Information übernommen hätte.

Gegenstand der Informationspflicht ist nach dem Gesetzeswortlaut die „wirtschaftliche Lage“ des Hauptschuldners. Der Interzedent muss dabei über jene Gründe aufgeklärt werden, aus denen sich die voraussichtliche Uneinbringlichkeit der Hauptverbindlichkeiten ergibt.²³ Die Informationspflicht des Unternehmers entfällt grundsätzlich selbst dann nicht, wenn der Interzedent über die prekäre wirtschaftliche Lage des

Hauptschuldners Bescheid weiß.²⁴ Nach der neueren Rsp entfällt die Informationspflicht des Unternehmers aber, wenn dieser nachweisen kann, „[...] dass der Interzedent bei Abgabe seiner Haftungserklärung über die heikle Lage des Schuldners ausreichende Kenntnis hatte [...]“.²⁵

§ 25 c KSchG soll „[...] das Risiko des Entstehens für eine (materiell) fremde Schuld verringern [...]“.²⁶ Indem dem Interzedenten die wirtschaftlichen Gründe des Kreditgebers für die Beiziehung eines weiteren Haftenden vor Augen geführt werden,²⁷ soll ein Informationsdefizit des Verbrauchers ausgeglichen werden. Der Verbraucher erhält durch die erteilten Informationen einen Einblick in die finanziellen Verhältnisse des Hauptschuldners und kann die Gefahr, zur Haftung herangezogen zu werden, besser abschätzen.²⁸ Daneben soll die Information gemäß § 25 c KSchG auch eine Warnfunktion ausüben: Dem Interzedenten soll das ihm drohende Risiko nachdrücklich klar gemacht werden.²⁹

Nach **§ 25 d KSchG** kann das Gericht außerdem die Verbindlichkeiten des Verbrauchers, der die persönliche Haftung für materiell fremde Schulden übernimmt, insoweit mäßigen oder auch ganz erlassen, als sie in einem unbilligen Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des Interzedenten stehen. Die Anwendbarkeit des **richterlichen Mäßigungsrechts** iSd § 25 d KSchG setzt zuerst das Vorliegen einer Interzession iSd § 25 c KSchG voraus.³⁰ Darüber hinaus muss die Interzession – für den Gläubiger erkennbar –³¹ in einem unbilligen Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des Verbrauchers stehen.³² Bei der Beurteilung, ob der Verbraucher durch die Interzession übermäßig belastet wird, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an,³³ wobei aber zu berücksichtigen ist, dass eine Mäßigung grundsätzlich nur

²⁴ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 26; RIS-Justiz RS0113880; zB OGH 25. 7. 2000, 1 Ob 107/00t ÖBA 2001, 166 (Graf) = ecolex 2001, 44 (Wilhelm); siehe auch Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 25 c KSchG Rz 3 mwN.

²⁵ OGH 21. 7. 2005, 8 Ob 61/05m ÖBA 2006, 206 (P. Bydlinski); 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v ÖBA 2014, 52 (P. Bydlinski) = RWZ 2013, 315 (Wenger) = GesRZ 2013, 356 (Artmann).

²⁶ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 26.

²⁷ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 26.

²⁸ Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 25 c KSchG Rz 2.

²⁹ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 26; OGH 26. 1. 2006, 8 Ob 121/05k ÖBA 2006, 598 (P. Bydlinski); Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25 c KSchG Rz 5.

³⁰ § 25 d KSchG nimmt ausdrücklich auf § 25 c KSchG Bezug; siehe bspw Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25 d KSchG Rz 3.

³¹ Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 25 d KSchG Rz 26.

³² Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25 d KSchG Rz 4.

³³ ZB Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 25 d KSchG Rz 5.

²² Siehe dazu auch Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher 165 ff.

²³ Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 25 c KSchG Rz 24; Graf, Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften, ÖBA 1995, 776 (782).

in Ausnahmefällen erfolgen soll.³⁴ Die demonstrative Aufzählung in § 25 d Abs 2 KSchG zeigt dem Richter verschiedene Umstände auf, die für (zB Unerfahrenheit des Interzedenten, § 25 d Abs 2 Z 4 KSchG) oder gegen (zB eigener Nutzen des Interzedenten aus der Leistung des Gläubigers, § 25 d Abs 2 Z 3 KSchG) eine Mäßigung im konkreten Fall sprechen können.³⁵

Mit § 25 d KSchG soll die übermäßige Haftung einkommens- und vermögensloser Personen für fremde Verbindlichkeiten eingedämmt werden, ohne pauschal ein Interzessionsverbot für Verbraucher zu statuieren.³⁶ Durch die Implementierung eines richterlichen Mäßigungsrechts, welches in einem konkreten Rechtsstreit vom Richter unter Berücksichtigung aller Umstände im Rahmen eines beweglichen Systems ausgeübt werden kann, wird das Ziel der Einzelfallgerechtigkeit verfolgt.³⁷

3. Rechtsprechung und Lehre

Insbesondere im Zusammenhang mit den §§ 25 c f KSchG haben sich Lehre und Rsp intensiv mit der Unternehmer- bzw Verbraucherstellung von Gesellschaftern auseinandergesetzt.

Nach der **Rsp des OGH** hängt die Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG bei der Interzession von Gesellschaftern für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft primär vom Umfang der Beteiligung sowie von Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters ab. Werden gewisse Beteiligungsschwellen überschritten, so nimmt die Rsp eine **Unternehmerstellung des Gesellschafters** an, wobei teilweise noch weitere Voraussetzungen gefordert werden (zB Geschäftsführerstellung).³⁸ In diesem Sinne geht der OGH in stRsp davon aus, dass die unternehmerischen Zwecken dienende Bürgschaft eines geschäftsführenden Alleingesellschafters kein Verbrauchergeschäft iSd § 1 KSchG darstellt, weshalb die §§ 25 c f KSchG nicht anwendbar seien.³⁹ Die Unternehmerstellung des Gesellschafters wird in diesen Fällen damit begründet, dass die Haftungsübernahme im Eigeninteresse des Gesellschafters erfolgt sei und der Gesellschafter als unumschränkter Herrscher der Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig werde. Auch wenn der interzedierende Gesellschafter nur zu 50% an der Gesellschaft beteiligt ist, kann dieser nach der Rsp als Unternehmer einzustufen sein; maßgeblich sei hier, ob der

