

# TE OGH 1998/8/24 80b90/98p

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.08.1998

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer, Dr. Rohrer, Dr. Adamovic und Dr. Spenling als weitere Richter im Konkurs- und Schuldenregulierungsverfahren des Antragstellers Peter J\*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Erwin Köll, Rechtsanwalt in Innsbruck, infolge Revisionsrekurses des Antragstellers gegen den Beschuß des Landesgerichtes Innsbruck als Rekursgericht vom 27. Jänner 1998, GZ 1 R 747/97b-21, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Innsbruck vom 11. November 1997, GZ 23 S 93/97a-17, bestätigt, jedoch aus Anlaß des Rekurses "abgeändert" wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die Durchführung des gesetzlichen Verfahrens aufgetragen.

## **Text**

Begründung:

Mit seinem am 7. 7. 1997 beim Erstgericht eingelangten Antrag begehrte der Antragsteller die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens und legte ein Vermögensverzeichnis gemäß § 185 KO samt Gläubigerliste, Gehaltsbelegen sowie Korrespondenz über das Scheitern eines außergerichtlichen Vergleichsversuches vor. Er stellte den Antrag auf Abschluß eines Zwangsausgleichs mit einer Quote von 30 %. Aufgrund Verbesserungsauftrages des Erstgerichtes ergänzte der Antragsteller sein Vorbringen dahin, daß er Angestellter der "Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH" sei und dort ein monatliches Nettoeinkommen von S 19.610 beziehe. Seinen 25 %igen Anteil an der Gesellschaft habe er im Interesse der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger an seine Ehefrau veräußert. Er sei außerdem zu 40 % Gesellschafter der J\*\*\*\*\*, welche Gesellschaft ihn unter Androhung des Ausschlusses zur Einzahlung des auf die Stammeinlage noch fehlenden Teils in der Höhe von S 100.000 aufgefordert habe. Die in seinem Antrag angeführten Verbindlichkeiten seien überwiegend privater Natur. Der Antragsteller habe zwar für eine Kreditverbindlichkeit der Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH die persönliche Haftung als Garant über einen Betrag von S 800.000 übernommen, er sei daraus aber bislang noch nicht in Anspruch genommen worden, da die Gesellschaft ihren Zahlungsverpflichtungen nachkomme. Mit seinem am 7. 7. 1997 beim Erstgericht eingelangten Antrag begehrte der Antragsteller die Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens und legte ein Vermögensverzeichnis gemäß Paragraph 185, KO samt Gläubigerliste, Gehaltsbelegen sowie Korrespondenz über das Scheitern eines außergerichtlichen Vergleichsversuches vor. Er stellte den Antrag auf Abschluß eines Zwangsausgleichs mit einer

Quote von 30 %. Aufgrund Verbesserungsauftrages des Erstgerichtes ergänzte der Antragsteller sein Vorbringen dahin, daß er Angestellter der "Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH" sei und dort ein monatliches Nettoeinkommen von S 19.610 beziehe. Seinen 25 %igen Anteil an der Gesellschaft habe er im Interesse der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger an seine Ehefrau veräußert. Er sei außerdem zu 40 % Gesellschafter der J\*\*\*\*\*, welche Gesellschaft ihn unter Androhung des Ausschlusses zur Einzahlung des auf die Stammeinlage noch fehlenden Teils in der Höhe von S 100.000 aufgefordert habe. Die in seinem Antrag angeführten Verbindlichkeiten seien überwiegend privater Natur. Der Antragsteller habe zwar für eine Kreditverbindlichkeit der Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH die persönliche Haftung als Garant über einen Betrag von S 800.000 übernommen, er sei daraus aber bislang noch nicht in Anspruch genommen worden, da die Gesellschaft ihren Zahlungsverpflichtungen nachkomme.

