

TE OGH 2022/6/30 4Ob85/22m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2022

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Dr. Nowotny, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi und die Hofrätin Mag. Istjan, LL.M., als weitere Richter in der Abwesenheitspflegschaftssache der P* GmbH, *, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Antragstellerin B* GmbH, *, vertreten durch die Kronberger Rechtsanwälte Gesellschaft m.b.H. in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 8. März 2022, GZ 4 R 66/22f-5, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Klagenfurt vom 4. Februar 2022, GZ 2 Nc 3/22m-2, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Antragstellerin hat die Kosten ihres Rechtsmittels selbst zu tragen.

Text

Begründung:

[1] Im Ausgangsverfahren brachte die Antragstellerin im Sprengel der Bestandsache eine Mietzins- und Räumungsklage gegen ihre Mieterin, eine GmbH mit Sitz im Sprengel des Erstgerichts ein. Ein vorbereitender Schriftsatz verbunden mit einer Klagsausdehnung konnte weder am Sitz der GmbH noch an der für den Alleingesellschafter und -geschäftsführer im Firmenbuch angegebenen Adresse in Deutschland zugestellt werden, sondern kam von beiden Adressen mit dem Vermerk „unbekannt“ zurück.

[2] Die Antragstellerin beantragte daraufhin beim Prozessgericht die „Bestellung eines Abwesenheitskurators gemäß § 116 ZPO“, weil „die Klage“ nicht habe zugestellt werden können. Das Prozessgericht leitete diesen Antrag ans Erstgericht als zuständiges Pflegschaftsgericht am Sitz der GmbH weiter. [2] Die Antragstellerin beantragte daraufhin beim Prozessgericht die „Bestellung eines Abwesenheitskurators gemäß Paragraph 116, ZPO“, weil „die Klage“ nicht habe zugestellt werden können. Das Prozessgericht leitete diesen Antrag ans Erstgericht als zuständiges Pflegschaftsgericht am Sitz der GmbH weiter.

[3] Das Erstgericht deutete den Antrag als solchen auf Bestellung eines Abwesenheitskurators nach § 277 ABGB (in der Folge nur: Abwesenheitskurator) und wies ihn ab, weil nur für natürliche Personen ein Abwesenheitskurator bestellt werden könne. [3] Das Erstgericht deutete den Antrag als solchen auf Bestellung eines Abwesenheitskurators nach Paragraph 277, ABGB (in der Folge nur: Abwesenheitskurator) und wies ihn ab, weil nur für natürliche Personen ein Abwesenheitskurator bestellt werden könne.

[4] Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung mit abweichender Begründung. Zwar könne auch für

juristische Personen ein Abwesenheitskurator bestellt werden. Im vorliegenden Fall wäre aber die Bestellung des beantragten Kurators nach § 116 ZPO völlig ausreichend, sodass es keines Abwesenheitskurators bedürfe. Außerdem sei die Bestellung eines Abwesenheitskurators subsidiär gegenüber der Bestellung eines Notgeschäftsführers nach § 15a GmbHG. [4] Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung mit abweichender Begründung. Zwar könne auch für juristische Personen ein Abwesenheitskurator bestellt werden. Im vorliegenden Fall wäre aber die Bestellung des beantragten Kurators nach Paragraph 116, ZPO völlig ausreichend, sodass es keines Abwesenheitskurators bedürfe. Außerdem sei die Bestellung eines Abwesenheitskurators subsidiär gegenüber der Bestellung eines Notgeschäftsführers nach Paragraph 15 a, GmbHG.

[5] Der dagegen erhobene außerordentliche Revisionsrekurs der Antragstellerin ist wegen fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum Verhältnis von § 277 Abs 1 Z 3 iVm Abs 3 ABGB zu § 15a GmbHG zulässig. Er ist jedoch nicht berechtigt. [5] Der dagegen erhobene außerordentliche Revisionsrekurs der Antragstellerin ist wegen fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum Verhältnis von Paragraph 277, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Absatz 3, ABGB zu Paragraph 15 a, GmbHG zulässig. Er ist jedoch nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

[6] 1. Die Bestellung eines Kurators nach § 116 ZPO wäre für die Zustellung einer die Mahnung nach § 1118 ABGB enthaltenden Räumungsklage nicht ausreichend. [6] 1. Die Bestellung eines Kurators nach Paragraph 116, ZPO wäre für die Zustellung einer die Mahnung nach Paragraph 1118, ABGB enthaltenden Räumungsklage nicht ausreichend.

