

# Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingeschäfters für Schulden „seiner“ GmbH?

Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 7 Ob 315/01a vom 11. 2. 2002 [1]

Peter Bydlinski / Susanne Haas

Der OGH war erstmals mit der Frage befaßt, ob ein geschäftsführender Alleingeschäfters einer GmbH, der die Haftung für einen Unternehmenskredit der Gesellschaft übernommen hatte, Verbraucher iS des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ist. In Anschluß an die beiden Vorinstanzen hat er die Verbrauchereigenschaft unter Zugrundelegung einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ verneint. Der Beitrag, der diesem Ergebnis in concreto zustimmt, analysiert eingehend die für das Höchstgericht ausschlaggebenden Argumente sowie dessen methodisches Vorgehen. Eine Behandlung von GmbH-Geschäftsführern als Unternehmer ist nach Ansicht der Autoren jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn wirtschaftliches Eigeninteresse und organschaftliche Handlungsbefugnis für das Unternehmen in einer Person zusammenfallen. Diese Auffassung fügt sich widerspruchsfrei in die Vorjudikatur sowohl zum Verbraucherstatus von GmbH-Geschäftsführern in ihrer Funktion als Interzedenten als auch zur konkursrechtlichen Zuständigkeit nach § 182 KO. Abschließend wird vor einer vorschnellen und undifferenzierten Verallgemeinerung des Urteilstenors in dem Sinne, daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer nunmehr generell als Unternehmer zu qualifizieren sei, gewarnt.

Stichwörter: Verbraucher, Unternehmer, persönliche Kreditsicherung, Einmann-GmbH, Alleingeschäfters, Geschäftsführer, Schuldbeitritt, Mitschuld, Interzession, Haftung, Mitkreditnehmer, wirtschaftliche Betrachtungsweise, Interzedentenschutz, Aufklärung, Mäßigung, konkursrechtliche Zuständigkeit.  
JEL-Classification: K 12, K 22.

The Supreme Court (OGH) was for the first time presented with the question

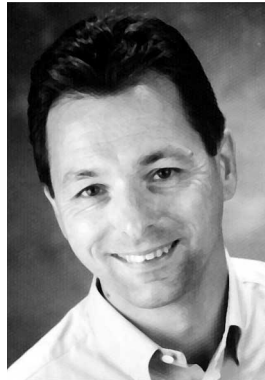


Photo: Foto Donner

Dr. Peter Bydlinski ist o. Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz; e-mail: peter.bydlinski@uni-graz.at



Photo: Foto Pektar

Mag. Susanne Haas ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz; e-mail: su.haas@uni-graz.at

whether a managing sole shareholder of a Limited Liability Company (GmbH), who had assumed liability for a business loan of the corporation, is regarded a Consumer under § 1 Point 1 Numeral 2 Consumer Protection Act (KSchG). Following the two lower court rulings, the Court, from an “economic perspective”, denied to qualify the managing shareholder as a “Consumer”. The article essentially agrees with this conclusion and closely analyses the arguments decisive for the Supreme Court’s ruling as well as its methodological proceeding. According to the authors’ opinion, it is in any event justified to treat shareholder-managers of an LLC as entrepreneurs (Unternehmer) if economic self-interest personally coincides with acting for the company on the outside. This view consistently follows the previous jurisprudence both on the consumer status of LLC managers as intermediaries as well as on bankruptcy jurisdiction under § 182 Bankruptcy Act (KO). The article concludes with a warning not to prematurely generalize the holding of the judgment in the sense that a shareholder-manager generally must be treated as an entrepreneur.

## 1. Einleitung

Die Frage, ob der geschäftsführende Alleingeschäfters einer GmbH [2] als Verbraucher iS des § 1 KSchG zu behandeln ist oder nicht, scheint auf den ersten Blick eine recht weitreichende zu sein und den gesamten Anwendungsbe- reich zu betreffen. Bei näherem Hinsehen erkennt man jedoch, daß nur ein sehr enger Bereich problematisch ist. Nimmt jemand für den Bau seines Privathauses einen Kredit auf, kauft er für sein Wohnzimmer eine Sitzgarnitur oder abonniert er im eigenen Namen eine Tageszeitung, um sie beim Frühstück lesen zu können, so spielt es natürlich keinerlei Rolle, ob der Betreffende Beamter oder Pensionist ist oder ob er eine ihm allein gehörende Gesell-

[1] In diesem Heft S 58 ff; bereits veröffentlicht etwa in JB1 2002, 526 (Karollus), RdW 2002, 412 und ecolex 2002, 430.

[2] Für solche, im Wirtschaftsleben überaus häufigen Konstellationen hat sich der einprägsame Terminus „Einmann-GmbH“ eingebürgert, der hier nur wegen Üblichkeit und Klang dem korrekteren, aber holprigen Begriff „Eine-Person-GmbH“ vorgezogen wird.

schaft leitet: Selbstverständlich kommt ihm bei derartigen Geschäften der Schutz des KSchG zu. Anders könnte die Entscheidung bloß in Konstellationen ausfallen, in denen das im eigenen Namen getätigte Geschäft einen sehr engen Bezug zur GmbH hat; also wirtschaftlich eigentlich der *unternehmerischen* Tätigkeit zuzuordnen ist. Ob auch noch andere Bereiche in Betracht kommen, soll hier nicht weiter überlegt werden. Jedenfalls – vielleicht sogar allein? – in diesen heiklen Randbereich gehören Sicherungsgeschäfte, die der geschäftsführenden Gesellschafter zugunsten „seiner“ GmbH tätigt. Und so war es auch in der Entscheidung, die den Anlaß für die vorliegenden Überlegungen darstellt: Fraglich war, ob sich der als Kredit-Mitschuldner (dazu sofort unter 2.) beklagte Gesellschafter-Geschäftsführer auf die nur für Verbraucher geltenden §§ 25b und 25c KSchG berufen konnte oder nicht. Das Einordnungsproblem ist daher – anders als auf den ersten Blick zu vermuten – wohl eher ein solches des Kreditsicherungsrechts als eines des Verbraucherschutzrechts im allgemeinen.

Die Ansicht des OGH, dem geschäftsführenden Alleingesellschafter die Verbrauchereigenschaft *abzusprechen*, ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert: Zum einen war ein solcher Ausgang des Verfahrens nach der Vorjudikatur zum Verbraucherstatus von persönlich haftenden GmbH-Geschäftsführern (dazu näher unter 3.1.) nicht unbedingt zu erwarten. Zum anderen folgt das österreichische Höchstgericht trotz – wie es selbst betont – immerhin „bedingt vergleichbarer Rechtslage“ *nicht* dem deutschen BGH. Dieser nämlich hält das (mittlerweile als eigenständig aufgehobene) Verbraucherkreditgesetz [3] auf die Mithaftung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers für einen Kredit der Gesellschaft jedenfalls – also unabhängig vom Umfang der Beteiligung – für anwendbar [4]. Das Halten eines GmbH-Geschäftsanteiles sei, so der BGH, private Vermögensverwaltung und nicht gewerbliche Tätigkeit iS von § 1 VerbrKrG [5]; ebensowenig handle es

sich bei der Geschäftsführung um eine selbständige berufliche Tätigkeit, sondern um eine solche im Angestelltenverhältnis. Mit ähnlich formaler Argumentation ließ der BGH schon vor längerem eine für GmbH-Schulden übernommene Bürgschaft an der Nichteinhaltung des Schriftlichkeitsgebots (§ 766 Satz 1 BGB, entspricht § 1346 Abs 2 ABGB) scheitern: Die Ausnahmevorschrift des § 350 HGB sei mangels Vollkaufmannseigenschaft des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers nicht anwendbar [6].

Ausschlaggebendes Argument für den 7. Senat war die besondere Stellung des Beklagten als „*unumschränkter Herrscher über die Gesellschaft*“. Ein Alleingesellschafter, der zugleich (hier sogar: alleiniger) Geschäftsführer der betreffenden GmbH ist, soll aus diesem Grund vom Schutz des KSchG nicht profitieren. Weniger klar als diese Erwägung ist jedoch, wie der 7. Senat *methodisch* zu diesem Ergebnis kommen konnte (dazu unter 3.4.). Zudem ist zu überlegen, ob und inwieweit die vorliegende Entscheidung möglicherweise auch Auswirkungen auf die konsumentenschutzrechtliche Stellung eines (Allein- oder Mit-)GmbH-Geschäftsführers haben könnte, der – nur, aber immerhin – die *Mehrheit* der Geschäftsanteile hält (dazu insbesondere unter 3.). Der erkennende Senat hat diese Frage ja ausdrücklich offen gelassen.