Gesellschafter angesichts der Interessenidentität mit der Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig wird und dementsprechend einen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann.⁴⁰ Die Interzession eines Minderheitsgesellschafters, der weder aufgrund seiner Beteiligung noch aufgrund gesellschaftsvertraglicher Einflussmöglichkeiten einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft nehmen kann, ist hingegen nach der Rsp als Verbrauchergeschäft zu qualifizieren.⁴¹ Hier wären die §§ 25 c f KSchG also potentiell anwendbar. Aufgrund einer **teleologischen Reduktion dieser besonderen Verbraucherschutzbestimmungen** hat der OGH aber in gewissen Fällen trotz Vorliegens eines Verbrauchergeschäfts einen Haftungsentfall bzw eine Mäßigung abgelehnt. Einerseits wird der besondere Interzessionsschutz gemäß § 25 c KSchG Gesellschaftern verwehrt, die derart konkret und vollständig über die Finanzlage der Gesellschaft informiert sind, dass eine Warnung nicht mehr erforderlich ist.⁴² Andererseits wurde im Personengesellschaftsrecht, wo der Gesellschafter ganz grundsätzlich (unabhängig von seiner Beteiligungshöhe etc) als Verbraucher zu qualifizieren sei, eine teleologische Reduktion des § 25 d KSchG vorgenommen, weil der faktisch in die Geschäftsführung eingebundene Kommanditist nicht schutzbedürftig sei.⁴³ Gerade aus der Geschäftsführungstätigkeit ergebe sich nämlich die für einen Unternehmer typische geschäftliche Erfahrung.

Ein ähnliches Bild zeigt ein Blick in die **Lehrmeinungen**: Die Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG auf Interzessionen von Gesellschaftern wird hier häufig abgelehnt. Einerseits werden bestimmte Gesellschafter aufgrund einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** als Unternehmer behandelt, was genauso zur Unanwendbarkeit konsumentenschutzrechtlicher Bestimmungen führt wie eine **teleologische Reduktion auf Ebene des Geltungsbereichs des KSchG**. Teilweise wird aber auch eine **teleologische Reduktion (nur) der §§ 25 c f KSchG** vorgeschlagen, wenn sich (bestimmte) Gesellschafter für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft verbürgen:

Tritt ein Geschäftsführer einer GmbH als Interzedent auf, so wird die teleologische Reduktion des § 25 c

³⁴ Vgl ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 27; OGH 28. 4. 2015, 10 Ob 24/15 z ÖBA 2015, 771 = VbR 2015, 158; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 25 d KSchG Rz 3 mwN.

³⁵ ZB *Mayrhofer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 25 d KSchG Rz 28 ff; *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 25 d KSchG Rz 5.

³⁶ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 27; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 25 d KSchG Rz 1.

³⁷ *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Va⁴ § 25 d KSchG Rz 5.

³⁸ Siehe dazu *Skarics*, *Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher* 120 ff, 161 ff.

³⁹ RIS-Justiz RS0116313; zuletzt OGH 20. 2. 2014, 6 Ob 19/14 h VbR 2014, 97 = ÖBA 2014, 457.

⁴⁰ OGH 29. 1. 2015, 6 Ob 170/14 i ÖBA 2015, 536 = VbR 2015, 120 = GES 2015, 123; 25. 8. 2014, 8 Ob 72/14 t ecollex 2015, 25 (*Schoditsch*) = VbR 2015, 24.

⁴¹ OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11 h ÖBA 2012, 613 (*P. Bydlinski*) = GES 2012, 304; 9. 8. 2006, 4 Ob 108/06 w JBI 2007, 237 (*Huemmer*) = ÖBA 2007, 490 (*Riss*); vgl aber 27. 6. 2016, 6 Ob 95/16 p NZ 2016, 308, wo ein selbständig vertretungsbefugter Gesellschafter, der zu 49% an der Gesellschaft beteiligt war, als Unternehmer qualifiziert wurde, weil dieser ebenso einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben konnte.

⁴² OGH 21. 7. 2005, 8 Ob 61/05 m ÖBA 2006, 206 (*P. Bydlinski*); 23. 1. 2013, 7 Ob 224/12 k ecollex 2013, 422.

⁴³ OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 232/12 i ÖBA 2013, 663 (*M. Weber*) = ecollex 2013, 978 (*Wilhelm*).

KSchG teilweise damit begründet, dass dieser einerseits schon faktisch über die finanzielle Lage der Gesellschaft Bescheid wisse, was gegen dessen Schutzbedürftigkeit im Lichte des § 25 c KSchG spreche.⁴⁴ Andererseits sei der Geschäftsführer auch rechtlich verpflichtet, die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft im Auge zu haben, was sich bspw aus dessen Insolvenzantragspflicht gemäß § 69 IO ergebe.⁴⁵

Gegen die Anwendung des § 25 c KSchG werden auch die Informations- und Einsichtsrechte der Gesellschafter gemäß § 22 GmbHG ins Treffen geführt: Aufgrund dieser Informationsrechte sei davon auszugehen, dass ein Gesellschafter besser Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft hat als die kreditierende Bank.⁴⁶

Außerdem wird die Anwendung des § 25 c KSchG teilweise aus systematischen Gründen abgelehnt, wenn der interzedierende Gesellschafter dem EKEG unterliegt.⁴⁷ Die „Umwandlung“ eines Darlehens an die Gesellschaft in Eigenkapital nach dem EKEG müsse der Gesellschafter nämlich unter anderem deshalb hinnehmen, weil er einen Informationsvorsprung gegenüber Dritten hätte und andernfalls seine eingesetzten Mittel rechtzeitig in Sicherheit bringen könnte. Der Gesellschafter würde daher einerseits im EKEG aufgrund seines (guten) Informationsstandes schlechter behandelt werden und andererseits durch das KSchG aufgrund seines (schlechten) Informationsstandes protegert. Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, solle die Abgrenzung des Anwendungsbereiches des EKEG (§ 5 EKEG) auch über die Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG entscheiden. Daher seien diese Bestimmungen auf Gesellschafter mit einer Beteiligung von mindestens 25% nicht anzuwenden.

Der Entscheidung 4 Ob 232/12i folgend wurde auch in Bezug auf § 25 d KSchG eine teleologische Reduktion befürwortet. Gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung

werden insbesondere Argumente vorgebracht, die gemäß § 25 d Abs 2 KSchG bei Ausübung des richterlichen Mäßigungsrecht (wenn also die Norm grundsätzlich angewendet wird) im Rahmen eines beweglichen Systems abzuwägen sind.⁴⁸ In diesem Sinne sprächen bspw der Eigennutzen (vgl § 25 d Abs 2 Z 3 KSchG) sowie die geschäftliche Erfahrung (vgl § 25 d Abs 2 Z 4 KSchG) des Interzedenten für eine teleologische Reduktion von § 25 d KSchG.