[7] 1.1. Ein die Auflösung eines Mietvertrags rechtfertigender qualifizierter Zinsrückstand iSd § 1118 ABGB liegt nur vor, wenn der Mieter den Zins trotz gehöriger Mahnung nicht bis zum nächsten Zinstermin bezahlt hat (RS0021152). Diese Mahnung kann aber auch durch Einbringung einer Mietzinsklage oder durch Geltendmachung des Räumungsanspruchs erfolgen, sofern die Mietzins- bzw Betriebskostenschuld hinreichend konkret angeführt ist (RS0021216 [T5]; vgl auch RS0021229). [7] 1.1. Ein die Auflösung eines Mietvertrags rechtfertigender qualifizierter Zinsrückstand iSd Paragraph 1118, ABGB liegt nur vor, wenn der Mieter den Zins trotz gehöriger Mahnung nicht bis zum nächsten Zinstermin bezahlt hat (RS0021152). Diese Mahnung kann aber auch durch Einbringung einer Mietzinsklage oder durch Geltendmachung des Räumungsanspruchs erfolgen, sofern die Mietzins- bzw Betriebskostenschuld hinreichend konkret angeführt ist (RS0021216 [T5]; vergleiche auch RS0021229).

[8] 1.2. Der Wirkungsbereich eines Kurators nach § 116 ZPO beschränkt sich auf die Vertretung der prozessunfähigen Partei in jenem Verfahren, für das er bestellt wurde. Er ist nicht befugt, andere Rechtshandlungen zu setzen, wie etwa Zahlungen für den Kuranden aus dessen Vermögen zu leisten. Die Geltendmachung von Mietzinsrückständen einem Kurator nach § 116 ZPO im Räumungsprozess gegenüber ersetzt daher nicht die gemäß § 1118 ABGB bei Zinszahlungsrückstand erforderliche Mahnung (RS0021322). [8] 1.2. Der Wirkungsbereich eines Kurators nach Paragraph 116, ZPO beschränkt sich auf die Vertretung der prozessunfähigen Partei in jenem Verfahren, für das er bestellt wurde. Er ist nicht befugt, andere Rechtshandlungen zu setzen, wie etwa Zahlungen für den Kuranden aus dessen Vermögen zu leisten. Die Geltendmachung von Mietzinsrückständen einem Kurator nach Paragraph 116, ZPO im Räumungsprozess gegenüber ersetzt daher nicht die gemäß Paragraph 1118, ABGB bei Zinszahlungsrückstand erforderliche Mahnung (RS0021322).

[9] Auch die erst in der Klage ausgesprochene Vertragsauflösung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, also keine bloß prozessuale Handlung (RS0021322 [T2]).

[10] 1.3. Im Bestandsverfahren brachte die Antragstellerin zwar vor, dass die GmbH mit ihrem Mietzins trotz qualifizierter Mahnung im Rückstand sei. Die Vertragsauflösung wurde jedoch erst in der Klage erklärt.

[11] Das Bestands- und das Erstgericht deuteten den Antrag im Bestandsverfahren auf „Bestellung eines Abwesenheitskurators gemäß § 116 ZPO“ daher aus nachvollziehbaren Gründen als einen solchen auf Bestellung eines Abwesenheitskurators nach § 277 ABGB und nicht eines Kurators nach § 116 ZPO. [11] Das Bestands- und das Erstgericht deuteten den Antrag im Bestandsverfahren auf „Bestellung eines Abwesenheitskurators gemäß Paragraph 116, ZPO“ daher aus nachvollziehbaren Gründen als einen solchen auf Bestellung eines Abwesenheitskurators nach Paragraph 277, ABGB und nicht eines Kurators nach Paragraph 116, ZPO.

[12] 2. Kann ein Vermieter seinen Bestandsvertrag mit einer GmbH nicht beenden, weil ihre vertretungsbefugten Organe abwesend sind, ist kein Abwesenheitskurator gemäß § 277 Abs 3 ABGB, sondern ein Notgeschäftsführer nach

§ 15a GmbHG zu bestellen. [12] 2. Kann ein Vermieter seinen Bestandvertrag mit einer GmbH nicht beenden, weil ihre vertretungsbefugten Organe abwesend sind, ist kein Abwesenheitskurator gemäß Paragraph 277, Absatz 3, ABGB, sondern ein Notgeschäftsführer nach Paragraph 15 a, GmbHG zu bestellen.

[13] 2.1. Das ABGB sah schon in der Stammfassung „die Bestellung eines Curators für Abwesende“ vor, „wenn sie keinen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen haben, ohne solchen aber ihre Rechte durch Verzug gefährdet, oder die Rechte eines Andern in ihrem Gange gehemmet würden“ (§ 276 idF JGS Nr 1811/946). [13] 2.1. Das ABGB sah schon in der Stammfassung „die Bestellung eines Curators für Abwesende“ vor, „wenn sie keinen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen haben, ohne solchen aber ihre Rechte durch Verzug gefährdet, oder die Rechte eines Andern in ihrem Gange gehemmet würden“ (Paragraph 276, in der Fassung JGS Nr 1811/946).