## 2. Bloßer Mitschuldner oder echter Mitkreditnehmer?

In einem ersten Schritt ist zunächst allerdings die vertragliche Position des beklagten Gesellschafter-Geschäftsführers näher zu untersuchen. Fraglich ist nämlich, ob der zu beurteilende Sachverhalt überhaupt den Bereich der *Kreditsicherung* betrifft oder ob es sich tatsächlich um eine gemeinschaftliche Kreditaufnahme durch die GmbH und den Beklagten gehandelt hat. Dessen wiederholte Bezeichnung als „*Mitkreditnehmer*“ (und zwar sowohl in den Gründen [7] als offenbar auch im Kredit-

vertragsformular selbst) spricht zunächst eigentlich dafür, den Beklagten aus rechtlicher Sicht als Mitvertragspartner (und damit auch: Mitgläubiger) anzusehen. Mitvertragspartner kommen jedoch niemals in den Genuß der auf Interzessionschutz abzielenden §§ 25b–25d KSchG. Offenkundig war aber von den Vertragsparteien ohnehin zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, daß auch der Beklagte die Auszahlung der Kreditvaluta an sich persönlich verlangen können sollte. Die Kreditaufnahme war ausschließlich dazu gedacht, der finanzschwachen GmbH Liquidität zu verschaffen. Warum der Beklagte im Kreditvertrag als „*Mitkreditnehmer*“ tituliert wurde, ob es sich also um einen Versuch der Bank, zwingende Schutzvorschriften für Sicherungsgeber zu umgehen, oder um bloße *falsa demonstratio* gehandelt hat, läßt sich aus dem Urteil allein nicht ermitteln und ist hier auch nicht weiter von Belang. Von der Bank bezweckt wurde in der Sache offensichtlich nur bloße *Mithaftung* des Gesellschafter-Geschäftsführers, nicht aber auch die Einräumung einer Gläubigerposition: Nach dem Sachverhalt wurde der GmbH der Kredit ja zunächst wegen mangelnder *Sicherheiten* verwehrt und dann – wohl im Gespräch – vom Beklagten eine persönliche Verpflichtung *als Schuldner* zur ungeteilten Hand (sowie die Vinkulierung einer Lebensversicherung zugunsten der Gläubigerin) verlangt. Trotz der formularmäßigen Stellung des Beklagten als „echter“ Mitkreditnehmer scheint es sich daher materiell bloß um einen (*Interzessions-*) *Schuldbeitritt* gehandelt zu haben [8]. Seine Verpflichtung ist daher – bereits im Wege der Vertragsauslegung durch Anwendung der *falsademonstratio*-Regel oder mit Hilfe von Umgehungsüberlegungen – als *Übernahme einer Mitschuld iS des § 1344 Fall 2 ABGB* zu behandeln. Trotz Nennung als Mitkreditnehmer im Vertragsformular war der Beklagte also nur persönlicher Sicherungsgeber, womit – dessen Verbrauchereigenschaft vorausgesetzt – eine Anwendung der §§ 25b ff KSchG überhaupt erst in Frage kam.

[3] Durch Art 6 Z 3 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. 11. 2001 dBGBI I 61, 3138. Inhaltlich finden sich dessen Vorschriften nunmehr in den §§ 491 ff BGB.

[4] So zB BGH NJW 1997, 1443 = ZIP 1997, 642.

[5] Dessen Abs 1 lautete: „Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt (Kredit-

geber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einer natürlichen Person, es sei denn, daß der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher).“ Nach nunmehriger Legaldefinition in § 13 BGB ist Verbraucher „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Zum Unternehmerbegriff sie-

he § 14 BGB.

[6] BGH ZIP 1986, 1457; dagegen etwa K. Schmidt, ZIP 1986, 1510; P. Bydlinski, Bürgschaft im Handelsrecht 28 ff ua.

[7] Nur einmal, nämlich im Mittelteil seiner Entscheidungs begründung, setzt der OGH den Begriff des Mitkreditnehmers unter Anführungszeichen.

[8] Zum Problem etwa P. Bydlinski, ZBB 1991, 267.

### 3. Vertragsabschluß als Verbraucher oder als Unternehmer?

#### 3.1. Erste Argumente für eine Behandlung als Unternehmer

Die bisherige Rechtsprechung [9] zum Verbraucherstatus von Geschäftsführern und/oder Gesellschaftern einer GmbH, die sich dem GmbH-Gläubiger zu Sicherungszwecken entweder als Mitschuldner oder als Bürge verpflichtet hatten, läßt sich kurz dahin zusammenfassen, daß diese Personen „mangels eigenen Unternehmens“ als Verbraucher iS von § 1 Abs 1 Z 2 KSchG angesehen wurden. Ein Aspekt ist all diesen Sachverhalten gemein: In keinem Fall verfügte der Betreffende über einen so maßgeblichen Einfluß auf das Unternehmen, der ihm die Verfolgung eigener unternehmerischer Ziele ermöglicht hätte. Besonders deutlich wird dies bei nur angestellten Fremdgeschäftsführern und Minderheitsgesellschaftern ohne Geschäftsführungsbefugnis. Anders stellt sich die Sachlage hingegen dann dar, wenn – wie hier – vermögensmäßige Beherrschung der Gesellschaft und Geschäftsführungsbefugnis in einer Hand vereinigt sind. Dann nämlich kann gegen den Willen des Gesellschafter-Geschäftsführers und ohne sein Wissen nichts Unternehmensrelevantes geschehen. Dies bedarf keiner näheren Erläuterung im Falle der Einmann-GmbH, trifft aber auch auf den Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer zu; jedenfalls dann, wenn der Allein- bzw Hauptgesellschafter der einzige Geschäftsführer ist bzw ein zweiter nur gemeinsam mit ihm die GmbH vertreten kann. Zwar ist richtig, daß die Geschäftsführung die Gesellschaft nicht vollkommen eigenverantwortlich leitet [10], sondern – abgesehen von sonstigen Grenzen ihrer Befugnis [11] – an Weisungen der Gesellschafter gebunden ist (vgl § 20 GmbHG). Der dafür erforderliche Gesellschafterbeschuß bedarf allerdings – vorbehaltlich anderer gesetzlicher oder vertraglicher Regelung – bloß der einfachen Stimmenmehrheit (§ 39 Abs 1 GmbHG). Geschäftsführer mit mehr als 50%iger Beteiligung können daher nicht nur

Beschlüsse der Generalversammlung in bezug auf die Weisungsrechte gemäß § 20 Abs 1 GmbHG verhindern, sondern diese sogar aktiv bestimmen. Hält also ein Alleingeschäftsführer zugleich wenigstens die Mehrheit der Geschäftsanteile, so erteilt er sich damit de facto die eigenen Weisungen [12] und bestimmt letztlich allein [13] über die Geschicke der Gesellschaft.

Ob ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter auch dann wie ein Unternehmer behandelt werden soll, wenn er nur einer von zwei oder mehreren alleinvertretungsbefugten Geschäftsführern ist, kann hier nicht im Detail untersucht werden. UE spricht aber auf den ersten Blick deutlich mehr dafür. Zwar könnte in solchen Fällen auch von jemand anderem für die GmbH gehandelt werden, was sich uU negativ auf deren Bonität bzw Liquidität auswirkt, und daher gerade für bestellte Kreditsicherheiten bedeutsam würde. Im Vordergrund steht jedoch, daß der Mehrheitsgesellschafter auch bei Vorhandensein eines weiteren Geschäftsführers vollen Einblick in die Verhältnisse der GmbH hat; daß er primär bzw ausschließlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse agiert; vor allem aber, daß er – zumindest typisierend betrachtet – *aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer* über weitreichende Geschäftserfahrung und Geschäftsgewandtheit verfügt. Genau diese Aspekte prägen die Unterscheidung zwischen dem (unerfahrenen) Verbraucher und dem (erfahrenen) Unternehmer.

