

Erster Abschnitt

Begriffe und Anwendungsbereich

Unternehmer und Unternehmen

§ 1. (1) Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.

(2) Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

(3) Soweit in der Folge der Begriff des Unternehmers verwendet wird, erfasst er Unternehmerinnen und Unternehmer gleichermaßen.

Neu durch BGBII 2005/120.

Literatur: *N. Arnold*, Die Unternehmereigenschaft des Gesellschafters. Das KSchG im Spannungsfeld des Trennungsprinzips, *GesRZ* 2016, 78; *Beig*, Wohnrechtliche Aspekte des neuen Unternehmensgesetzbuchs, wobl 2006, 37; *Benn-Ibler*, Rechtsanwalt – Unternehmer, *AnwBl* 2003, 57; *Boka*, Finanzspekulation als (nicht) unternehmerische Tätigkeit – ein Irrtum setzt sich fort, *ecolex* 2016, 367; *P. Bydlinski/Haas*, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingesellschafters für Schulden „seiner“ GmbH?, *ÖBA* 2003, 11; *Dehn*, Gemeinden als Unternehmer nach dem neuen UGB, *RFG* 2007, 4; *Felten*, Angestellter, Kaufmann, Unternehmer – Die Auswirkungen des UGB auf das AngG, *RdW* 2007, 220; *Haberer*, Verbraucher- und Unternehmerbegriff nach UGB und KSchG am Beispiel des GmbH-Gesellschafters, *Festschrift Waldemar Jud* (2012) 161; *Harrer*, Gesellschafter und Manager als Konsumenten, wbl 2010, 605; *ders*, Gesellschafter als Bürgen: Unternehmer oder Verbraucher?, *Zak* 2013, 227; *Harrer/Pira*, Die (nicht) unternehmerisch tätige Bau-ARGE, *RdW* 2016, 451; *Haselberger*, Strukturen des lebenden Unternehmens, *GesRZ* 1997, 232; *ders*, Das Unternehmen vom Standpunkt des Sachen- und Gesellschaftsrechts, *GesRZ* 1998, 20; *Hämmerle*, Zur rechtlichen Struktur des Unternehmens, *JBl* 1966, 445; *Heine*, Unternehmen, Strafrecht und europäische Entwicklungen, *ÖJZ* 2000, 871; *Daniela Huemer*, Neue Rechtsprechung zur Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern, *JBl* 2007, 647; *Dietmar Huemer/P. Oberndorfer*, Rechnungslegungspflichten der Gemeinde-KG unter dem neuen UGB, *RFG* 2007, 15; *Jennewein*, Unternehmerische Tätigkeit einer kapitalistischen Personengesellschaft, *RPfl* 2012, H 2, 35; *Karollus*, Auswirkungen des neuen Unternehmensgesetzbuchs auf (Berufs)Sportvereine, in *Grundeil/Karollus* (Hrsg), *Berufssportrecht I. Schwerpunkt Fußballsport* (2008) 1; *Keinert*, Anwendung des UGB schon aufgrund von Vorbereitungsgeschäften?, *JBl* 2007, 299; *Kraus*, Die Privatstiftung (k)ein Verbraucher? – Gedanken zur Stellung der Privatstiftung im KSchG, *Festschrift Hellwig Torggler* (2013) 645; *Krejci*, HGB-Reform und freie Berufe, *AnwBl* 2003, 67; *ders*, HGB-Reform und freie Berufe, *Festschrift Weißmann* (2003) 451; *ders*, Der Verein als Non-Profit-Organisation, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), *Das Recht der Non-Profit-Organisationen* (2006) 253; *Längle*, Gründungsgeschäfte werdender Unternehmer im Spannungsfeld zwischen HGB und KSchG, *Festschrift Krejci I* (2001) 227; *Lindner*, Das Unternehmen in der Ehescheidung zwischen Ehe- und Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2007, 7; *Lukas*, Schutz unterlegener Unternehmer nach Verbrauchermaßstäben?, *JBl* 2011, 772; *Mann-Kommenda*, Neues zur Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern, *Zak* 2016, 324; *Motal*, Unternehmereigenschaft und Rechnungslegungspflicht einer verdeckten Kapitalgesellschaft

