

I. Unternehmensgesetzbuch (UGB)

Zu § 17:

41.001 (Keine Eintragung der Firma des EU im Grundbuch)

Es entsprach der herrschenden Ansicht in Lehre und Rechtsprechung, dass die grundbücherliche Eintragung von Einzelkaufleuten nach dem HGB unter ihrer Firma unzulässig ist (*Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ § 17 Rz 16 mwN; RIS-Justiz RS0060673 = 5 Ob 76/91 = SZ 64/125 = NZ 1992, 80 [zust *Hofmeister*] = eolex 1992, 14 [NN mwN aus der Lehre]). Diese Rechtsansicht wurde von der Lehre auch nach Inkrafttreten des UGB ausdrücklich aufrecht erhalten (*Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar [2007], § 17 UGB Rz 10; *Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht [2007], § 98 GBG Rz 19 je mwN; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht² [2007] Rz 265). Es besteht kein Grund zur Annahme, dass der Gesetzgeber der Grundbuchs-Novelle 2008 diese der herrschenden Ansicht entsprechenden Rechtslage ändern wollte, als er durch die Ergänzung der §§ 27 Abs 2 und 98 GBG weitere Individualisierungsmerkmale der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen, und zwar die Firmenbuchnummer und die Vereinsregisterzahl für die Urkunden und die bewilligenden Beschlüsse vorsah; nach den ErläutRV soll nämlich damit (nur) eine eindeutige Bezugnahme auf diese Register geschaffen werden (542 der Beilagen 23. GP 6). Dementsprechend kommentierten mehrere Autoren, diese Novellierung diene der Individualisierung der am Titelgeschäft beteiligten juristischen Personen (*Rassi* in *Kodek*, Grundbuchsrecht-ErgBd [2009] § 27 GBG Rz 1; *Auinger*, Die Grundbuchs-Novelle 2008, ÖJZ 2009/2 [5]; *Hager-Rosenkranz*, Neue Entwicklungen im Grundbuchsrecht durch die Grundbuchsnovelle 2008, wobl 2008, 341 [342]), wodurch auch juristische Personen eine „Identifikationsnummer“ erhielten (*Schreiner*, Grundbuchs-Novelle 2008, AnwBl 2008, 477 [478]). In diesem Sinn vertreten auch *Hagleitner* (in *Kodek*, Grundbuchsrecht 1.01 § 27 GBG Rz 22 [Stand 1. 7. 2009]) und *Kodek* (in *Kodek*, Grundbuchsrecht 1.01 § 98 GBG Rz 19 [Stand 1. 7. 2009]) weiterhin den Standpunkt, ein im Firmenbuch eingetragener Einzelunternehmer könne nicht unter seiner Firma im Grundbuch eingetragen werden (idS auch *Schuhmacher/Fuchs* in *Straube*, WK zum UGB § 17 Rz 23). Der erkennende Senat schließt sich dieser (einhelligen) Ansicht an und erachtet die

