

**denfalls dann nicht als Unternehmer zu qualifizieren, wenn sein Geschäftsanteil weniger als 50% beträgt und er auch über keine gesellschaftsvertraglich eingeräumte Sperrminorität verfügt. Daher sind insbesondere die §§ 25c und 25d KSchG auf seine Bürgschaft voll anwendbar.**

OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11h

*Aus der Begründung:*

Der Beklagte ist Experte auf dem Gebiet der Entwicklung und Forschung von Eisenbahnen. Er verfügt über diverse Kenntnisse von Schutzrechten auf diesem Gebiet und ist auch als Sachverständiger tätig. An der 1992 gegründeten F B Gesellschaft (FB) hielt der Beklagte zwischen 2006 und 2010 zwischen 60 und 65% der Geschäftsanteile und war alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer. Die FB hält 10% der Anteile der R M S GmbH (RMS). Weitere Gesellschafter der RMS sind der Beklagte sowie weitere drei natürliche Personen mit einer Quote von je 22,5%. Als Geschäftsführer waren der Beklagte und Ing. Mag. M jeweils selbstständig vertretungsbefugt. Seit Dezember 2007 ist Ing. Mag. M allein vertretungsbefugter Geschäftsführer der RMS. Als Geschäftsführer der RMS war Ing. Mag. M für den kaufmännisch administrativen Bereich und der Beklagte für eisenbahnrechtliche und technische Angelegenheiten zuständig.

Das Projekt „Hypus“ wurde vom Beklagten zunächst über die FB abgewickelt. Damit sollte ein serienmäßiges, behördlich genehmigtes Fahrzeug zur Schienenreinigung entwickelt werden. Dem Projekt lag ein Rahmenvertrag (Wertkontrakt) mit einem Verkehrsunternehmen zugrunde, der ein Auftragsvolumen von etwa € 1,5 Mio beinhaltete. Der zwischen dem Verkehrsunternehmen und der FB bestehende Wertkontrakt wurde von der FB auf die zu diesem Zweck gegründete RMS übertragen. Zugleich verkaufte die FB den „Hypus“ um € 350.000 an die RMS. Für die Projektnebenkosten und Markterschließung des „Hypus“ wurden von RMS weitere € 200.000 benötigt.

Die Klägerin vereinbarte mit der RMS im April 2006 einen Einmalkredit iHv € 200.000, rückführbar in halbjährlichen Kapitalraten à € 20.000. Der Kreditvertrag wurde von Ing. Mag. M sowie vom Beklagten in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der RMS sowie nochmals in der Eigenschaft als Bürgen unterfertigt. Der Bürgschaftsvertrag enthält auszugsweise folgende Bestimmung:

„8. Der Bürge verzichtet auf die Geltendmachung nach dem Gesetz gegebener Einreden und, soweit gesetzlich zulässig, auf die Einrede der Aufrechnung mit Gegenforderungen sowohl gegenüber der

Bank als auch gegenüber dem Kreditnehmer. Insbesondere verzichtet der Bürge ausdrücklich für seine Rechtsnachfolger auf alle etwaigen Einwendungen gegen den Fortbestand der Haftung aus dem Umstand, dass die Bank die Rechtsnachfolge des Bürgen nicht auf die Ansprüche der Bank hinweist ...

10. Die Bank ist nicht verpflichtet, den Bürgen vom jeweiligen Stand der Hauptschuld zu unterrichten. Der Bürge wird sich darüber beim Kreditnehmer informieren.

11. Der Bürge bestätigt, über die Bonität des Kreditnehmers ausreichend informiert zu sein ...

Der Bürge bestätigt zusätzlich mit seiner Unterschrift, dass er vor der Abgabe seiner Bürgschaftserklärung über das Ausmaß der von ihm übernommenen Bürgschaftsverpflichtung, insbesondere was seine Verpflichtung in Bezug auf weitere bestehende und zukünftig zu gewährende Kredite anlangt, voll informiert wurde.“

Zum 31.12.2009 haftete der Kredit mit € 147.227,01 aus; die Fälligkeitstellung war schon im April 2009 erfolgt. Zahlungen wurden weder von der RMS noch von den Bürgen geleistet.

Die *Klägerin* begehrt vom Beklagten die Zahlung des offenen Kreditsaldos aufgrund seiner Bürgschaftsverpflichtung.