bei Vermögensverwaltung, *ecolex* 2014, 45; C. Nowotny, Das Unternehmensgesetzbuch und Abgabenrecht, *RdW* 2006, 259; ders, Übergangsfragen des UGB anhand praktischer Beispiele, *RdW* 2006, 543; ders, Der Unternehmer und sein Tod, *RdW* 2017, 3; P. Oberhammer, Unternehmen, Gesamtsache, Unternehmenszubehör – und Pfändung, *Festschrift Krejci I* (2001) 257; Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt (1906); Palten, Von Missverständnissen und Fehlinterpretationen – Abermals: Wohnungseigentümergeinschaft Unternehmer oder Verbraucher?, *VR* 2011, H 12, 28; Perl, Ist das Unternehmensgesetzbuch für gemeinnützige Vereine relevant?, *SWK* 2006, W 123; Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (1907); Prodingner, Buchführungspflicht einer vermögensverwaltenden GmbH & Co KG, *SWK* 2012, 1090; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts (1965); T. Raiser, Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre (1969); Ratka/Rauter, Ausgewählte Probleme der ausländischen Kapitalgesellschaften mit Inlandssitz, *Festschrift Straube* (2009) 97; Rauch, Das Vorbereitungsgeschäft – Überlegungen zum Anwendungsbereich des Unternehmensrechts anhand eines Grenzphänomens, *wbl* 2015, 485; Reinold, Die GmbH & Co KG im Licht der Rechnungslegungspflicht, *GesRZ* 2014, 100; Schauer, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, *JBl* 2004, 23; ders, Die unternehmerisch tätige Personengesellschaft zwischen Rechnungslegungsrecht und Immobilienrecht, *wbl* 2013, 1; Scheuba, Gedanken zur Einbeziehung der Rechtsanwältin ins HGB, *AnwBl* 2003, 75; Schindler, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher, *Zak* 2010, 423; F. Schubmacher, Der Gesellschafter als Unternehmer – Überlegungen zur Gesellschafterstellung und Unternehmereigenschaft, *wbl* 2012, 71; Schummer, Die verdeckte Kapitalgesellschaft im Visier der Firmenbuchgerichte – Anmerkungen speziell zu OGH 6 Ob 236/12t, *RWZ* 2014, 306; Vonkölch, Immobilienvermietung als Herausforderung für den Unternehmerbegriff, *Festschrift Iro* (2013) 247; Weilingner, Zum Entstehen von Unternehmern kraft Rechtsform, *Festschrift Doralt* (2004) 671; Werdnik, Ideelle Verein und Unternehmenstätigkeit, *SWK* 2012, 955; Wrann, Die Immobilienprivatstiftung – Unternehmer oder Konsument? *PSR* 2013, 12.

Vgl auch die Literaturangaben Vor § 1.

Inhaltsübersicht

A. Änderungen durch das HaRÄG 2005	1, 2
I. Inhaltliche Änderungen	1
II. Übergangsbestimmung	2
B. Vom Kaufmann zum Unternehmer	3, 4
C. Der Unternehmer (Abs 1)	5–19
I. Unternehmer und Unternehmerinnen (Abs 3)	5
II. Arten von Unternehmern	6–9
III. Betreiben eines Unternehmens	10–12
IV. Unternehmerbegriff	13–19
D. Das Unternehmen (Abs 2)	20–43
I. Unternehmensbegriff	20–22
II. Rechtsnatur	23, 24
III. Tatbestandsmerkmale gem Abs 2	25–31
a. Selbständige Tätigkeit	25
b. Wirtschaftliche Tätigkeit	26, 27
c. Auf Dauer angelegte Organisation	28–30a
d. Nicht erforderlich: Gewinnerzielungsabsicht	31
IV. Weitere unbeachtliche Elemente	32–37

a.	Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften	32
b.	Finanzierung durch Eigen- oder Fremdkapital	33
c.	Rechtsform	34
d.	Unternehmensgröße	35, 36
e.	Mischtätigkeiten	37
V.	Besondere Unternehmergruppen	38–43
a.	Freie Berufe sowie Land- und Forstwirte	38
b.	Vereine	39–41
c.	Non-Profit-Organisationen	42
d.	Juristische Personen des öffentlichen Rechts	43
E.	Einzelfragen	44–49
I.	Minderjährige Personen und gerichtliche Erwachsenenvertretung (ehemals Sachwalterschaft) mit Genehmigungsvorbehalt	44–45a
II.	Unternehmen und Ehe bzw Eingetragene Partnerschaft	46, 47
III.	Unternehmen und Erbrecht	48
IV.	Ausländische Unternehmensträger	49
F.	Beginn und Ende der Unternehmereigenschaft	50, 51

A. Änderungen durch das HaRÄG 2005

I. Inhaltliche Änderungen

Durch das HaRÄG 2005 wurde der gegliederte Kaufmannsbegriff der §§ 1–7 HGB aufgegeben. Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des UGB ist nunmehr das Betreiben eines Unternehmens und somit der Unternehmer¹ (dazu im Einzelnen unten Rz 3 ff). Zur Änderung des Gesetzstitels s *Artmann/Herda* Vor § 1 Rz 7.

II. Übergangsbestimmung

Gemäß § 907 Abs 1 gelten Kaufleute iSd §§ 1 ff HGB mit Inkrafttreten des HaRÄG zum 1.1.2007² als Unternehmer iSd § 1. Bereits vor dem 1.1.2007 eingetragene Kaufleute mussten bis zum 1.1.2010 ihrer Firma den Zusatz „eingetragener Unternehmer“ oder „eingetragene Unternehmerin“ oder die Abkürzung „e.U.“ oder eine vergleichbare Angabe hinzufügen.³ Vom HGB nicht erfasste Personen („Nichtkaufleute“) unterliegen den Bestimmungen des UGB, wenn sie ab 1.1.2007 die Voraussetzungen für die Anwendung des UGB erfüllen.⁴ Vor dem 1.1.2007 entstandene OHG, OEG und KEG gelten mit 1.1.2007 als OG bzw KG; sofern ihr Gegenstand auf eine unternehmeri-

1 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 19.