Aus diesem Grund ist uE auch die jüngst von *Karollus* massiv vertretene These, daß es allein auf die Kapitalbeteiligung und überhaupt nicht auf die Geschäftsführerfunktion ankommen soll [14], abzulehnen. Den typischen Unternehmer zeichnet eben gerade eigenverantwortliches *Handeln* aus. Das bloße Halten von Geschäftsanteilen im Rahmen privater Vermögensverwaltung ohne jedes eigene aktive Tätigwerden im Geschäftsverkehr sollte daher auch im hier interessierenden Bereich Unternehmereigenschaft nicht begründen können [15]. Der Alleingesellschafter, der etwa seine Anteile geerbt hat, vom Geschäft aber nichts versteht und daher einen Fremdgeschäftsführer ein-

stellt, ähnelt eben weder dem typischen Einzelunternehmer noch dem eigenwirtschaftlich motiviert handelnden „Einmann“, der seine Gesellschaft allein leitet [16]. Daran ändert auch die Existenz von Weisungsrechten (§ 20 Abs 1 GmbHG) nichts, da es vom Einzelfall abhängt, ob und in welchem Ausmaß davon Gebrauch gemacht wird.

*Wirtschaftliches Eigeninteresse und (organschaftliche) Handlungsbefugnis für das Unternehmen nach außen* müssen also *grundsätzlich zusammenfallen*, um die betreffende Person rechtlich als (bzw wie einen) Unternehmer zu behandeln [17]. Eigenes wirtschaftliches Interesse wird dabei wohl erst ab einer Kapitalbeteiligung von mehr als 50% zu bejahen sein. Ein Minderheitsgesellschafter, der für eine Schuld der Gesellschaft persönlich haftet, bleibt daher trotz Geschäftsführungsbefugnis Verbraucher, da die Haftungsübernahme – obgleich zu einem gewissen Teil auch im eigenen Interesse des Interzedenten gelegen – rechtlich und wirtschaftlich gesehen überwiegend für *fremde* Schuld erfolgt [18].

Daß erst mit einer solchen Personenidentität in Summe eine „neue Qualität“ [19] erreicht wird, bestätigt auch ein Blick auf andere Rechtsgebiete, insbesondere auf das *Arbeitsrecht*: Ist nämlich ein GmbH-Geschäftsführer zugleich Mehrheitsgesellschafter oder aufgrund seiner Beteiligung zumindest imstande, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern, so gilt er nach hM nicht mehr als (auf den Schutz des Arbeitsrechts angewiesener) Arbeitnehmer [20]. Dieselbe Wertung steht auch hinter § 1 Abs 6 Z 2 und 4 IESG, wonach weder die zur Vertretung einer juristischen Person berufenen Organmitglieder noch Gesellschafter, denen ein „beherrschender Einfluß“ auf die Gesellschaft zusteht, Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld haben. Nach § 36 Abs 2 Z 1 ArbVerfG ist der Geschäftsführer zudem von den gesetzlichen Schutzbestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes ausgeschlossen. Bezüge aus der Geschäftsführertätigkeit werden steuerrechtlich als „Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit“ gemäß § 22 Z 2 EStG [21] be-

[9] OGH ÖBA 1992, 578; KRES 1d/36; MietSlg 52.231; KRES 1a/40.

[10] *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 4.

[11] Dazu statt vieler *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 3 ff.

[12] *Rebmann*, DZWIR 1996, 460; *P. Bydliński / Thoß*, EWIR § 1 VerbrKrG 1/01, 140.

[13] Abgesehen von Minderheitsrechten bzw einer etwaigen Sperrminorität anderer Gesellschafter; dazu zB *Holzhammer / Roth*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, 222.

[14] JBl 2002, 528.

[15] So auch der BGH; dazu siehe FN 4.

[16] AA *Karollus* JBl 2002, 528, der eine solche Differenzierung als „völlig unverständlich“ bezeichnet.

[17] Zu möglichen Weiterungen siehe in FN 66.

[18] Über die präzise Grenzziehung, die hier nicht abschließend versucht wird, sollte sicherlich noch weiter nachgedacht werden. Einen praktikablen Vorschlag wollten wir

aber zumindest machen.

[19] So *Kurz*, NJW 1997, 1829.

[20] *Weigl* in *Achatz / Jabornegg / Karollus*, Aktuelle Probleme 72 f mwN; *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 15 Rz 28 mwN.

[21] Zur Frage, ob die Steuerpflicht nach § 22 Z 2 Teilstrich 1 oder 2 EStG besteht, *Sedlacek*, ÖStZ 1997, 89; *Doralt*, EStG<sup>4</sup> § 22 Tz 123 und 131 ff.

handelt. Fraglich ist nun, wie die skizzierte Sonderstellung des geschäftsführenden Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafters im Lichte des konsumenschutzrechtlichen Verbraucher- bzw. Unternehmerbegriffes [22] zu beurteilen ist.

### 3.2. Verbraucher und Unternehmer gemäß § 1 KSchG

Der *persönliche* Geltungsbereich des KSchG (und damit die Anwendung der vom Beklagten ins Treffen geführten §§ 25c und d KSchG) ist bekanntlich nur dann eröffnet, wenn ein Unternehmer mit einem Verbraucher kontrahiert. Geschäfte zwischen zwei Unternehmern [23] bzw. zwischen zwei Verbrauchern werden vom I. Hauptstück des KSchG hingegen nicht erfaßt [24]. In diesem Zusammenhang fällt besonders auf, daß der OGH die vorliegende Problematik – sicherlich auch bedingt durch das Vorbringen des Beklagten – mit dem Etikett „Verbrauchereigenschaft eines geschäftsführenden GmbH-Alleingesellschafters?“ versehen hat. An keiner Stelle der Entscheidung ist nämlich davon die Rede, daß dem beklagten Alleingesellschafter-Geschäftsführer *Unternehmer*eigenschaft zukomme. Stets heißt es nur, dieser könne nicht als Verbraucher angesehen bzw. behandelt werden. Das Fehlen einer positiven Umschreibung des Verbraucherbegriffes [25] bei zwar unbefriedigender, zumindest aber in Ansätzen vorhandener Legaldefinition des Terminus „Unternehmer“ hat zur Folge, daß in praxi gefragt wird, ob eine bestimmte Person als Unternehmer zu qualifizieren ist. Wird dies verneint, so ist der Betreffende als Verbraucher anzusehen [26]. So verfährt auch der OGH. In der Sache geht es in der eingangs angeführten Entscheidung daher weniger um die Verbrauchereigenschaft als vielmehr um die *Reichweite* des konsumenschutzrechtlichen *Unternehmerbegriffes*.

### 3.3. Weitere Argumente für Unternehmereigenschaft

Während in den einschlägigen Kommentierungen zu § 1 KSchG auffallend viel Gewicht auf das *Unternehmen* als solches gelegt wird [27], erfährt man über die (zentrale) Figur des *Unternehmers* zunächst nur, daß für diesen das Geschäft zum Betrieb *seines* Unternehmens gehören muß (§ 1 Abs 1 Z 1 KSchG). Aus der Verwendung des besitzanzeigenden Fürwortes „seines“ wird der (recht lapidare) Schluß gezogen, daß ein Unternehmer eben ein Unternehmen „haben“ müsse [28]. Einer strikten Wortinterpretation folgend wäre demnach nur der Eigentümer des Unternehmens, also die Gesellschaft selbst, als Unternehmer anzusehen. Allenfalls ließe sich in Hinblick auf einen geschäftsführenden [29] *Alleingesellschafter* noch argumentieren, daß das von der GmbH betriebene Unternehmen, deren Geschäftsanteile er zur Gänze hält, aus diesem Grund „sein“ Unternehmen und er selbst Unternehmer ist. Doch schon wenn der Geschäftsführer bloßer Mehrheitsgesellschafter ist, versagt das Wortlautkriterium; sogar dann, wenn der Betreffende 99% der Geschäftsanteile hielte, da die Unternehmenssubstanz dann nicht mehr allein ihm zugewiesen ist. In einer solchen – zugegebenermaßen extremen – Konstellation andere Maßstäbe als beim Alleingesellschafter anzulegen, erscheint jedoch unbillig und widerspricht zudem der vom OGH besonders herausgestrichenen „sachlich gerechtfertigten Differenzierung“ in bezug auf den Verbraucher- (und damit zugleich auf den Unternehmer-)begriff.