Der *Beklagte* hielt dem entgegen, dass der Abschluss des Bürgschaftsvertrags für ihn ein Verbrauchergeschäft iSd KSchG dargestellt habe, weshalb die Informationsobliegenheit der Kreditgeberin nach § 25c KSchG sowie das Mäßigungsrecht iSd § 25d KSchG zur Anwendung gelangten.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Der Beklagte habe bei Abgabe der Bürgschaftserklärung im eigenen wirtschaftlichen Interesse gehandelt und sei demnach als Unternehmer anzusehen.

Das vom Beklagten angerufene *Berufungsgericht* änderte das Ersturteil nur geringfügig ab. Es schloss sich der Sichtweise des Erstgerichts an, wonach der Beklagte als Unternehmer zu qualifizieren sei.

Dagegen richtet sich die *außerordentliche Revision des Beklagten*. Sie ist zur Klärung der Verbraucher- bzw. Unternehmerstellung von geschäftsführenden GmbH-Minderheitsgesellschaftern zulässig. Sie ist iSd Aufhebungsantrags auch berechtigt.

## **1. Der Gesellschafter als Verbraucher:**

**1.1.** Grundsätzlich ist ein Geschäftsführer, der eine persönliche Bürgschaft für Schulden der GmbH übernimmt, mangels eines eigenen Unternehmens

1838.

**§§ 1, 6, 25c, 25d KSchG; § 1 UGB. Ein geschäftsführender GmbH-Gesellschafter ist hinsichtlich einer für Schulden der GmbH übernommenen Bürgschaft je-**

als Verbraucher nach dem KSchG anzusehen (RS0065238). Dies gilt auch für einen Minderheitsgesellschafter, dessen Gesellschaftsbeteiligung eine bloße Finanzinvestition ist und der (daher) keinen relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübt, zumal die bloße Anlage von Kapital noch nicht als unternehmerisches Handeln angesehen werden kann (RS0121109).

**1.2.** In der E 7 Ob 266/06b [1] wurde mangels Geschäftsführungsbefugnis auch bezüglich des bürgenden Mehrheitsgesellschafters und Prokuristen der Kreditnehmerin die Unternehmereigenschaft verneint. Gerade die Geschäftsführungstätigkeit komme dem in § 1 Abs 2 KSchG genannten Merkmal des Unternehmerbegriffs (selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit) sehr nahe.

## 2. Der Gesellschafter als Unternehmer:

**2.1.** Nach der Rsp stellt die Kreditaufnahme eines geschäftsführenden Alleingesellschafters zu unternehmerischen Zwecken für ihn als Kreditnehmer kein Verbrauchergeschäft dar (RS0116313). Die E 6 Ob 12/03p [2] nahm dies – im Zusammenhang mit Art 13 EuGVÜ – auch für bürgende geschäftsführende Mitgesellschafter einer kreditnehmenden Gesellschaft an.

**2.2.** Der jüngst ergangenen E 6 Ob 105/10z [3] lag zugrunde, dass die Beklagten einem Franchisevertrag, der zwischen der Klägerin und der GmbH in Gründung abgeschlossen wurde, persönlich beigetreten waren. Beide Beklagten waren jeweils selbstständig vertretungsbefugte Geschäftsführer der GmbH, der Zweitbeklagte war 50%iger Gesellschafter dieser GmbH. Der Erstbeklagte war auch geschäftsführender Alleingesellschafter einer weiteren GmbH, die zu ebenfalls 50% als Gesellschafterin an der in den Franchisevertrag eingebundenen GmbH beteiligt war. Der 6. Senat gelangte zum Ergebnis, dass beide Beklagten unter Berücksichtigung der Beteiligungsverhältnisse und der Geschäftsführungsbefugnis ein maßgebendes wirtschaftliches Eigeninteresse verfolgten und jeweils für sich einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen und Handlungen der Franchisenehmerin ausüben konnten. Angesichts dessen seien sie in Wahrheit mit Alleingesellschaftern vergleichbar. Mangels Erreichbarkeit einer einfachen Mehrheit in der Gesellschafterversammlung komme die Erteilung einer Weisung durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht in Betracht, sodass im Ergebnis aus praktischer Sicht beiden Beklagten unternehmerische Alleinentscheidungsbefugnis zukomme. In der Entscheidung wurde – unter Bezugnahme auf 6 Ob 12/03p – auch die Meinung vertreten, dass § 1 KSchG ein einheitlicher

Verbraucherbegriff zugrunde liege und eine unterschiedliche Auslegung desselben, je nachdem ob eine Bestimmung der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben diene oder nicht, nicht sachgerecht erscheine.