2 Vgl § 906 Abs 14.

3 Vgl § 907 Abs 4.

4 Vgl § 906 Abs 14; zu Übergangsfragen C. Nowotny, RdW 2006, 543.

sche Tätigkeit gerichtet ist, gelten sie ab diesem Zeitpunkt als Unternehmer iSd § 1.⁵

B. Vom Kaufmann zum Unternehmer

- 3 Eine der markantesten Änderungen des HaRÄG 2005 war die Ablösung des Kaufmann-Tatbestandes als Anknüpfung für die handels- bzw unternehmensrechtlichen Bestimmungen durch den Begriff des Unternehmers. Dieser historische Kaufmannsbegriff war ein Spezifikum der deutschen und österr Rechtsordnung und den Rechtsordnungen im übrigen Europa weitgehend fremd. Durch die diffizile Ausgestaltung in den §§ 1–7 HGB wurde der Kaufmannsbegriff als über die Maßen kompliziert und gemessen am modernen Geschäftsleben als antiquiert empfunden; überdies nötigte er zu willkürlich anmutenden Abgrenzungen.⁶ Im Zuge der Handelsrechtsreform entschloss man sich daher, anstelle einer Vereinfachung des Kaufmannsbegriffs, wie dies in Deutschland durch das HRefG 1998⁷ erfolgte, diesen durch den Begriff des Unternehmers zu ersetzen. Nach § 1 Abs 1 und 2 ist Unternehmer, wer eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit betreibt, wobei es auf die Absicht zur Gewinnerzielung nicht ankommt. Wie in den Materialien⁸ festgehalten wird, knüpft diese Begriffsbestimmung „unverkennbar an die in über zwanzigjähriger Rechtsanwendung bewährte Definition des Unternehmers in § 1 KSchG an und unternimmt damit den Versuch, den Anwendungsbereich des Handelsrechts in stimmiger Weise wie denjenigen des Verbraucherrechts zu beschreiben“; zur Problematik einer unreflektierten Übernahme der Judikatur zum Unternehmerbegriff des KSchG s aber noch unten Rz 16. Im Unterschied zu den bisherigen Abgrenzungsmerkmalen des Kaufmanns zeichne sich diese Definition durch eine Elastizität aus, die den Bedürfnissen einer sich wandelnden Praxis Rechnung tragen kann. Ein einheitlicher Unternehmensbegriff stelle einen Meilenstein auf dem Weg zur Rechtsvereinfachung und zu einem Mehr an Rechtsklarheit im Wirtschaftsprivatrecht dar.⁹
- 4 Die Schaffung eines alle Unternehmer umfassenden Grundtatbestandes ist jedenfalls unter dem Aspekt der Umsetzung **europarechtlicher Vorgaben** zu begrüßen. Zahlreiche EU-rechtliche Bestimmungen (vgl etwa die Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf oder die Richtlinie 2000/35/

5 § 907 Abs 2. S dazu auch *Artmann* Vor § 105 Rz 2, 9, 11 ff.

6 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 4. S auch *Artmann/Herda* Vor § 1 Rz 4.

7 Dazu *Artmann/Herda* Vor § 1 Rz 4.

8 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 6.

9 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 6.

EG über den Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr¹⁰) knüpfen an den Begriff des Unternehmers an und mussten als „Notlösung“ im ABGB umgesetzt werden, weil mit dem Tatbestand des Kaufmanns im HGB kein geeigneter Anknüpfungspunkt bestand.¹¹ Die nunmehr auch im UGB vorgenommene Zweiteilung der Marktteilnehmer in Verbraucher und Unternehmer eröffnete die Möglichkeit einer systemgerechten Umsetzung europarechtlicher, unternehmensbezogener Regelungen.¹² Hierbei ist allerdings darauf zu achten, dass im Kontext der Umsetzung von EU-Richtlinien der **europäische Unternehmerbegriff** maßgeblich ist, dessen Bild funktionsbezogen durch sein Tätigkeitsfeld bestimmt ist. Dem Europarecht liegt ein stärker wettbewerbsorientiertes Leitbild des europäischen Unternehmers zugrunde, „der sich den Binnenmarkt zunutze macht, der multilingual auftritt und auf kulturell unterschiedliche Bedürfnisstrukturen flexibel reagiert“.¹³

C. Der Unternehmer (Abs 1)

I. Unternehmer und Unternehmerinnen (Abs 3)

§ 1 Abs 3 stellt klar, dass das UGB den Ausdruck „Unternehmer“ geschlechtsneutral verwendet¹⁴ und insofern Unternehmerinnen ebenso erfasst sind. Daran orientiert sich auch die hier vorliegende Kommentierung. 5

II. Arten von Unternehmern

Das UGB kennt **drei Unternehmertypen**: In § 1 wird eine allgemeine Definition des Unternehmers geschaffen, die sich aus der unternehmerischen Tätigkeit ableitet: der Unternehmer kraft (tatsächlichen) Unternehmensbetriebs. Daneben werden aus Verkehrsschutzgründen zwei weitere Tatbestände vorgegeben, die von der ausgeübten Tätigkeit völlig unabhängig sind: Der Unternehmer kraft Rechtsform in § 2 und jener kraft (unrichtiger) Eintragung im Firmenbuch in § 3. Zudem wurde von Lehre und Rsp noch die Rechtsfigur des „Unternehmers kraft Rechtsschein“ entwickelt.¹⁵ 6

10 Neufassung durch die Richtlinie 2011/7/EU (s dazu auch *Artmann/Herda* Vor § 1 Rz 15b).

11 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 5.