Nach hM [30] kommt es für die Unternehmereigenschaft aber ohnehin nicht notwendigerweise auf das Eigentum an den Produktionsmitteln an; Unternehmer soll auch sein, wer über ein Unternehmen bloß *verfügt* [31]. Dies ist nicht nur für die in diesem Zusammenhang als (einzig konkretes) Beispiel angeführte [32] Pacht eines Unterneh-

mens, sondern uE immer dann anzunehmen, wenn jemandem die *alleinige Entscheidung über das Schicksal eines Unternehmens* zusteht. Ein an der Gesellschaft maßgeblich, also zu mehr als 50%, beteiligter Geschäftsführer ist nun zweifellos in der Lage, weitestgehend nach Belieben über „seine“ GmbH zu verfügen. Fallen Geschäftsführung und kapitalmäßige Mehrheitsbeteiligung in einer Person zusammen, dreht sich das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer gleichsam um: Nicht dieser ist das Instrument der Gesellschaft, dessen sie sich zur Erreichung des Gesellschaftszweckes bedient; vielmehr ist nun die GmbH zu einem Werkzeug geworden, das der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter für sich arbeiten läßt. Er allein entscheidet darüber, welche unternehmerischen Ziele die Gesellschaft wann und wie verfolgt; ja sogar, wie lange sie überhaupt Bestand hat.

### 3.4. Argumente des OGH gegen Verbrauchereigenschaft

Zu Recht führt der OGH daher als Hauptargument gegen die Verbrauchereigenschaft des Beklagten dessen wirtschaftliche und rechtliche „Macht“ über die Gesellschaft ins Treffen: Das Halten von 100% der Geschäftsanteile, gepaart mit der alleinigen Geschäftsführung, mache, so der erkennende Senat, den Beklagten zum „unumschränkten Herrscher über die Gesellschaft“. Die Kreditaufnahme habe letztlich seinem alleinigen Interesse gedient, weshalb der Beklagte „in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig“ geworden sei. Damit scheint das Höchstgericht – ohne dies allerdings offen auszusprechen – eine „*wirtschaftliche Betrachtungsweise*“ [33] ins Zentrum seiner Überlegungen gerückt und zur Basis einer *teleologischen Interpretation* von § 1 KSchG gemacht zu haben. Diese Annahme wird insbesondere dadurch gestärkt, daß im Urteil maßgebliche Begründungselemente einer Entscheidung des HG Wien [34]

[22] Vgl in etwas anderem Zusammenhang auch OGH VersE 1308.

[23] Sofern das Rechtsgeschäft für *beide* zum Betrieb ihres Unternehmens gehört (vgl § 1 Abs 1 Z 1 KSchG).

[24] Statt vieler *Apathy* in Schwimann, ABGB VI<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 1. Zweifel betreffend die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft der Beteiligten bestehen im übrigen meist ohnehin nur in bezug auf *eine* Partei. So auch im vorliegenden Fall: Die Unternehmerinnenstellung der klagenden Bank bedurfte keiner näheren Erörterung; allein strittig war die (mögliche) Verbrauchereigenschaft des Beklagten.

[25] Die Verbrauchereigenschaft ergibt

sich aus dem Fehlen der Unternehmerqualifikation: *Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer*, KSchG § 1 Rz 10. Verbraucher iS des KSchG ist also, wer entweder überhaupt nicht Unternehmer ist oder für den das konkrete Geschäft zumindest nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört (§ 1 Abs 1 Z 2).

[26] Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft schließen einander aus: Wer in bezug auf ein *bestimmtes* Rechtsgeschäft Verbraucher ist, kann bei dessen Abschluß nicht zugleich als Unternehmer auftreten und umgekehrt.

[27] Siehe nur *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG 211 ff; *derselbe* in *Rummel*, ABGB II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 14 ff.

[28] *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 9.

[29] Kapitalbeteiligung allein ist für eine Behandlung als Unternehmer uE nicht ausreichend; dazu bereits unter 3.1.

[30] *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 9; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB VI<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 6.

[31] *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG 210; *derselbe* in *Rummel*, ABGB II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 9 und 14; OGH ÖBA 1992, 578 (579).

[32] So statt vieler *Krejci* in *Rummel* II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 9.

[33] Zu deren Bedeutung im Zivilrecht *Torggler*, ÖZW 1986, 100.

[34] WR 688 (1994).

wiederholt werden, in der das HG – übrigens im Rahmen eines Zuständigkeitsstreites – über die Verbrauchereigenschaft eines zu 95% beteiligten GmbH-Geschäftsführers zu befinden hatte. Damals war das HG Wien unter Anwendung dieser, ursprünglich aus dem Steuerrecht stammenden [35], an wirtschaftlichen Normzwecken orientierten spezifischen Art der teleologischen Interpretation zu dem Ergebnis gelangt, daß eine wirtschaftliche Betrachtungsweise die Behandlung des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers als schützenswerten Verbraucher ausschließe. Diesem Ansatz über eine teleologische Interpretation des Unternehmerbegriffes ist der OGH im vorliegenden Urteil offenbar gefolgt.

Bemerkenswert ist, daß für den 7. Senat bei der Entscheidungsfindung konkretere Schutzzwecküberlegungen augenscheinlich keine Rolle gespielt haben. Einer – angesichts massiver Bedenken der hM [36] gegen eine Aufweichung des vom KSchG angestrebten „schematisierten“ Verbraucherschutzes durchaus heiklen – Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit ist der OGH damit ausgewichen. Ob und inwieweit das gewollte Ziel – keine Zuerkennung der Verbrauchereigenschaft an geschäftsführende Alleingesellschafter – auch über eine *teleologische Reduktion* [37] des § 1 KSchG hätte erreicht werden können, kann hier somit dahinstehen.

### 3.5. Gegenargumente aus dem europarechtlichen Verbraucherbegriff?

In seiner Anmerkung zur hier behandelten Entscheidung hat *Karollus* [38] besonderes Augenmerk auf die Frage gelegt, inwieweit der von gleich mehreren EG-Richtlinien vorgegebene „europäische“ Verbraucherbegriff [39] die Aus-

legung des § 1 KSchG prägt und was daraus für den vorliegenden Fall folgt. Ausgangspunkt der Überlegungen: Jedenfalls im Bereich der betreffenden Richtlinien wird den Mitgliedstaaten ein *Mindeststandard* vorgegeben. Mangels EuGH-Entscheidung zu dieser Frage läßt *Karollus* jedoch offen, ob der (geschäftsführende) Alleingesellschafter nach den Richtlinien als Verbraucher zu behandeln ist oder nicht. Hingegen legt er sich bei einer weiteren, für die konkrete Entscheidung relevanten Folgefrage weitgehend fest: Sollte der Alleingesellschafter mit erfaßt sein, so müsse diese Qualifikation wegen des Gebotes einheitlicher *nationaler* Auslegung auch für jene Teilkomplexe des KSchG gelten, für die mangels einschlägiger Richtlinien keine europarechtlichen Mindestvorgaben existieren.

Dazu in aller Kürze: Zumindest als Rechtswissenschaftler sollte man sich vom EuGH nicht allzu viel an Erkenntnisgewinn erwarten [40]. Ebenso, wie es zu unseren Aufgaben gehört, das österreichische Recht auszulegen, ob es dazu nun OGH-Urteile gibt oder nicht, müssen wir für das innerstaatliche Recht eventuell relevante europäische Normen selbst näher unter die Lupe nehmen. Daß man dabei ebenso wenig wie im nationalen Recht bei der Wortauslegung stehen bleiben darf, ist unbestritten [41]. Gerade auch beim europarechtlichen Verbraucher- bzw. Unternehmerbegriff ist teleologische Interpretation gefragt: So knüpft der Richtliniengeber für den Unternehmer unter anderem an dessen *beruflicher Tätigkeit* an. Nun werden viele Berufe als *abhängige* Tätigkeiten ausgeübt; nach dem Zweck des Kriteriums kann aber nur die *selbständige* Berufstätigkeit [42] gemeint sein [43] (soviel zur Präzision bei der Definition ganz zentraler Richtlinienbegriffe). Ähnlich zweckgerichtet muß man bei der – von den europäischen Gremien sicher-

lich nicht reflektierten – Frage vorgehen, wie der geschäftsführende Alleingesellschafter einzuordnen ist. Zwar hat die EG ihren Mitgliedstaaten die Zulassung der Einmann-GmbH vorgeschrieben [44]. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß die dahinter stehende natürliche Person auch verbraucherschutzrechtlich besonders begünstigt werden sollte. Vielmehr sollten hier die gleichen Sacherwägungen eingreifen, die bereits zum „rein“ österreichischen Recht für eine Behandlung als Unternehmer ins Treffen geführt wurden.

