

## Der gläserne Steuerbürger

Wirtschaftlicher Eigentümer von Ges – wer?

Kapitalabfluss-Melde-Gesetz

Liechtensteinische Stiftung im Steuerabkommen Ö

Sitzverlegung ohne wirtschaftlichen Zuzug

EuGH *Polbud*: Würfelspiel der Rechtsformen

Geschlechterparität

Im Aufsichtsrat

Datenmissbrauch m Kartellrecht

Der Fall *Facebook*

Neues Schiedsrecht

Gesellschafterstreit in Liechtenstein

Begriffslogik zur Digitalisierung

Künstliche Intelligenz als juristisches Thema

Schutzzweck der Norm

Haftungsbefreiung

# Für Gründer bürgen

*Bürgt der Verbraucher trotz ausreichenden Hinweises auf die (prekäre) wirtschaftliche Lage des Schuldners, bleibt seine Haftung bestehen (§ 25 c Satz 2 KSchG), ohne Hinweis entfällt sie. Soll eine Bürgschaft für Unternehmensgründer wirksam bleiben, ist vom Gläubiger ein bestimmtes Procedere einzuhalten.*

BENEDIKT WALLNER

## A. Wirtschaftliche Lage eines Start-up

Bei Unternehmensgründungen gibt es keine Historie, aus der sich die wahrscheinliche wirtschaftliche Entwicklung vorhersagen ließe. Deswegen stellen große Geschäftsbanken iZm der Wirtschaftskammer<sup>1)</sup> standardisierte Anforderungen an das vom Gründer vorzulegende Betriebskonzept („Businessplan“):<sup>2)</sup> „Ein schlüssiges Konzept ist im Gründungsstadium die einzige belastbare Visitenkarte, die man einem Geschäfts- und/oder Finanzpartner vorlegen kann.“<sup>3)</sup>

Obwohl die Begriffe „Start-up-Unternehmen“ und „Jungunternehmen“ nicht deckungsgleich sind, weil zB nicht in jedem Fall eine innovative Geschäftsidee dahinter stehen muss, werden sie oft in einem Atemzug genannt,<sup>4)</sup> zumal viele Merkmale auf beide zutreffen („Abenteuer Gründung“). Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich nur auf solche Neugründungen, über deren voraussichtlichen Geschäftsgang deshalb noch nichts bekannt ist, weil es das Unternehmen so noch nie gegeben hat. Laut Wikipedia sind Start-ups mehreren Risiken ausgesetzt: Die Gründer sind oft jung und haben keine Erfahrung, es ist nicht bekannt, ob das Produkt in ausreichender Qualität entwickelt werden kann, und es ist oft nicht klar, ob der Markt das Produkt annehmen wird. Aus diesen Gründen sei die Erfolgsquote von Start-ups eher gering: Von zehn Startups scheitern im Mittel sieben oder acht. Daher erfolge die (Fremd-)Finanzierung von Start-ups meist über Venture-Capital, und die Renditeerwartungen – umgekehrt proportional zum Risiko – seien entsprechend hoch.

## B. Hinweispflicht

Dennoch kommt es vor, dass Unternehmensgründungen zu 100% fremdfinanziert werden. Dann allerdings nur unter der Bedingung ausreichender Sicherheiten, etwa in Form von Bürgschaften gutstehender Angehöriger oder sonstiger Dritter. Das wirft in allen Fällen, in denen ein Verbraucher gutsteht, die Frage auf, ob die Hinweispflicht des § 25 c KSchG greift: Tritt ein Verbraucher einer Verbindlichkeit bei (Interzession), so hat ihn der Gläubiger auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners hinzuweisen; dies aber nicht jedenfalls, sondern nur dann, wenn der Gläubiger erkennt oder erkennen muss, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird. Anfangs vermisste die Lehre<sup>5)</sup> Kriterien in der Rsp, wann von so einem Erkennenmüssen auszugehen sei. Zwar kann diese Frage regelmäßig nur im Einzelfall beantwortet werden.<sup>6)</sup> Daher finden sich Stellungnahmen in der Rsp zur Frage, ob bei Neugründungen – bei denen

also definitionsgemäß nicht nur über den Geschäftsgang nichts bekannt ist, sondern auch eine besondere Risikokomponente hinzukommt – dieses Erkennenmüssen<sup>7)</sup> vorliegt oder nicht, meist in Zurückweisungsentscheidungen. Ohne feste Anhaltspunkte bleiben aber erhebliche Unsicherheiten:

Denn der Wortlaut des Gesetzes „oder erkennen muss“ weist klar auf die Pflicht des Gläubigers hin, sich nach objektiven Maßstäben Kenntnis von der wirtschaftlichen Lage des Schuldners zu verschaffen;<sup>8)</sup> selbst wenn also die Inhouse-Prüfung durch die Gläubigerbank keine Umstände ergibt, die sie selbst daran zweifeln ließen, dass der Kreditnehmer den Kredit (vollständig) werde bedienen können, bleibt sie der nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichte ausgesetzt, die ergeben könnte, dass ein *sorgfältiger* Kreditgeber bei dieser Sachlage üblicherweise keinen Kredit vergeben hätte<sup>9)</sup> – womit aber die vermeintliche Sicherheit wegen des angeordneten Haftungsentfalls wertlos wäre. Wegen der *objektiven* Pflicht des Gläubigers zur sorgfältigen Bonitätsprüfung kommt es nicht auf den subjektiven Wissensstand des konkreten Bankmitarbeiters an. Verlangt wird vielmehr unternehmensintern sicherzustellen, dass im Unternehmen vorhandene relevante Informationen den zuständigen Mitarbeitern zur Verfügung stehen und dass die Gläubigerbank die *objektiv richtigen Schlüsse* aus den gesammelten Daten zieht.<sup>10)</sup> Da es bei Gründungsfinanzierung keine Historie gibt, unterliegt gerade das Betriebskonzept nachfolgender richterlicher Kontrolle. Es ist daher vom Gläubiger vorzulegen.

Noch in 3 Ob 58/05 h wies der OGH eine Revision mit der Begründung zurück, die Hauptschuld-

Dr. Benedikt Wallner ist RA in Wien.

- 1) Vgl. [www.gruenderservice.at/site/gruenderservice/planung/Inhalte-des-Businessplanes.html](http://www.gruenderservice.at/site/gruenderservice/planung/Inhalte-des-Businessplanes.html) (abgefragt am 5. 10. 2017).
- 2) „Der Umfang des Businessplans sollte 30 DIN-A4 Seiten nicht überschreiten“ (Bröderbauer/Gebbauer, Gründungen und Start-ups, ECO 2017 [ORF, Erste Bank (Hrsg)] 224), woraus zu schließen ist, dass mit einem nur wenige Seiten umfassenden „Plan“ das zu gründende Unternehmen nicht ausreichend beschrieben ist.
- 3) Bröderbauer/Gebbauer, aaO 223.
- 4) Vgl. nur den Titel der Publikation unter FN 2.
- 5) P. Bydliński, Die Kreditbürgschaft<sup>2</sup> 113 mwN; Haas, JBl 2002, 538; Eigner, Interzedentenschutz 85.
- 6) 8 Ob 122/05 g; RIS-Justiz RS0116208.
- 7) Ob der Gläubiger die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erkannt hat, stellt eine Tatfrage, ob er sie erkennen musste, eine Rechtsfrage dar: 2 Ob 288/03 x ua.
- 8) ZB Mayrhofer in Fenyves/Kerschmer/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 25 c KSchG Rz 31 mwN.
- 9) Graf, ÖBA 1995, 781; 1 Ob 132/01 w; RS0115984.
- 10) Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG Rz 7 mwN; 8 Ob 121/05 k.

nerin sei eine erst ganz knapp vor der Interzession gegründete GmbH gewesen, „weshalb wohl nur Hellscher die Nichterfüllung der Kreditverpflichtungen der Hauptschuldnerin voraussehen hätten können“.<sup>11)</sup> Allerdings hatte dort der Interzedent entgegen seiner Behauptungspflicht gar nicht vorgebracht, dass der Gläubiger die wirtschaftliche Notlage des Hauptschuldners kannte oder kennen musste; daher war dies nicht zu prüfen, der Vorwurf der Verletzung von Aufklärungspflichten war zu unsubstantiiert. Lediglich obiter dictu wurde eine Prima-facie-Beweislage verneint.