[14] Ein Abwesenheitskurator kann daher zum Schutz der Interessen des Abwesenden selbst, aber auch zum Schutz von Interessen Dritter bestellt werden, etwa um dem Dritten die Kündigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Abwesenden zu ermöglichen (vgl RS0049228 [T1] = 5 Ob 534/81). [14] Ein Abwesenheitskurator kann daher zum Schutz der Interessen des Abwesenden selbst, aber auch zum Schutz von Interessen Dritter bestellt werden, etwa um dem Dritten die Kündigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Abwesenden zu ermöglichen vergleiche RS0049228 [T1] = 5 Ob 534/81).

[15] 2.2. Diese Bestimmung wurde zum Schutz von Gesellschaftsgläubigern analog angewendet, wenn eine Gesellschaft keine zur Vertretung befugten Organe hatte und die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nach § 8 ZPO nicht vorlagen (4 Ob 531/78; Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 5 [5, 8] mwH).

[15] 2.2. Diese Bestimmung wurde zum Schutz von Gesellschaftsgläubigern analog angewendet, wenn eine Gesellschaft keine zur Vertretung befugten Organe hatte und die Voraussetzungen für eine Kuratorbestellung nach Paragraph 8, ZPO nicht vorlagen (4 Ob 531/78; Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 5 [5, 8] mwH).

[16] 2.3. Für Aktiengesellschaften bestand seit 1937 gemäß § 76 AktG die Möglichkeit, fehlende Vorstandsmitglieder in dringenden Fällen vom Gericht bestellen zu lassen (sog Notvorstand; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] § 15a Rz 1). [16] 2.3. Für Aktiengesellschaften bestand seit 1937 gemäß Paragraph 76, AktG die Möglichkeit, fehlende Vorstandsmitglieder in dringenden Fällen vom Gericht bestellen zu lassen (sog Notvorstand; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] Paragraph 15 a, Rz 1).

[17] Nach diesem Vorbild schuf die GmbH-Novelle 1980 mit § 15a GmbHG eine vergleichbare Regelung auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] § 15a Rz 1). Auch für diese sehr geläufige Gesellschaftsform sollte damit das neu geschaffene Institut des Notgeschäftsführers Abhilfe schaffen, wenn die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Organe fehlen, was der Gesellschaft, ihren Gläubigern und Arbeitnehmern schweren Schaden zufügen kann (ErläutRV 5 BlgNR 15. GP 6). [17] Nach diesem Vorbild schuf die GmbH-Novelle 1980 mit Paragraph 15 a, GmbHG eine vergleichbare Regelung auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] Paragraph 15 a, Rz 1). Auch für diese sehr geläufige Gesellschaftsform sollte damit das neu geschaffene Institut des Notgeschäftsführers Abhilfe schaffen, wenn die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Organe fehlen, was der Gesellschaft, ihren Gläubigern und Arbeitnehmern schweren Schaden zufügen kann (ErläutRV 5 BlgNR 15. Gesetzgebungsperiode 6).

[18] Diese Bestimmungen können dabei nicht nur bei formellem Fehlen von Organen angewandt werden, wenn also das zur Vertretung der Gesellschaft berufene Organ nicht ausreichend besetzt ist (Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] § 15a Rz 10). Vielmehr reicht schon faktisches Fehlen vertretungsbefugter Organe aus, also wenn etwa Geschäftsführer zwar in der erforderlichen Zahl bestellt sind, jedoch aus faktischen oder rechtlichen Gründen an der Vertretung der Gesellschaft gehindert sind oder aber die Amtstätigkeit verweigern (RS0060010 [insbes T5]; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] § 15a Rz 14). [18] Diese Bestimmungen können dabei nicht nur bei formellem Fehlen von Organen angewandt werden, wenn also das zur Vertretung der Gesellschaft berufene Organ nicht ausreichend besetzt ist (Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] Paragraph 15 a, Rz 10). Vielmehr reicht schon faktisches Fehlen vertretungsbefugter Organe aus, also wenn etwa Geschäftsführer zwar in der erforderlichen Zahl bestellt sind, jedoch aus faktischen oder rechtlichen Gründen an der Vertretung der Gesellschaft gehindert sind oder aber die Amtstätigkeit verweigern (RS0060010 [insbes T5]; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] Paragraph 15 a, Rz 14).

[19] 2.4. Dogmatisch stellte sich dadurch die Frage nach dem Verhältnis von § 15a GmbHG zu den bereits zuvor bestehenden Regelungen über Kuratoren im ABGB zu einander. Mit anderen Worten war zu klären, in welchen Fällen für eine GmbH ein Kurator und in welchen ein Notgeschäftsführer bestellt werden konnte. [19] 2.4. Dogmatisch stellte sich dadurch die Frage nach dem Verhältnis von Paragraph 15 a, GmbHG zu den bereits zuvor bestehenden Regelungen über Kuratoren im ABGB zu einander. Mit anderen Worten war zu klären, in welchen Fällen für eine GmbH ein Kurator und in welchen ein Notgeschäftsführer bestellt werden konnte.