Zudem darf nicht übersehen werden, daß es im Europarecht derzeit „den“ Verbraucher nicht gibt. Vielmehr wäre der jeweils geschützte Personenkreis zunächst für jede Verbraucherschutz-Richtlinie separat, das heißt insbesondere unter Berücksichtigung des von der jeweiligen Richtlinie angestrebten Schutzzweckes, zu ermitteln [45]. Im Kernbereich des Verbraucherbegriffes sind Divergenzen zwar kaum vorstellbar. Daß aber ein Grenzfall wie jener des Gesellschafter-Geschäftsführers, dessen Einordnung als Unternehmer oder Verbraucher schon nach nationalem Recht schwerfällt, zu einem Auseinanderklaffen des von einzelnen Richtlinien als Verbraucher geschützten Personenkreises führen könnte, erscheint nicht ausgeschlossen. Selbst wenn also der EuGH künftig den Gesellschafter-Geschäftsführer als Verbraucher im Sinne einer der oben beispielhaft genannten Richtlinien qualifiziert, handelte es sich dabei um eine für den Verbraucherbegriff anderer Richtlinien zwar mit Indizwirkung versehene, aber dennoch punktuelle Entscheidung. Schon gar nicht könnte man daraus Schlüsse für Bereiche ziehen, die europarechtlich ganz undeterminiert sind.

Doch sogar wenn man der Meinung wäre, daß der europarechtliche Verbrau-

[35] Vgl *F. Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 596.

[36] *Welser* in *Krejci*, HBzKSchG 196 f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 5.

[37] Diese für „außergewöhnliche Fälle“ ausdrücklich befürwortend etwa bereits die EB RV 744 BlgNR 14. GP 16; ebenso *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB VI<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 4; vgl weiters *F. Bydliński*, JBl 1996, 695.

[38] JBl 2002, 529 f.

[39] „Verbraucher“ im europarechtlichen Sinne ist „eine natürliche Person, die bei den von dieser Richtlinie erfaßten Geschäften (bzw. Verträgen) zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Siehe nur Art 2 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlosse-

nen Verträgen, ABl 1985 L 372, 31; Art 1 Abs 2 lit a der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl 1987 L 42, 48; Art 2 lit b der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl 1993 L 95, 29; Art 2 Z 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl 1997 L 144, 19; Art 1 Abs 2 lit a der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl 1999 L 171, 12.

[40] Daß wohl auch *Karollus* selbst skeptisch ist, zeigen bereits seine Ausführungen

JBl 2002, 529 FN 14 zu einer in der Fachwelt nahezu einhellig als vollkommen verfehlt beurteilten Bürgschaftsentscheidung; vgl auch *Streinz*, Europarecht<sup>4</sup> Rz 501.

[41] Statt vieler *Posch*, AnwBl 1995, 703 (704 ff).

[42] Ausdrücklich in diesem Sinn die neuen Definitionen der §§ 13 f BGB (siehe FN 5). – Der österreichische Gesetzgeber hat die Ungenauigkeit leider zumindest punktuell übernommen (vgl § 4 Abs 2 Z 4 SigG).

[43] So etwa *Faber*, ZEuP 1998, 871 ff; *Augenhöfer*, Gewährleistung 33.

[44] Durch Art 2 Z 1 der Zwölften Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl 1989 L 395, 40.

[45] Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 859.

cherbegriff sehr weit zu verstehen ist und daß dies zwingend auf § 1 KSchG abfärbt, sollten immer noch die rationes der konkret in Frage stehenden Einzelsvorschriften, für die keine europarechtlichen Vorgaben bestehen, über deren Anwendbarkeit mitentscheiden [46]. Am Beispiel des § 25c KSchG erläutert, bedeutet dies: Ein Gesellschafter-Geschäftsführer bedarf ganz typischerweise keiner Information über den finanziellen Zustand der GmbH; vielmehr kennt er diesen regelmäßig weit besser als die kreditgewährende Bank. Daher wäre – obwohl der OGH diese Lösungsmöglichkeit in concreto nicht gewählt hat – auch an den Weg einer *teleologischen Reduktion* der Vorschrift für Haftungsübernahmen solcher Personen jedenfalls für Schulden der „eigenen“ GmbH zu denken. Aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht ist das eben eine ganz atypische Konstellation, für die bereits die Materialien [47] auf die Zulässigkeit teleologischer Reduktion hingewiesen haben. Ein Verstoß gegen Europarecht wäre damit uE keinesfalls verbunden, da die §§ 25a ff KSchG nicht auf EG-Recht basieren und der von ihnen gewährte Schutz daher auch nicht jedem Verbraucher im gemeinschaftsrechtlichen Sinne – so dieser überhaupt existieren sollte – zukommen muß.

#### 4. Konsequenzen bei Anwendung der §§ 25b ff KSchG

Mangels Verbraucherstatus des Beklagten ging der OGH in seinem hier diskutierten Urteil auf die Ausführungen der Parteien zu den §§ 25b und 25c KSchG konsequenterweise nicht mehr ein. Daß mit der Anwendung dieser Vorschriften für dessen Position aber wohl ohnehin nichts zu gewinnen gewesen wäre, sei zwecks Abrundung der Thematik im folgenden kurz illustriert [48].

Nach § 25b KSchG hat der Gläubiger (hier: die Klägerin) jede Mahnung und sonstige Erklärungen wegen der Säu-

migkeit eines Solidarschuldners auch dem mithaftenden Verbraucher zuzustellen. Ein Verstoß gegen diese Norm hätte in concreto bloß die Konsequenz, daß der Terminsverlust gegenüber dem Beklagten erst dann erfolgreich geltend gemacht werden kann, wenn diesem die Mahnung auch tatsächlich zugekommen ist [49]. Den Entscheidungsgründen zufolge konnte zwar nicht festgestellt werden, wann genau und auf welchem Weg (also direkt oder über den Masseverwalter) das Kündigungsschreiben der Bank den Beklagten erreicht hat; nicht bestritten wurde aber der Zugang *an sich*. Eine Berufung auf § 25b KSchG ginge daher ins Leere.

Wenig Erfolg wäre auch der Argumentation über § 25c KSchG beschieden gewesen. Ein vom Beklagten offenbar angestrebter Entfall bzw eine Reduktion [50] der Haftung aus dem Kreditvertrag scheint [51] nämlich aus mindestens zwei Gründen ausgeschlossen: Fraglich ist zunächst, ob die Bank in concreto zur Aufklärung überhaupt verhalten war [52], da sich aus ihrer Sicht die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners, also der GmbH, im Zeitpunkt des Kreditvertragschlusses im Herbst 1998 wohl (noch) nicht als prekär darstellen mußte. Tatsächlich wurde das Konkursverfahren erst im Jahr 2000 eröffnet. Selbst wenn aufgrund der Vorhersehbarkeit späterer Rückzahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft eine entsprechende Information erfolgen hätte müssen, so bleibt der Klägerin noch der – durchaus Erfolg versprechende – Einwand, die unterbliebene Belehrung sei für die Haftungsübernahme nicht kausal gewesen (§ 25c letzter Satz KSchG). Die Chancen für ein Gelingen dieses der Gläubigerin obliegenden [53] Nachweises stehen ausgezeichnet: Als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer war der Beklagte über die wirtschaftliche Lage seiner Gesellschaft genauestens im Bilde, gehören Buchhaltung und Bilanzierung doch mit zu den Pflichten eines Geschäftsführers (§§ 22 f GmbHG). Eine „Aufklärung“ des Beklagten durch

die Klägerin hätte ihm daher wohl kaum ein Mehr an Information über die finanzielle Ausstattung der GmbH verschafft. Zudem wird dem Beklagten ein vitales Interesse am Weiterbestand seiner Gesellschaft zu attestieren sein, weshalb er die Haftung vermutlich auch bei korrekter Belehrung eingegangen wäre. Auch die Anwendung des § 25c KSchG hätte dem Beklagten daher nicht geholfen.