12 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 3; *S. Bydlinski*, ÖJZ 2006, 41.

13 *Micklitz/Purnhagen* in MünchKomm BGB⁷ Vor §§ 13, 14 Rz 111; vgl auch *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 5.

14 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 19.

15 Dazu *Artmann/Herda* § 3 Rz 12 ff.

- 7 Nach der legistischen Konzeption sind die §§ 2 und 3 als Spezialtatbestände und § 1 als allgemeiner Auffangtatbestand iSe Generalklausel zu verstehen. Insofern empfiehlt sich in der Praxis, die **Unternehmereigenschaft** einer Person nach der von *Rebhahn*¹⁶ zu den Kaufmannstatbeständen des HGB vorgeschlagenen **Reihenfolge zu prüfen**: Zunächst ist anhand der Rechtsform zu prüfen, ob es sich um einen Unternehmer nach § 2 handelt.¹⁷ Wird dies verneint, so ist zu prüfen, ob eine Eintragung in das Firmenbuch vorliegt. Ist dies der Fall, so ist der Eingetragene, wenn er tatsächlich ein Unternehmen betreibt, Unternehmer nach § 1, somit kraft Unternehmensbetrieb oder, wenn dies nicht der Fall ist, nach § 3, somit kraft unrichtiger Eintragung im Firmenbuch.¹⁸ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass auch Nichtunternehmer zur Eintragung in das Firmenbuch verpflichtet sind (etwa Privatstiftungen). Diese werden durch die Eintragung nicht zum Unternehmer und zwar mangels Betriebens eines Unternehmens auch nicht nach § 3. Liegt keine Eintragung im Firmenbuch vor, so muss noch festgestellt werden, ob derjenige ein Unternehmen betreibt, sodass Unternehmereigenschaft nach § 1 kraft Betriebens eines Unternehmens¹⁹ vorliegt, da die Unternehmereigenschaft nach § 1 unabhängig von der Eintragung im Firmenbuch besteht. Wird kein Unternehmen betrieben, so ist der Betreffende, wenn er als Unternehmer auftritt, als Scheinunternehmer²⁰ zu behandeln.
- 8 Das UGB folgt wie das HGB dem **subjektiven System**: Anknüpfungspunkt und Zuordnungssubjekt ist der Unternehmer; auf die Art der abgeschlossenen Geschäfte kommt es hingegen nicht an.²¹ Der Begriff des Unternehmers bezieht sich sowohl auf physische als auch auf juristische Personen einschließlich rechtsfähiger Personengesellschaften, aber auch auf sonstige teilrechtsfähige Gebilde, deren jeweilige Teilrechtsfähigkeit den Betrieb eines Unternehmens erfasst.²² Der Unternehmerbegriff bedeutet allerdings nicht, dass für alle Unternehmer sämtliche Vorschriften des UGB zur Anwendung gelangen. §§ 4 und 5 iVm den Eingangsparagraphen der einzelnen Bücher des UGB enthalten Einschränkungen. Einzelne Bestimmungen knüpfen an die Eintragung im Firmenbuch an, manche Regelungen des Vierten Buches gelten nur für zweiseitige unternehmensbezogene Geschäfte. Die Regelungen über OG und KG stellen überhaupt nicht auf die Unternehmereigenschaft ab, und nach § 345 kommt grundsätzlich auch bei einseitigen unternehmensbezogenen Geschäften das UGB für beide Vertragsteile, somit auch für den Nichtunternehmer, zur Anwendung.

16 In Jabornegg § 1 Rz 5; ähnlich auch *Kalss/Schauer/Winner*, UR³ Rz 2/67 ff.

17 Im HGB: Kaufmann kraft Rechtsform gemäß § 6 HGB.

18 Im HGB: §§ 2, 3 Abs 2 und 5 HGB.

19 Im HGB: Betreiben eines Grundhandelsgewerbes.

20 Im HGB: Scheinkaufmann.

21 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 6; *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB² § 1 Rz 2; vgl auch *Artmann/Herda* Vor § 1 Rz 17.

22 Vgl EBRV 1058 BlgNR 22. GP 19.

Wie im Anwendungsbereich des HGB muss jene Person, die sich darauf beruft, die Unternehmereigenschaft **behaupten und beweisen**.²³ **9**

III. Betreiben eines Unternehmens

Nach § 1 Abs 1 ist Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt. Der Begriff des „Betreibens“ ist als Anknüpfung aus dem HGB bekannt und stellt den rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Handelsgewerbe (nunmehr: Unternehmen) und seinem Inhaber her.²⁴ Betrieben wird das Unternehmen von dem, für den und gegen den die im Rahmen des Unternehmens geschlossenen Geschäfte wirken, also in wessen Namen es geführt und **wer aus der Unternehmertätigkeit unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden soll**,²⁵ unmaßgeblich ist hingegen, wer tatsächlich handelt.²⁶ Betreiben bedeutet nicht notwendigerweise persönliche Ausübung. Auch minderjährige Personen und der Schuldner im Insolvenzverfahren (früher: Gemeinschuldner; nicht hingegen der Insolvenzverwalter)²⁷ sind Unternehmer.²⁸ Auch die (ruhende) Verlassenschaft als juristische Person (vor dem ErbRÄG 2015²⁹: der ruhende Nachlass) kann Unternehmensträger sein (vgl §§ 546 f ABGB;³⁰ zum ErbRÄG 2015 s auch Rz 48). Voraussetzung für das Erlangen der Unternehmereigenschaft ist lediglich die **Rechtsfähigkeit**. **10**