[20] Eine Ansicht ging von einer echten Konkurrenz von § 15a GmbHG und § 276 ABGB aF aus, dass also wahlweise entweder ein Abwesenheitskurator oder ein Notgeschäftsführer bestellt werden konnte (Reich-Rohrwig, GmbHR I² [1997] 2/54). [20] Eine Ansicht ging von einer echten Konkurrenz von Paragraph 15 a, GmbHG und Paragraph 276, ABGB aF aus, dass also wahlweise entweder ein Abwesenheitskurator oder ein Notgeschäftsführer bestellt werden konnte (Reich-Rohrwig, GmbHR I² [1997] 2/54).

[21] Teile von Lehre und Rechtsprechung vertraten dagegen die Ansicht, dass die Bestimmung des § 15a GmbHG als *lex specialis* und *lex posterior* die analog anzuwendende Bestimmung des § 276 ABGB aF verdränge (Schmidt/Saria, Rechtsmittelentscheidungen des Handelsgerichts Wien [1. Lfg 2001] 1 R 129/00t; LGZ Wien 4. 6. 1991, 41 R 344/91, WR 1991/501; Wünsch, Die Organe der GmbH im Lichte der Novelle 1980, GesRZ 1980, 165; Wünsch, Der Notgeschäftsführer im Sinne des § 15a GmbHG, GesRZ 1985, 157 [161]; Schlemmer in Schwimann, ABGB² [1997] § 276 Rz 3). [21] Teile von Lehre und Rechtsprechung vertraten dagegen die Ansicht, dass die Bestimmung des Paragraph 15 a, GmbHG als *lex specialis* und *lex posterior* die analog anzuwendende Bestimmung des Paragraph 276, ABGB aF verdränge (Schmidt/Saria, Rechtsmittelentscheidungen des Handelsgerichts Wien [1. Lfg 2001] 1 R 129/00t; LGZ Wien 4. 6. 1991, 41 R 344/91, WR 1991/501; Wünsch, Die Organe der GmbH im Lichte der Novelle 1980, GesRZ 1980, 165; Wünsch, Der Notgeschäftsführer im Sinne des Paragraph 15 a, GmbHG, GesRZ 1985, 157 [161]; Schlemmer in Schwimann, ABGB² [1997] Paragraph 276, Rz 3).

[22] 2.5. Die Voraussetzungen für die Bestellung von Abwesenheitskuratoren in § 276 ABGB aF wurde durch das KindRÄG 2001 neu formuliert. Sie war nach dem Wortlaut in dieser Fassung zulässig, wenn „nicht in anderer Weise, etwa durch die Bestellung eines Kurators in einem bestimmten gerichtlichen Verfahren durch das dort zur Entscheidung berufene Gericht, für die Wahrung dieser Rechte Sorge getragen werden kann“. [22] 2.5. Die Voraussetzungen für die Bestellung von Abwesenheitskuratoren in Paragraph 276, ABGB aF wurde durch das KindRÄG 2001 neu formuliert. Sie war nach dem Wortlaut in dieser Fassung zulässig, wenn „nicht in anderer Weise, etwa durch die Bestellung eines Kurators in einem bestimmten gerichtlichen Verfahren durch das dort zur Entscheidung berufene Gericht, für die Wahrung dieser Rechte Sorge getragen werden kann“.

[23] Dadurch wurde den Materialien zufolge klargestellt, dass § 116 ZPO und § 276 ABGB aF nicht parallel anzuwenden seien, sondern vielmehr die Bestellung eines Abwesenheitskurators subsidiär gegenüber der Bestellung eines Kurators nach der ZPO sei (ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 80 f). [23] Dadurch wurde den Materialien zufolge klargestellt, dass Paragraph 116, ZPO und Paragraph 276, ABGB aF nicht parallel anzuwenden seien, sondern vielmehr die Bestellung eines Abwesenheitskurators subsidiär gegenüber der Bestellung eines Kurators nach der ZPO sei (ErläutRV 296 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 80, f).

[24] Das Verhältnis zwischen § 276 ABGB aF und den Regeln zur Bestellung von Notgeschäftsführern und -vorständen wird dagegen weder im Gesetzestext idF KindRÄG 2001 noch in den Materialien ausdrücklich angesprochen. Zu beachten ist jedoch, dass nach dem Gesetzestext offenbar bereits die Möglichkeit, die Rechte auf andere Weise zu wahren, ausreicht. Das wird bereits dann zu bejahen sein, wenn ein Vertreter nach einer anderen Norm, insbesondere der ZPO, bestellt werden könnte. [24] Das Verhältnis zwischen Paragraph 276, ABGB aF und den Regeln zur Bestellung von Notgeschäftsführern und -vorständen wird dagegen weder im Gesetzestext in der Fassung KindRÄG 2001 noch in den Materialien ausdrücklich angesprochen. Zu beachten ist jedoch, dass nach dem Gesetzestext offenbar bereits die Möglichkeit, die Rechte auf andere Weise zu wahren, ausreicht. Das wird bereits dann zu bejahen sein, wenn ein Vertreter nach einer anderen Norm, insbesondere der ZPO, bestellt werden könnte.