4. Stellungnahme

a) Teleologische Reduktion des § 25 c KSchG?

Wie oben dargestellt, soll durch die Information des Interzedenten das Risiko des Einstehenmüssens für eine materiell fremde Schuld verringert und der Interzedent vor diesem Risiko gewarnt werden. Aufgrund der besonderen Nahebeziehung von (evtl geschäftsführenden) Gesellschaftern zu der eigenen Gesellschaft stellt sich die Frage, ob es hier tatsächlich angebracht ist, den außenstehenden Gläubiger (Unternehmer) zur Information über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners (der Gesellschaft) zu verpflichten. Im Sinne größtmöglicher Privatautonomie sollte mE die Informationspflicht des Unternehmers dann entfallen, wenn schon ursprünglich **typischerweise kein Informationsungleichgewicht** besteht.⁴⁹ Dieser Gedanke kommt besonders dann zum Tragen, wenn der Interzedent schon aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung über jene Informationen verfügen muss, über die er im Interzessionsfall aufgeklärt werden soll.⁵⁰

In diesem Sinne hat die Aufklärungspflicht des Gläubigers gemäß § 25 c KSchG mE immer dann zu entfallen, wenn ein **Geschäftsführer einer GmbH** – und zwar unabhängig von einer etwaigen eigenen Beteiligung (auch Fremdgeschäftsführer) – als Interzedent für seine Gesellschaft auftritt.⁵¹ Der Geschäftsführer ist nämlich schon aufgrund seiner Organstellung verpflichtet, **über die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft im Bilde** zu sein.⁵² Dies ergibt sich bspw für das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis aus § 22 Abs 1 GmbHG und wohl auch aus dem Anstellungsvertrag des Geschäftsführers.⁵³ Gemäß § 22 Abs 1 GmbHG sind nämlich die Geschäftsführer für Buchführung und Bilanzierung in der GmbH zuständig.⁵⁴ Auch § 222 UGB verpflichtet die Geschäftsführer zur Erstellung eines Jahresab-

⁴⁴ P. Bydliński, ÖBA 2012, 613 (616); Harrer, Gesellschafter und Manager als Konsumenten, wbl 2010, 605 (609); derselbe, Gesellschafter als Bürgen: Unternehmer oder Verbraucher? Zak 2013, 227 f; Böhler in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VIII² Rz 1/114; S.-F. Kraus, JBI 2014, 608 (609); vgl P. Bydliński/Haas, ÖBA 2003, 11 (16), die zwar ganz generell von der Unanwendbarkeit des KSchG ausgehen, aber auch unter der hypothetischen Zugrundlegung des § 25 c KSchG wenig Erfolgsaussichten für den geschäftsführenden Alleingesellschafter sehen, weil dieser wohl auch trotz Aufklärung über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft die Interzession eingegangen wäre (die Aufklärung hätte ja kaum ein „Mehr“ an Informationen verschafft), weshalb mangels Kausalität kein Haftungsentfall eintrete.

⁴⁵ P. Bydliński, ÖBA 2012, 613 (616); Harrer, Zak 2013, 227 f; S.-F. Kraus, JBI 2014, 608 (609).

⁴⁶ Heidinger, wbl 2007, 444 (447).

⁴⁷ Siehe dazu und zum Folgenden Harrer, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten, in Graf/Gruber, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts (2014) 101 (114 ff); Heidinger, wbl 2007, 444 (446 f); ablehnend Straube in FS Koppensteiner 319 (327).

⁴⁸ Siehe dazu M. Weber, ÖBA 2013, 663 (672).

⁴⁹ Vgl in diesem Sinne auch die Nachweise in N 44.

⁵⁰ Siehe dazu und zum Folgenden Harrer, wbl 2010, 605 (609).

⁵¹ Ebenso P. Bydliński, ÖBA 2012, 613 (616); Harrer, wbl 2010, 605 (609).

⁵² P. Bydliński, ÖBA 2012, 613 (616); Harrer, wbl 2010, 605 (609); S.-F. Kraus, JBI 2014, 608 (609).

⁵³ Vgl Harrer, wbl 2010, 605 (609).

⁵⁴ ZB Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 22 Rz 16; Unger in Straube, GmbHG (2013) § 22 Rz 11.

schluss, eines Lageberichts sowie gegebenenfalls eines Corporate Governance-Berichts. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die in § 69 Abs 3 IO festgelegte Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer. Nach dieser Bestimmung müssen die Geschäftsführer einer GmbH bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen. Ein Verstoß der Geschäftsführer gegen diese Verpflichtung kann deren Haftung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 25 GmbHG sowie gegenüber geschädigten Gläubigern aufgrund einer Schutzgesetzverletzung iSd § 1311 ABGB begründen.⁵⁵ Dasselbe gilt grundsätzlich für die Pflicht zur Einleitung eines Reorganisationsverfahrens nach dem URG. Außerdem muss der Geschäftsführer gemäß § 36 Abs 2 GmbHG eine außerordentliche Generalversammlung einberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder die Eigenmittelquote (§ 23 URG) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre beträgt.⁵⁶ Schließlich kann die Unterlassung einer ordnungsgemäßen Buchführung auch iSd § 159 Abs 5 Z 4 und 5 sowie § 161 StGB strafrechtlich relevant sein.⁵⁷

Es zeigt sich daher, dass die Geschäftsführer einer GmbH aus verschiedenen gesetzlichen Regelungen verpflichtet sind, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft permanent genau im Auge zu behalten. Dies hat zur Folge, dass zumindest ein sorgfältiger Geschäftsführer – und nur dieser ist schutzwürdig⁵⁸ – ausreichend Informationen über die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft hat. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass der gemäß § 25 c KSchG aufklärungspflichtige Unternehmer selbst die Bonitätsprüfung des Hauptschuldners häufig (unter anderem) auf die vom Interzedenten erstellten Unterlagen gestützt hat.⁵⁹ Eine Informations-

pflicht gegenüber einem Geschäftsführer der GmbH wäre daher mE überzogen⁶⁰ und sachlich nicht zu rechtfertigen. In Anbetracht der vollständigen Information, die ein Geschäftsführer schon von Gesetzes wegen haben muss, und auch aufgrund dessen Erfahrung⁶¹ in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist – ganz iS der neueren Rsp⁶² – auch keine Warnung des Interzedenten erforderlich. Häufig wird nämlich der Geschäftsführer selbst die Kreditangebote für die GmbH eingeholt und verglichen haben; er kennt somit die Gesamtbelastung, die die Gesellschaft durch die Kreditaufnahme trifft.⁶³ Dadurch ist für ihn auch abschätzbar, wie hoch das Risiko einer privaten Interzession ist. Der Gesetzeszweck erfordert daher die Anwendung des § 25 c KSchG auf interzedierende Geschäftsführer gerade nicht, weshalb in diesen Fällen mE eine **teleologische Reduktion** angezeigt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob und in welchem Ausmaß der Geschäftsführer selbst an der Gesellschaft beteiligt ist.