### C. Kriterien für die Erkennbarkeit

Nur zwei Monate später jedoch gab der OGH einer Revision statt<sup>12)</sup> und formulierte drei Kriterien: Ein sorgfältiger Kreditgeber müsse es zumindest ernstlich für möglich halten,

- dass ein ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann. Dieser Umstand in Verbindung mit
- dem relativ geringen Monatseinkommen, das der Kreditnehmer aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bezog, stelle eine ausreichende Verdachtslage dafür dar, dass die Erfüllung der Kreditverbindlichkeit voraussichtlich (zur Gänze oder zum Teil; beides ist ja nach § 25 c KSchG tatbildlich; Anm) nicht möglich sein werde, sowie schließlich
- dass die Gläubigerin genau aus diesem Grund ja auch erkennbar auf der Haftung des Interzedenten bestanden habe.

In ÖBA 2007, 339, hat der Autor die Auffassung vertreten, die gesetzliche Anordnung des § 25 c KSchG habe denselben logischen Geltungsinhalt wie: ohne Hinweis keine Interzession von Verbrauchern zu Krediten, die besichert werden müssen, weil die Bonität des Hauptschuldners nicht ausreicht;<sup>13)</sup> könne ausreichende Rückzahlungsfähigkeit bis zum Laufzeitende nicht (positiv) vorhergesehen werden, weil über den Hauptschuldner und den Geschäftsgang seines erst zu gründenden Unternehmens einfach noch nichts bekannt ist, dann falle der Hauptschuldner zwangsläufig in eine niedrigere Ratingklasse. Dieses Wissen sei aber aufgrund der Informationssymmetrie, die § 25 c KSchG gebietet, vor Vertragsabschluss jedenfalls an den interzedierenden Verbraucher weiterzugeben, auf dass dieser wohlinformiert entscheide.<sup>14)</sup>

Damit in gewissem Spannungsverhältnis steht die ältere E 7 Ob 261/99 d: „Nur dann, wenn von vornherein eine zumindest teilweise Uneinbringlichkeit zu erwarten ist, soll die Übernahme einer Bürgenhaftung nach der gesetzlichen Intention verhindert werden. Andernfalls hätte überhaupt ein Interzessionsverbot für Verbraucher normiert werden müssen.“ Sie geht jedoch davon aus, „dass [die Gläubigerin] durch Bekanntgabe des aushaftenden Obligos in Form einer Aufstellung ausreichend über die aktuelle wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners informiert hat“, sodass die Haftungsbefreiung deswegen nicht eintrat. De facto kommt § 25 c KSchG allerdings einem *Interzessionsverbot für Verbraucher* gleich, sofern a) unter Anspannung bankwirtschaftlicher Sorgfalt

schon bei Kreditvergabe objektiv damit zu rechnen ist, dass der Interzedent (und sei es nur teilweise) in Anspruch genommen wird, b) deswegen auf die Interzession des Verbrauchers bestanden wird und, vor allem, c) der Interzedent mangels ausreichenden (näher dazu unten E.) Hinweises nicht wusste, worauf er sich einlässt. Aus § 25 c letzter Satz KSchG ist zu schließen, dass nur der aufgeklärte Interzedent haftet; der Bestimmung geht es also um die Anordnung einer *Informationssymmetrie* – wird sie vom Gläubiger hergestellt, so sind an die Gültigkeit einer (Verbraucher-)Bürgschaft zur Kreditvergabe keine weiteren<sup>15)</sup> Anforderungen geknüpft.