**2.3.** Die E 1 Ob 99/10f [4] erachtete den als Bürgen in Anspruch genommenen Minderheitsgesellschafter (25%) und Alleingesellschaftsführer der kreditnehmenden Gesellschaft als Unternehmer, weil seine Gattin 75% der Geschäftsanteile nur aus steuerlichen Gründen halte und er wirtschaftlich betrachtet in Wahrheit alleine unternehmerisch tätig werde (s auch die Zusammenfassung der jüngeren Rsp und L bei *Schindler*, Zak 2010, 423).

**3.** In der Lehre werden unterschiedliche Auffassungen in Bezug auf die Kriterien vertreten, unter denen die Qualifikation als „wirtschaftlicher Unternehmer“ anzunehmen sei.

**3.1.** *P. Bydliński/Haas* (ÖBA 2003, 11) gehen davon aus, dass wirtschaftliches Eigeninteresse und organschaftliche Handlungsbefugnis für das Unternehmen in einer Person zusammenfallen müssen, um die betreffende Person rechtlich als Unternehmer zu behandeln. Das bloße Halten von Geschäftsanteilen im Rahmen privater Vermögensverwaltung ohne jedes eigene aktive Tätigwerden im Geschäftsverkehr könne keine Unternehmereigenschaft begründen. Die Autoren schlagen vor, ein eigenes wirtschaftliches Interesse erst ab einer Kapitalbeteiligung von über 50% zu bejahen.

**3.2.** Auch *Huemer* (JBI 2007, 240) verlangt eine Beteiligung von mehr als 50% an der GmbH, um als Unternehmer eingestuft zu werden. Einem derartigen Gesellschafter komme aufgrund seiner Weisungsbefugnis jedenfalls ein relevanter Einfluss auf die Geschäftsführung zu, auch wenn er selbst nicht als Geschäftsführer bestellt sei.

**3.3.** *Karollus* (JBI 2002, 526) stellt ausschließlich auf die Gesellschafter- und nicht auf die Geschäftsführerstellung ab, weil jene eine Qualifikation als „wirtschaftlicher Eigentümer“ des Unternehmens zulasse. In Anlehnung an die Rechnungslegungsbestimmung des § 228 HGB idF vor dem HaRÄG (BGBl I 2005/120) schlägt *Karollus* vor, bei Minderheitsgesellschaftern als Untergrenze, ab der nicht mehr von einer „unternehmerischen“ Beteiligung gesprochen werden könne, einen Geschäftsanteil von 20% anzusetzen.

**3.4.** Auch *Heidinger* (wbl 2007/199 [446 f]) vertritt die Auffassung, dass die Gesellschafterstellung (und nicht die Geschäftstätigkeit als solche) das entscheidende Moment sei. Als Untergrenze schlägt er in Anlehnung an § 5 EKEG einen Geschäftsanteil von 25% vor, ab der

die Gesellschafter stets als Unternehmer behandelt werden sollten.

**3.5.** *Harrer* (wbl 2010, 605) hält die wirtschaftliche Betrachtungsweise, die dazu führt, Gesellschafter-Geschäftsführer unter bestimmten Umständen als Unternehmer zu qualifizieren, für bedenklich. Er vertritt eine differenzierende Lösung, wonach zwar der Verbraucherstatus des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht zu bestreiten sei, jedoch einzelne Bestimmungen des KSchG aufgrund besonderer Umstände nicht heranzuziehen seien. So sei § 25c KSchG (Belehrung über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens) nicht auf GmbH-Geschäftsführer anzuwenden, weil sich diese gemäß § 25 GmbHG sowie aufgrund insolvenzrechtlicher und strafrechtlicher Vorgaben über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens kontinuierlich informieren müssten.