Eine teleologische Reduktion von § 25 c KSchG hat mE auch stattzufinden, wenn sich ein Geschäftsführer, der nach einer gesellschaftsinternen **Ressortverteilung** nicht für die Buchführung und Bilanzierung zuständig ist,⁶⁴ für die Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft verbürgt (etc). Der Geschäftsführer bleibt nämlich nach hM auch in diesem Fall gemäß § 22 GmbHG zumindest zur Überwachung der Buchführung⁶⁵ und gemäß § 69 Abs 3 IO zur Stellung eines Insolvenzantrages⁶⁶ verpflichtet. Dies hat wiederum zur Folge, dass ein nicht in die Erstellung des Jahresabschlusses (etc) involvierter Geschäftsführer genauso stets die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft im Auge haben muss. Somit besteht auch im Falle der privaten Interzession eines (nach der internen Geschäftsverteilung) nicht für wirtschaftliche Angelegenheiten zuständigen Geschäftsführers kein Informationsbedarf.

⁵⁵ RIS-Justiz RS0027441; OGH 21. 10. 1987, 8 Ob 29/87; 29. 4. 1998, 9 ObA 416/97 k ecolex 1998, 772; H. Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/24 (2004) § 69 KO Rz 107 ff; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze (2012) § 69 KO Rz 66 ff, 70 ff, jeweils mwN.

⁵⁶ Allgemein dazu etwa Schopper, Der Konzern in Krise und Insolvenz, in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 16.65 ff mwN.

⁵⁷ Harrer, wbl 2010, 605 (609 FN 30).

⁵⁸ Sollte ein Geschäftsführer tatsächlich über die schlechte wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft nicht im Bilde sein, so kann er sich darauf nicht berufen, um dann in den Genuss des § 25 c KSchG zu kommen. Aus seinem sorgfaltswidrigen Verhalten darf der Geschäftsführer keinen Vorteil gegenüber einem sorgfältig handelnden Geschäftsführer ziehen; ebenso S.-F. Kraus, JBl 2014, 608 (609 bei und in FN 26), der zutreffend auf den Grundsatz „*nemo suam turpitudinem allegans auditur*“ (Niemand wird gehört, der sich auf seine eigene Schändlichkeit beruft) verweist.

⁵⁹ Vgl Walser, Anwendbarkeit von Verbraucherschutzbestimmungen auf einen bürgenden GmbH Gesellschafter-Geschäftsführer (2014) 40.

⁶⁰ In diesem Sinne auch Harrer, Gesellschafter als Konsumenten – Plädoyer für eine Reform des § 617 ZPO, in FS Binder (2010) 761 (763): Eine Hinweispflicht erscheine geradezu bizarr.

⁶¹ Wie die Materialien zu § 25 c KSchG (ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 26) zeigen, kommt auch der geschäftlichen Erfahrung des Interzedenten eine gewisse Rolle in Bezug auf die Anwendbarkeit dieser Bestimmung zu. Unternehmer sollen hier nämlich nicht geschützt werden, weil von diesen „[...] ausreichende Erfahrung verlangt werden kann“.

⁶² OGH 21. 7. 2005, 8 Ob 61/05 m ÖBA 2006, 206 (P. Bydlinski); 23. 1. 2013, 7 Ob 224/12 k ecolex 2013, 422.

⁶³ G. Müller in FS Nobbe 415 (432 f).

⁶⁴ Vgl bspw den Sachverhalt in OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11 h ÖBA 2012, 613 (P. Bydlinski) = GES 2012, 304, wo der beklagte alleinvertretungsbefugte Geschäftsführer nur für eisenbahnrechtliche und technische Angelegenheiten zuständig war.

⁶⁵ Vgl OGH 9. 3. 2000, 6 Ob 14/00 b wbl 2000, 286; 11. 7. 1979, 3 Ob 622/78 JBl 1980, 38; 31. 7. 2015, 6 Ob 139/15 g NZ 2015, 428 = GES 2015, 340; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 22 Rz 16.

⁶⁶ RIS-Justiz RS0023825; zB OGH 5. 4. 1989, 1 Ob 526/89 ÖBA 1989, 1120 (Dellinger); Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 39 mwN.

Eine teleologische Reduktion könnte mE aber ausgeschlossen sein, wenn ein **nicht zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter** als Interzendent für seine GmbH auftritt. Die Ausgangslage ist hier deshalb verschieden, weil den GmbH-Gesellschafter (anders als den Geschäftsführer) nach der gesetzlichen Ausgangslage grundsätzlich eben keine Pflicht trifft, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft genauestens zu beobachten, Bücher zu führen, einen Insolvenzantrag zu stellen⁶⁷ etc. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers muss daher ein (nur) Gesellschafter über die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft nicht zwingend genau im Bilde sein. Dies gilt mE unabhängig von dessen Beteiligung an der Gesellschaft; auch ein nicht in die Geschäftsführung involvierter Alleingesellschafter kann seine Tätigkeiten in der GmbH auf ein Minimum beschränken und die operativen Agenden an einen Fremdgeschäftsführer übertragen, was wiederum zur Folge hat, dass keine vollständige Information über die wirtschaftliche Lage der GmbH gewährleistet ist.⁶⁸ Daran ändern auch die Informationsrechte des Gesellschafters gemäß § 22 Abs 2 GmbHG nichts, weil der Gesellschafter von diesen Rechten nicht Gebrauch machen muss. Da es dem Gesellschafter selbst überlassen bleibt, inwieweit er in die wirtschaftlichen Agenden der GmbH Einsicht nimmt, kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass er hinreichend oder sogar besser als der Gläubiger (als Adressat der Informationspflicht gemäß § 25 c KSchG) informiert ist.⁶⁹ Es kann daher mE nicht davon ausgegangen werden, dass eine Information des Gesellschafters über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Interzessionsfall ins Leere laufen würde, weshalb bei nicht in die Geschäftsführung involvierten Gesellschaftern die **Schutzbedürftigkeit** iSd § 25 c KSchG **grundsätzlich gegeben** ist. Dasselbe gilt mE auch für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte: Alleine aufgrund einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht erwirbt der Prokurist/Handlungsbevollmächtigte noch keine Rechtsstellung, die eine teleologische Reduktion des § 25 c KSchG rechtfertigen würde. Der Prokurist/Handlungsbevollmächtigte ist grundsätzlich nur zum Handeln für die Gesellschaft befugt, nicht aber verpflichtet. Nur weil der Bevollmächtigte die Gesellschaft vertreten kann, muss er nicht zwingend einen umfassenden Einblick in die wirtschaft-

