ART.-NR.: 102

Dr. Thomas Trettnak, LL.M./CM, Wien

Die „qualifizierte Mahnung" im Sanierungsverfahren: Unterschriftlichkeit statt (bloßer) Schriftlichkeit?

» ZIK 2015/102

Eine jüngere Entscheidung des OGH (3 Ob 104/14m),[1] dergemäß auf die Säumnisfolgen des § 156a Abs 2 IO nur dann korrekt hingewiesen wird, wenn die Mahnung *unterschriftlich* erfolgt, vermag nicht gänzlich zu überzeugen. Die Argumentation der Rsp ist auch in Hinblick auf die kautelarjuristische Praxis und die Usancen im Geschäftsleben kritisch zu hinterfragen.

1. EINLEITUNG

Der OGH hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein per E-Mail versandtes Mahnschreiben eines Gläubigers an den Schuldner im Rahmen eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung dem Erfordernis einer „schriftlichen Mahnung" nach § 156a Abs 2 IO genügen würde. Er führte dazu aus, dass an eine qualifizierte Mahnung hohe Anforderungen zu stellen seien, da sie den Schuldner in eindringlicher Weise auf die schweren, drohenden Folgen eines Verzuges hinweisen sollten. Schon in der Legaldefinition des § 886 ABGB würde die „Schriftlichkeit" eine „Unterschriftlichkeit", sohin eine eigenhändige Unterschrift erfordern. Umso mehr habe dies zu gelten, wenn dem Schuldner eindringlich die Folgen seines Verzuges vor Augen geführt werden sollen, dem Mahnschreiben also nicht bloß Informationscharakter, sondern eine Warnfunktion zukomme. Die Warnfunktion, so der OGH weiter, könne ein Mahnschreiben allerdings nur erfüllen, wenn es unterschriftlich erfolge. Wenn aber, wie aus den entsprechend zitierten Literaturstimmen zu § 886 ABGB hervorgeht, selbst eine gefaxte oder gescannte Mahnung mit Unterschrift nicht ausreiche, so könne diesem Anspruch nach Ansicht des OGH eine E-Mail erst recht nicht genügen.

2. UNTERSCHRIFTLICHKEIT ZWINGEND ERFORDERLICH?

Richtig ist, dass der OGH auf die „besondere Bedeutung des Schreibens" hinweist. Bezweifelt werden darf jedoch, ob die eigenhändige Unterschrift in jedem Fall zwingend erforderlich ist. Auch wenn der OGH in 9 ObA 14/08m[2] aussprach, die Unterschriftlichkeit gelte auch bei einseitigen Erklärungen, wenn das Gesetz nicht entsprechende Einschränkungen formuliere, so ist die Begründung dafür mehr als dürftig, wenn der erkennende Senat seinen zuvor formulierten Rechtssatz wiederholt und meint, das Erfordernis solle gewährleisten, „*dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können".* Auch aus einer E-Mail lassen sich eindeutig Absender wie auch Inhalt der Erklärung erkennen, ohne dass dafür eine eigenhändige Unterschrift erforderlich wäre.

Es vermag in diesem Zusammenhang zu verwundern, dass der OGH in einer früheren Entscheidung[3] aussprach, eine Falschbezeichnung eines Gläubigers wäre, wenn eindeutig sei, dass das Schreiben vom Gläubiger stamme, unschädlich, wohingegen nach der jüngsten Entscheidung das Fehlen der handschriftlichen Unterschrift die Mahnung gem § 156a Abs 2 IO ungültig mache.