grundbücherliche Eintragung von Einzelunternehmern unter ihrer Firma nach wie vor als unzulässig, und zwar auch aus folgenden weiteren Gründen: Die Einzelfirma eines Einzelunternehmers stellt weder ein selbständiges Rechtssubjekt noch ein Rechtsobjekt neben und außer dem Unternehmer dar, sondern ist nur Kennzeichen eines Unternehmens, dessen Rechtsträger der Unternehmer als natürliche Person bildet; deshalb ist nicht die Firma Trägerin von Rechten und Pflichten, sondern der damit gekennzeichnete Inhaber eines bestimmten Unternehmens (vgl. RIS-Justiz RS0039739; RS0061885; RS0061904; RS0035318). Daraus folgt für den vorliegenden Fall zwingend, dass die Person, für die die Einverleibung des Eigentumsrechts iSd § 98 GBG erfolgen soll, hier die Antragstellerin als natürliche Person ist. Da natürliche Personen mit ihrem Namen und dem Geburtsdatum einzutragen sind, die Einzelfirma der Antragstellerin aber deren Geburtsdatum nicht enthält, scheidet schon deshalb eine Einverleibung des Eigentumsrechts mit dem Handelsnamen der Antragstellerin aus. Im Übrigen ist auf die besondere Aufgabe des Grundbuchs Bedacht zu nehmen, den Rechtsverkehr mit unbeweglichen Gütern klar und überschaubar zu machen, der es ua erfordert, im Interesse der Rechtssicherheit die Verwechslung von Personen auszuschließen (5 Ob 76/91; *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht² Rz 17 ff; *Höller in Kodek*, Grundbuchsrecht Vor § 1 GBG Rz 1 ff). Zweck ua der Bestimmungen der §§ 27 Abs 2, 31 Abs 1 und 98 GBG ist daher die eindeutige Identifizierung der am Rechtsgeschäft beteiligten Personen (vgl. jüngst 5 Ob 206/09 v); es gilt nach wie vor, dass diesem Zweck am Besten dadurch entsprechen werden kann, dass ein Einzelunternehmer im grundbücherlichen Rechtsverkehr den bürgerlichen Namen samt Geburtsdatum verwendet, weil ihn dies eindeutig, dauernd und noch dazu höchst einfach identifiziert. Dies erfordert auch nicht die – von der Antragstellerin verlangte – Einsichtnahme in ein weiteres öffentliches Register, die ohne jede erkennbare sachliche Rechtfertigung die Feststellung der Eigentumsverhältnisse an einer Liegenschaft nur unnötig verkomplizieren würde. Schließlich bestehen schutzwürdige Interessen eines Einzelunternehmers an der Verbücherung unter seiner Einzelfirma nicht (vgl. *Hofmeister* in der Glosse zu NZ 1992, 80 [5 Ob 76/91]) und wurden von der Antragstellerin auch hier nicht geltend gemacht. Zusammenfassend hat es daher grundsätzlich dabei zu bleiben, dass auch nach der aktuellen Rechtslage ein im Firmenbuch eingetragener Einzelunternehmer nicht unter seiner Firma im Grundbuch eingetragen werden kann. OGH 25. 3. 2010, 5 Ob 219/09 f ecolex 2010/271 S 759 – ecolex 2010, 759 = SWK 2010, 1190 = wbl 2010, 478/178 – wbl 2010/178 = NZ 2010/AGS 759 S 312 (*Hoyer*, NZ 2010, 319) – NZ 2010, 312 (*Hoyer*, NZ 2010, 319) = immolex 2010, 294/109 (*Edelhauser*) – immolex 2010/109 (*Edel-*

hauser) = RdW 2010/507 S 503 – RdW 2010, 503 = MietlSlg 62.521 = SZ 2010/31.

Zu § 54:

41.002 (Technischer Bauleiter) Ist ein als (technischer) Bauleiter bezeichneter Angestellter eines Bauunternehmens weder dessen organschaftlicher Vertreter noch Prokurist, ist davon auszugehen, dass er gem § 54 UGB zu allen Geschäften und Rechtshandlungen bevollmächtigt ist, die die Vornahme der Geschäfte eines solchen Bauleiters gewöhnlich mit sich bringen (vgl RIS-Justiz RS0019707). Dazu gehört es grundsätzlich nicht, einen von befugten Vertretern seines Unternehmens geschlossenen Vertrag in wirtschaftlich bedeutenden Punkten zu ergänzen oder abzuändern, wie der OGH bereits in 3 Ob 520/88 ausgesprochen hat. OGH **24. 8. 2010**, 2 Ob 43/10b RdW 2011/13 S 19 – RdW 2011, 19 = bbl 2011, 38/27 – bbl 2011/27 = bau aktuell 2011/6 S 70 – bau aktuell 2011, 70.

Zu § 105:

41.003 (Rücktritt wegen Haustürgeschäft und fehlerhafte Gesellschaft) EuGH **15. 4. 2010**, C-215/08; s d E auch bei § 3 KSchG Nr 41.270, § 4 KSchG Nr 41.271, § 5 KMG Nr 41.329, § 216 AktG Nr 41.051.

Zu § 135:

41.004 (Rechte des Privatgläubigers in der Liquidation) Gemäß § 145 Abs 1 iVm § 161 Abs 2 UGB findet nach der Auflösung der Gesellschaft – hier durch Kündigung des Privatgläubigers nach § 135 UGB – die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Die Liquidation, die zur Versilberung des nicht in Geld bestehenden Vermögens und letztlich zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern führen soll, erfolgt durch die Liquidatoren (§§ 149, 155 iVm § 161 Abs 2 UGB). Diese sind die Gesellschafter (§ 146 Abs 1 HGB, nunmehr § 146 Abs 1 UGB), hier also auch der Verpflichtete und nicht etwa der betreibende Privatgläubiger, der mit der Exekutionsbewilligung nicht zum Gesellschafter der KEG wurde (so schon NZ 1954, 11; *Wünsch*, Zur Kündigung der Personenhandelsgesellschaft durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters, GesRZ 2002, 56 [61]; *Koppensteiner in Straube*, HGB³ § 135 Rz 11). Dies ergibt sich schon aus den dem Gläubiger in § 146 Abs 2 und § 147 UGB eingeräumten Rechten. Vor einer entsprechenden Antragstellung ist er am Liquidationsverfahren nicht beteiligt (*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 2/632). Die Liquidation kann nur dann unterbleiben, wenn