Das Erstgericht wies nach Vernehmung des Antragstellers den Antrag auf Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens ab. Das Bezirksgericht sei gemäß § 182 KO als Konkursgericht nur dann zuständig, wenn der Schuldner kein Unternehmen betreibe. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage sei jener der Antragstellung. Nach der Rechtsprechung einzelner Rekursgerichte sei unter anderem das Landesgericht zuständig für den Konkursantrag des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH und für den alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer einer GmbH der 50 % des Stammkapitals halte und für die Schulden der Gesellschaft die persönliche Haftung übernommen habe. Grundsätzlich betreibe jeder Geschäftsführer die GmbH, für die er als vertretungsbefugtes Organ bestellt sei, im Sinne des § 1 HGB und damit auch im Sinne des § 182 KO, und zwar auch dann, wenn er formell keine Gesellschaftsanteile habe oder nur Minderheitsgesellschafter sei. Abgrenzungskriterium zwischen den Zuständigkeiten von Bezirks- und Landesgericht sei nämlich der maßgebliche Einfluß des Geschäftsführers auf die Führung des Betriebes. Es sei Sache des Geschäftsführers, in einem derartigen Fall die Gegenbescheinigung zu erbringen, daß ihm kein derartiger Einfluß zugestanden sei. Aus dem von Amts wegen eingeholten Firmenbuchauszug ergebe sich, daß der Antragsteller im Antragszeitpunkt zu 25 % Gesellschafter der Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH gewesen sei und diese seit 25. 5. 1992 selbständig als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer vertrete. Der Antragsteller habe anlässlich seiner Vernehmung eingeräumt, daß er die Gesellschaft faktisch führe, sodaß mehr oder weniger von einem Einmann-Unternehmen gesprochen werden könne. Zum Vorbringen des Antragstellers, daß er seinen 25 %igen Geschäftsanteil an seine Ehegattin abgetreten habe, stehe einerseits nicht fest, wann diese Abtretung erfolgt sei, andererseits sei sie im Firmenbuch nicht eingetragen worden. Selbst wenn die Abtretung vor Antragstellung erfolgt sein sollte, sei sie lediglich als Schein- bzw Umgehungsgeschäft des Antragstellers zu qualifizieren, um als Nicht-Unternehmer in den Genuß des Schuldenregulierungsverfahrens zu kommen. Der Antragsteller sei daher als Unternehmer zu qualifizieren, sodaß die Zuständigkeit für das Konkursverfahren über sein Vermögen gemäß § 63 Abs 1 KO beim Landesgericht liege. An dieses sei das Verfahren jedoch nicht gemäß § 44 JN zu überweisen gewesen, weil ein Schuldenregulierungsverfahren dort nicht geführt werden könne. Das Erstgericht wies nach Vernehmung des Antragstellers den Antrag auf Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens ab. Das Bezirksgericht sei gemäß Paragraph 182, KO als Konkursgericht nur dann zuständig, wenn der Schuldner kein Unternehmen betreibe. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage sei jener der Antragstellung. Nach der Rechtsprechung einzelner Rekursgerichte sei unter anderem das Landesgericht zuständig für den Konkursantrag des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH und für den alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer einer GmbH der 50 % des Stammkapitals halte und für die Schulden der Gesellschaft die persönliche Haftung übernommen habe. Grundsätzlich betreibe jeder Geschäftsführer die GmbH, für die er als vertretungsbefugtes Organ bestellt sei, im Sinne des Paragraph eins, HGB und damit auch im Sinne des Paragraph 182, KO, und zwar auch dann, wenn er formell keine Gesellschaftsanteile habe oder nur Minderheitsgesellschafter sei. Abgrenzungskriterium zwischen den Zuständigkeiten von Bezirks- und Landesgericht sei nämlich der maßgebliche Einfluß des Geschäftsführers auf die Führung des Betriebes. Es sei Sache des Geschäftsführers, in einem derartigen Fall die Gegenbescheinigung zu erbringen, daß ihm kein derartiger Einfluß zugestanden sei. Aus dem von Amts wegen eingeholten Firmenbuchauszug ergebe sich, daß der Antragsteller im Antragszeitpunkt zu 25 % Gesellschafter der Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH gewesen sei und diese seit 25. 5. 1992 selbständig als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer vertrete. Der Antragsteller habe anlässlich seiner Vernehmung eingeräumt, daß er die Gesellschaft faktisch führe, sodaß mehr oder weniger von einem Einmann-Unternehmen gesprochen werden könne. Zum Vorbringen des Antragstellers, daß er seinen 25 %igen Geschäftsanteil an seine Ehegattin abgetreten habe, stehe einerseits nicht fest, wann diese Abtretung erfolgt sei, andererseits sei sie im Firmenbuch nicht eingetragen worden. Selbst wenn die Abtretung vor Antragstellung erfolgt sein sollte, sei sie

lediglich als Schein- bzw Umgehungsgeschäft des Antragstellers zu qualifizieren, um als Nicht-Unternehmer in den Genuß des Schuldenregulierungsverfahrens zu kommen. Der Antragsteller sei daher als Unternehmer zu qualifizieren, sodaß die Zuständigkeit für das Konkursverfahren über sein Vermögen gemäß Paragraph 63, Absatz eins, KO beim Landesgericht liege. An dieses sei das Verfahren jedoch nicht gemäß Paragraph 44, JN zu überweisen gewesen, weil ein Schuldenregulierungsverfahren dort nicht geführt werden könne.