Gerade weil es sich bei einem Mahnschrieb nicht um einen – wie im Gesetzestext angeführt – Vertrag handelt, sondern um eine einseitige Erklärung, sollte das Erfordernis der Unterschriftlichkeit mE nicht unreflektiert auch auf diesen Bereich übertragen werden. Überhaupt muss ins Treffen geführt werden, dass nicht – wie der OGH meint – von der teleologischen Reduktion der Unterschriftlichkeit zur Schriftlichkeit sparsam Gebrauch gemacht werden sollte, sondern ganz im Gegenteil die Auferlegung von Formvorschriften in möglichst geringem Umfang verstanden werden muss. Schließlich gilt im Zivilrecht, wenn nichts Konkretes im Gesetz oder durch Parteiwillen geregelt ist, der Grundsatz der Formfreiheit.[4] Einseitige Erklärungen sind vom Wortlaut des § 886 ABGB aber gerade nicht umfasst. Die vom OGH gewählte und schon oben erwähnte Ausdehnung auf einseitige Erklärungen steht mE daher im Widerspruch zur Formfreiheit des Zivilrechtes. Anstatt wie in RIS-Justiz RS0017221 „im allgemeinen" von Unterschriftlichkeit sollte daher „grundsätzlich und im Zweifel" kein strenger Maßstab an die Form angelegt werden.[5]

3. EMPFÄNGERHORIZONT ENTSCHEIDEND

Gerade dann also, wenn wie hier der Normzweck ein ganz anderer ist, darf ein gesetzlich vorgesehenes Schriftlichkeitsgebot nicht automatisch zu einer eigenhändigen Unterschriftlichkeit erweitert werden. Warum nämlich die schon oben erwähnte Warnfunktion eines schriftlichen Mahnschreibens durch eine handschriftliche Unterschrift erhöht werden soll, bleibt unklar. Schließlich zielt die Warnfunktion, anders als etwa beim Übereilungsschutz, auf den *Empfänger*horizont ab, nicht jedoch auf jenen des *Erklärenden*. Der Verfasser des Mahnschreibens muss demnach keineswegs vor Übereilung geschützt werden – im Gegenteil. Für den Empfänger wird es unerheblich sein, ob er die Botschaft des Mahnschreibens nun mit handschriftlicher

1 ZIK 2015/41, 33.
2 Der OGH spricht aus, dass „…*das Gebot der Schriftlichkeit im allgemeinen „Unterschriftlichkeit" [bedeutet], es sei denn, das Gesetz sieht ausdrücklich eine Ausnahme vor. Das Erfordernis der Schriftform soll gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können."*
3 OGH 24. 10. 2000, 4 Ob 269/00p.
4 Siehe bspw *Rummel* in *Rummel,* Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 883 Rz 1.
5 Vgl dazu *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar⁴ IV (2014) § 883 Rz 1.

Unterschrift erhält, oder – wie heute in der Geschäfts- und auch Anwaltspraxis durchaus üblich – in Form einer E-Mail.[6]

Die Warnfunktion wird – gleichen Inhalt der Schreiben vorausgesetzt – in beiden Fällen erfüllt. Wenn aber der Normzweck auch durch ein weniger intensives Formgebot erfüllt werden kann, so ist angesichts der grundsätzlichen Formfreiheit im Zivilrecht keine Ausdehnung der Formvorschriften erforderlich, ähnlich wie dies der OGH selbst im Verhältnis zwischen einem einfachen und einem notariatsaktspflichtigen Vertrag bereits ausgesprochen hat.[7]

Daher erschiene es gerade im Zeitalter der voranschreitenden Digitalisierung der Kommunikation übertrieben formalistisch, ökonomisch wenig sinnvoll (weil langsamer und kostenpflichtig) und schließlich etwas antiquiert, ein Mahnschreiben bloß wegen des Fehlens einer (Original-)Unterschrift scheitern zu lassen.

Auch dem Argument, das man im Zusammenhang mit der Korrespondenz per E-Mail – zum Teil zutreffend – immer wieder hört, nämlich dass eine E-Mail möglicherweise nicht gelesen wird, kann im vorliegenden Fall wenig abgewonnen werden: Es ist lediglich erforderlich, dass das Mahnschreiben in die *Sphäre* des Empfängers gelangt, nicht jedoch, dass er dieses auch tatsächlich liest. Bekanntlich ist es auch nicht erforderlich, das Schriftstück per Einschreiben zu versenden.[8] Überhaupt handelt es sich beim Eintreten in die Sphäre des Empfängers viel mehr um eine Beweisfrage und diese kann und sollte daher nicht als inhaltliche Begründung für ein Gebot der eigenhändigen Unterschriftlichkeit dienen.