Der Betreibende muss nicht Eigentümer der Betriebsmittel oder des Unternehmens sein. Wird ein Unternehmen verpachtet, so ist idR der Pächter der Unternehmer,³¹ nicht der Verpächter,³² denn dieser betreibt das Unternehmen **11**

23 Vgl *Rebhahn* in Jabornegg § 1 Rz 3 mwN zur Rsp.

24 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 7.

25 Vgl *Kalss/Schauer/Winner*, UR³ Rz 2/24; idS auch *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB² § 1 Rz 26.

26 Vgl *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 7; *Rebhahn* in Jabornegg § 1 Rz 20; *Straube* in WK UGB⁴ I § 1 Rz 18 ff (Stand: 1.12.2009); *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB² § 1 Rz 26.

27 Zur Insolvenz s unten Rz 51.

28 Vgl *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 9.

29 BGBI I 2015/87.

30 Bei der Ersetzung des Wortes „Nachlass“ durch den Begriff „Verlassenschaft“ handelte es sich weitgehend nur um eine sprachliche Änderung, der bisherige Regelungsgehalt sollte beibehalten werden; vgl EBRV 688 BlgNR 25. GP 1, 7. Im Einklang mit der hA wurde in § 546 ABGB klargestellt, dass es sich um eine juristische Person handelt; vgl *Apathy/Neumayr* in KBB⁵ § 546 Rz 1; zur alten Rechtslage *Rebhahn* in Jabornegg § 1 Rz 28.

31 Vgl ua OGH 5 Ob 155/10w Pkt 2.4.

32 Die Verpachtung eines Unternehmens stellt nicht von vornherein eine unternehmerische Tätigkeit dar, vgl OGH 9 Ob 79/15 Pkt 6 unter Hinweis auf 6 Ob 41/06g; s auch *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB² § 1 Rz 18.

nicht mehr. Auf wessen Rechnung das Unternehmen betrieben wird, ist unerheblich.³³ Zwar wird als Unternehmensträger idR derjenige angesehen, auf dessen Risiko das Unternehmen betrieben wird; der Unternehmensträger ist aber auch dann selbständig tätig, wenn das wirtschaftliche Risiko im Innenverhältnis nur zu einem geringen Teil getragen wird.³⁴ Wird das Unternehmen treuhändig geführt, so ist der Treuhänder der Unternehmer.³⁵ Selbständige Handelsvertreter sind insoweit als Unternehmer anzusehen, als ihre Leistung (die Vertretung) gegenüber ihrem Auftraggeber im Rahmen des eigenen Geschäftsbetriebs auf eigene Rechnung erfolgt (vgl § 1 Abs 1 HVertrG). Gleiches gilt für sonstige Absatzmittler, die fremde Leistungen auf dem Markt im eigenen Namen anbieten (etwa Vertragshändler, Franchisenehmer).³⁶ Die wirtschaftliche Abhängigkeit beseitigt nicht die Unternehmereigenschaft: Die Rsp hat zwar bei starker wirtschaftlicher Abhängigkeit die Kaufmannseigenschaft zuweilen abgelehnt;³⁷ im Verhältnis zu Dritten ist aber die wirtschaftliche Abhängigkeit oder Arbeitnehmerähnlichkeit kein Argument gegen die Anwendbarkeit des UGB auf den immerhin rechtlich selbständigen Unternehmer.³⁸

- 12** Bei einer **OG** bzw **KG** ist die Gesellschaft selbst Unternehmer und nicht – entgegen einer früher weit verbreiteten Auffassung – die unbeschränkt haftenden Gesellschafter.³⁹ Da die **GesbR** selbst (auch nach dem GesbR-RG⁴⁰) nach wie vor nicht rechtsfähig ist (vgl § 1175 Abs 2 ABGB),⁴¹ kommen als Unternehmensträger nur die Gesellschafter in Betracht. Die Beteiligung an einer **Stillen Gesellschaft** führt nicht zur Unternehmereigenschaft des stillen Gesellschafters.⁴² Bei den **Kapitalgesellschaften** und **sonstigen Körperschaften** sind die Gesellschaften die Betreiberinnen des Unternehmens. Wer als Organmitglied, Dienstnehmer, gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertreter (etwa als Prokurist) und somit im fremden Namen handelt, betreibt kein Unternehmen. Insofern ist es auch nicht unproblematisch, wenn der OGH in jüngerer Rsp

33 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 8.

34 *Rebhahn* in *Jabornegg* § 1 Rz 12.

35 So auch *Kalss/Schauer/Winner*, UR³ Rz 2/24; *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook⁵ 26; *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger*, UGB § 1 Rz 173; *Straube* in *WK UGB⁴ I* § 1 Rz 24 f.