**3.6.** Auch *Krejci/Haberer* (in Zib/Dellinger, Großkomm UGB § 1 Rz 176) halten es für befremdlich, einem Gesellschafter-Geschäftsführer den Schutz der §§ 25b, 25c, und 25d KSchG zu gewähren, da der Gesellschafter-Geschäftsführer über die wirtschaftliche Lage „seiner“ Gesellschaft wohl selbst am besten informiert sein sollte und die Haftung als Bürge iaR auch aus einem hinreichenden Eigeninteresse heraus übernehme (vgl auch *Artmann/Herda* in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 1 Rz 16, wonach es aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerechtfertigt sein könne, dass bei wirtschaftlicher Identität zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter auf bestimmte Schutzvorschriften des KSchG verzichtet werde).

**3.7.** *Schindler* (aaO) entnimmt der bisherigen Rsp ein bewegliches System mit den Beurteilungskriterien Gesellschafterstellung, organschaftliche Handlungsbefugnis und tatsächlicher Einfluss (faktische Machtverhältnisse). Für die Qualifizierung als „wirtschaftlicher“ Unternehmer sei eine Beteiligung von zumindest 50% notwendig, weil dann mangels Erreichbarkeit einer einfachen Mehrheit in der Gesellschafterversammlung keine Weisung an den Geschäftsführer erteilt werden könne. Ein beherrschender Einfluss sei auch dann zu bejahen, wenn die Beteiligung zwar geringer als 50% sei, dem Gesellschafter-Geschäftsführer aber aufgrund des Gesellschaftsvertrags eine Sperrminorität zukomme (RS0077386, RS0021243). Hinsichtlich der Handlungsbefugnis sei jene des Prokuristen

[1] ÖBA 2007, 824 mit Anm von *Haas*.  
 [2] ÖBA 2003, 871 mit Anm von *Haas*.  
 [3] ÖBA 2012, 610.  
 [4] ÖBA 2012, 612.

ausreichend. Den tatsächlichen Machtverhältnissen könne im Vergleich zu den beiden anderen Elementen nur eine geringere Bedeutung beigemessen werden, weil diese für Dritte regelmäßig nicht erkennbar seien.

**3.8.** *F. Schuhmacher* (wbl 2012, 71) stellt auf die typisierte, der unternehmerischen Tätigkeit vergleichbare Position des Gesellschafters ab. Es komme wertungsmäßig auf die Handlungsfähigkeit nach außen über die Geschäftsführerstellung und auf die Beherrschung der GmbH an, die dazu führten, dass eine unternehmerische Stellung des Gesellschafters bejaht werden könne. Die maßgebliche Zurechnung der unternehmerischen Tätigkeit der GmbH setze daher die Geschäftsführerstellung und den beherrschenden Einfluss in der GmbH voraus. In diesem Fall sei die Anwendung konsumentenschutzrechtlicher Bestimmungen zu verneinen.

**4.1.** Der Senat hält es für die Unternehmerqualifikation eines (hier geschäftsführenden) GmbH-Gesellschafters für erforderlich, dass dieser die Mehrheit der Geschäftsanteile oder zumindest 50% hiervon (vgl 6 Ob 105/10z) hält. Eine geringere Beteiligung (ohne gesellschaftsvertraglich eingeräumte Sperrminorität) verschafft dem Gesellschafter typischerweise keinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung. Die Ansätze *Karollus* und *Heidingers*, Gesellschafter schon bei einem Geschäftsanteil von 20 bzw 25% als Unternehmer iSd KSchG zu qualifizieren, vermögen nicht zu überzeugen. Weder die Rechnungslegungsbestimmung des § 228 UGB noch § 5 EKEG sind ausreichend einschlägig.

**4.2.** Für das Vorliegen einer Unternehmerstellung verlangt § 1 Abs 2 KSchG eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit. Ob dafür auch die Geschäftsführerstellung erforderlich ist, kann hier dahingestellt bleiben.

**5.** Die Anwendung der obigen Grundsätze führt im vorliegenden Fall dazu, den Beklagten als *Verbraucher* iSd KSchG zu qualifizieren. Er erreicht weder mit seiner (durchgerechneten) Anteilsquote von 32,5% noch mit seinen gesellschaftsvertraglichen Einflussmöglichkeiten einen beherrschenden Einfluss in der kreditnehmenden Gesellschaft (RMS).

**6.** Diese Qualifikation hat zur Folge, dass auf den gegenständlichen Bürgschaftsvertrag die Normen des KSchG anzuwenden sind.