Derselbe Befund gilt schließlich für § 25d KSchG, auf den sich der Beklagte allerdings – deshalb? – gar nicht gestützt hatte: Soweit dies anhand der Entscheidungsgründe überhaupt beurteilt werden kann, fehlen jegliche Anhaltspunkte für das Vorliegen eines „unbilligen Mißverhältnisses“ zwischen der Kreditbelastung in Höhe von 500.000 öS sA (rund 36.300 €) und der Leistungsfähigkeit des Beklagten. Bei einer Abwägung aller Umstände wäre insbesondere auch zu berücksichtigen, daß der Beklagte aus der Leistung der Gläubigerin erheblichen Nutzen (§ 25d Abs 2 Z 3 KSchG) in Form einer zumindest vorläufigen Liquidität seiner Gesellschaft gezogen hat. Diese Überlegung wird auch durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien [54] bestätigt, wonach das Interesse des Interzedenten am Kredit einer Mäßigung unter anderem auch dann entgegensteht, wenn sich ein (GmbH-)Geschäftsführer [55] für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verbürgt [56]. Der aus dem aufgenommenen Kapital gezogene Vorteil muß aber umso größer sein, wenn zur Geschäftsführung eine vermögensmäßige Beteiligung an der Gesellschaft hinzukommt. Daß der Gesetzgeber – wie die EB belegen – durchaus auch an Geschäftsführer als Interzedenten dachte und für sie § 25d KSchG grundsätzlich als anwendbar ansah, liefert im übrigen kein durchschlagendes Argument gegen die Qualifikation des geschäftsführenden Allein- bzw Mehrheitsgesellschafters als Unternehmer: Zwar kann aus den Materialien der Schluß gezogen werden, daß § 25d KSchG unter bestimmten Umständen auf Interzessionsgeschäfte von Ge-

[46] Vgl P. Bydlinski, Bürgschaft im Handelsrecht 28, der zu einem vergleichbaren Problem ausführt, daß es weniger auf die Kaufmannseigenschaft als solche als auf die hinter dem Schriftlichkeitsgebot und dessen Ausnahmeregelung stehenden rationes ankomme.

[47] Siehe FN 37.

[48] Daran zeigt sich wohl nochmals, daß es überzeugender ist, diese Fälle von vornherein nicht unter das KSchG zu bringen. Dazu noch später im Text.

[49] *Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer*, KSchG § 25b Rz 5 mwN der Rspr.

[50] In Anschluß an P. Bydlinski, ZIK 1995, 135 (139) hält der OGH seit seiner E

ÖBA 2001, 166 (*Graf*) nunmehr nicht nur den vollständigen Entfall der Haftung, sondern auch deren Reduktion auf jenes Maß für möglich, für das sich der Interzedent bei korrekter Aufklärung verpflichtet hätte.

[51] Mangels entsprechender erstgerichtlicher Feststellungen zu § 25c haftet den folgenden Ausführungen ein gewisser spekulativer Charakter an.

[52] Zur Aufklärung des Interzedenten nach § 25c KSchG jüngst *Haas*, JBI 2002, 538 (zu OGH JBI 2002, 525).

[53] *Schwarzenegger* in *Jesser / Kiendl / Schwarzenegger*, Konsumentenschutzrecht 46; *Kosesnik-Wehrle / Lehofer / Mayer*, KSchG § 25c Rz 19; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB

VI<sup>2</sup> § 25c KSchG Rz 6.

[54] EB RV 311 BlgNR 20. GP 28.

[55] So *Apathy* in *Schwimann* VI<sup>2</sup> § 25d KSchG Rz 8 aE.

[56] Fraglich ist allerdings, ob der im Erhalt seiner Position bestehende Eigennutzen des Geschäftsführers zur generellen Ablehnung jeder Mäßigung ausreicht. Mehr spricht uE dafür, auch in dieser Konstellation eine Reduktion der übernommenen Haftung grundsätzlich zuzulassen, das Interesse des Geschäftsführers an dem ein Fortbestehen der Gesellschaft ermöglichenden Kredit aber als ein für das *Ausmaß* der Mäßigung ausschlaggebendes Kriterium in die Gesamtabwägung miteinzubeziehen.



schäftsführern – und damit wohl auch von *Gesellschafter*-Geschäftsführern – anzuwenden ist. Hingegen kann der zitierten, knapp gehaltenen Passage nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber eine grundsätzliche Anwendung dieser Norm in jedem Fall – also etwa auch beim geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafter – beabsichtigte. Vielmehr setzt § 25d KSchG die Verbrauchereigenschaft des Interzedenten voraus, was bei Geschäftsführern – abhängig von einer etwaigen Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft – eben im Einzelfall zu ermitteln ist.

Die vorstehenden Überlegungen zu den §§ 25c und d KSchG sind natürlich in erster Linie auf den konkreten Einzelfall zu beziehen. Darüber hinaus werden aber in ähnlich gelagerten Fällen ähnliche Erwägungen bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen sein. Einiges weist deshalb darauf hin, daß – selbst wenn der OGH in Hinkunft die Verbrauchereigenschaft eines geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters bejahen sollte – sich für diese Personengruppe eine Strategie insbesondere über die genannten Normen als nur wenig zielführend erweisen würde.

Aus der Sicht des Beklagten macht es im übrigen vom *Ergebnis her* wohl keinen Unterschied, ob er zahlen muß, weil ihm – wie nunmehr vom OGH – die Verbrauchereigenschaft aberkannt worden ist oder ob er zur Kasse gebeten wird, weil die Voraussetzungen eines (wenigstens teilweisen) Haftungsentfalles bzw einer Mäßigung nicht erfüllt sind. Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des KSchG, der auf einen die GmbH beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer weder paßt noch eine Anwendung auf diese Konstellation fordert, erscheint allerdings der vom OGH gewählte Weg „sauberer“ und ist jedenfalls mit erheblich weniger Begründungsaufwand verbunden, als wenn die Verbrauchereigenschaft zunächst bejaht, die Anwendbarkeit der genannten Normen dann aber in (nahezu?) jedem Fall verneint werden muß.

## 5. Weitere Gedanken zur OGH-Entscheidung

Abschließend – und damit kommen wir wieder zum eingangs zitierten Urteil

zurück – noch kurz zu drei „Nebenschauplätzen“ dieser Entscheidung sowie (unter 6.) zu § 182 KO, wo die Unternehmerstellung von GmbH-Geschäftsführern bereits bisher eine Rolle gespielt hat:

Zuzustimmen ist dem 7. Senat darin, daß die wichtigen Anliegen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit einer *differenzierten Sichtweise des konsumenschutzrechtlichen Verbraucher- bzw Unternehmerbegriffes* – zumindest bei Gesellschafter-Geschäftsführern – nicht entgegenstehen. Die über die gesellschaftlichen Beteiligungsverhältnisse informierende Einsichtnahme in das Firmenbuch ist einem Kreditgeber (zumal einem Kreditinstitut) in der Tat zumutbar: Einerseits läßt sich eine derartige Abfrage im Zeitalter des Internets auf elektronischem Wege schnell und unkompliziert durchführen. Andererseits liegt das Einholen dieser Information letztlich auch im Interesse des Gläubigers an einer verlässlichen Rückzahlung der Kreditvaluta. Entpuppt sich dessen Vertragspartner nämlich tatsächlich als Verbraucher, so hat der Kreditgeber seinen Pflichten aus §§ 25b ff KSchG nachzukommen, will er nicht Gefahr laufen, daß die vom Interzedenten übernommene Haftung ganz oder zum Teil entfällt bzw vom Richter gemäßigt wird.

Zu Recht nicht gefolgt ist das Höchstgericht der Argumentation des Beklagten, es habe sich bei dem gegenständlichen Vertragsschluß auf seiner Seite nicht um ein (unmittelbares) „*Teilnehmen an Geschäften der GmbH*“ gehandelt. Angespielt wurde hier von Beklagtenseite offenbar auf die bereits oben (unter 3.4.) angesprochene Entscheidung des HG Wien, in der dem beklagten Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer die Verbrauchereigenschaft unter anderem mit der Begründung abgesprochen wurde, er habe an den Geschäften der GmbH (als zweiter Leasingnehmer) „unmittelbar teilgenommen“. Daraus hatte der Beklagte offenbar abzuleiten versucht, daß ein bloß „mittelbares“ Teilnehmen an den Geschäften der Gesellschaft – etwa in Form einer Bürgschaft – die Verbrauchereigenschaft unberührt lasse. Einer solchen Auffassung stehen gleich zwei Einwände entgegen: Erstens fragt sich, nach welchem Kriterium zwischen „unmittelbarer“ im Ge-

gensatz zu bloß „mittelbarer“ Teilnahme an den Geschäften der Gesellschaft differenziert werden soll. Und zweitens kommt es nach dem Wortlaut des § 1 KSchG für den Grundtatbestand des Verbrauchergeschäfts (neben den beteiligten Personen) nur noch auf die Betriebsbezogenheit des konkreten Vertrages an. Ist aber die Betriebsbezogenheit auf Unternehmenseite zu bejahen, so spielt es keine Rolle, ob es sich um einen Schuldbeitritt oder um eine Bürgschaft handelt. Dies deutlich zu machen, hat der OGH allerdings unterlassen, indem er sich mit dem Hinweis, der Beklagte sei ohnehin als (Mit-)Kreditnehmer anzusehen, wenig elegant aus der Affäre gezogen hat.