lichen Angelegenheiten der Gesellschaft haben. Es mag wohl zutreffen, dass mit der Tätigkeit als Prokurist meist eine gewisse geschäftliche Erfahrung einhergeht,⁷⁰ doch kommt diesem Aspekt bei der Beurteilung des Anwendungsbereiches von § 25 c KSchG mE keine hervorgehobene Bedeutung zu. Die geschäftliche Erfahrung des Prokuristen kann nämlich die (potentielle) Informationsasymmetrie zwischen Gläubiger und Interzedenten nicht beseitigen. Nach der Rsp des OGH trifft einen Prokuristen bzw Handlungsbevollmächtigten auch keine Insolvenzantragspflicht iSd § 69 IO, weshalb auch daraus keine eigenen Obliegenheiten zur Beschaffung von Informationen für den Handelnden abzuleiten sind.⁷¹

Gemäß **§ 69 Abs 3 a IO** trifft einen nicht geschäftsführungsbefugten **Mehrheitsgesellschafter** einer GmbH nur dann ausnahmsweise eine Insolvenzantragspflicht, wenn die GmbH keine organschaftlichen Vertreter hat. In diesem Fall der „**Führungslosigkeit**“⁷² einer GmbH muss also der Mehrheitsgesellschafter die wirtschaftliche Lage der GmbH im Auge behalten und gegebenenfalls einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen.⁷³ Der Gesetzgeber unterstellt damit gewissermaßen dem Mehrheitsgesellschafter einer führungslosen GmbH einen gewissen Informationsstand in Bezug auf die wirtschaftliche Lage der GmbH, weshalb – den oben angestellten Überlegungen folgend – auch in diesem Ausnahmefall eine teleologische Reduktion des § 25 c KSchG angedacht werden könnte.

Die teleologische Reduktion auf Ebene der konkret anzuwendenden Einzelnorm hat im Vergleich zur Einschränkung auf Geltungsbereichsebene den Vorteil, dass man auch den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls besser Rechnung tragen kann, ohne die gesetzliche Typisierung aufzulösen. Es könnte daher im Einzelfall auch dann eine teleologische Reduktion von § 25 c KSchG stattfinden, wenn ein nicht geschäftsführungsbefugter Gesellschafter – abweichend vom gesetzlichen Leitbild – die Agenden der Gesellschaft selbst wahrnimmt und daraus (für Außenstehende ersichtlich) eine umfassende Informationslage des Gesellschafters hervorgeht. In diesem Sinne muss auch ein bloß **faktischer Geschäftsführer** nach der Rsp insofern die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft im Auge behalten, als er bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes iSd § 69 Abs 3 IO dazu verpflichtet ist, auf Stellung eines

⁶⁷ Die Gesellschafter einer GmbH sind gar nicht zur Insolvenzantragstellung legitimiert und müssen nach der überwiegenden Meinung auch nicht darauf hinwirken, dass der Insolvenzantrag durch die Geschäftsführung gestellt wird; siehe dazu bspw *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 69 KO Rz 113; *H. Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 175 ff, jeweils mwN; vgl OGH 10. 12. 1992, 6 Ob 656/90 wbl 1993, 225 = *ecolex* 1993, 168.

⁶⁸ Anderes gilt freilich, wenn die GmbH „führungslos“ ist, siehe unten; dazu auch *Schopper* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.77 ff.

⁶⁹ AA *Heidinger*, wbl 2007, 444 (447); vgl *Harrer* in FS Binder 761 (763).

⁷⁰ Vgl *Haas*, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 2007, 824 (828); *Heidinger*, wbl 2007, 444 (446); *Leithenmair*, Entscheidungsanmerkung, *ecolex* 2007, 517 (518 f).

⁷¹ OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d GeS 2008, 62 (*Fantur*) = *GesRZ* 2008, 159 (*Luschin*) = *JB* 2008, 455; siehe auch *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 69 KO Rz 112.

⁷² ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 15.

⁷³ Siehe zu den Unterschieden der Sorgfaltsanforderungen für Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer und zu den haftungsrechtlichen Konsequenzen *Schopper* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.84.

Insolvenzantrages durch den formell bestellten Geschäftsführer hinzuwirken.⁷⁴ Vorauszusetzen ist aber ein umfassendes Tätigwerden als faktischer Geschäftsführer und damit einhergehend eine Verdrängung des formell legitimierten Organs von dessen Funktionsausübung.⁷⁵ Die Beurteilung, ob in diesem Sinne (im Ausnahmefall) ein entsprechender Informationsstand des Handelnden (Interzedenten) unterstellt werden kann, hat anhand des konkreten Einzelfalls zu erfolgen.

Neben dem (gesetzlich unterstellten) eigenen Informationsstand des Gesellschafters werden teilweise auch weitere Argumente für das Vorliegen einer Gesetzeslücke bei § 25 c KSchG ins Treffen geführt. Unter Berücksichtigung systematischer Gesichtspunkte und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit dem Eigenkapitalersatzrecht sei § 25 c KSchG teleologisch zu reduzieren, wenn ein **unter das EKEG fallender Gesellschafter als Interzedent** auftritt.⁷⁶ Im Zusammenhang mit der Einstufung eines interzedierenden Gesellschafters als Unternehmer oder Verbraucher (also auf Geltungsbereichsebene und somit nicht von konkreten Normzwecküberlegungen zu § 25 c KSchG geleitet) führte der OGH aber aus, dass das EKEG nicht ausreichend einschlägig sei.⁷⁷ Für § 25 c KSchG ist dem mE insoweit zu folgen, als nicht (vorrangig) ein besonderer Informationsstand des Gesellschafters die Umqualifizierung eines Darlehens bzw einer Sicherheit (§ 15 EKEG) rechtfertigt,⁷⁸ sondern vielmehr die Finanzierungsverantwortung⁷⁹ des Gesellschafters.⁸⁰ Außerdem wird auch im EKEG ein besonderer Informationsstand

des Gesellschafters nur im Ausnahmefall vorausgesetzt.⁸¹ Das EKEG stellt grundsätzlich auf objektive Kriterien ab: Die Kenntnis des Gesellschafters von der Krise der Gesellschaft ist grundsätzlich nicht erforderlich.⁸² Auch ein Gesellschafter (iSd § 5 EKEG), der nicht über die schlechte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Bilde ist, fällt unter das EKEG. Daraus folgt, dass im Eigenkapitalersatzrecht ein besonderer Informationsstand des Gesellschafters nicht ausschlaggebend ist und auch nicht immer unterstellt werden kann. Eine Wertungswidersprüchlichkeit zwischen KSchG und EKEG wegen unterschiedlicher Vorstellungen in Bezug auf den **Informationsstand des Gesellschafters** ist daher mE nicht zu erblicken.⁸³