**6.1.** Gem § 25c KSchG hat der Gläubiger den Bürgen davor zu warnen, wenn der Hauptschuldner die Verbindlichkeit erkennbar nicht oder nicht vollständig erfüllen kann. Der Kreditgeber ist allerdings dann nicht zur Aufklärung verpflichtet, wenn der Interzedent derart konkret und

vollständig informiert ist, dass er nicht mehr gewarnt werden muss (*Kathrein* in KBB<sup>3</sup> § 25c KSchG Rz 5 mwN). Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass der Gläubiger die wirtschaftliche Notlage des Schuldners kannte oder kennen musste, trifft den Interzedenten (*Kathrein* aaO Rz 7 mwN).

Der Beklagte hat den Beweis nicht erbracht (und diesbezüglich auch kein konkretes Beweismittel angeboten), dass die Hauptschuldnerin (RMS) zum Zeitpunkt seiner Gutstehungserklärung (vgl *Mayrhofer* in Klang<sup>3</sup> § 25c KSchG Rz 2) in einer wirtschaftlichen Notlage gewesen sei und die Klägerin dies erkannt hat oder erkennen hätte müssen. Die Vorinstanzen konnten den Aspekt der Aufklärungspflicht daher schon aus diesem Grund außer Betracht lassen.

Die ausdrückliche Feststellung der Verpflichtung des Beklagten als Bürge und Zahler erübrigte sich mangels substantzierter Bestreitung durch den Beklagten. Aufgrund der Haftung des Beklagten als Bürge und Zahler bedurfte es keiner Vorausmahnung der Hauptschuldnerin.

**6.2.** Gem § 25d Abs 1 KSchG kann der Richter die Verbindlichkeit eines Interzedenten insoweit mäßigen oder auch ganz erlassen, als sie in einem unter Berücksichtigung aller Umstände unbilligen Missverhältnis zur Leistungsfähigkeit des Interzedenten steht, sofern die Tatsache, dass der Verbraucher bloß Interzedent ist, und die Umstände, die dieses Missverhältnis begründet oder herbeigeführt haben, bei Begründung der Verbindlichkeit für den Gläubiger erkennbar waren.

Das Erstgericht führte dazu aus, dass dem Beklagten auch bei Anwendbarkeit des KSchG nicht der Beweis gelungen wäre, dass seine Bürgschaftserklärung in seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen keine Deckung gefunden hätte. Das Berufungsgericht hat sich aufgrund seiner Rechtsansicht, wonach dem Beklagten Unternehmerstellung zukomme, nicht mit dem auf dieses Thema bezogenen Berufungsvorbringen auseinandergesetzt.

**6.3.** Gemäß § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sind Vertragsklauseln, welche die Aufrechnung ausschließen, für den Verbraucher nicht verbindlich.

Der Einredeausschluss gemäß Punkt 8. des gegenständlichen Bürgschaftsvertrags ist daher unwirksam. Das Erstgericht hat sich dennoch mit den Gegenforderungen des Beklagten auseinander gesetzt und diese als nicht zu Recht bestehend beurteilt. Das Berufungsgericht ist (auf Grundlage seiner Rechtsansicht folgerichtig) auch auf das diesbezügliche Berufungsvorbringen des Beklagten nicht eingegangen.

**7.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rechtssache noch nicht spruchreif ist. Das Berufungsgericht wird sich daher im fortgesetzten Berufungsverfahren mit den oben aufgezeigten Berufungspunkten auseinanderzusetzen haben.

### Anmerkung:

**1.** Spätestens mit dieser Entscheidung dürfte endgültig feststehen, dass der OGH all jenen GmbH-Gesellschaftern trotz (Einzel-)Geschäftsführungsbefugnis [1] verbraucherrechtlichen Schutz gewährt, die eine bloße Minderheitsbeteiligung (unter 50%) haben und auch nicht auf andere Weise beherrschenden Einfluss ausüben können. Dies entspricht, wie die Nachweise in der Entscheidung zeigen, auch der überwiegenden – von mir grundsätzlich geteilten – Meinung im Schrifttum. Die folgenden Überlegungen beschäftigen sich daher nicht primär mit diesem Ergebnis, sondern mit einigen darüber hinaus gehenden, zT wohl auch grundsätzlicheren Fragen.