[25] Mit dem SWRÄG 2006 wurde die Regelung in den § 270 ABGB aF verschoben, ohne dass sich der Text änderte (vgl. „inhaltlich völlig unverändert“ in ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 12). [25] Mit dem SWRÄG 2006 wurde die Regelung in den Paragraph 270, ABGB aF verschoben, ohne dass sich der Text änderte (vergleiche „inhaltlich völlig unverändert“ in ErläutRV 1420 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 12,).

[26] Der Meinungsstreit zum Verhältnis von Abwesenheitskuratel und Notgeschäftsführung zueinander setzte sich auch nach diesen beiden Novellen fort.

[27] Die Kommentare zum GmbHG gingen weiterhin von einer echten Konkurrenz der entsprechenden Normen und somit einem Wahlrecht zwischen der Bestellung eines Abwesenheitskurators und eines Notgeschäftsführers aus (Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ [2007] zu § 15a Rz 2 mwN; Ratka in Straube, GmbHG [2013] § 15a Rz 2; Gellis, GmbHG⁷ [2009] § 15a Rz 2; Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny³ II/1 § 8 ZPO [2014] Rz 16; Zib in Torggler, GmbHG § 15a [2014] Rz 5; Rohregger/Kudrna in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/ Hoffenscher-Summer, GmbHG [2017] § 15a GmbHG Rz 57; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² [2017] Rz 4/155; so auch Mondel, Kuratoren² [2013] Rz 4/59 f außerhalb der GmbHG-Literatur). [27] Die Kommentare zum GmbHG gingen weiterhin von einer echten Konkurrenz der entsprechenden Normen und somit einem Wahlrecht zwischen der Bestellung eines Abwesenheitskurators und eines Notgeschäftsführers aus (Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ [2007] zu Paragraph 15 a, Rz 2 mwN; Ratka in Straube, GmbHG [2013] Paragraph 15 a, Rz 2; Gellis, GmbHG⁷ [2009] Paragraph 15 a, Rz 2; Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny³ II/1 Paragraph 8, ZPO [2014] Rz 16; Zib in Torggler, GmbHG Paragraph 15 a, [2014] Rz 5; Rohregger/Kudrna in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/ Hoffenscher-Summer, GmbHG [2017] Paragraph 15 a, GmbHG Rz 57; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² [2017] Rz 4/155; so auch Mondel, Kuratoren² [2013] Rz 4/59 f außerhalb der GmbHG-Literatur).

[28] Dagegen vertraten andere Lehrmeinungen, dass § 15a GmbHG als speziellerer Norm der Vorrang einzuräumen sei (Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ [2011] § 270 Rz 3; Oberhammer, Heilung von Mängeln der organschaftlichen Vertretung des Klägers im Zivilprozess, in FS Aicher [2012] 505 [510]). [28] Dagegen vertraten andere Lehrmeinungen, dass Paragraph 15 a, GmbHG als speziellerer Norm der Vorrang einzuräumen sei (Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ [2011] Paragraph 270, Rz 3; Oberhammer, Heilung von Mängeln der organschaftlichen Vertretung des Klägers im Zivilprozess, in FS Aicher [2012] 505 [510]).

[29] Der Oberste Gerichtshof ließ diese Frage in 8 Ob 41/05w unter Verweis auf den Literaturstreit zur Konkurrenz ausdrücklich offen. Er stellte jedoch klar, dass kein Abwesenheitskurator für einen abwesenden Geschäftsführer bestellt werden kann, um Rechte der GmbH zu wahren.

[30] 2.6. Seit dem am 1. 7. 2018 in Kraft getretenen 2. ErwSchG findet sich die Regelung für den Abwesenheitskurator in § 277 ABGB. Nach dessen Abs 1 Z 3 ABGB ist für eine abwesende Person ein Kurator zu bestellen, wenn „ihre Angelegenheiten nicht durch einen anderen Vertreter wahrgenommen werden können“. [30] 2.6. Seit dem am 1. 7. 2018 in Kraft getretenen 2. ErwSchG findet sich die Regelung für den Abwesenheitskurator in Paragraph 277, ABGB. Nach dessen Absatz eins, Ziffer 3, ABGB ist für eine abwesende Person ein Kurator zu bestellen, wenn „ihre Angelegenheiten nicht durch einen anderen Vertreter wahrgenommen werden können“.

