

# TE OGH 1977/3/29 50b558/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.03.1977

## Norm

Handelsgesetzbuch §112

Handelsgesetzbuch §133

Handelsgesetzbuch §140 Abs1

Handelsgesetzbuch §142

## Kopf

SZ 50/48

## Spruch

Bei Beurteilung der Schwere einer Treuepflichtverletzung des geschäftsführenden Gesellschafters ist bei unmittelbar bevorstehender Auflösung und Liquidation der OHG kein allzustrenger Maßstab anzulegen

OGH 29. März 1977, 5 Ob 558/77 (OLG Wien 3 R 8/77; HG Wien 28 Cg 1322/76)

## Text

Die Streitteile sind die persönlich haftenden Gesellschafter der unter der Firma Dipl.-Ing. Rudolf I im Handelsregister beim Handelsgericht Wien eingetragenen Offenen Handelsgesellschaft. Es ist rechtskräftig festgestellt, daß die Gesellschaft durch die Kündigung des hier beklagten Gegners mit Ablauf des Dezember 1974 aufgelöst wurde und sich ab 1. Jänner 1975 in Liquidation befindet.

Zur Sicherung ihres auf § 142 HGB gegründeten Klageanspruches, das Unternehmen der Offenen Handelsgesellschaft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen und ohne weitere Beteiligung des beklagten Gegners allein weiterzuführen, begehrte die gefährdete Klägerin, für die Dauer bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Rechtsstreites einstweilig zu verfügen, daß die Liquidation der Gesellschaft aufgeschoben werde, die Anmeldung der Liquidation zum Handelsregister zu unterbleiben und der vom Handelsgericht Wien bestellte Liquidator Dr. Siegmund K mit der Vornahme der Abwicklungsmaßnahmen innezuhalten habe und daß dem beklagten Gegner verboten werde des die Gesellschaft zu vertreten und für sie zu zeichnen, sowie daß dieses Verbot im Handelsregister eingetragen werde. Die gefährdete Klägerin hat sich bereit erklärt, für den Fall mangelnder Anspruchsbescheinigung eine vom Gericht zu bestimmende Sicherheit zu leisten.

Zur Begründung ihres Begehrens auf Erlassung der einstweiligen Verfügung berief sich die gefährdete Klägerin in erster Linie auf die Ergebnisse eines vorangegangenen Provisorialverfahrens, in welchem das Gericht zweiter Instanz in Stattgebung ihres - später vom OGH aus hier nicht mehr bedeutungsvollen, rechtlichen Erwägungen abgewiesenen - Antrages dem beklagten Gegner für die Dauer des Rechtsstreites einstweilig die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis entzogen hatte.

Darüber hinaus behauptete die gefährdete Klägerin in ihrem Antrag weitere, ihrer Ansicht nach gravierende, gegen die Treuepflicht und das Wettbewerbsverbot verstoßende, die Interessen der Gesellschaft schädigende Handlungen des beklagten Gegners

Der beklagte Gegner hat in seiner Äußerung die Abweisung dieses Antrages begehrt und den Hilfsantrag gestellt, die Bewilligung der einstweiligen Verfügung von einer Sicherheitsleistung im Betrage von 6 Millionen S abhängig zu machen.

Das Erstgericht wies den Antrag auf Erfassung der einstweiligen Verfügung ohne Durchführung eines Bescheinigungsverfahrens aus rechtlichen Erwägungen ab.

Das Berufungsgericht änderte in teilweiser Stattgebung des Rekurses der gefährdeten Klägerin die Entscheidung dahin ab, daß es zur Sicherung des Übernahmeanspruches der gefährdeten Klägerin (§ 142 HGB) für die Dauer bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Rechtsstreites einstweilen verfügte, daß

a) mit der Liquidation der Offenen Handelsgesellschaft innezuhalten sei,

b) dem beklagten Gegner die Vertretung und Zeichnung der Firma Dipl.-Ing. Rudolf I verboten werde und

c) das in lit. b ausgesprochene Verbot im Handelsregister beim Handelsgericht Wien zu A 4196 a einzutragen sei;

im übrigen bestätigte das Rekursgericht die das restliche Begehren der gefährdeten Partei abweisende Entscheidung des Erstgerichtes und sprach aus, daß die einstweilige Verfügung nicht vor dem Nachweis des gerichtlichen Erlages der mit 1 Million S festgesetzten Sicherheit, welche die gefährdete Klägerin zu leisten habe, vollzogen werden dürfe.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs des beklagten Gegners der gefährdeten Klägerin Folge.

Der angefochtene Beschluß wurde unter Einbeziehung der rechtskräftigen Teilabweisung dahin abgeändert, daß die Entscheidung des Erstgerichtes wiederhergestellt wurde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Zunächst muß der Behauptung des beklagten Gegners entgegengetreten werden, die gefährdete Klägerin habe ihren Klageanspruch auf Ausübung des Übernahmerechtes bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Erstgerichtes über ihren Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung nur auf eine angebliche Vereinbarung und nicht auf das Gesetz (§ 142 HGB) gestützt: Tatsächlich führte die gefährdete Klägerin in ihrem Antrag aus, daß sie nach rechtskräftiger Feststellung der Auflösung der Gesellschaft infolge Kündigung durch den beklagten Gegner mangels Vorhandenseins der vertraglichen Voraussetzungen hiezu das Übernahmerecht nach dem Gesetz geltend mache.