**2.** Der 2. Senat legt seiner Begründung mit der hA ausdrücklich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde (und fragt daher, ob der als Bürge Beklagte als „wirtschaftlicher Unternehmer“ anzusehen sei). Zugleich scheint er die zentrale Frage darin zu sehen, ob bzw wann ein Gesellschafter selbst Unternehmer ist. Originalton: „Die Revision ist zur Klärung der Verbraucher- bzw Unternehmerstellung von geschäftsführenden GmbH-Minderheitsgesellschaftern zulässig.“ ME verdeckt beides ein wenig den zutreffenden rechtlichen und methodischen Zugang. So ist die *wirtschaftliche Betrachtungsweise* als solche im österreichischen Privatrecht an sich nicht als zulässiges methodisches Instrument anerkannt. Allerdings verbirgt sich im vorliegenden Zusammenhang dahinter offenbar nichts anderes als die *teleologische Argumentation*; also die Frage nach der Rechtfertigung sowie dem Zweck einer gesetzlichen Regelung. Sind nun die teleologischen Argumente deutlich und weisen sie in eine Richtung, so hat dies nicht nur im Rahmen der Auslegung Berücksichtigung zu finden. Vielmehr kann damit auch eine analoge Anwendung oder eine teleologische Reduktion gerechtfertigt werden.

Das leitet über zum zweiten Aspekt. ME geht es bei der rechtlichen Behandlung von eigenen Rechtsgeschäften geschäftsführender GmbH-Gesellschafter

[1] Zu deren Relevanz äußert sich der 2. Senat mangels Entscheidungsrelevanz nicht näher (vgl 4.2.).

nicht um die Frage, ob diese Personen Unternehmer sind oder zumindest wie solche behandelt werden müssen, sondern um die Berechtigung bzw Notwendigkeit einer *teleologischen Reduktion oder Analogie ganz konkreter Normen*. Verbraucher schützende Vorschriften haben ja durchaus unterschiedliche Rationes. ME spricht daher viel dafür, nicht bei den Begriffsbestimmungen des § 1 KSchG, sondern bei jenen Vorschriften, um deren mögliche Anwendung es geht, nach dem „ob“ und dem „wie weit“ einer teleologischen Reduktion zu fragen. Dabei könnten die Antworten durchaus unterschiedlich ausfallen; insbesondere dann, wenn die konkrete Norm – wie etwa § 25d KSchG – beweglich ausgestaltet ist. Da diese Vorschrift das Ausmaß des Eigeninteresses des Interzedenten am gesicherten Kredit selbst flexibel berücksichtigt, könnte man sie ohne weiteres auch auf die Bürgschaft eines GmbH-Gesellschafters mit einer 75%-igen Beteiligung anwenden, wenn man dabei bloß streng berücksichtigt, dass die Haftungsübernahme zu drei Vierteln durch wirtschaftliche Eigeninteressen motiviert ist (was höchstens eine geringe Haftungsreduktion rechtfertigt). In anderen Fällen wie beim vertraglichen Ausschluss der Aufrechnung (§ 6 Abs 1 Z 8 KSchG) kommt hingegen wohl nur „Alles oder nichts“ in Betracht.

Dem hier favorisierten Ansatz einer einzelnormbezogenen Lösung [2] korrespondiert wohl auch eine Passage der vom 2. Senat (unter 4.1.) zustimmend zitierten Entscheidung des 6. Senats [3] (dort unter 7.4.): „Die in ständiger Rechtsprechung angestellte wirtschaftliche Betrachtungsweise, die auch überwiegend im neueren Schrifttum Zustimmung findet, entspricht auch der Absicht des historischen Gesetzgebers. Nach den Materialien zum KSchG (Erl-

RV 744 BlgNR 14. GP 16) kann sich im Einzelfall eine teleologische Reduktion des Geltungsbereichs ergeben, wenn ein Fall, in dem die gesetzlichen Geltungsmerkmale verwirklicht sind, gänzlich von dem Typ, der dem Gesetzgeber bei seiner Regelung vorschwebt, verschieden ist (vgl auch RIS-Justiz RS0065288).“ [4] Unmittelbar davor (unter 7.3.) beschäftigt sich der 6. Senat allerdings ausdrücklich mit der Reichweite des § 1 KSchG, also jener Norm, die über die Zuordnung einer Person zu den Verbrauchern oder zu den Unternehmern entscheidet, so dass diese Vorentscheidung insofern ambivalent bleibt.