Das Gericht zweiter Instanz gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Antragstellers nicht Folge, "änderte" jedoch aus Anlaß des Rekurses den angefochtenen Beschuß dahin ab, daß es die Unzuständigkeit des Erstgerichtes in dieser Konkursache aussprach und den Antrag auf Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens gemäß § 44 JN dem Landesgericht Innsbruck überwies. Das Rekursgericht sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteige und daß der Revisionsrekurs zulässig sei. Es folgte der von Kossak in RZ 1995, 26 vertretenen Rechtsansicht, daß der im § 182 KO verwendete Begriff des Betreibens eines Unternehmens im Sinne des § 1 HGB auszulegen sei und nicht die persönliche Ausübung erfordere. Bezogen auf den Geschäftsführer einer GmbH könne dies, selbst wenn er keine Geschäftsanteile halte oder diese hauptsächlich seinen Verwandten "gehörten", nur bedeuten, daß er die GmbH betreibe. Daß dem nicht so sei, habe der Antragsteller zu bescheinigen. Der Antragsteller habe nicht bestritten, die Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH faktisch zu führen, sodaß sich diese als Einmann-Unternehmen darstelle. Selbst wenn er nunmehr formell keine Geschäftsanteile mehr an der Gesellschaft halte, betreibe er diese doch offenkundig im Sinne des § 1 HGB. Die Abweisung (richtig wäre Zurückweisung gewesen) sei jedoch zu Unrecht erfolgt. Unabhängig davon, ob der Schuldner ein Schuldenregulierungsverfahren beantrage, wolle er damit die Eröffnung eines Konkursverfahrens erreichen, allerdings mit den Besonderheiten der §§ 182 ff KO. Damit habe aber das unzuständige Gericht nicht die Zurückweisung des Antrags auszusprechen, sondern das Verfahren gemäß § 44 JN dem bestimmbaren zuständigen Gericht zu überweisen. Diese amtswegige Verpflichtung habe das Rekursgericht aufzugreifen gehabt. Das Gericht zweiter Instanz gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Antragstellers nicht Folge, "änderte" jedoch aus Anlaß des Rekurses den angefochtenen Beschuß dahin ab, daß es die Unzuständigkeit des Erstgerichtes in dieser Konkursache aussprach und den Antrag auf Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens gemäß Paragraph 44, JN dem Landesgericht Innsbruck überwies. Das Rekursgericht sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteige und daß der Revisionsrekurs zulässig sei. Es folgte der von Kossak in RZ 1995, 26 vertretenen Rechtsansicht, daß der im Paragraph 182, KO verwendete Begriff des Betreibens eines Unternehmens im Sinne des Paragraph eins, HGB auszulegen sei und nicht die persönliche Ausübung erfordere. Bezogen auf den Geschäftsführer einer GmbH könne dies, selbst wenn er keine Geschäftsanteile halte oder diese hauptsächlich seinen Verwandten "gehörten", nur bedeuten, daß er die GmbH betreibe. Daß dem nicht so sei, habe der Antragsteller zu bescheinigen. Der Antragsteller habe nicht bestritten, die Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH faktisch zu führen, sodaß sich diese als Einmann-Unternehmen darstelle. Selbst wenn er nunmehr formell keine Geschäftsanteile mehr an der Gesellschaft halte, betreibe er diese doch offenkundig im Sinne des Paragraph eins, HGB. Die Abweisung (richtig wäre Zurückweisung gewesen) sei jedoch zu Unrecht erfolgt. Unabhängig davon, ob der Schuldner ein Schuldenregulierungsverfahren beantrage, wolle er damit die Eröffnung eines Konkursverfahrens erreichen, allerdings mit den Besonderheiten der Paragraphen 182, ff KO. Damit habe aber das unzuständige Gericht nicht die Zurückweisung des Antrags auszusprechen, sondern das Verfahren gemäß Paragraph 44, JN dem bestimmbaren zuständigen Gericht zu überweisen. Diese amtswegige Verpflichtung habe das Rekursgericht aufzugreifen gehabt.