Zudem ist aus einer Zusammenschau mit anderen gesetzlich normierten Warnpflichten, wie etwa der Warnung des Werkunternehmers nach § 1168a ABGB, kein schlüssiger Grund für einen übertriebenen Formalismus in der Sache des Mahnschreibens gem § 156a Abs 2 IO zu erkennen.[9] Auch der anerkannterweise schriftlich vorzunehmende Rücktritt eines Konsumenten von Haustürgeschäften nach § 3 Abs 4 KSchG soll ohne Unterschrift genauso gültig sein, wiewohl auch hier ein durchaus wichtiger Dokumentationszweck verfolgt wird.[10]

Dass die Interpretation der Schriftlichkeit als Unterschriftlichkeit keineswegs immer zwingend ist, zeigt schließlich ein Blick auf internationale Normen. Sowohl in der CRM (Internationale Vereinbarung über Beförderungsverträge auf Straßen) als auch im LGVÜ (Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) genügt – aus gutem Grund – die einfache Schriftlichkeit.

In Summe ergibt sich daher ein Bild eines reichlich anachronistischen Formalismus, der nicht unwidersprochen hingenommen werden sollte. Die anwaltliche Praxis, ganz abgesehen vom täglichen Geschäftsgebrauch in der Wirtschaft, zeigt eindeutig, dass die digitale Kommunikation, die rasch und kostengünstig erfolgen kann, auf dem Vormarsch ist. Stehen daher nicht wichtige Gründe für eine erhöhte Formvorschrift im Raum, sollte von dieser besser abgesehen werden.

4. CONCLUSIO

Wenn der OGH ein Mahnschreiben gem § 156a Abs 2 IO für ungültig erachtet, weil die handschriftliche Unterschrift fehlt, bedient er sich eines Formalismus, der im Widerspruch zum zivilrechtlichen Grundsatz der Formfreiheit steht und auch nicht den Usancen des täglichen Geschäftslebens entspricht. Diese Ansicht ist insofern zu hinterfragen, als der OGH an andere Formmängel wesentlich weniger strenge Maßstäbe anlegt. Zu hoffen bleibt daher, dass der OGH in seiner künftigen Rsp dem Grundsatz der Formfreiheit im Zivilrecht wieder mehr Raum widmet.

6 AA offenbar *Linder*, ZFR 2015, 225 (227) (Entscheidungsanmerkung), der meint, dass die Eindringlichkeit der Mahnung größer sei, wenn ein unterfertigtes Schriftstück vorliegt.
7 Siehe OGH 27. 10. 1992, 5 Ob 124/92.
8 *Lovrek* in *Konecny/Schubert,* Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (31. Lfg; 2008) § 156 KO Rz 97.
9 Die Warnung des Werkunternehmers nach § 1168a ABGB ist gänzlich formfrei, s *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] IV § 1168a Rz 25.
10 *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] IV § 883 Rz 12.

Der Autor:

Dr. **Thomas Trettnak**, LL.M./CM ist Rechtsanwalt und Partner bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Wien. Beratungsschwerpunkte: M&A, Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

Ausgewählte Publikationen:

Erwerb eigener Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung, RWZ 2014/2, 7 (mit Heinrich Foglar-Deinhardstein); Cross-Border Merger aus Deutschland nach Österreich bei weiterbestehendem Listing, GesRZ 2013, 198 (mit Heinrich Foglar-Deinhardstein).

thomas.trettnak@chsh.com
lesen.lexisnexis.at/autor/Trettnak/Thomas

Foto CHSH

KODEX
LexisNexis Linde
DIE **APP** ZUM GESETZ!
Mit der KODEX-App haben Sie ausgewählte Kodizes immer dabei – im Kleinformat und ohne schwer zu tragen!
www.kodexapp.at
ANDROID APP ON Google play
Erhältlich im App Store