Auch ein gewisses **Eigeninteresse** eines maßgeblich beteiligten Gesellschafters **an der Kreditgewährung** zugunsten der GmbH (zB wegen der Sicherung der Werthaltigkeit seiner Beteiligung) erfordert mE keine teleologische Reduktion des § 25 c KSchG. Aus den spezifischen Zwecken des § 25 c KSchG lässt sich nämlich nicht ableiten, dass ein persönlicher (indirekter) Nutzen des Gesellschafters dessen Schutzbedürftigkeit ausschließen würde. Auch ein maßgeblich beteiligter Gesellschafter ist nicht zwingend ausreichend über die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft informiert. Dies gilt selbstverständlich nur so lange, als die Mithaftung des Gesellschafters tatsächlich als Interzession für eine materiell fremde Schuld iSd § 25 c KSchG und nicht als sogenannte echte Mitschuld zu qualifizieren ist. Dann kämen nämlich die §§ 25 c f KSchG schon aufgrund einfacher Gesetzesauslegung nicht zur Anwendung. Ein eigener Nutzen des Gesellschafters aus der Kreditgewährung an die Gesellschaft könnte nun zumindest indiziell dafür sprechen, dass die Mithaftung nicht für eine materiell fremde Schuld eingegangen wurde.⁸⁴ Solange aber der zur Haftung herangezogene Gesellschafter einen durchsetzbaren Regressanspruch gegen die Gesellschaft hat, ist trotz eines eigenen Nutzens des Gesellschafters von einer Interzession iSd § 25 c KSchG auszu-

⁷⁴ OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d GeS 2008, 62 (*Fantur*) = GesRZ 2008, 159 (*Luschin*) = JBl 2008, 455; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 114; *H. Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 183 ff.

⁷⁵ Vgl *H. Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 185.

⁷⁶ *Harrer in Graf/Gruber*, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts 101 (114 ff); *Heidinger*, wbl 2007, 444 (446 f); *Walser*, Anwendbarkeit von Verbraucherschutzbestimmungen auf einen bürgenden GmbH Gesellschafter-Geschäftsführer 41.

⁷⁷ OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11 h ÖBA 2012, 613 (*P. Bydlinski*) = GES 2012, 304.

⁷⁸ *Koppensteiner*, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, wbl 1997, 489 (496); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 532; BGH 24. 3. 1980, II ZR 213/77 NJW 1980, 1524; vgl aber *Harrer in Graf/Gruber*, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts 101 (115); BGH 26. 3. 1984, II ZR 171/83 NJW 1984, 1893.

⁷⁹ Im Rahmen der Finanzierungsverantwortung trifft (gewisse) Gesellschafter die Pflicht, eine Gesellschaft in der Krise entweder mit ausreichend Eigenkapital auszustatten oder vom Markt zu nehmen. Dieser Verantwortung darf sich der Gesellschafter nicht zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger durch die (ihm weniger riskant erscheinende) Zufuhr von Fremdkapital entziehen; siehe dazu bspw OGH 12. 9. 1996, 8 ObS 2107/96 b SZ 69/208 = GesRZ 1997, 40; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 16 ff.

⁸⁰ *ZB Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 16 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 534.

⁸¹ Nur gemäß § 2 Abs 2 Z 3 EKEG werden besondere subjektive Elemente in Bezug auf den Krisentatbestand des § 2 Abs 1 Z 3 EKEG tatbestandsmäßig vorausgesetzt. Hier kommt das EKEG nur dann zur Anwendung, wenn der Kreditgeber (Gesellschafter) im Zeitpunkt der Kreditgewährung (Sicherheitenbestellung) wusste, oder es für ihn offensichtlich war, dass ein (tatsächlich [noch] nicht aufgestellter) Jahres- oder Zwischenabschluss einen Reorganisationsbedarf iSd § 2 Abs 1 Z 3 EKEG aufzeigen würde; siehe dazu *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG (2004) § 2 Rz 33 f; *Karollus in Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009) § 2 EKEG Rz 29; vgl *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 52 f.

⁸² *ZB Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 32.

⁸³ *AA Harrer in Graf/Gruber*, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts 101 (114 ff); *Heidinger*, wbl 2007, 444 (446 f); *Walser*, Anwendbarkeit von Verbraucherschutzbestimmungen auf einen bürgenden GmbH Gesellschafter-Geschäftsführer 41.

⁸⁴ Vgl die inzwischen wohl überholte Entscheidung OGH 30. 6. 2004, 7 Ob 89/04 w ÖBA 2005, 52 (*P. Bydlinski*).

gehen.⁸⁵ Für den Fall, dass ein als Interzedent auftretender Gesellschafter vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, steht ihm nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 1358 ABGB ein Regressanspruch gegenüber der hauptschuldnerischen Gesellschaft zu.⁸⁶ Die Regressmöglichkeit des Gesellschafters könnte aber uU nach dem EKEG ausgeschlossen bzw. gehemmt sein.⁸⁷ Bestellt ein unter das EKEG fallender Gesellschafter eine Sicherheit für seine (sich in der Krise befindliche) GmbH und wird er daraus in Anspruch genommen, so steht ihm gemäß § 15 Abs 1 Satz 2 EKEG kein Regress gegen die Gesellschaft zu.⁸⁸ Der Gesellschafter kann gemäß § 15 Abs 1 EKEG auch direkt vom Kreditgeber in Anspruch genommen werden, selbst wenn nur eine Ausfallbürgschaft vereinbart war.⁸⁹ Damit wird der interzedierende Gesellschafter im EKEG so behandelt, als sei er selbst Hauptschuldner des Kredits. Ob vor diesem Hintergrund bei Sicherheiten gemäß § 15 EKEG von einer echten Mitschuld und damit von der Unanwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG auszugehen ist, ist zu bezweifeln,⁹⁰ kann aber mE offen bleiben. Denn ein **Haftungsentfall des interzedierenden Gesellschafters nach § 25 c KSchG** würde in den vom EKEG umfassten Fällen einer Sicherheitenbestellung (in der Krise der GmbH) die **Zwecke des § 15 EKEG vollkommen unterlaufen**.⁹¹ Das EKEG bezweckt, dass der maßgeblich beteiligte Gesellschafter nicht das Finanzierungsrisiko einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft abwälzt.⁹² Würde man diesem Gesellschafter nun die Haftungsbe freiung nach § 25 c KSchG zugestehen, so hätte dies genau Gegenteiliges zur Folge; es würde dann nur noch die Gesellschaft für den Kredit haften. Wenn die Sonderregelung des § 15 EKEG anwendbar ist, hat daher mE § 25 c KSchG zurückzutreten, weil hier die Interessen der Gesellschaftsgläubiger gegenüber jenen der interzedierenden Gesellschafter zu priorisieren sind. Wenngleich der durch das EKEG unterstellte Informationsstand des Gesellschafters mE eine teleologische Reduktion noch nicht rechtfertigen kann (siehe oben), muss daher § 25 c KSchG in jenen Fällen, wo sich ein unter das EKEG fal-