Dem dagegen erhobenen Rekurs des Antragstellers kommt Berechtigung zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 171 KO ist, soweit die Konkursordnung nichts anderes anordnet, auf das Verfahren unter anderem die Zivilprozeßordnung anzuwenden. Mangels eigenständiger Regelung in der den Rekurs betreffenden Bestimmung des § 176 KO gelten im Konkursverfahren die Anfechtungsbestimmungen des § 528 ZPO (8 Ob 34/90; 8 Ob 1/91; 8 Ob 100/97g). Gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ist der Revisionsrekurs gegen bestätigende Beschlüsse jedenfalls unzulässig (stR, zuletzt etwa: 8 Ob 239/97y). Gemäß Paragraph 171, KO ist, soweit die Konkursordnung nichts anderes anordnet, auf das Verfahren unter anderem die Zivilprozeßordnung anzuwenden. Mangels eigenständiger Regelung in der den Rekurs betreffenden Bestimmung des Paragraph 176, KO gelten im Konkursverfahren die Anfechtungsbestimmungen des Paragraph 528, ZPO (8 Ob 34/90; 8 Ob 1/91; 8 Ob 100/97g). Gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO ist der Revisionsrekurs gegen bestätigende Beschlüsse jedenfalls unzulässig (stR, zuletzt etwa: 8 Ob 239/97y).

Vor Eingehen in die Sache selbst stellt sich daher vorerst die Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses, hat doch das Rekursgericht im wesentlichen die Begründung des erstinstanzlichen Beschlusses übernommen. Es ist allerdings zu beachten, daß das Rekursgericht, wie sich aus den Ausführungen auf der letzten Seite seines Beschlusses ergibt, den Willen hatte, formell zu entscheiden, während das Erstgericht in der Sache selbst Beschuß faßte. Wenngleich die hier auslegungsbedürftige Wortfolge "betreibt der Schuldner kein Unternehmen ...." sich in § 182 KO unter der Überschrift Zuständigkeit befindet, geht sie weit über eine bloße Zuständigkeitsnorm hinaus, weil sie - wie auch das am Ende des § 182 KO in Klammer stehende Wort "Schuldenregulierungsverfahren" verdeutlicht - erst die Grundlage dafür bildet, daß ein Schuldenregulierungsverfahren abgewickelt werden kann. Denn nur für den Verbraucher ist das Schuldenregulierungsverfahren vor dem Bezirksgericht mit seinen zahlreichen Besonderheiten (vgl hiezu die Gegenüberstellung in Deixler-Hübner, Privatkurs 2 Rz 90) vorgesehen. Die Tatsache, daß der Schuldner kein Unternehmen betreibt, stellt daher in Wahrheit eine Anspruchsvoraussetzung für dieses besondere Verfahren dar. Der Mangel einer Anspruchsvoraussetzung führt aber nach ständiger Rechtsprechung zur Abweisung des Begehrens (ImmZ 1992, 428; 7 Ob 2352/96z). In diesem Falle kann es daher auch nicht zu einer Verfahrensüberweisung gemäß 44 JN kommen. Wenngleich somit bei vordergründiger Betrachtung der Eindruck entstehen könnte, das Rekursgericht hätte den erstinstanzlichen Beschuß bestätigt, weshalb insoweit ein Revisionsrekurs nicht zulässig wäre, und lediglich von Amts wegen darüber hinaus die Überweisung ausgesprochen, ergibt sich - betrachtet man den zweitinstanzlichen Beschuß in seiner Gesamtheit - daß in Wahrheit ein meritorischer Beschuß in einen formellen abgeändert wurde. Ein bestätigender Beschuß liegt aber nur dann vor, wenn entweder in beiden Instanzen meritorisch oder formal entschieden wurde (8 Ob 2076/96v; RZ 1997/62; 3 Ob 208/97b). Da das Erstgericht den Antrag auf Einleitung des Schuldenregulierungsverfahrens richtigerweise nicht zurückgewiesen hat, erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Frage, inwieweit der Revisionsrekurs nicht auch deshalb zulässig wäre, weil § 528 Abs 2 Z 2 ZPO auf Konkurseröffnungsanträge analog anzuwenden wäre. Vor Eingehen in die Sache selbst stellt sich daher vorerst die Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses, hat doch das Rekursgericht im wesentlichen die Begründung des erstinstanzlichen Beschlusses übernommen. Es ist allerdings zu beachten, daß das Rekursgericht, wie sich aus den Ausführungen auf der letzten Seite seines Beschlusses ergibt, den Willen hatte, formell zu entscheiden, während das Erstgericht in der Sache selbst Beschuß faßte. Wenngleich die hier auslegungsbedürftige Wortfolge "betreibt der Schuldner kein Unternehmen ...." sich in Paragraph 182, KO unter der Überschrift Zuständigkeit befindet, geht sie weit über eine bloße Zuständigkeitsnorm hinaus, weil sie - wie auch das am Ende des Paragraph 182, KO in Klammer stehende Wort "Schuldenregulierungsverfahren" verdeutlicht - erst die Grundlage dafür bildet, daß ein Schuldenregulierungsverfahren abgewickelt werden kann. Denn nur für den Verbraucher ist das Schuldenregulierungsverfahren vor dem Bezirksgericht mit seinen zahlreichen Besonderheiten vergleichbar hiezu die Gegenüberstellung in Deixler-Hübner, Privatkurs 2 Rz 90) vorgesehen. Die Tatsache, daß der Schuldner kein Unternehmen betreibt, stellt daher in Wahrheit eine Anspruchsvoraussetzung für dieses besondere Verfahren dar. Der Mangel einer Anspruchsvoraussetzung führt aber nach ständiger Rechtsprechung zur Abweisung des Begehrens (ImmZ 1992, 428; 7 Ob 2352/96z). In diesem Falle kann es daher auch nicht zu einer Verfahrensüberweisung gemäß Paragraph 44, JN kommen. Wenngleich somit bei vordergründiger Betrachtung der Eindruck entstehen könnte, das Rekursgericht hätte den erstinstanzlichen Beschuß bestätigt, weshalb insoweit ein Revisionsrekurs nicht zulässig wäre, und lediglich von Amts wegen darüber hinaus die Überweisung ausgesprochen, ergibt sich - betrachtet man den zweitinstanzlichen Beschuß in seiner Gesamtheit - daß in Wahrheit ein meritorischer Beschuß in einen formellen abgeändert wurde. Ein bestätigender Beschuß liegt aber nur dann vor, wenn entweder in beiden Instanzen meritorisch oder formal entschieden wurde (8 Ob 2076/96v; RZ 1997/62; 3 Ob 208/97b). Da das Erstgericht den Antrag auf Einleitung des Schuldenregulierungsverfahrens richtigerweise nicht zurückgewiesen hat, erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Frage, inwieweit der Revisionsrekurs nicht auch deshalb zulässig wäre, weil Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO auf Konkurseröffnungsanträge analog anzuwenden wäre.