die Gesellschafter etwas anderes, etwa die Veräußerung des Unternehmens, vereinbaren. Einen solchen Gesellschaftsbeschluss behauptet die Betreibende nicht. Auf § 145 Abs 2 UGB, wonach die Liquidation im Falle der Kündigung durch einen Gesellschaftsgläubiger oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Masseverwalters unterbleiben kann, lässt sich das von der Betreibenden gewünschte Ergebnis, nämlich die Vermeidung der Liquidation, nicht begründen. Einen Beschluss der Gesellschafter, keine Liquidation vorzunehmen, dem die Betreibende zustimmen könnte, gibt es hier nach der Aktenlage nicht. Die Betreibende muss vielmehr die Liquidation und deren Ergebnis abwarten. Zu Recht verwies das Rekursgericht darauf, dass der Geschäftsanteil an der GmbH, dessen Verwertung durch Verkauf die Betreibende anstrebt, nicht Vermögen des Verpflichteten, sondern der aufgelösten KEG ist. Die Verwertung dieses Geschäftsanteils ist Teil der Liquidation der aufgelösten KEG. Erst die durch/nach der Liquidation dem Verpflichteten zukommenden Vermögensgegenstände sind nach den entsprechenden Vorschriften der Exekutionsordnung zugunsten der Betreibenden zu verwerten (bewegliche Sachen nach den Vorschriften der Fahrnisexekution, Geldforderungen nach den Bestimmungen der Forderungsexekution; *Oberhammer* aaO Rz 5). Zusammenfassend gilt daher: Der nach den §§ 331 ff EO betreibende Privatgläubiger eines Gesellschafters einer KEG (KG) ist nach erfolgter Kündigung (§ 135 UGB) und Auflösung der Gesellschaft am von den Gesellschaftern durchzuführenden Liquidationsverfahren (§ 146 Abs 1 UGB) noch nicht beteiligt. Er muss das Ergebnis der Liquidation abwarten und kann erst auf die danach dem Verpflichteten zukommenden Vermögenswerte exekutiv greifen, es sei denn, die Gesellschafter beschließen – mit der Zustimmung des Privatgläubigers – eine andere Verwertung des Gesellschaftsvermögens. OGH **13. 10. 2010**, 3 Ob 165/10a ecolex 2011/20 S 48 – ecolex 2011, 48 = wbl 2011, 159/59 – wbl 2011/59 = GesRZ 2011, 126 (*Eckert*) = RdW 2011/148 S 149 – RdW 2011, 149 = AnwBl 2011, 355 = RZ 2011, 47 EÜ56 – RZ 2011 EÜ56 = RPfIE 2011/38 = SZ 2010/127; s d E auch bei § 145 UGB Nr 41.005.

Zu § 145:

41.005 (Unterbleiben der Liquidation nach Kündigung durch den Privatgläubiger) OGH **13. 10. 2010**, 3 Ob 165/10a ecolex 2011/20 S 48 – ecolex 2011, 48 = wbl 2011, 159/59 – wbl 2011/59 = GesRZ 2011, 126 (*Eckert*) = RdW 2011/148 S 149 – RdW 2011, 149 = AnwBl 2011, 355 = RZ 2011, 47 EÜ56 – RZ 2011 EÜ56 = RPfIE 2011/38 = SZ 2010/127; s d E auch bei § 145 UGB Nr 41.004.

Zu § 184:

41.006 (Vertraglicher Ausschluss des Kündigungsrechts bei börsennotierten Genussscheinen) OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10p ZFR 2010/140 S 221 – ZFR 2010, 221 = ÖBA 2010, 762/1663 – ÖBA 2010/1663 = RdW 2010/580 S 575 – RdW 2010, 575 = ZIK 2011/58 S 37 – ZIK 2011, 37 = *Anzinger/Klement*, GES 2011, 321 = Zak 2012/373 S 186 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht) – Zak 2012, 186 (*Kolmasch*, Judikaturübersicht); s d E auch § 879 ABGB Nr 41.234, § 864a ABGB Nr 41.224, § 174 AktG Nr 41.045, § 6 KSchG Nr 41.283.