[31] Außerdem wurde die Bestellung eines Abwesenheitskurators im Interesse Dritter – also nicht zur Wahrung der Rechte des Abwesenden selbst – nun separat in Abs 3 geregelt. [31] Außerdem wurde die Bestellung eines Abwesenheitskurators im Interesse Dritter – also nicht zur Wahrung der Rechte des Abwesenden selbst – nun separat in Absatz 3, geregelt.

[32] Wie sich aus den Materialien ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Neufassung eine allgemeine Subsidiarität der Kuratorenbestellung anordnen, wie sie schon vor dem 2. ErwSchG in § 270 ABGB aF vorgesehen war (ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 47). In diesem Zusammenhang heißt es: „Bei einer juristischen Person kommt zB auch die Vertretung durch einen Notgeschäftsführer in Betracht.“ [32] Wie sich aus den Materialien ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Neufassung eine allgemeine Subsidiarität der Kuratorenbestellung anordnen, wie sie schon vor dem 2. ErwSchG in Paragraph 270, ABGB aF vorgesehen war (ErläutRV 1461 BlgNR 25. Gesetzgebungsperiode 47,). In diesem Zusammenhang heißt es: „Bei einer juristischen Person kommt zB auch die Vertretung durch einen Notgeschäftsführer in Betracht.“

[33] Leider erfolgte auch anlässlich dieser Novelle keine ausdrückliche Klarstellung, ob die Bestellung eines Abwesenheitskurators bereits dann ausscheiden soll, wenn es möglich wäre, einen Notgeschäftsführer zu bestellen, oder aber – wie in Teilen der Lehre vertreten wird – erst dann, wenn ein Notgeschäftsführer bereits bestellt wurde (so etwa N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² [2018] § 15a Rz 7, 10). [33] Leider erfolgte auch anlässlich dieser Novelle keine ausdrückliche Klarstellung, ob die Bestellung eines Abwesenheitskurators bereits dann ausscheiden soll,

wenn es möglich wäre, einen Notgeschäftsführer zu bestellen, oder aber – wie in Teilen der Lehre vertreten wird – erst dann, wenn ein Notgeschäftsführer bereits bestellt wurde (so etwa N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG2 [2018] Paragraph 15 a, Rz 7, 10).

[34] Dementsprechend werden auch im jüngsten Schrifttum weiterhin unterschiedliche Ansichten dazu vertreten:

[35] Die gesellschaftsrechtliche Kommentarliteratur befürwortet nach wie vor eine Konkurrenz der beiden Rechtsinstitute Abwesenheitskurator und Notgeschäftsführer, also dass anstelle eines Notgeschäftsführers gemäß § 15a GmbHG auch ein Abwesenheitskurator nach § 277 ABGB bestellt werden könne (N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG2 [2018] § 15a Rz 7, 10; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] § 15a Rz 2 mwN; Umfahrer in GmbH7 [2021] Kap 4 Rz 4.21 mwN; vgl auch Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ [2021] § 76 Rz 8 zur Zulässigkeit der Bestellung eines Abwesenheitskurators für eine AG statt eines Notvorstands; die Konkurrenz voraussetzend: J. Reich-Rohrwig/Szilagyi in Artmann/ Karollus, AktG II6 [2018] § 76 Rz 4). [35] Die gesellschaftsrechtliche Kommentarliteratur befürwortet nach wie vor eine Konkurrenz der beiden Rechtsinstitute Abwesenheitskurator und Notgeschäftsführer, also dass anstelle eines Notgeschäftsführers gemäß Paragraph 15 a, GmbHG auch ein Abwesenheitskurator nach Paragraph 277, ABGB bestellt werden könne (N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG2 [2018] Paragraph 15 a, Rz 7, 10; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2020] Paragraph 15 a, Rz 2 mwN; Umfahrer in GmbH7 [2021] Kap 4 Rz 4.21 mwN; vergleiche auch Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ [2021] Paragraph 76, Rz 8 zur Zulässigkeit der Bestellung eines Abwesenheitskurators für eine AG statt eines Notvorstands; die Konkurrenz voraussetzend: J. Reich-Rohrwig/Szilagyi in Artmann/ Karollus, AktG II6 [2018] Paragraph 76, Rz 4).