In der Sache selbst ist vorerst auf die Argumente der Vorinstanzen zur angenommenen Unternehmereigenschaft des Antragstellers, welche zur Gänze auf den Ausführungen Kossaks in "Die Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Privatkurse", RZ 1995, 2 und 26, fußen, einzugehen. Danach sei das Schuldenregulierungsverfahren grundsätzlich jedem Geschäftsführer einer GmbH zu versagen, weil er diese, für die er als vertretungsbefugtes Organ bestellt wurde, im Sinn des § 1 HGB und damit auch im Sinne des § 182 KO betreibe, und zwar auch dann, wenn er formell keine Gesellschaftsanteile habe oder nur Minderheitsgesellschafter sei. Kossak verweist in diesem Zusammenhang auf den aus § 1 Abs 6 Z 3 IESG entlehnten Begriff des maßgebenden Einflusses auf die Führung des Unternehmens, welcher

das sachlichste Abgrenzungskriterium zwischen den Zuständigkeiten von Bezirksgericht und Landesgericht sei. Letzterem Argument ist vorerst zu entgegnen, daß die zitierte Bestimmung des IESG aus der Motivation heraus geschaffen wurde, diejenigen Personen, denen durch ihre Funktion im Unternehmen des Arbeitgebers eine arbeitgeberähnliche Position zukommt, von der Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld auszunehmen (134 BlgNR 19. GP 82). Demgegenüber trifft die Konkursordnung Unterscheidungen zwischen Unternehmern und Nichtunternehmern nur dann, wenn dies aufgrund der besonderen Situation geboten erscheint. Für das Konkursverfahren von Personen, die kein Unternehmen betreiben, sollen die Bezirksgerichte zuständig sein, weil diese Verfahren an die Stelle von Exekutionsverfahren, die derzeit gegen zahlungsunfähige Personen geführt werden, treten und der persönliche Kontakt zwischen Schuldner und Gericht mehr in den Vordergrund tritt, insbesondere weil ein Masseverwalter nur in Ausnahmefällen bestellt wird (RV 1218 BlgNR 18. GP, 18 f). Anders als bei den Bestimmungen des IESG wollte der Gesetzgeber der Konkursordnungs-Novelle 1993 nicht auf die Stellung im Unternehmen und die dadurch möglicherweise bedingte Vorhersehbarkeit oder Vermeidbarkeit der Krise abstehen, sondern vielmehr darauf, ob der Schuldner ein Unternehmen betreibt. Damit hat der Gesetzgeber zweifelsohne - insoweit ist Kossak aaO zuzustimmen - auf die Bestimmung des § 1 HGB Bezug genommen und zumindest für den überwiegenden Teil der Fälle sichergestellt, daß Konkurse von Kaufleuten vor den auch sonst zur Entscheidung über deren Rechtsstreitigkeiten berufenen Handelsgerichten abgewickelt werden. Darüber hinaus kann allerdings § 1 HGB für die Annahme, daß Geschäftsführer einer GmbH selbst dann, wenn sie Gesellschafter sind und über einen Mehrheitsanteil verfügen, als Unternehmer zu werten wären, nicht herangezogen werden. Vielmehr betreiben gerade Gesellschafter einer GmbH oder Organmitglieder juristischer Personen nach Lehre und Rechtsprechung kein Handelsgewerbe und sind daher auch keine Kaufleute (Straube in Straube HGB2 § 1 Rz 29 mwH). Es ist zutreffend, daß das "Betreiben" eines Unternehmens nicht mit "persönlicher Ausübung" gleichgesetzt werden darf und daß das "Betreiben" auch mittelbar, d.h. im Wege einer Gesellschaftsbeteiligung, erfolgen kann; dies jedoch nur bei Personengesellschaften (vgl die Hinweise