Zu § 223:

41.007 (Angabe der Vorjahreszahlen; Sanktionierung mit Zwangsstrafen) Nicht strittig im Revisionsrekursverfahren ist der Umstand, dass der von der Gesellschaft zum Stichtag 30. 6. 2008 zum Firmenbuch eingereichte Jahresabschluss keine Vergleichszahlen zum Vorjahresabschluss (Stichtag 30. 6. 2007) ausweist und daher ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 223 Abs 2 UGB gegeben ist. Nach Art 6 Buchstabe a) der PublizitätsRL 68/151/EWG idF RL 2003/58/EG und RL 2006/99/EG drohen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zumindest für den Fall an, dass die in Art 2 Abs 1 Buchstabe f) vorgeschriebene Offenlegung der Rechnungsunterlagen unterbleibt. Nach dieser Bestimmung treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit sich die Pflicht zur Offenlegung hinsichtlich der Gesellschaften mindestens auf die nach Maßgabe der (unter anderem) BilanzRL 78/660/EWG idF (zuletzt) RL 2009/49/EG für jedes Geschäftsjahr offen zu legenden Unterlagen der Rechnungslegung erstreckt. Art 4 Abs 4 Satz 1 der BilanzRL legt fest, dass in der Bilanz sowie in der Gewinn- und Verlustrechnung zu jedem Posten die entsprechende Zahl der vorhergehenden Geschäftsjahre anzugeben ist. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hat der österreichische Gesetzgeber in § 223 Abs 2 UGB umgesetzt. Die Norm soll eine Erleichterung der Analyse der Jahresabschlüsse verschiedener Jahre bewirken. Durch zahlreiche Schätzgrößen im Jahresabschluss – dieser besteht nach Art 2 Abs 1 der BilanzRL aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und dem Anhang zum Jahresabschluss; diese Unterlagen bilden eine Einheit – ist nämlich ein absolut richtiger Jahresabschluss nicht aufstellbar, der richtigen Anzeige der gegenüber dem Vorjahr eingetretenen Situationsänderung kommt daher besondere Bedeutung zu (*Hofians in Straube*, HGB² [2000] § 223 Rz 9 mwN). Der Jahresabschluss ist (samt Lagebericht) nach § 277 Abs 1 UGB beim Firmenbuchgericht einzureichen. Dabei ist er nach § 281 Abs 1 UGB so wiederzugeben, dass er den für seine Aufstellung maßgeblichen Vorschriften entspricht; er hat in diesem Rahmen vollständig und richtig

zu sein. Nach § 282 Abs 1 UGB hat das Gericht zu prüfen, ob die nach §§ 277 bis 281 UGB offen zu legenden Unterlagen vollzählig zum Firmenbuch eingereicht worden sind. Dazu gehört – im Gegensatz zur deutschen Rechtslage (§ 329 Abs 1 dHGB) – auch die Einhaltung der Formvorschriften (*Zehetner in Straube, HGB² [2000]* § 281 Rz 98). Stellt das Gericht dabei einen Verstoß gegen die Offenlegungspflichten der §§ 277 bis 280a UGB fest, hat es nach § 283 Abs 1 UGB mittels Zwangsstrafen (unter anderem) die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Befolgung dieser Vorschriften anzuhalten. § 283 Abs 1 UGB verweist weder auf § 223 Abs 1 noch auf § 281 UGB. Der Revisionsrekurs schließt daraus, dass ein Verstoß (lediglich) gegen die Formvorschriften in Österreich sanktionslos sei. Eine solche Differenzierung würde zwar der deutschen Rechtslage entsprechen. Dort regelt § 328 dHGB die Anforderungen an Form und Inhalt der Unterlagen bei der Offenlegung, Veröffentlichung und Vervielfältigung, wobei § 334 Abs 1 Nr 5 dHGB bei Verstößen lediglich ein Bußgeld wegen einer Ordnungswidrigkeit vorsieht, während § 335 dHGB zur Durchsetzung der Offenlegungspflichten ein Ordnungsgeldverfahren anordnet. Allerdings dient § 283 Abs 1 UGB – ebenso wie § 24 FBG – (auch) der Umsetzung des Art 6 der PublizitätsRL (vgl. *Schenk/Schuster in Straube, UGB⁴ [2009]* Anh § 7 [§ 24 FBG Rz 13] unter Hinweis auf die Materialien zu Art 2 Z 4 PuG [RV 1427 BlgNR 22. GP 6 und 10]), wonach „geeignete Maßnahmen“ vorzusehen sind. Die detaillierten Regelungen der beiden erwähnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinien lassen dem nationalen Gesetzgeber dabei einen nur sehr geringen Umsetzungsspielraum; er hat dafür zu sorgen, dass die Einhaltung der Offenlegungsverpflichtungen durch wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen abgesichert wird (6 Ob 14/00b SZ 73/44). Gerade „geeignete Maßnahmen“ iSd Art 6 der PublizitätsRL würde bei der im Revisionsrekurs erörterten Differenzierung des § 283 Abs 1 UGB aber das österreichische Recht bei der Verletzung von Formvorschriften generell nicht vorsehen, was jedenfalls in jenen Fällen dem Gemeinschaftsrecht widersprechen würde, in denen dieses ausdrückliche Formvorschriften enthält – wozu auch die Angabe der Vorjahreszahlen im Jahresabschluss gehört. Mit *Zehetner (in Straube, HGB² [2000]* § 281 Rz 103) ist davon auszugehen, dass das Gericht gem § 283 Abs 1 UGB (unter anderem) die Geschäftsführer einer Gesellschaft mittels Zwangsstrafen zur Beachtung der jeweiligen (Form-) Vorschriften anzuhalten hat, wenn sich der Verstoß auch als ein Verstoß gegen die §§ 277 bis 280a UGB darstellt. Dies ist aber bei Unterlassen der Angabe der Vorjahreszahlen im Jahresabschluss im Hinblick auf die erwähnten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu bejahen, worauf im Übrigen ja auch die deutsche Rechtslage Bedacht nimmt, die in einem solchen Fall zumindest ein Bußgeld nach