Zumindest auf den ersten Blick mißverständlich ist die Formulierung des OGH, wonach die gegenständliche *Kreditaufnahme* für den Beklagten schon deshalb kein Verbrauchergeschäft darstellen könne, weil sie *unternehmerischen Zwecken* diene. Sollte damit – wofür zumindest der Wortlaut spricht – die Ansicht ausgedrückt werden, daß der unternehmerische Zweck des Rechtsgeschäfts „Kreditvertrag“ automatisch auf den Mitschuldner durchschlägt, womit diesem in jedem Fall und von vornherein eine Berufung auf das KSchG verwehrt wäre, so müßte dem vehement entgegengetreten werden. Für die Verbrauchereigenschaft kommt es nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG nämlich maßgeblich darauf an, daß das getätigte Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb des Unternehmens *des betreffenden Vertragspartners* gehört. Bei Gesamtschuldverhältnissen ist dies nach hL in Österreich [57] und Deutschland [58] folglich für jeden Mitschuldner getrennt und nicht nach einheitlich rechtlichen Kriterien zu beurteilen. Die folgende Bezugnahme des 7. Senats auf das „funktionelle Verhältnis zwischen den Streitparteien“ deutet – insbesondere, wenn entsprechende Äußerungen der Lehre [59] sowie die Vorjudikatur [60] mit berücksichtigt werden – jedoch darauf hin, daß der OGH mit seiner unscharfen Wendung bloß ausdrücken wollte, was § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ohnehin schon anordnet: daß nämlich die *Haftungsübernahme* durch den Beklagten auch zum Betrieb des Unternehmens gehören, also *betriebsbezogen*, sein muß.

[57] *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG 225 f; *Koziol* in *Avancini / Iro / Koziol*, Bankvertragsrecht II Rz 1/146; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB VI<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 1 aE; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II<sup>2</sup> § 1 KSchG Rz 35.

[58] *Graf von Westphalen* in *Graf von*

*Westphalen / Emmerich / von Rottenburg*, Verbraucherkreditgesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 73; *Bülow*, EWiR § 6 VerbrKrG 2/97, 427 (428); *Rebmann* in *Erman*, BGB I<sup>10</sup> § 1 VerbrKrG Rz 45. Ebenso BGH BGHZ 133, 71 und 220; NJW 1997, 1442 und 1443.

[59] ZB *Würth* in *Krejci*, HBzKSchG 639.

[60] Wobei es sich bei den im Urteil selbst angeführten Fundstellen mit Ausnahme des ImmZ-Verweises um Fehlzitate handeln dürfte.



## 6. Exkurs: Konkursrechtliche Zuständigkeit (§ 182 KO)

Die Unternehmereigenschaft von Gesellschaftler-Geschäftsführern ist von Lehre und Rechtsprechung zuvor nicht nur in Zusammenhang mit § 1 KSchG, sondern auch im Rahmen von § 182 KO erörtert worden. Nach dieser Norm ist das Bezirksgericht für Konkursverfahren über das Vermögen natürlicher Personen sachlich zuständig, wenn diese kein Unternehmen betreiben. Die mit der Entschuldung über ein Schuldenregulierungsverfahren verbundenen Vorteile [61] für den Schuldner haben nun gerade im Falle von GmbH-Geschäftsführern (mit oder ohne Beteiligung an der Gesellschaft) zu Zuständigkeitskonflikten nach § 182 KO geführt. Nach hM [62] ist nämlich der Betrieb eines Unternehmens [63] dann nicht gegeben, wenn der Schuldner bloß vertretungsbefugtes Organ oder Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft ist. Dies soll auch dann gelten, wenn ein GmbH-Geschäftsführer zugleich Mehrheits- oder Alleingesellschafter der Gesellschaft ist [64]. Auf den ersten Blick scheint somit zwischen dem Unternehmerbegriff des KSchG und der KO (und damit parallel auch zwischen der vorliegenden Entscheidung und der Judikatur zu § 182 KO) ein Widerspruch zu bestehen. Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch, daß die beiden Normen auf unterschiedliche Aspekte abstellen. Zentrales Element des § 182 KO ist der „Betrieb“ eines Unternehmens. Der Terminus des „Betriebes“ eines Unternehmens ist § 1 HGB nachgebildet und demnach so zu verstehen, daß nur derjenige Betreiber eines Unternehmens ist, „für den und gegen den die im Rahmen des Unternehmens geschlossenen Geschäfte wirken. Es kommt also darauf an, in wessen Namen das Unternehmen geführt wird, wer aus der Unternehmenstätigkeit unmittelbar verpflichtet und berechtigt werden soll, und nicht wer handelt“ [65]. Die bezirksgerichtliche Zuständigkeit ist nach § 182

KO also nur für jenen gegeben, der nicht *Betreiber* eines Unternehmens ist. Nach völlig herrschender Meinung betreibt aber eine GmbH ihr Unternehmen selbst, nicht ihre Organe bzw. Gesellschafter. Ein Unternehmen zu betreiben ist aber nicht notwendigerweise gleichbedeutend damit, ein Unternehmen – wie von § 1 KSchG gefordert – zu „haben“ bzw. darüber zu „verfügen“, also Unternehmer iS des KSchG zu sein. Wie gerade der hier behandelte Fall eines geschäftsführenden Alleingeschafters zeigt, werden diese beiden Eigenschaften oftmals in einer (natürlichen oder juristischen) Person vereinigt sein, sie können aber durchaus auch auseinanderfallen: Die GmbH ist ohne Zweifel selbst Unternehmerin iS des KSchG und zugleich Betreiberin ihres Unternehmens iS von § 182 KO. Dem (Allein- oder Mehrheits-)Gesellschafter-Geschäftsführer hingegen kommt zwar aufgrund seiner Verfügungsgewalt über die Gesellschaft aus konsumentenschutzrechtlicher Sicht Unternehmerstellung zu, nicht aber auch jene als „Betreiber“ des Unternehmens, da er durch sein organschaftliches Handeln nicht sich selbst, sondern nur die GmbH unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Der „Widerspruch“ zwischen der bisherigen Entscheidungspraxis zu § 182 KO und dem hier zu besprechenden Urteil ist daher nur ein scheinbarer.

## 7. Ausblick

Das vom OGH für den konkreten Fall gefundene Ergebnis – also die Verneinung der Verbrauchereigenschaft des geschäftsführenden Alleingeschafters in seiner Funktion als Sicherungsgeber für einen Unternehmenskredit – ist ganz überzeugend. Allerdings ist der zugrundeliegende Sachverhalt insofern besonders gelagert, als er zweifellos einen Extremfall betrifft. Eine vorschnelle und undifferenzierte Verallgemeinerung des Urteilstenors in dem Sinne, daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer nunmehr

in jedem Fall als Unternehmer zu behandeln sei, wäre daher aus mindestens zwei Gründen verfehlt: Einerseits kommt es für den Unternehmerstatus maßgeblich auf die Kumulation von vermögensmäßiger Beherrschung der Gesellschaft durch Halten der Anteilsmehrheit mit der Einflußnahme durch die Geschäftsführertätigkeit an. Unproblematisch in Hinsicht auf eine mögliche Unternehmerqualifikation sind dabei uE aber nur jene Fälle, die an den jeweiligen Enden des Spektrums möglicher Konstellationen angesiedelt sind. An der Unternehmereigenschaft eines Alleingeschafters, der alle oder doch mehr als 50% der Geschäftsanteile hält, bestehen daher genauso wenig Zweifel wie an der Verbrauchereigenschaft eines angestellten Fremdgeschäftsführers oder eines Minderheitsgesellschafters ohne Geschäftsführungsbefugnis. Diskussionsträchtig bleiben hingegen einige Konstellationen zwischen diesen Polen, wie zum Beispiel die Qualifikation eines Mehrheitsgesellschafters, der neben sich noch andere Geschäftsführer hat oder die eines geschäftsführenden Minderheitsgesellschafters, der etwa über eine Sperrminorität verfügt. Als Diskussionsanstoß sei hier nur die These in den Raum gestellt, daß es wegen der beabsichtigten Typisierung aus Gründen der Rechtssicherheit für § 1 KSchG auf individuelle Gestaltungen des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich nicht ankommen sollte [66].