[36] Dagegen herrscht in Kommentaren zum ABGB vorwiegend die gegenteilige Auffassung vor, dass angesichts der allgemeinen Subsidiaritätsbestimmung des § 277 Abs 1 ABGB für GmbHs der Notgeschäftsführer nach § 15a GmbHG zu bestellen sei (Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB5 [2018] § 277 Rz 10; Pfurtscheller in Schwimann/Neumayr, ABGB5 [2020] § 277 ABGB Rz 9; Mondel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ [2020] § 277 ABGB Rz 33; Rudolf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 [Stand 1. 9. 2021, rdb.at] § 277 Rz 21; Mondel, Das Recht der Kuratoren³ [2021] Rz 8.47, der seine frühere gegenteilige Ansicht seit Inkrafttreten von 2. ErwSchG für überholt hält). [36] Dagegen herrscht in Kommentaren zum ABGB vorwiegend die gegenteilige Auffassung vor, dass angesichts der allgemeinen Subsidiaritätsbestimmung des Paragraph 277, Absatz eins, ABGB für GmbHs der Notgeschäftsführer nach Paragraph 15 a, GmbHG zu bestellen sei (Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB5 [2018] Paragraph 277, Rz 10; Pfurtscheller in Schwimann/Neumayr, ABGB5 [2020] Paragraph 277, ABGB Rz 9; Mondel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ [2020] Paragraph 277, ABGB Rz 33; Rudolf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 [Stand 1. 9. 2021, rdb.at] Paragraph 277, Rz 21; Mondel, Das Recht der Kuratoren³ [2021] Rz 8.47, der seine frühere gegenteilige Ansicht seit Inkrafttreten von 2. ErwSchG für überholt hält).

[37] Einige weitere Autoren sprechen – wie auch die Gesetzesmaterialien zum 2. ErwSchG – die allgemeine Subsidiarität im Zusammenhang mit Notgeschäftsführern an, legen aber nicht ausdrücklich dar, ob sie auch gegenüber erst zu bestellenden Notgeschäftsführern besteht (Barth/Dokalik/Potyka, ABGB26 § 277 ABGB [2018]; Stefula in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB6 [2020] § 277 ABGB Rz 2 mwN). [37] Einige weitere Autoren sprechen – wie auch die Gesetzesmaterialien zum 2. ErwSchG – die allgemeine Subsidiarität im Zusammenhang mit Notgeschäftsführern an, legen aber nicht ausdrücklich dar, ob sie auch gegenüber erst zu bestellenden Notgeschäftsführern besteht (Barth/Dokalik/Potyka, ABGB26 Paragraph 277, ABGB [2018]; Stefula in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB6 [2020] Paragraph 277, ABGB Rz 2 mwN).

[38] 2.7. Der Senat ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Bestellung eines Abwesenheitskurators nicht vorliegen:

[3 9] § 277 ABGB regelt – wie übrigens auch alle seine Vorgängerbestimmungen – den Fall, dass eine Person abwesend ist. Eine Regelung für die Abwesenheit von Organen juristischer Personen enthalten sie nicht. Ihre Anwendung erfolgte daher immer nur analog (so offenbar einhellig in Schrifttum und Rechtsprechung seit Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 5 [5, 8] mwH). [39] Paragraph 277, ABGB regelt – wie übrigens auch alle seine Vorgängerbestimmungen – den Fall, dass eine Person abwesend ist. Eine Regelung für die Abwesenheit von Organen juristischer Personen enthalten sie nicht. Ihre Anwendung erfolgte daher immer nur analog (so offenbar einhellig in Schrifttum und Rechtsprechung seit Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 5 [5, 8] mwH).

[40] Die analoge Anwendung einer Norm setzt jedoch eine planwidrige Regelungslücke voraus. Das heißt also, dass der Rechtsfall nach dem Gesetz nicht beurteilt werden kann, jedoch von Rechts wegen einer Beurteilung bedarf (RS0098756, RS0008845).

[41] Eine solche Lücke liegt hier jedoch schon nach den Behauptungen der Antragstellerin im Abwesenheitspflegschaftsverfahren nicht vor. Sie macht geltend, dass sie durch die Zustellprobleme im Bestandsverfahren an der Vertragsbeendigung gehindert sei. Dieser Schwierigkeit kann aber durch Anwendung der eigens (auch) dafür geschaffenen Norm des § 15a GmbHG begegnet werden. Das Rechtsinstitut des Notgeschäftsführers soll ja gerade auch dann Abhilfe schaffen, wenn die Organe einer GmbH faktisch verhindert (zB abwesend) sind und dadurch Gesellschaftsgläubiger an der Wahrung ihrer Rechte gehindert werden. [41] Eine solche Lücke liegt hier jedoch schon nach den Behauptungen der Antragstellerin im Abwesenheitspflegschaftsverfahren nicht vor. Sie macht geltend, dass sie durch die Zustellprobleme im Bestandsverfahren an der Vertragsbeendigung gehindert sei. Dieser Schwierigkeit kann aber durch Anwendung der eigens (auch) dafür geschaffenen Norm des Paragraph 15 a, GmbHG begegnet werden. Das Rechtsinstitut des Notgeschäftsführers soll ja gerade auch dann Abhilfe schaffen, wenn die Organe einer GmbH faktisch verhindert (zB abwesend) sind und dadurch Gesellschaftsgläubiger an der Wahrung ihrer Rechte gehindert werden.