§§ 265, 328, 334 dHGB vorsieht. OGH **19. 3. 2010** 6 Ob 262/02m wbl 2010, 421/159 = GesRZ 2010, 283 (*Fragner*) = ecolex 2010/207 S 575 = RdW 2010/511 S 505 = NZ 2011/14 S 54 = RZ 2011, 16 EÜ12; s die E auch bei § 227 UGB Nr 41.008, § 283 UGB Nr 41.009 und Nr 41.010.

Zu § 277:

41.008 (Angabe der Vorjahreszahlen; Sanktionierung mit Zwangsstrafen) OGH **19. 3. 2010** 6 Ob 262/02m wbl 2010, 421/159 = GesRZ 2010, 283 (*Fragner*) = ecolex 2010/207 S 575 = RdW 2010/511 S 505 = NZ 2011/14 S 54 = RZ 2011, 16 EÜ12; s die E auch bei § 223 UGB Nr 41.007, § 283 UGB Nr 41.009 und Nr 41.010.

Zu § 283:

41.009 (Angabe der Vorjahreszahlen; Sanktionierung mit Zwangsstrafen) OGH **19. 3. 2010** 6 Ob 262/02m wbl 2010, 421/159 = GesRZ 2010, 283 (*Fragner*) = ecolex 2010/207 S 575 = RdW 2010/511 S 505 = NZ 2011/14 S 54 = RZ 2011, 16 EÜ12; s die E auch bei § 223 UGB Nr 41.007, § 227 UGB Nr 41.008 und § 283 UGB Nr 41.010.

41.010 (Doppelbestrafung) Der Revisionsrekurs meint, diese auch bereits vom Rekursgericht vertretene Auffassung verstoße gegen die Vorgaben des Art 7 EMRK („nulla poena sine lege“) sowie gegen Art 4 des 7. ZP zur EMRK (Verbot der Doppelbestrafung). Diese Argumentation muss jedoch schon allein daran scheitern, dass es sich nach ständiger Rsp des OGH bei Zwangsstrafen nach § 283 UGB nicht um „Kriminalstrafen“ handelt (RIS-Justiz RS0115894 [T 7]) und daher Art 6 EMRK nicht zur Anwendung kommt. Gerade dies wäre aber Voraussetzung für die Beachtlichkeit sowohl von Art 7 EMRK (*Grabenwarter*, EMRK⁴ [2009] § 24 Rz 130 mwN) als auch von Art 4 des 7. ZP zur EMRK (*Grabenwarter* aaO Rz 142 mwN). OGH **19. 3. 2010**, 6 Ob 262/02m wbl 2010, 421/159 = GesRZ 2010, 283 (*Fragner*) = ecolex 2010/207 S 575 = RdW 2010/511 S 505 = NZ 2011/14 S 54 = RZ 2011, 16 EÜ12; s die E auch bei § 223 UGB Nr 41.007, § 227 UGB Nr 41.008 und § 283 UGB Nr 41.009.