Andererseits – und dies ist der zweite Einwand gegen eine voreilige Pauschalierung – resultiert eine wesentliche, schon zu Beginn angedeutete Einschränkung aus § 1 Abs 1 Z 1 KSchG selbst, wonach auch ein Unternehmer nur dann den für ihn strengeren Regeln des KSchG unterworfen ist, wenn das konkrete Rechtsgeschäft zum Betrieb *seines Unternehmens* gehört. Für Sicherungsgeschäfte wie einen Schuldbeitritt oder das Eingehen einer Bürgschaft wird die Betriebsbezogenheit zu bejahen sein [67]; jedenfalls dann, wenn er für Kre-

[61] Dazu etwa *Bachmann*, ZIK 1998, 190.

[62] *Mohr*, Privatkonkurs 8 f; *derselbe* in Konecny / Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, § 182 KO Rz 8; *Feil*, Konkursordnung<sup>3</sup> § 182 Rz 3; aA *Kossak*, RZ 1995, 2 bzw 26 (31). Für den Fall, daß der Geschäftsführer zugleich an der GmbH beteiligt ist, zweifelnd auch *Bachmann*, ZIK 1998, 192.

[63] Maßgebend ist hierfür die Legaldefinition in § 1 Abs 2 KSchG; statt vieler *Feil*, Konkursordnung<sup>3</sup> § 182 Rz 3.

[64] So ausdrücklich OGH ZIK 1998, 209; RdW 1999, 148; OLG Wien KRES 1a/33.

[65] *Rebhahn* in Jabornegg, HGB § 1 Rz 20; in diesem Sinne auch *Straube* in Straube,

HGB I<sup>2</sup> § 1 Rz 24.

[66] Im Interesse einer typisierenden Betrachtungsweise sollte daher grundsätzlich auch nicht auf den Einfluß abgestellt werden, der einem Gesellschafter de facto zukommt. Der Umstand, daß etwa ein Minderheitsgesellschaftler beinahe alle Beschlüsse alleine faßt und so dem Geschäftsführer Weisungen nach seinen Vorstellungen erteilt, weil sich die übrigen Gesellschafter nicht oder kaum beteiligen, kann somit an dessen Verbraucherstatus nichts ändern. Eine davon unabhängige zweite Frage ist, ob eine ganz konkrete Norm des KSchG zugunsten eines solchen Minderheitsgesellschafters eingreift oder teleologisch zu reduzieren ist. Überlegen könnte man ferner, dem Partner den Beweis zu ermöglichen, daß der Gesellschafter in

concreto wie ein Unternehmer tätig war; etwa wenn sich der Mehrheitsgesellschaftler nur formell aus der Geschäftsführung zurückzieht, tatsächlich aber nach wie vor massiv auf diese Einfluß nimmt. Maßgeblich muß jedenfalls immer die hinter der vorgeschlagenen Typologie stehende Leitidee sein, wonach derjenige, der wie ein Unternehmer agiert, sich nicht auf Verbraucherschutz berufen können soll.

[67] Das gilt wohl auch etwa dann, wenn ein Geschäftspartner der GmbH einen Bürgen sucht und sich sowohl die GmbH als auch dessen geschäftsführender Alleingesellschafter zur Haftungsübernahme bereit finden. Es muß sich also nicht zwingend um die Absicherung von Krediten der „eigenen“ GmbH handeln.

dite seiner GmbH haftet, aber wohl auch in den sicherlich seltenen Fällen, in denen er einen Geschäftspartner der GmbH als Interzedent unterstützt [68]. In bezug auf sonstige, im eigenen Namen abgeschlossene Geschäfte ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer aber auch in Hinkunft als Verbraucher zu behandeln. Allzu weitreichende Schlüsse für die Verbraucher- oder Unternehmer-eigenschaft von Gesellschafter-Geschäftsführern dürfen aus diesem Urteil daher nicht gezogen werden. ♦

## Literaturverzeichnis

*Achatz / Jabornegg / Karollus* (Hrsg), Aktuelle Probleme im Grenzbereich von Arbeits-, Unternehmens- und Steuerrecht (1998).

*Augenhofer*, Gewährleistung und Werbung (2002).

*Avancini / Iro / Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993).

*Bachmann*, Zuständigkeitsabgrenzung Bezirksgericht – Gerichtshof nach § 182 KO, ZIK 1998, 190.

*Bülow*, EWiR § 6 VerbrKrG 2 / 97, 427 (Entscheidungsanmerkung).

*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991).

*F. Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683.

*P. Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht (1991).

*P. Bydlinski*, Gemeinsames Ehegattenkonto und Kreditmithaftung, ZBB 1991, 263.

*P. Bydlinski*, Die Sittenwidrigkeit von Haftungsverpflichtungen, ZIK 1995, 135.

*P. Bydlinski / Thoß*, EWiR § 1 VerbrKrG 1/01, 139 (Entscheidungsanmerkung).

*W. Doralt*, Einkommenssteuergesetz II<sup>4</sup> (1999).

*Erman* (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch I<sup>10</sup> (2000).

*Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854.

*Feil*, Konkursordnung<sup>3</sup> (2000).

*Graf von Westphalen / Emmerich / von Rottenburg*, Verbraucherkreditgesetz<sup>2</sup> (1996).

*Haas*, Zur Aufklärung des Interzedenten über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners nach § 25c KSchG, JBl 2002, 538.

*Holzhammer / Roth*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (1997).

*Jabornegg* (Hrsg), Kommentar zum HGB (1997).

*Jesser / Kiendl / Schwarzenegger*, Das neue Konsumentenschutzrecht (1997).

*Karollus*, JBl 2002, 527 (Entscheidungsanmerkung).

*Konecny / Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, 3. Lieferung 1998.

*Koppensteiner*, GmbH-Gesetz<sup>2</sup> (1999).

*Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer*, Konsumentenschutzgesetz (1997).

*Kossak*, Die Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Privatkonkurse, RZ 1995, 2 und 26.

*Krejci* (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981).

*Kurz*, Ist der Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH „Verbraucher“? NJW 1997, 1828.

*Mohr*, Privatkonkurs (1994).

*Posch*, Auslegung von Gemeinschaftsrecht und umgesetztem Richtlinienrecht, AnwBl 1995, 703.

*Rebmann*, DZWIR 1996, 459 (Entscheidungsanmerkung).

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II<sup>2</sup> (1992).

*K. Schmidt*, Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden Gesellschafters, ZIP 1986, 1510.

*Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI<sup>2</sup> (1997).

*Sedlacek*, Dienstgeberbeitrags- und Kommunalsteuerpflicht für wesentlich beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer? Kritische Anmerkungen zu VwGH 18. 9. 1996, 96 / 15 / 0121, ÖStZ 1997, 89.

*Straube* (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch I<sup>2</sup> (1995).

*Streinz*, Europarecht<sup>4</sup> (1999).

*Torggler*, Die Bedeutung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im Zivilrecht, ÖZW 1986, 100.

[68] Denkbar wäre etwa, daß der Kreditgeber mit der zunächst in Aussicht genommenen Haftung der GmbH (allein) nicht einverstanden ist, weshalb sich neben oder anstelle der GmbH dessen Gesellschafter-Geschäftsführer als Interzedent verpflichtet.

## SpringerNewsRecht

**Henriette-Christine Duursma-Kepplinger,  
Dieter Duursma, Ernst Chalupsky**

### Europäische Insolvenzverordnung

Kommentar

2002. XXXV, 681 Seiten.  
Gebunden EUR 144,-, sFr 217,50  
ISBN 3-211-83845-7



SpringerWienNewYork