6 Ob 227/06 k geht auf die E 8 Ob 121/05 k ein und erkennt zwar, es träfen den Gläubiger keine Nachforschungspflichten, die über die mit der notwendigen kaufmännischen Sorgfalt durchgeführte Bonitätsprüfung hinausgehen. Was aber gerade heißt, dass der Gläubiger die notwendige kaufmännische Sorgfalt walten zu lassen hat. Ein sorgfältiger Kreditgeber muss es zumindest ernstlich für möglich halten, dass ein ausschließlich fremdfinanziertes Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten kann.<sup>16)</sup> Dazu kommt bei Gründungsfinanzierungen oft noch, dass das „verfügbare Monatseinkommen, das der Kreditnehmer aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bezieht“, meist gegen null geht – sieht man von jenen Einkünften ab, die sich der Gründer aus dem Startup erwartet, die aber definitionsgemäß ebenso ungewiss sind wie dessen wirtschaftlicher Erfolg. Entscheidend ist, dass die Rückführbarkeit der Schuld – ganz oder zum Teil; über die gesamte Laufzeit; durch den Hauptschuldner allein – ex ante<sup>17)</sup> als *ungewiss* bezeichnet werden muss. Deswegen ist die 100%-Fremdfinanzierung von Unternehmensgründungen die absolute Ausnahme: „Wobei zu beachten ist, dass ohne ausreichende Eigenkapitalbasis kaum ein Fremdkapitalgeber die Finanzierung übernehmen wird. Abhängig von der Risikoeinschätzung des Projekts sollte der Anteil des Eigenkapitals zwischen 20 und 50% liegen. Eine 100%ige Finanzierung mittels Fremdkapital der Bank ist unrealistisch.“<sup>18)</sup>

11) Noch 6 Ob 19/14 h verweist auf diese E, ohne sich freilich mit den zutreffenden Argumenten in 8 Ob 121/05 k auseinanderzusetzen.

12) 8 Ob 121/05 k: Dass die Kl nicht damit rechnete, dass der Kredit nicht zurückbezahlt werden könne, entband sie entgegen der Auffassung der Unterinstanzen deshalb nicht von ihrer Aufklärungsobliegenheit iSd § 25 c KSchG, weil damit die Rechtsfrage noch nicht beantwortet ist, ob sie nicht hätte erkennen müssen, dass der Kreditnehmer seine Verbindlichkeiten voraussichtlich nicht oder nicht vollständig erfüllen wird.

13) RV 311 BlgNR 20. GP 27, letzter Satz zu § 25 c KSchG.

14) Wallner, ÖBA 2007, 339 (352).

15) Abgesehen von § 25 d KSchG, der aber *Vermögensschwache* zum Regelungsinhalt hat; während § 25 c KSchG mit wirtschaftlicher Überforderung des Interzedenten nicht das Geringste zu tun hat (P. Bydlinski, ÖBA 2002, 932; Wallner, ÖBA 2007, 339 [353]).

16) 8 Ob 121/05 k.

17) Zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme (8 Ob 64/17 w); eine nachträgliche Verschlechterung der Lage des Schuldners begründet keine nachträgliche Warnpflicht (3 Ob 58/05 h).

18) Bröderbauer/Gebbauer, aaO 227.

## D. Weiterreichender Schutzzweck des § 25 c KSchG

Schon vor und außerhalb des § 25 c KSchG waren und sind im vorvertraglichen Schuldverhältnis Warn- und Aufklärungspflichten dann anerkannt, wenn die Bank eine für den Interzedenten besonders gefährliche Situation erkennen musste.<sup>19)</sup> Was jedoch den Gesetzgeber gerade zur Erlassung des § 25 c KSchG veranlasst hat, war die Erwägung, der Gläubiger könnte im Hinblick auf die zu erwartende Sicherstellung (Bürgschaft eines Verbrauchers) seine Nachforschung vernachlässigen, ob der Kreditnehmer ausreichend kreditwürdig ist.<sup>20)</sup> Kreditverbindlichkeiten aber, die auf solche Art und Weise „gesichert“ werden müssen, weil die Bonität des Hauptschuldners nicht ausreicht, also letztlich zu Lasten des Interzedenten, sollen durch § 25 c KSchG gerade verhindert werden: „Wenn der Kreditwerber von vornherein nicht kreditwürdig ist, soll er auch nicht – letztlich auf Kosten eines Interzedenten – Fremdkapital aufnehmen.“<sup>21)</sup>