Zu § 343:

41.011 (Unternehmensbezogenes Geschäft) Geschäfte, die ein Unternehmer abschließt, gelten im Zweifel als zum Betrieb seines Unternehmens gehörig (RIS-Justiz RS0065326). Eine bestimmte Mindestgröße des Unternehmens, ein Mindestkapital oder eine sonstige Mindestorganisation sind nicht erforderlich. Maßgeblich ist nur, dass sich eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft als unternehmerisch darstellt, weil die

Beurteilung als Verbrauchergeschäft nur vom funktionellen Verhältnis zwischen den Streitteilen abhängt (RIS-Justiz RS0065309). Gehört das zu beurteilende Vertragsverhältnis (das der Vollmachtserteilung zugrundeliegende Auftragsverhältnis an die Rechtsvorgängerin der Beklagten) zum Teil der geschäftlichen und zum Teil der privaten Sphäre an, so ist es zur Gänze Unternehmergeschäft (7 Ob 22/04t mwN; *Kathrein* aaO Rz 4 zu § 1 KSchG mwN). OGH **31. 8. 2010**, 4 Ob 78/10i Zak 2010/713 S 412 – Zak 2010, 412 = ARD 6112/9/2011 = JBl 2011, 108 = RdW 2010/764 S 769 – RdW 2010, 769 = ecolex 2011/43 S 117 – ecolex 2011, 117 = ZVR 2011/45 S 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) – ZVR 2011, 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = SZ 2010/101; s d E auch bei § 1 KSchG Nr 41.267.

41.012 (Verlust der Unternehmereigenschaft nach Vertragsabschluss) § 1 KSchG stellt auf den Abschluss der Rechtsgeschäfte ab. Der Verbraucherschutz gilt für Rechtsgeschäfte, die Personen abschließen, die nicht Unternehmer sind. Ein zwischen Unternehmern abgeschlossenes Rechtsgeschäft – mag es auch ein Dauerschuldverhältnis begründen – bleibt vom Anwendungsbereich des KSchG ausgeschlossen, auch wenn ein Vertragsteil in der Folge seine Unternehmertätigkeit einstellt (6 Ob 135/05d [Kreditvertrag]; 5 Ob 282/07t [Bürgerschaft] ua; RIS-Justiz RS0120082). Die Aufgabe des Drogeriebetriebs durch den Vater des Klägers führt daher nicht dazu, dass dieser zum Verbraucher iSd KSchG würde. Auch der Tod des Vaters des Klägers führt nicht dazu, dass die Unternehmereigenschaft verloren ginge. Die Verlassenschaft tritt an die Stelle des Verstorbenen (vgl zur Kaufmannseigenschaft 5 Ob 515/87 = RIS-Justiz RS0012292). OGH **31. 8. 2010**, 4 Ob 78/10i Zak 2010/713 S 412 – Zak 2010, 412 = ARD 6112/9/2011 = JBl 2011, 108 = RdW 2010/764 S 769 – RdW 2010, 769 = ecolex 2011/43 S 117 – ecolex 2011, 117 = ZVR 2011/45 S 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) – ZVR 2011, 75 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = SZ 2010/101; s d E auch bei § 1 KSchG Nr 41.268.

Zu § 352:

41.013 (Arbeitnehmerähnliche Personen – Verhältnis zu § 49a ASGG) Die Bestimmung des § 49a ASGG, die mit ASGG-Nov 1994, BGBl 1994/624, eingeführt wurde und die die Beklagte in erster Instanz ausdrücklich auf das Zinsenbegehren des Klägers angewendet wissen wollte, normiert in ihrem ersten Satz, dass die gesetzlichen Zinsen für Forderungen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis (§ 50 Abs 1 ASGG) acht von Hundert pro Jahr über dem am Tag nach Eintritt der Fälligkeit geltenden Basiszinssatz betragen. Mit dieser Bestimmung sollte durch Anhebung des Jahreszinssatzes (ursprünglich um zwei von Hundert) ein zusätzlicher Anstoß zur pünktlichen Erfüllung von Forderungen aus Arbeitsverhält-