bei Straube aaO Rz 25 bis 29), tritt doch bei Kapitalgesellschaften der Umstand dazwischen, daß sie selbst Träger von Rechten und Pflichten sind und für die Verbindlichkeiten mit dem Gesellschaftsvermögen haften. Gemäß § 61 Abs 3 GmbHG gilt die Gesellschaft als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Damit ist klargestellt, daß die Gesellschaft mbH - ausgenommen Fälle von Verpachtung, Treuhandschaft u.dgl - ihr Unternehmen selbst und nicht durch ihre Organe betreibt. Es ist daher Mohr, "Privatkonkurs", 8 f zuzustimmen, daß der Betrieb eines Unternehmens jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn der Schuldner bloß das vertretungsbefugte Organ einer Kapitalgesellschaft ist. Gleichermaßen gilt zweifelsohne zumindest auch dann, wenn der Schuldner einen Anteil an der Kapitalgesellschaft hält. In der Sache selbst ist vorerst auf die Argumente der Vorinstanzen zur angenommenen Unternehmereigenschaft des Antragstellers, welche zur Gänze auf den Ausführungen Kossaks in "Die Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Privatkonkurse", RZ 1995, 2 und 26, fußen, einzugehen. Danach sei das Schuldenregulierungsverfahren grundsätzlich jedem Geschäftsführer einer GmbH zu versagen, weil er diese, für die er als vertretungsbefugtes Organ bestellt wurde, im Sinn des Paragraph eins, HGB und damit auch im Sinne des Paragraph 182, KO betreibe, und zwar auch dann, wenn er formell keine Gesellschaftsanteile habe oder nur Minderheitsgesellschafter sei. Kossak verweist in diesem Zusammenhang auf den aus Paragraph eins, Absatz 6, Ziffer 3, IESG entlehnten Begriff des maßgebenden Einflusses auf die Führung des Unternehmens, welcher das sachlichste Abgrenzungskriterium zwischen den Zuständigkeiten von Bezirksgericht und Landesgericht sei. Letzterem Argument ist vorerst zu entgegnen, daß die zitierte Bestimmung des IESG aus der Motivation heraus geschaffen wurde, diejenigen Personen, denen durch ihre Funktion im Unternehmen des Arbeitgebers eine arbeitgeberähnliche Position zukommt, von der Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld auszunehmen (134 BlgNR 19. GP 82). Demgegenüber trifft die Konkursordnung Unterscheidungen zwischen Unternehmern und Nichtunternehmern nur dann, wenn dies aufgrund der besonderen Situation geboten erscheint. Für das Konkursverfahren von Personen, die kein Unternehmen betreiben, sollen die Bezirksgerichte zuständig sein, weil diese Verfahren an die Stelle von Exekutionsverfahren, die derzeit gegen zahlungsunfähige Personen geführt werden, treten und der persönliche Kontakt zwischen Schuldner und Gericht mehr in den Vordergrund tritt, insbesondere weil ein Masseverwalter nur in Ausnahmefällen bestellt wird (RV 1218 BlgNR 18. GP, 18 f). Anders als bei den Bestimmungen des IESG wollte der Gesetzgeber der Konkursordnungs-Novelle 1993 nicht auf die Stellung im Unternehmen und die dadurch möglicherweise bedingte Vorhersehbarkeit oder Vermeidbarkeit der Krise abstehen, sondern vielmehr darauf, ob der Schuldner ein Unternehmen betreibt. Damit hat der Gesetzgeber zweifelsohne - insoweit ist Kossak aaO zuzustimmen - auf die Bestimmung des Paragraph eins, HGB Bezug genommen und zumindest für den überwiegenden Teil der Fälle