[42] In Fällen, in denen § 15a GmbHG zur Anwendung kommt und durch Bestellung eines Notgeschäftsführers den Rechten eines Gesellschaftsgläubigers (hier: auf Vertragsbeendigung) zum Durchbruch verschafft werden kann, scheidet deshalb die analoge Anwendung des § 277 Abs 1 Z 3 iVm Abs 3 ABGB und damit die Bestellung eines Abwesenheitskurators aus. [42] In Fällen, in denen Paragraph 15 a, GmbHG zur Anwendung kommt und durch Bestellung eines Notgeschäftsführers den Rechten eines Gesellschaftsgläubigers (hier: auf Vertragsbeendigung) zum Durchbruch verschafft werden kann, scheidet deshalb die analoge Anwendung des Paragraph 277, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Absatz 3, ABGB und damit die Bestellung eines Abwesenheitskurators aus.

[43] 3. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass aus der Auffassung, wonach der Notgeschäftsführer als subsidiär gegenüber den Kuratoren gemäß der ZPO angesehen wird (nur zu § 8 ZPO: RS0113944; für viele: Pöltner, Der Notgeschäftsführer in der GmbH [2002] 62 f; auch zu § 116 ZPO: Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB4 [2015] § 270 ABGB Rz 7), für die Lösung der hier zu beurteilenden Frage nichts abzuleiten ist. Dies wird nämlich damit begründet, dass ein Kurator gemäß ZPO mit seinem sehr begrenzten Aufgabengebiet einen geringeren Eingriff in die Privatautonomie der Gesellschafter darstelle (ausführlich: Pöltner, Der Notgeschäftsführer in der GmbH [2002] 62 f). Diese Überlegung lässt sich jedoch nicht auf den Abwesenheitskurator übertragen: Ein Abwesenheitskurator kann nämlich ohnehin nur bestellt werden, wenn auch Angelegenheiten außerhalb eines Zivilprozesses zu regeln sind, sodass eben nicht nur Prozesshandlungen anstehen. Im Übrigen könnte erforderlichenfalls auch der Notgeschäftsführer mit einem

– zumindest im Innenverhältnis – beschränkten Tätigkeitsbereich bestellt werden (RS0113946). [43] 3. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass aus der Auffassung, wonach der Notgeschäftsführer als subsidiär gegenüber den Kuratoren gemäß der ZPO angesehen wird (nur zu Paragraph 8, ZPO: RS0113944; für viele: Pöltner, Der Notgeschäftsführer in der GmbH [2002] 62 f; auch zu Paragraph 116, ZPO: Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB4 [2015] Paragraph 270, ABGB Rz 7), für die Lösung der hier zu beurteilenden Frage nichts abzuleiten ist. Dies wird nämlich damit begründet, dass ein Kurator gemäß ZPO mit seinem sehr begrenzten Aufgabengebiet einen geringeren Eingriff in die Privatautonomie der Gesellschafter darstelle (ausführlich: Pöltner, Der Notgeschäftsführer in der GmbH [2002] 62 f). Diese Überlegung lässt sich jedoch nicht auf den Abwesenheitskurator übertragen: Ein Abwesenheitskurator kann nämlich ohnehin nur bestellt werden, wenn auch Angelegenheiten außerhalb eines Zivilprozesses zu regeln sind, sodass eben nicht nur Prozesshandlungen anstehen. Im Übrigen könnte erforderlichenfalls auch der Notgeschäftsführer mit einem, – zumindest im Innenverhältnis – beschränkten Tätigkeitsbereich bestellt werden (RS0113946).

[44] 4. Die Annahme der Vorinstanzen, dass im vorliegenden Fall schon die Klagszustellung an die GmbH nicht wirksam erfolgt sei, ist in den Entscheidungen nicht nachvollziehbar begründet. Die Postfehlberichte im Bestandsakt betreffen nämlich den vorbereitenden Schriftsatz. Bei der Klage ist dagegen ein Zustellschein angeschlossen, der eine Hinterlegung am Sitz der GmbH ausweist.

[45] Ob die Voraussetzungen für die Bestellung eines Notgeschäftsführers tatsächlich vorliegen oder überhaupt nach anderen Normen vorzugehen wäre (vgl RS0115726 [T3]; RS0112829, RS0006044), ist in der

Abwesenheitspflegschaftssache jedoch nicht zu klären. [45] Ob die Voraussetzungen für die Bestellung eines Notgeschäftsführers tatsächlich vorliegen oder überhaupt nach anderen Normen vorzugehen wäre vergleiche RS0115726 [T3]; RS0112829, RS0006044), ist in der Abwesenheitspflegschaftssache jedoch nicht zu klären.

Textnummer

E135597

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2022:0040OB00085.22M.0630.000

Im RIS seit

02.08.2022

Zuletzt aktualisiert am

28.02.2024

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at