nissen geschaffen werden (RV 1654 BlgNR 18. GP 34). Der Begriff „Arbeitsverhältnis“ wird im ASGG nicht definiert, sondern vorausgesetzt (*Kuderna*, ASGG² 296). Fraglich ist, ob § 49a ASGG nur im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder auch zwischen einem allfälligen Auftraggeber und einer arbeitnehmerähnlichen Person gilt. *Kuderna* (ASGG² 296) und ihm folgend *Neumayr* (in ZellKomm § 49a ASGG Rz 1) bejahen dies. Diese Beurteilung lasse sich aus der durch die ASGG-Nov 1994 eingefügten Bestimmung des § 61 Abs 7 ASGG erschließen, die die Anwendung des § 61 Abs 1 bis 6 ASGG auch auf arbeitnehmerähnliche Personen normiere. Diese Schlussfolgerung erscheint allerdings nach Auffassung des Senats nicht zwingend, weil für § 49a ASGG – anders als in § 61 Abs 7 ASGG – eine ausdrückliche Erstreckung auf arbeitnehmerähnliche Personen fehlt. Es wird nicht verkannt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 61 Abs 7 ASGG auf die ständige Rsp, wonach die Gleichstellung von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen nach § 51 Abs 3 Z 2 ASGG nicht bereits per se auch die arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisse mitumfasse (vgl 3 Ob 163/88, SZ 61/255; 3 Ob 63/92, DRdA 1993/10 [*Kuderna*] ua), reagiert hat. Durch die Gesetzesänderung wurde aber auch unterstrichen, dass es einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung bedarf (vgl RV 1654 BlgNR 18. GP 24). Es mag daher schon sein, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 61 Abs 7 ASGG der früheren Rsp zu § 61 ASGG die Grundlage entziehen wollte (*Fink*, ASGG 121f). Dies ändert aber nichts daran, dass dem § 49a ASGG eine dem § 61 Abs 7 ASGG vergleichbare Regelung fehlt. Eine solche wäre aber aus systematischen Gründen zu erwarten gewesen, zumal § 49a ASGG und § 61 Abs 7 ASGG mit demselben Gesetz, der ASGG-Nov 1994, eingeführt wurden. Richtig ist, dass § 49a ASGG immerhin auf § 50 Abs 1 ASGG verweist (*Fink*, ASGG, 122). Das hilft aber nur wenig. Anders als in § 61 Abs 7 ASGG, der ausdrücklich die Anwendung des § 61 Abs 1 bis 6 ASGG auf den Arbeitnehmern gleichgestellte Personen betont und dies auch noch durch einen Verweis auf § 51 Abs 3 ASGG unterstreicht, ergibt sich durch den bloßen Verweis in § 49a ASGG auf § 50 Abs 1 ASGG – soweit hier relevant – nur die Anwendung des § 49a ASGG auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten „im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis“. Aus § 51 Abs 3 Z 2 ASGG folgt, dass arbeitnehmerähnliche Personen im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit (Besetzung) der Arbeits- und Sozialgerichte den Arbeitnehmern gleichgestellt sind (*Kuderna*, ASGG² 51; *ders* in DRdA 1993/10, 112 ua). Eine Lückenhaftigkeit des § 49a ASGG in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen wurde im Revisionsverfahren nicht geltend gemacht. Die Annahme einer planwidrigen Unvollständigkeit drängt sich jedenfalls in Bezug auf Unterenehmer auch nicht auf, weil für diesen Personenkreis eine besondere Zinsenregelung besteht. Zu § 49a ASGG,

der nach dem Vorgesagten als Anspruchsgrundlage des klägerischen Zinsenbegehrens ausscheidet, ist noch abschließend festzuhalten, dass sich im Revisionsverfahren keine Partei mehr auf diese Bestimmung gestützt hat. Der Kläger hat ohnehin stets den § 352 UGB forciert. Aber auch die Beklagte, die noch in erster Instanz von der Anwendung des § 49a ASGG ausgegangen ist, distanziert sich in ihrer Revision – offenbar nach Verneinung des Vorliegens eines vertretbaren Zahlungsverzugs der Beklagten durch das Berufungsgericht – von der Anwendung dieser Bestimmung. Dies wäre zwar, soweit es auch den Tatsachenbereich betrifft, als Neuerung unbeachtlich (§ 504 Abs 2 ZPO), deckt sich aber im Ergebnis mit dem vorstehenden Zwischenresümee dieser Entscheidung. OGH **24. 3. 2010**, 9 ObA 49/09k ZAS-Judikatur 2010/95 = EvBl-LS 2010/115 = ARD 6082/1/2010 = wbl 2010, 471/173 – wbl 2010/173 = RZ 2010, 212 EÜ128 – RZ 2010 EÜ128 = RdW 2010/500 S 490 (Info aktuell) – RdW 2010, 490 (Info aktuell) = (*Ebner*), RdW 2010/569 S 561 – (*Ebner*), RdW 2010, 561 = RdW 2010/709 S 702 – RdW 2010, 702 = Arb 12.878 = SZ 2010/29; s d E auch bei s d E auch bei § 1333 ABGB Nr 41.252, § 352 UGB Nr 41.014 und Nr 41.015.