sichergestellt, daß Konkurse von Kaufleuten vor den auch sonst zur Entscheidung über deren Rechtsstreitigkeiten berufenen Handelsgerichten abgewickelt werden. Darüber hinaus kann allerdings Paragraph eins, HGB für die Annahme, daß Geschäftsführer einer GmbH selbst dann, wenn sie Gesellschafter sind und über einen Mehrheitsanteil verfügen, als Unternehmer zu werten wären, nicht herangezogen werden. Vielmehr betreiben gerade Gesellschafter einer GmbH oder Organmitglieder juristischer Personen nach Lehre und Rechtsprechung kein Handelsgewerbe und sind daher auch keine Kaufleute (Straube in Straube HGB2 Paragraph eins, Rz 29 mwH). Es ist zutreffend, daß das "Betreiben" eines Unternehmens nicht mit "persönlicher Ausübung" gleichgesetzt werden darf und daß das "Betreiben" auch mittelbar, d.h. im Wege einer Gesellschaftsbeteiligung, erfolgen kann; dies jedoch nur bei Personengesellschaften vergleiche die Hinweise bei Straube aaO Rz 25 bis 29), tritt doch bei Kapitalgesellschaften der Umstand dazwischen, daß sie selbst Träger von Rechten und Pflichten sind und für die Verbindlichkeiten mit dem Gesellschaftsvermögen haften. Gemäß Paragraph 61, Absatz 3, GmbHG gilt die Gesellschaft als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Damit ist klargestellt, daß die Gesellschaft mbH - ausgenommen Fälle von Verpachtung, Treuhandschaft usw. - ihr Unternehmen selbst und nicht durch ihre Organe betreibt. Es ist daher Mohr, "Privatkonkurs", 8 f zuzustimmen, daß der Betrieb eines Unternehmens jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn der Schuldner bloß das vertretungsbefugte Organ einer Kapitalgesellschaft ist. Gleiches gilt zweifelsohne zumindest auch dann, wenn der Schuldner einen Anteil an der Kapitalgesellschaft hält.