3. Dass ein bloß mit 50% an einer Gesellschaft beteiligter ein geringeres Eigeninteresse an einer Kreditaufnahme durch die GmbH hat als ein Alleingesellschafter, liegt auf der Hand. Die hA, auch den geschäftsführenden „50%+-Gesellschafter“ – generell oder zumindest in Hinblick auf den Konsumentenschutz [5] – als Unternehmer zu behandeln, führte für § 25c KSchG (Informationsobliegenheit des unternehmerischen Kreditgebers gegenüber einem Verbraucher-Interzedenten [6]) nun aber dazu, ihm bei Interzession zugunsten der GmbH die aus dieser Norm resultierenden Vorteile *vollständig* zu versagen. Dieses Ergebnis sollte ebenfalls nicht pauschal über eine „Behandlung als Unternehmer“, sondern könnte weit überzeugender mit dem hier *typischerweise fehlenden Informationsgefälle* begründet werden. Nur diese Ratio – der als Interzedent in Aussicht Genommene weiß oftmals nicht um die finanzielle Lage des Kreditsuchenden Bescheid; vielmehr besteht sogar die Gefahr, dass ihm gegenüber (vom Kreditsuchenden) das Interzessionsrisiko heruntergespielt wird – rechtfertigt ja die Informationsobliegenheit des Vertragspartners. Ein solcher teleologischer Ansatz an der Einzel-

norm führt nun konsequent fortgedacht zu einer noch weiter gehenden Reduktion als der generelle, der bloß den konkreten Interzedenten mit einem „typischen Unternehmer“ vergleicht: Kenntnis über den wirtschaftlichen aktuellen Zustand der GmbH hat man ja typischerweise nicht (primär) aufgrund der – mehr oder weniger umfangreichen – Mitgliedschaft in der GmbH, sondern (jedenfalls) wegen der Tätigkeit als Geschäftsführer. Auch bedarf ein Geschäftsführer, der im Regelfall nicht nur faktisch besser als der Kreditgeber über den Zustand der GmbH Bescheid weiß, sondern den hinsichtlich des finanziellen Zustandes sogar strenge Pflichten treffen (beispielhaft genannt sei hier nur die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags gemäß § 69 Abs 3 IO [7]), keiner zusätzlichen Warnung vor dem Risiko einer Interzession [8]. Daher könnte man die Informationsobliegenheiten iS des § 25c KSchG sogar gegenüber einem Interzedenten verneinen, der bloß gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer der kreditsuchenden GmbH ist [9].

Will man die teleologische Reduktion nicht so weit vorantreiben, müsste man sich zumindest mit dem Ansatz beschäftigen, wonach die Obliegenheit nur jenen Bereich erfasst, in dem es tatsächlich um eine *materiell fremde Schuld* geht. Gerade für die Mitschuld, aber auch für sonstige Interzessionsfälle, ist es ja nicht untypisch, dass jemand *teils für materiell fremde, teils für materiell eigene Schuld* haftet (zB Kreditaufnahme zwecks gemeinsamer Anschaffung eines Autos durch Ehegatten). Ist man nun jedoch bloß für einen Teil der übernommenen Pflicht Interzedent – was sich aus dem Umfang eines etwaigen Rückgriffsrechts gemäß § 1358 (bzw § 896) ABGB ergibt [10] –, sollte sich die Verletzung der Informationsobliegenheit durch den Gläubiger

[2] Noch eher vorsichtig in diesem Sinn bereits P. Bydlinski/Haas, ÖBA 2003, 15 f; seither etwa Harrer, Gesellschafter und Manager als Konsumenten, wbl 2010, 605, 609. Meist wird hingegen bloß pauschal gefragt, ob bzw unter welchen Umständen der Gesellschafter(-Geschäftsführer) als Unternehmer iS des § 1 KSchG zu behandeln ist. Gegen einen solchen Ansatz sprechen nicht zuletzt auch Probleme, die sich aus der Parallelschaltung von § 1 UGB mit § 1 KSchG ergeben; vgl dazu nur Artmann/Herda in Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB (2010) § 1 Rz 16; Krejci/Haberer in Zib/Dellinger (Hrsg), Großkommentar zum UGB I/1 (2010) § 1 Rz 176.

[3] 6 Ob 105/10z, ÖBA 2012, 610 = EvBl 2011/10 (Wendehorst) = GesRZ 2010, 348 (Kosesnik-Wehrle) = Zak 2010/749 (ua dazu Schindler, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher, Zak 2010, 423) = JAP 2010/2011, 102 (Rauter) = wbl 2010, 645 (dazu Harrer, wbl 2010, 605).