lender Gesellschafter für seine (sich in der Krise befindliche) GmbH verbürgt (etc), unangewendet bleiben. Dieser unterschiedliche Begründungsstrang hat zur Folge, dass sich dieser Gesellschafter nur dann nicht auf § 25 c KSchG berufen kann, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung bereits in der Krise war.⁹³ **Dasselbe** muss auch in Bezug auf **§ 25 d KSchG** gelten; auch eine Mäßigung der Interzessionsverbindlichkeiten konterkariert die Zwecke des Eigenkapitalersatzrechts.

b) Teleologische Reduktion des § 25 d KSchG?

Wie oben dargestellt, soll mit § 25 d KSchG die übermäßige Haftung einkommens- und vermögensloser Personen für fremde Verbindlichkeiten eingedämmt werden. Wenn in einzelnen Härtefällen⁹⁴ die vom Interzedenten übernommene Haftung in einem unbilligen Missverhältnis zu dessen Leistungsfähigkeit steht, ist eine richterliche Mäßigung möglich. Die Mäßigung hat nach billigem Ermessen des Richters unter Berücksichtigung der in § 25 d Abs 2 KSchG demonstrativ angeführten Momente im Rahmen eines beweglichen Systems zu erfolgen. Mit dieser vom Gesetzgeber gewählten Regelungstechnik wird größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit angestrebt. Auch wenn man die Anwendbarkeit des § 25 d KSchG im gegebenen Kontext einer Interzession durch Geschäftsführer oder Gesellschafter bejaht, darf eine richterliche Mäßigung nur stattfinden, wenn ansonsten – unter Berücksichtigung der Sachlage im Einzelfall – eine unbillige Belastung des Interzedenten bestünde. Damit zeigt sich mE, dass der Wortlaut der Norm nicht derart über deren Schutzzweck hinausgeht, um (zumindest für die hier interessierenden Fälle) eine teleologische Reduktion zu rechtfertigen. Da aus der bloßen Anwendung der Norm noch keine unsachlichen Ergebnisse resultieren, stellt sich das Gesetz hier nicht als lückenhaft dar.⁹⁵ Aus diesem Grund ist daher mE eine **teleologische Reduktion von § 25 d KSchG** – über die oben erörterten Fälle hinaus – **nicht zulässig und auch nicht zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse erforderlich**.⁹⁶ Ob im konkreten Fall eine Schutzbedürftigkeit gegeben ist, kann der Richter immer anhand des Einzelfalls beurteilen und sich dementsprechend für oder gegen eine Mäßigung entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Mäßigung oder ein Entfall

⁸⁵ OGH 20. 4. 2010, 4 Ob 205/09 i JBI 2010, 509 (Faber/Lukas) = ÖBA 2010, 610 (Apathy); 13. 6. 2006, 10 Ob 34/06 g ÖBA 2007, 331; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁴ § 25 c KSchG Rz 1.

⁸⁶ Vgl P. Bydlinski, ÖBA 2012, 613 (617).

⁸⁷ Vgl Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1358 Rz 24; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1358 Rz 10.

⁸⁸ Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht § 15 EKEG Rz 12.

⁸⁹ Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 100.

⁹⁰ Auch der OGH maß der Regresshemmung des § 15 EKEG bei der Beurteilung, ob eine Interzession für eine materiell fremde Schuld vorliegt, keine Bedeutung bei; siehe OGH 20. 4. 2010, 4 Ob 205/09 i JBI 2010, 509 (Faber/Lukas) = ÖBA 2010, 610 (Apathy).

⁹¹ Vgl Harrer in Graf/Gruber, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts 101 (115f).

⁹² Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht § 15 EKEG Rz 1.

⁹³ Im Ergebnis wird dies aber nicht viel ändern, weil die Informationspflicht des § 25 c KSchG ohnehin nur besteht, wenn die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten voraussichtlich nicht erfüllen wird können; in diesen Fällen liegt wohl meist auch eine Krise iSd § 2 EKEG vor.

⁹⁴ Krejci in Rummel, ABGB³ § 25 d KSchG Rz 2.

⁹⁵ Eine teleologische Reduktion von § 25 d KSchG ist aber uU dann geboten, wenn ein unter das EKEG fallender Gesellschafter als Interzedent für seine (sich in der Krise befindliche) Gesellschaft auftritt.

⁹⁶ AA OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 232/12 i ÖBA 2013, 663 (zustimmend M. Weber) = ecolex 2013, 978 (Wilhelm).

der Haftung ohnehin nur im Ausnahmefall stattfinden soll.

Trotz der grundsätzlichen⁹⁷ Anwendbarkeit von § 25 d KSchG auf Interzessionen von Gesellschaftern bzw Geschäftsführern scheidet aber mE eine Mäßigung der Haftung in aller Regel aus.⁹⁸ Bei der jeweils im Einzelfall vorzunehmenden Beurteilung, ob eine unbillige Belastung des Interzedenten vorliegt, müssen insbesondere die in § 25 d Abs 2 KSchG angeführten Kriterien im Rahmen eines beweglichen Systems berücksichtigt werden. Wenn sich der Gesellschafter für Verbindlichkeiten seiner GmbH verbürgt, so wird diese Interessenabwägung idR zugunsten des Gläubigers ausfallen.⁹⁹

Im Ergebnis ist damit mE **§ 25 d KSchG zwar grundsätzlich** (außerhalb des Anwendungsbereiches des EKEG) auch auf die Interzession eines Gesellschafters oder Geschäftsführers für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft **anzuwenden**, eine **Mäßigung der Haftung** kommt aber **nur im absoluten Ausnahmefall** in Betracht.