36 Vgl *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 8; s auch *Karsten Schmidt* in *MünchKomm HGB⁴* § 1 Rz 54.

37 Vgl etwa OGH 7 Ob 529/81; 9 ObA 121/90; 9 ObA 320/90; *Straube* in *Straube³* § 1 Rz 24.

38 *Rebhahn* in *Jabornegg* § 1 Rz 13; zust *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 8.

39 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 10; s dazu *Artmann* § 105 Rz 26.

40 BGBI I 2014/83; s dazu auch *Artmann/Herda* Vor § 1 Rz 15 c.

41 Zur früheren Rechtslage s ua OGH 4 Ob 127/90; 9 ObA 95/94; 6 Ob 58/00y; 8 Ob 96/03f; *Artmann* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 1175 Rz 15, 18.

42 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 11; *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler*, UGB² § 1 Rz 26.

zum KSchG davon ausgeht, dass die Unternehmereigenschaft unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur dem Unternehmensträger, sondern auch den Gesellschaftern zukommen soll (dazu unten Rz 16).

IV. Unternehmerbegriff

Der Begriff des Unternehmers ist der österr Rechtsordnung aus **verschiedenen Rechtsmaterien**, wie etwa dem KSchG, dem UStG, dem HVertrG, dem URG, dem PHG, dem KartG, dem UWG oder dem GSpG bekannt. **Auszulegen** ist er freilich **entsprechend dem jeweiligen Gesetzeszweck**, was unweigerlich zu Abweichungen führen kann. Dem Unternehmerbegriff des UGB wird allerdings in gewisser Weise „Leitbildwirkung“ für die Rechtsordnung zuerkannt, da er aufgrund seiner bewussten Abstimmung mit dem KSchG und seiner zusätzlichen Zweckrichtung auf die Umsetzung europarechtlicher Regelungen eine „grundlegende Kodifikation des österreichischen Wirtschaftsrechts darstellt“. ⁴³ Dem ist insoweit beizupflichten, als eine Auslegung des Unternehmerbegriffs in anderen Gesetzen mit Hilfe des UGB in Zweifelsfällen durchaus sachgerecht sein kann. Im Übrigen sind aber die einer Rechtsmaterie innewohnenden Wertungsgesichtspunkte, etwa auch unter Berücksichtigung der Herkunft einer Regelung, jedenfalls vorrangig zu berücksichtigen.

IdS liegt etwa – wie auch der OGH⁴⁴ festgestellt hat – dem **Kartellrecht** – schon aufgrund der nach § 20 KartG gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise – ein eigenständiger Unternehmensbegriff zugrunde.⁴⁵ Die Rsp geht hier in Anlehnung an die vom EuGH entwickelten Kriterien von einem **funktionalen Unternehmensbegriff** aus. Danach ist der Begriff des Unternehmens funktional aus dem Sinn und Zweck der Wettbewerbsregeln und somit weit auszulegen. „Auch Gesellschafter von Kapitalgesellschaften oder sonstige am Unternehmen beteiligte Personen können Unternehmer iSd KartG sein, wenn sie über die bloße Verwaltung der Beteiligung hinaus wirtschaftlich planend und lenkend Einfluss auf die Leitung des Unternehmens nehmen. Es kommt darauf an, dass wirtschaftliche Leitungsmacht ausgeübt wird. Dies ist bei einem Mehrheitsgesellschafter regelmäßig der Fall. Im Einzelfall können ausnahmsweise auch Minderheitsgesellschafter als Unternehmer zu qualifizieren sein, wenn sie

43 *Dehn in Krejci*, RK UGB § 1 Rz 3; *Goess*, FJ 2007, 172.

44 16 Ok 5/04; 16 Ok 12/08.

45 Vgl auch *Straube* in *Straube*³ Vor § 1 Rz 7; s dazu ua *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht² (2013) § 1 KartG; *Gugerbauer*, Kartellgesetz und Wettbewerbsgesetz – Kommentar³ (2017) § 1 KartG Rz 7 ff; *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht³ (2017) 17 ff; *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG² (2016) § 1 Rz 6; *Reidlinger/Hartung*, Das österreichische Kartellrecht³ (2014) 23 ff.

die relevanten unternehmerischen Entscheidungen in einer Gesellschaft beeinflussen oder beeinflussen können, zB wenn sie durch entsprechende Satzungsgestaltung oder aus anderen Gründen dazu in die Lage versetzt werden.⁴⁶ Auch ein insolvenzgerichtlich stillgelegter Betrieb kann ein Unternehmen iSd KartG sein, insb dann, wenn eine Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit durch einen Käufer nicht unwahrscheinlich ist.⁴⁷

- 15** Ein vom UGB abweichendes Verständnis liegt dem **EStG und UStG** zugrunde.⁴⁸ In den Umsatzsteuerrichtlinien 2000⁴⁹ wird in Rz 181 festgehalten, dass Unternehmer „jede natürliche Person und jedes Wirtschaftsgebilde sein [kann], das nachhaltig, selbstständig, gegen Entgelt Leistungen erbringt und nach außen hin in Erscheinung tritt (Maßgeblichkeit des Außenverhältnisses) ... Zivilrechtliche Rechts- oder Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Andererseits gibt es keine Unternehmereigenschaft kraft Rechtsform: Auch Personengesellschaften und juristische Personen sind nur Unternehmer, wenn sie mit Leistungen an Dritte im Wirtschaftsleben in Erscheinung treten.“
- 16** Ausweislich der Materialien⁵⁰ sollte mit dem UGB der Unternehmerbegriff des **KSchG** übernommen werden. Insofern wird in der Literatur⁵¹ von einer „grundsätzlichen Gleichschaltung mit dem KSchG“ gesprochen. Hierbei ist allerdings zu bedenken, dass hinsichtlich der Anwendung einzelner Normen des KSchG die Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft eines Gesellschafters nach nunmehr stRsp⁵² des OGH in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu

46 OGH 16 Ok 12/08; vgl auch OGH 16 Ok 3/15z – Soziale Sicherheit, RPA 2016, 74 (zust *Barbist/Pinggera*).

47 OGH 16 Ok 6/10 – Warenlager, dazu *F. Neumayr*, KOG: Kartellrechtliche Aspekte des Erwerbs von Unternehmen(steilen) in der Insolvenz, ÖZK 2011, 31; *A. Herzog*, Kartellrecht: Der Unternehmensbegriff in der Insolvenz, *ecolex* 2011, 140.

48 Vgl OGH 5 Ob 155/10w Pkt 2.1 mwN; 6 Ob 203/11p Pkt 2.2.3. Krit dazu wegen sehr ähnlicher Wortwahl und grundsätzlich gleichen Begriffselementen *Prodingner*, SWK 2012, 1091 f, 1095.

49 Abrufbar unter <https://findok.bmf.gv.at>.

50 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 6.

51 *Zib/Verweijen*, UGB 50.

52 Vgl OGH 7 Ob 315/01a; 3 Ob 141/03m; 9 Ob 27/05v; 4 Ob 108/06w; 7 Ob 266/06b; 7 Ob 266/06b; 8 Ob 91/09d; 1 Ob 99/10f; 6 Ob 105/10z; 2 Ob 169/11h; 4 Ob 232/12i; 6 Ob 43/13m; 6 Ob 170/14i; 6 Ob 95/16p; 6 Ob 14/18d; s auch OGH 1 Ob 40/17i; vgl auch VwGH Ro 2016/15/0003 (Geschäftsführer und 50%-iger Gesellschafter einer GmbH als Unternehmer iSd § 2 UStG). Zur OGH-Judikatur *Karollus*, JBl 2002, 527; *P. Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 13 f; *Wenger*, RWZ 2006, 293; *Heidinger*, wbl 2007, 446; *Leibenmair*, *ecolex* 2007, 518; *Daniela Huemer*, JBl 2008, 648; *dies*, JBl 2007, 242; *Riegler*, *ecolex* 2011, 882; *Schindler*, Zak 2010, 425; *F. Schuhmacher*, wbl 2012, 72 ff; *Haberer* in FS Jud 161 ff; *N. Arnold*, GesRZ 2016, 78 ff; monografisch *Skarics*, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher (2017); s auch *U. Torggler* in WK UGB⁴ § 105 Rz 41; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 105 Rz 37; *Harrer*, wbl 2010, 605; *ders*, Zak 2013/422; *Straube*

beurteilen ist. „Darin liegt in der Sache nach eine teleologische Reduktion [...]. Maßgeblich ist demnach, ob der betroffene Vertragspartner angesichts der Interessenidentität zwischen Gesellschafter und Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig wird.“⁵³ Eine formelle Geschäftsführerstellung ist dabei nicht erforderlich;⁵⁴ entscheidend ist vielmehr, inwieweit der Gesellschafter Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen kann.⁵⁵ Eine Übernahme dieser Auffassung hätte für das UGB weitreichende Konsequenzen. „Betreiber eines Unternehmens“ (dazu oben Rz 10) wäre diesfalls nicht nur der eigentliche Rechtsträger, etwa die GmbH oder OG, sondern auch all jene Gesellschafter, die maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben. Diese wären bei Überschreiten der Schwellenwerte des § 189 zur Eintragung in das Firmenbuch nach § 8 Abs 1 verpflichtet, wodurch sich kaum lösbare Zurechnungsfragen (etwa bzgl des zulässigen Firmenwortlauts, Prokurabestellung, etc) ergeben würden.⁵⁶ Gerade diese Probleme waren – ausweislich der Materialien⁵⁷ – dafür ausschlaggebend, dass in § 8 Abs 3 die Verpflichtung zur Gründung einer OG bzw KG vorgesehen wurde, wenn eine unternehmerisch tätige GesbR die Schwellenwerte des § 189 überschreitet. „Bei Eintragung des Gesellschafters als Einzelunternehmer würde der irrige Eindruck entstehen, dass er selbst ein Unternehmen betreibt, obwohl der Betrieb nur durch alle Gesellschafter gemeinsam erfolgt.“⁵⁸ Offensichtlich geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass es nur einen Betreiber eines Unternehmens geben kann (bei der GesbR mangels Rechtsfähigkeit derselben die gemeinsam handelnden Gesellschafter) und dass den Gesellschaftern einer rechtsfähigen Personen- oder Kapitalgesellschaft nicht neben der Gesellschaft Unternehmereigenschaft zukommt, auch wenn sie die Funktion eines Geschäftsführers ausüben. Die Auffassung des OGH mag für die Zwecke des KSchG zutreffen;⁵⁹ dort kann es

in FS Koppensteiner 319; vgl auch die zusammenfassende Darstellung der Judikatur bei *Mann-Kommenda*, Zak 2016, 324; RIS-Justiz RS0065238; RS0059726.