[4] Diese Aussage in den Materialien bezieht sich mE (zumindest auch) auf den Umgang mit einzelnen Normen des KSchG, nicht hingegen allein auf dessen § 1, IdS etwa auch Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang-Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2006) KSchG § 1 Rz 29.

[5] Zur Problematik der Anwendung auch von Normen des UGB siehe nur die Nachweise in Fn 2.

[6] Ausführlich dazu jüngst Heinrich, Die Interzedentenwarnung nach § 25c KSchG, JBl 2012, 359 (Argumente für bloße Obliegenheit 364 f).

[7] Weitere Details bei Harrer, wbl 2010, 609.

[8] Während der OGH zunächst mehrfach meinte, ein Interzedent bedürfe sogar dann einer Warnung durch Information, wenn er die wirtschaftliche Situation des Schuldners kennt (RIS-Justiz RS0113880; Nachweise etwa auch bei Kathrein in KBB<sup>3</sup> § 25c Rz 5; eingehend

dagegen P. Bydlinski, ÖBA 2003, 623 f mwN), ging er in 8 Ob 61/05m, ÖBA 2006, 206 (mit Anm von P. Bydlinski) sowie in 3 Ob 209/06s, ÖBA 2007, 321 zurecht deutlich davon ab. In diese einschränkende Richtung auch schon 8 Ob 50/03s, ÖBA 2004, 397 (keine Aufklärungspflicht, da der Interzedent über alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und dessen schlechte wirtschaftliche Lage genau informiert war).

[9] Ausdrücklich in diesem Sinn (sogar für den Fremdgeschäftsführer) Harrer, wbl 2010, 609 f. Vgl auch schon kurz P. Bydlinski/Haas, ÖBA 2003, 16.

[10] Im Grundsatz ganz hA: siehe nur RIS-Justiz RS0119014 und RS0124822. Ganz aktuell zum Problem (einschließlich der Konstellation „Mitkreditnehmerschaft“ bzw „echte Mitschuld“) mit reichen Nachweisen Heinrich, JBl 2012, 363 f. Siehe ferner etwa Kellner, ÖBA 2010, 58, 60.

auch nur hinsichtlich des Interzessionsanteils auswirken [11].

Legt man diesen Gedanken in teleologischer Betrachtung auf den interzedierenden GmbH-Gesellschafter um, so könnte man erwägen, seine Nichtaufklärung trotz Einordnung als Verbraucher bloß *antellig* zu berücksichtigen; also etwa nur im Umfang von 70% seiner Verpflichtung, wenn er selbst an der GmbH mit 30% beteiligt ist, da es wirtschaftlich gesehen nur insoweit um seine eigenen Vermögensinteressen geht. Ob und inwieweit diese Überlegung tatsächlich zu einer überzeugenden Lösung führen kann, muss hier allerdings offen bleiben. Die Bewertung hängt wohl vor allem davon ab, wie stark man den Umstand gewichtet, dass die wirtschaftliche („materielle“) Zuordnung an den Gesellschafter bloß eine mittelbare ist, da ja an sich das Rechtssubjekt „GmbH“ als Zurechnungsperson fungiert: Formalrechtlich ist der Kredit eben zu 100% materielle Schuld der Gesellschaft, was sich schon daran zeigt, dass auch ein in Anspruch genommener Gesellschafter-Bürge gemäß § 1358 ABGB *vollen* Regress gegen die GmbH nehmen könnte.

o.Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*,  
Graz

---

[11] So überzeugend *Heinrich*, JB1 2012, 362 ff (gegen OGH 1 Ob 39/10g, ÖBA 2011, 60); *dieselbe*, ÖBA 2012, 467 f (gegen OGH 6 Ob 44/11f, ÖBA 2012, 465) mwN. Für die Möglichkeit einer bloß teilweisen Interzession bereits OGH 3 Ob 111/08g, JB1 2009, 253 (*P. Bydlinski*); siehe ferner etwa *P. Bydlinski*, JB1 2009, 260 und *I. Faber*, JB1 2010, 515 (die sich bei Mitschuld gemäß § 896 Satz 1 ABGB im Zweifel für einen Interzessionsanteil von 50% aussprechen).