So bedarf es bei Jungunternehmen keiner hellseherischen Fähigkeiten, sondern eines Businessplans, der objektiver Überprüfung standhält: Kann demnach ausreichende Rückzahlungsfähigkeit aus dem Cashflow bis zum Laufzeitende nicht *positiv vorhergesehen* werden und wurde *deshalb* auf eine Bürgschaft bestanden, dann war die Hinweispflicht gegeben. Niemand würde einen unbesicherten Kredit an jemanden vergeben, den er nicht kennt, schon gar nicht ein Kreditinstitut, das stets bankwirtschaftlicher Sorgfaltspflicht unterliegt.<sup>22)</sup> Die Besicherung durch einen Verbraucher scheidet dann aber auch aus – außer er hat nach erfüllter Hinweispflicht ausdrücklich zugestimmt:

## E. Wie die Hinweispflicht erfüllt werden muss

Symmetrie heißt spiegelbildliche Gleichheit; nicht jeder Hinweis erfüllt schon die gesetzliche Pflicht: Die Hinweispflicht ist dann erfüllt, wenn sie den Interzedenten nachdrücklich warnt<sup>23)</sup> und ihm die wirtschaftlichen Gründe des Gläubigers vor Augen führt, aus denen dieser neben der Haftung des

Hauptschuldners auf der Haftung einer weiteren Person besteht.<sup>24)</sup> Das Verlangen des Gläubigers nach einer Sicherheit allein genügt der Hinweispflicht nicht.<sup>25)</sup> Um dem Gesetz gerecht zu werden, müssen konkrete Angaben über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners mit der Kompetenz eines Kreditinstituts zu einer derartigen Beziehung gebracht werden, dass der Interzedent erkennen kann, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, aus der übernommenen Interzession dereinst tatsächlich in Anspruch genommen zu werden. In Zweifelsfällen hat die Gläubigerin auf die Besicherung durch einen Interzedenten zu verzichten.<sup>26)</sup>

## F. Beweispflicht, wenn die Hinweispflicht nicht erfüllt wurde

§ 25 c letzter Satz KSchG ermöglicht es dem Gläubiger zwar noch, fehlende Kausalität seiner Pflichtwidrigkeit zu beweisen; das bedarf aber ausdrücklicher Behauptung,<sup>27)</sup> die sich oft nicht mit der Behauptung verträgt, es habe keine Hinweispflicht bestanden. Wendet der Interzedent die Verletzung von Aufklärungspflichten nach § 25 c KSchG ein, so ist es an der Gläubigerin darzulegen,<sup>28)</sup> dass er die Haftung auch trotz gesetzeskonformer Information übernommen hätte. Hat sie dies in erster Instanz nicht einmal behauptet, dann ist diese Einschränkung nicht etwa im Rahmen der allgemeinen Rechtsrüge zu prüfen.<sup>29)</sup>

19) 4 Ob 254/14b mwN; RIS-Justiz RS0042562; *Mayrhofer*, aaO Rz 2.

20) *Mayrhofer*, aaO Rz 31.

21) RV 311 BlgNR 20. GP 27.

22) Vgl § 39 Abs 2 c BWG (zu „neuartigen Geschäften, über deren Risikogehalt keine Erfahrungswerte vorliegen“) und die Kreditinstitute-Risikomanagementverordnung (KI-RMV) sowie die Mindeststandards für das Kreditgeschäft – FMA-MS-K der FMA.

23) 1 Ob 107/00 t.

24) RIS-Justiz RS0113880 (T 2).

25) *Graf*, ÖBA 1995, 782.

26) RV 311 BlgNR 20. GP 27.

27) 2 Ob 288/03 x mwN.

28) Behauptungs- und Beweispflicht: 3 Ob 58/05 h; *Kathrein* in KBB § 25 c KSchG Rz 7 ua.

29) 8 Ob 121/05 k; 1 Ob 107/00 t; 9 Ob 33/02 x; 2 Ob 288/03 x uva.