53 OGH 6 Ob 95/16p.

54 So noch OGH 7 Ob 315/01a; in 4 Ob 108/06w sowie 7 Ob 266/06b wurde die Unternehmereigenschaft mangels Geschäftsführerposition jeweils verneint; nach 7 Ob 266/06b ist eine Prokura nicht ausreichend; aA BGH XI ZR 34/05; XI ZR 208/06: ein Geschäftsführer/Gesellschafter einer werbenden GmbH ist nicht Kaufmann iSd §§ 1 ff dHGB; krit zum Ansatz bei der Geschäftsführungsfunktion *Karollus*, JBl 2002, 527; *Heidinger*, wbl 2007, 446; *Leithenmair*, ecolex 2007, 518; *Daniela Huemer*, JBl 2007, 647; *dies*, JBl 2007, 242; s auch *Wenger*, RWZ 2006, 293; für ein Abstellen auf Geschäftsführungsfunktion und Mehrheitsbeteiligung *P. Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 13 f.

55 OGH 6 Ob 43/13m; 6 Ob 14/18d; vgl bereits 6 Ob 95/16p ErwGr 1.3.

56 *Schummer/Kriwanek*, UGB 9.

57 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 22.

58 EBRV 1058 BlgNR 22. GP 22.

59 IdS auch *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 12 ff; *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*³ § 111 Rz 1.

aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerechtfertigt sein, wenn bei wirtschaftlicher Identität zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschafter⁶⁰ auf bestimmte Schutzvorschriften des KSchG verzichtet wird. Selbst im KSchG hat die teleologische Reduktion aber „nicht beim Anwendungsbereich des § 1 KSchG zu erfolgen, sondern bei der jeweils konkret fraglichen Norm.“⁶¹ Diese Auffassung entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung.⁶² Insofern ist auch eine Übernahme dieser Auffassung für das gesamte Erste Buch des UGB abzulehnen.⁶³

- 17** Der Begriff des Unternehmers im PHG ist nach neuerer, zutreffender Ansicht und entgegen den Gesetzesmaterialien nicht einfach jener des KSchG, sondern er ist richtlinienkonform zu interpretieren.⁶⁴ Unternehmer ist daher, wer ein Produkt entweder mit Gewinnerzielungsabsicht oder zumindest im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt hat.⁶⁵
- 18** Nach § 1 HVertrG ist Handelsvertreter, „wer von einem anderen (im folgenden ‚Unternehmer‘ genannt) mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften (...) betraut ist und diese Tätigkeit selbständig und gewerbsmäßig ausübt.“ Das HVertrG spricht lediglich vom „Anderen“ und nennt diesen „Unternehmer“, was nicht nur „unglücklich sondern seit Inkrafttreten

60 Im Hinblick auf die Frage, worauf es für die Einstufung als Unternehmer tatsächlich ankommen soll (Geschäftsführungsbefugnis trotz Weisungsgebundenheit, Mehrheitsbeteiligung oder kontrollierende Beteiligung), erachtet es nun der OGH für maßgeblich, „ob der betroffene Vertragspartner angesichts der Interessenidentität zwischen Gesellschafter und Gesellschaft in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig wird“ (OGH 6 Ob 95/16p). Eine formelle Geschäftsführerstellung ist dabei nicht erforderlich; entscheidend ist vielmehr, inwieweit der Gesellschafter Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen kann (OGH 6 Ob 43/13m; 6 Ob 14/18d).

61 So schon RIS-Justiz RS0065288; ebenso *P. Bydlinski*, ÖBA 2012, 616; *Harrer*, wbl 2010, 609; *U. Torggler* in WK UGB⁴ § 105 Rz 41; *F. Schumacher*, wbl 2012, 73; 4 Ob 232/12i.

62 OGH 6 Ob 170/14i.

63 So auch *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 14; kritisch auch *N. Arnold*, GesRZ 2016, 78; aA offenbar *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook⁵ 26.

64 Vgl *Koziol/Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ III (2014) 389 ff, 414; ähnlich *Rabl*, Produkthaftungsgesetz³ (2017) § 1 Rz 13 ff; offen lassend *B. Schmid*, PHG (2011) § 1 Rz 7.

65 *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1635; ebenso *Welser* in *Koziol/Welser*, BR II¹³ 382; *Fitz/Grau* in *Fitz/Grau/Reindl*, Produkthaftung² (2004) § 1 Rz 36 ff; *Posch* in *Schwimann*³ § 1 PHG Rz 16; ähnlich auch *Posch/Terlitz* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1 PHG Rz 16; *Welser/Rabl*, PHG² § 1 Rz 1 ff; vgl auch *Spitzer*, Der Unternehmer im PHG, JBl 2003, 414; *ders.*, Vollharmonisierung des Produkthaftungsrechts, *ecolex* 2003, 141, 144 und FN 32, wonach die Verwendung des Unternehmerbegriffes zu Unschärfen führe und daher der Gesetzgeber gefordert sei.