c) Unionsrechtliche Zulässigkeit

Wie bereits oben ausgeführt, bietet die teleologische Reduktion lediglich einzelner verbraucherschützender Bestimmungen gegenüber einer generellen Verneinung verbraucherrechtlichen Schutzes den Vorteil, dass hier auch besser auf **unionsrechtliche Vorgaben** Rücksicht genommen werden kann. Eine teleologische Reduktion der §§ 25 c f KSchG hätte zu unterbleiben, wenn dadurch einem Gesellschafter der durch unionsrechtliche Bestimmungen gewährte Schutz entzogen würde. Da aber diese Bestimmungen des KSchG gar nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen,¹⁰⁰ besteht hier nicht die Gefahr einer unionsrechtswidrigen Rechtsanwendung durch die Gerichte. Die verbraucherschützenden RL oder VO sehen keine besonderen Informationspflichten des Gläubigers und auch kein richterliches Mäßigungsrecht für den Fall einer Interzession durch Verbraucher vor. Auch fallen Bürgschaften nach der zutreffenden hA nicht unter die Verbraucherkredit-RL.¹⁰¹ Aus diesem Grund besteht in diesem Zusammenhang **keine**

Bindung der nationalen Rechtsanwender. Auch eine Vorlage durch österreichische Gerichte an den EuGH gemäß Art 267 AEUV musste bzw konnte in den hier interessierenden Interzessionsfällen eines Gesellschafters für seine Gesellschaft nicht erfolgen. Aus unionsrechtlicher Perspektive begegnet daher eine teleologische Reduktion der §§ 25 c f KSchG keinen Bedenken; das Unionsrecht legt auf diesem Gebiet keinen Verbraucherschutzstandard fest, welcher auf nationaler Ebene einzuhalten wäre.

Im Übrigen wäre auch bei Bestehen verbraucherrechtlicher Regelungen für den Interzessionsfall nach der **Rsp des EuGH kein verbraucherrechtlicher Schutz** für einen Gesellschafter, der sich für seine Gesellschaft verbürgt, erforderlich. In der Rs *Česká spořitelna/Feichter*¹⁰² hatte der EuGH die Verbrauchereigenschaft (iSd Art 15 EuGVVO [aF]) eines Mehrheitsgesellschafters und Geschäftsführers, der als Wechselbürge der Verbindlichkeit seiner Gesellschaft beitrug, zu beurteilen. Nach dem EuGH könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Bürgschaft einer natürlichen Person für die Verbindlichkeit einer Handelsgesellschaft „[...] außerhalb einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit oder Zielsetzung und unabhängig von einer solchen übernommen wurde, wenn diese natürliche Person mit dieser Gesellschaft beruflich oder gewerblich eng verbunden ist, etwa als deren Geschäftsführer oder Mehrheitsbeteiligter“.¹⁰³ Eine Verbraucherstellung des bürgenden Gesellschafters gemäß Art 15 EuGVVO (aF) wurde daher verneint.¹⁰⁴

C. Fazit

Der Beitrag erörtert die Anwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG auf Interzessionen durch Gesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH und zeigt gleichzeitig die Vorzüge des gewählten methodischen Ansatzes bei der Beurteilung der Unternehmer- oder Verbraucherstellung eines GmbH-Gesellschafters auf. Es wird hier im Grundsatz von einer Verbraucherstellung jedes GmbH-Gesellschafters ausgegangen, diesem aber dann, wenn im Lichte des Schutzzwecks einer konkreten Einzelbestimmung des KSchG typischerweise keine Schutzbedürftigkeit besteht, der besondere Schutz aufgrund einer teleologischen Reduktion dieser Norm verweigert. Eine derartige teleologische Reduktion ist im gegebenen Kontext in nachfolgenden Fällen angezeigt:

- § 25 c KSchG ist mangels Vorliegens eines Informationsungleichgewichts teleologisch zu reduzieren,

ABGB Va⁴ § 4 VKrG Rz 23; zur Verbraucherkredit-RL aF siehe EuGH 23. 3. 2000, C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei AG*.

¹⁰² EuGH 14. 3. 2013, C-419/11, *Česká spořitelna/Feichter*.

¹⁰³ EuGH 14. 3. 2013, C-419/11, *Česká spořitelna/Feichter* Rz 37.

¹⁰⁴ EuGH 14. 3. 2013, C-419/11, *Česká spořitelna/Feichter* Rz 35ff.

⁹⁷ Zur Unanwendbarkeit der §§ 25 c f KSchG bei unter § 15 EKEG fallenden Interzessionen siehe oben.

⁹⁸ Siehe zum Folgenden auch OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 232/12; ÖBA 2013, 663 (*M. Weber*) = *ecolex* 2013, 978 (*Wilhelm*); 28. 4. 2015, 10 Ob 24/15z ÖBA 2015, 771 = *VbR* 2015, 158; *Haas*, ÖBA 2007, 824 (829).

⁹⁹ Siehe *Skarics*, *Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher* 176f mwN.

¹⁰⁰ OGH 9. 8. 2006, 4 Ob 108/06w JBl 2007, 237 (*Huemer*) = ÖBA 2007, 490 (*Riss*); 14. 2. 2007, 7 Ob 266/06b *ecolex* 2007, 517 (*Leithenmair*) = *wbl* 2007, 444 (*Heidinger*) = ÖBA 2007, 824 (*Haas*); *Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 11 (16); *Huemer*, *Neue Rechtsprechung zur Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*, JBl 2007, 647 Fn 3; *Harrer* in *FS Binder* 761 (763 Fn 7).

¹⁰¹ *Wendehorst* in *Wendehorst/Zöchling-Jud*, *Verbraucherkreditrecht* (2010) § 4 VKrG Rz 17; *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek*,

wenn ein (uU auch nur faktischer) Geschäftsführer einer GmbH als Interzedent auftritt;

- aus systematischen Gründen und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sind § 25 c und § 25 d KSchG teleologisch zu reduzieren, wenn ein unter das EKEG fallender Gesellschafter als Interzedent zugunsten seiner sich in einer Krise befindlichen Gesellschaft auftritt;
- darüber hinaus ist eine teleologische Reduktion von § 25 d KSchG nicht erforderlich bzw zulässig.

Über den Autor:

Dr. Florian Skarics ist Rechtsanwaltsanwärter in Imst in Tirol. Davor war er Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck. Seine Tätigkeitsschwerpunkte in Wissenschaft und Praxis liegen im Zivil-, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Leasing und im privaten Bau-recht.

E-Mail: florian@skarics.at