41.014 (Ausgleichsanspruch des Tankstellenpächters) Es handelt sich im vorliegenden Fall um die Verzögerung einer Geldforderung zwischen Unternehmern aus einem unternehmerischen Geschäft. Die Überlegungen der Beklagten, es mangle hier an letzterem, weil es sich um ein bloßes „Vorbereitungsgeschäft“ gehandelt habe, überzeugen nicht. Dass der Ausgleichsanspruch aus der Vorbereitung des Tankstellenbetriebsvertrags resultiert, kann wohl nicht angenommen werden. Der erhöhte Zinssatz soll nach den Gesetzesmaterialien nicht nur für Entgeltforderungen von Unternehmern aus der Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen gelten, sondern allgemein für die Verzögerung der Zahlung von Geldforderungen aus dem unternehmerischen Geschäft (RV 1167 BlgNR 21. GP 10). Dieser Begriff wird zwar im Gesetz nicht näher definiert, ist aber offensichtlich weit zu verstehen. Die Zinsen sollen im geschäftlichen Verkehr erhöht werden (RV 1167 BlgNR 21. GP 4). Entscheidend ist die „Geschäftsbezogenheit“ (*Dehn*, Das Zinsrechts-Änderungsgesetz, RdW 2002, 514 [515]), von der beim Ausgleichsanspruch auszugehen ist. Aus dem Hinweis der Beklagten, es handle sich beim Ausgleichsanspruch um einen „Anspruch sui generis“, ist in diesem Zusammenhang nichts zu gewinnen. Vom Vorliegen eines unternehmerischen Geschäfts zwischen Unternehmern ist hier auszugehen. OGH **24. 3. 2010**, 9 ObA 49/09k ZAS-Judikatur 2010/95 = EvBl-LS 2010/115 = ARD 6082/1/2010 = wbl 2010, 471/173 – wbl 2010/173 = RZ 2010, 212 EÜ128 – RZ 2010 EÜ128 = RdW 2010/500 S 490 (Info aktuell) – RdW 2010, 490 (Info aktuell) = (*Ebner*), RdW 2010/569 S 561 – (*Ebner*), RdW

2010, 561 = RdW 2010/709 S 702 – RdW 2010, 702 = Arb 12.878 = SZ 2010/29; s d E auch bei s d E auch bei § 1333 ABGB Nr 41.252, § 352 UGB Nr 41.013 und Nr 41.015.

41.015 (Verschulden) Auf die Frage, ob die Verzögerung der Zahlung auf einer vertretbaren Rechtsansicht des Schuldners beruht, kommt es nach § 1333 Abs 2 ABGB idF vor dem HaRÄG (und auch nach § 352 UGB) – anders als nach § 49a Satz 2 ASGG – nicht an. Die diesbezüglichen Überlegungen der Beklagten können daher auf sich beruhen. OGH **24. 3. 2010**, 9 ObA 49/09k ZAS-Judikatur 2010/95 = EvBl-LS 2010/115 = ARD 6082/1/2010 = wbl 2010, 471/173 – wbl 2010/173 = RZ 2010, 212 EÜ128 – RZ 2010 EÜ128 = RdW 2010/500 S 490 (Info aktuell) – RdW 2010, 490 (Info aktuell) = (*Ebner*), RdW 2010/569 S 561 – (*Ebner*), RdW 2010, 561 = RdW 2010/709 S 702 – RdW 2010, 702 = Arb 12.878 = SZ 2010/29; s d E auch bei s d E auch bei § 1333 ABGB Nr 41.252, § 352 UGB Nr 41.013 und Nr 41.014.

Zu § 381 Abs 2:

41.016 (Herstellung beweglicher Sachen) § 381 Abs 2 UGB behandelt „Werkverträge über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen“. Wenn auch die vom Kläger geschuldete Leistung (Erstellung von Einreichunterlagen sowie – nach dem Beklagtenvorbringen – Erwirkung einer Förderung) uU eines Hilfsmittels wie zB Papier bedarf, ist dieses technisch und wirtschaftlich von solch untergeordneter Bedeutung, dass – soweit nicht überhaupt (teilweise) ein Auftrag vorliegt – von einem Werkvertrag „über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen“ iSd § 381 Abs 2 UGB nicht mehr gesprochen werden kann (vgl 9 Ob 81/04h zu § 381 Abs 2 HGB). OGH **28. 1. 2010**, 2 Ob 245/09g ecolex 2010/185 S 550 – ecolex 2010, 550 = RdW 2010/356 S 337 – RdW 2010, 337.