§ 81 Abs 1 Z 1 AO enthält eine der hier auszulegenden weitestgehend gleichlautende Wendung, indem dort die Eröffnung des Vorverfahrens unter anderem dann als unzulässig bezeichnet wird, wenn der Schuldner kein Unternehmen betreibt. Mag diese Bestimmung auch weitestgehend totes Recht geblieben sein, ergibt sich doch, daß die §§ 79 ff AO ausschließlich auf die Unternehmensfortführung abstellen, normiert doch § 79 AO, daß das Vorverfahren dann zu eröffnen ist, wenn Mittel, derer es für eine zeitweilige oder dauernde Fortführung eines Unternehmens des Schuldners bedarf, aufgrund der Eröffnung des Vorverfahrens voraussichtlich leichter beschafft werden können als bei dessen Unterbleiben. Würde man der Ansicht Kossaks aaO und damit auch jener der Vorinstanzen folgen und den Geschäftsführer einer GmbH schlechthin zumindest bis zur Bescheinigung des Gegenteils als Unternehmer betrachten, stünde ihm auch der Weg des Vorverfahrens offen, obwohl - wie hier - die GesmbH die Voraussetzung für eine Konkursöffnung nicht erfüllt und somit völlig unklar wäre, welches Unternehmen nun Mittel für seine Fortführung benötigte. Dem Gesetzgeber, der in der Regierungsvorlage (aaO 19) ausdrücklich darauf verwies, die Abgrenzung, ob der Schuldner ein Unternehmen betreibe, finde sich bereits derzeit im § 81 Abs 1 Z 1 AO, kann nicht unterstellt werden, er habe divergierende Inhalte gleich bezeichnen oder das Vorverfahren auch Organen von Kapitalgesellschaften ermöglichen wollen. Paragraph 81, Absatz eins, Ziffer eins, AO enthält eine der hier auszulegenden weitestgehend gleichlautende Wendung, indem dort die Eröffnung des Vorverfahrens unter anderem dann als unzulässig bezeichnet wird, wenn der Schuldner kein Unternehmen betreibt. Mag diese Bestimmung auch weitestgehend totes Recht geblieben sein, ergibt sich doch, daß die Paragraphen 79, ff AO ausschließlich auf die Unternehmensfortführung abstellen, normiert doch Paragraph 79, AO, daß das Vorverfahren dann zu eröffnen ist, wenn Mittel, derer es für eine zeitweilige oder dauernde Fortführung eines Unternehmens des Schuldners bedarf, aufgrund der Eröffnung des Vorverfahrens voraussichtlich leichter beschafft werden können als bei dessen Unterbleiben. Würde man der Ansicht Kossaks aaO und damit auch jener der Vorinstanzen folgen und den Geschäftsführer einer GmbH schlechthin zumindest bis zur Bescheinigung des Gegenteils als Unternehmer betrachten, stünde ihm auch der Weg des Vorverfahrens offen, obwohl - wie hier - die GesmbH die Voraussetzung für eine Konkursöffnung nicht erfüllt und somit völlig unklar wäre, welches Unternehmen nun Mittel für seine Fortführung benötigte. Dem Gesetzgeber, der in der Regierungsvorlage (aaO 19) ausdrücklich darauf verwies, die Abgrenzung, ob der Schuldner ein Unternehmen betreibe, finde sich bereits derzeit im Paragraph 81, Absatz eins, Ziffer eins, AO, kann nicht unterstellt werden, er habe divergierende Inhalte gleich bezeichnen oder das Vorverfahren auch Organen von Kapitalgesellschaften ermöglichen wollen.

Wie sich bereits aus der Verwendung der Gegenwartsform ("betreibt ...") im § 182 KO ergibt, ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeit jener der Antragstellung (Mohr aaO 8; Deixler-Hübner aaO Rz 92). Selbst wenn der Antragsteller im Zeitpunkt der Einbringung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes noch zu 25 % Gesellschafter der Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH gewesen sein sollte, könnte dies - wie dargestellt - das Schuldenregulierungsverfahren hinsichtlich seiner Person nicht unzulässig machen. Der von den Vorinstanzen herangezogene Ab- bzw Zurückweisungsgrund lag daher in Wahrheit nicht vor. Wie sich bereits aus der Verwendung

der Gegenwartsform ("betreibt ...") im Paragraph 182, KO ergibt, ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeit jener der Antragstellung (Mohr aaO 8; Deixler-Hübner aaO Rz 92). Selbst wenn der Antragsteller im Zeitpunkt der Einbringung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes noch zu 25 % Gesellschafter der Innenarchitektur J\*\*\*\*\* GmbH gewesen sein sollte, könnte dies - wie dargestellt - das Schuldenregulierungsverfahren hinsichtlich seiner Person nicht unzulässig machen. Der von den Vorinstanzen herangezogene Ab- bzw Zurückweisungsgrund lag daher in Wahrheit nicht vor.

Dem Revisionsrekurs ist Folge zu geben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind ersatzlos aufzuheben. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund über den Antrag auf Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens zu entscheiden haben.

#### **Anmerkung**

E51180 08A00908

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0080OB00090.98P.0824.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980824\_OGH0002\_0080OB00090\_98P0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)