Es kann auch nicht der Ansicht des beklagten Gegners beigestimmt werden, daß auf Grund des Vorbringens der gefährdeten Klägerin in ihrem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht die Ergebnisse des Bescheinigungsverfahrens hätten berücksichtigt werden dürfen, das zu ihrem seinerzeitigen, vom OGH schließlich abgewiesenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durchgeführt worden war. Die gefährdete Klägerin hat in ihrem Antrag ausdrücklich auf jene Ergebnisse des Bescheinigungsverfahrens hingewiesen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung des Gerichtes zweiter Instanz führten, und daran die rechtliche Schlußfolgerung geknüpft, daß allein schon auf dieser Grundlage die Anspruchsvoraussetzungen für die Erlassung der nun beantragten einstweiligen Verfügung gegeben seien. Auch wenn die erwähnte Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz vom OGH aus hier nicht mehr bedeutungsvollen rechtlichen Erwägungen aufgehoben worden ist und rechtlich keine Wirkung zu erzeugen vermag, so ist doch eine Verweisung auf ihren Inhalt zulässig und ausreichend. Es entspricht daher der Antrag der gefährdeten Klägerin auf Erlassung der einstweiligen Verfügung dem Inhaltserfordernis der Behauptung und Bescheinigung des Anspruches und der ihm drohenden Gefahr durchaus, wenn auf die in der vorangegangenen und bereits wieder aufgehobenen einstweiligen Verfügung zugrunde gelegten Ergebnisse des Provisorialverfahrens hingewiesen und unter Berufung darauf der Entscheidungsanspruch gegründet wird.

Der von der gefährdeten Klägerin behauptete gesetzliche Übernahmeanspruch gemäß § 142 HGB ist allerdings weder auf der Grundlage der vom Gericht zweiter Instanz in diesem Verfahren als bescheinigt angenommenen Tatsachen noch bei unterstellter Annahme der Richtigkeit der von ihr darüberhinaus - unter Einschluß ihrer Verweisung auf die Ergebnisse des seinerzeitigen Bescheinigungsverfahrens - vorgebrachten Vorfälle begründet.

Bei der Beurteilung der dem beklagten Gegner vorgeworfenen Verfehlungen auf ihre Eignung, als abstrakte Ausschließungsgründe im Sinne der §§ 140 Abs. 1 und 133 Abs. 1 und 2 HGB den Übernahmeanspruch der gefährdeten Klägerin zu begründen, muß zu allererst davon ausgegangen werden, daß sie insgesamt in jenen Zeitraum fallen, in welchem infolge der bereits geschehenen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses durch den beklagten Gegner zum 31. Dezember 1974 die Auflösung der Gesellschaft unmittelbar bevorstand bzw. schon eingetreten war. Bei allen ihm vorgeworfenen Handlungen durfte daher der beklagte Gegner die mit dem 1. Jänner 1975 beginnende Liquidation der Gesellschaft als feststehende Tatsache voraussetzen. Es ist in Anbetracht der unmittelbar bevorstehenden Auflösung einer Personenhandelsgesellschaft und der ihr in absehbarer Zeit folgenden Vollbeendigung der Gesellschaft ihren geschäftsführenden Gesellschaftern nicht zuzumuten, mit der Vorbereitung eigener künftiger Geschäftstätigkeit im Geschäftszweig der bisherigen Gesellschaft bis zum Eintritt der Auflösung oder etwa gar bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft zuzuwarten. Sie sind deshalb zur Wahrung eigener Interessen durchaus berechtigt, schon vor dem Übertritt der Offenen Handelsgesellschaft in das Stadium der Abwicklung die künftige Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Geschäftszweig der noch bestehenden Offenen Handelsgesellschaft für die Zeit nach deren Auflösung vorzubereiten. Zu den ihnen erlaubten Vorbereitungsmaßnahmen zählt ungeachtet der grundsätzlichen Fortdauer des gesetzlichen Konkurrenzverbotes gemäß § 112 HGB auch die Mitwirkung an der Gründung einer Gesellschaft mbH zu dem Zweck, nach Auflösung der Personenhandelsgesellschaft in deren Geschäftszweig tätig zu werden, sowie die Übernahme der Geschäftsführung an dieser Gesellschaft mbH. Der beklagte Gegner hat deshalb durch die Gründung der T-Gesellschaft mbH am 23. August 1974 und durch die Veranlassung ihrer Eintragung ins Handelsregister am 16. September 1974 sowie durch die Übernahme der Geschäftsführung dieser Gesellschaft nicht schon gegen seine zu dieser Zeit noch fortbestehende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber der Offenen Handelsgesellschaft verstoßen und auch nicht das daraus erfließende Konkurrenzverbot des § 112 HGB verletzt. Es war ihm zur Vorbereitung der Tätigkeit der Gesellschaft mbH auch erlaubt, einen Angestellten aufzunehmen, ein Mietlokal zu erwerben und auszugestalten, sowie Waren einzukaufen und zu veranlassen, daß zum 1. Jänner 1975 die zur Bekanntmachung der Gesellschaft mbH in der Öffentlichkeit und bei den in Betracht kommenden Kreisen des potentiellen Geschäftspublicums erforderlichen Einschaltungen im Amtlichen Telefonbuch der Österreichischen Post- und Telegraphenverwaltung, einschließlich des Branchenverzeichnisses, erfolgen. Die Behauptung der gefährdeten Klägerin, der beklagte Gegner habe in irreführender Weise veranlaßt, daß im Amtlichen Telefonbuch für Wien 1975 die Adresse der Offenen Handelsgesellschaft mit Wien 4, J-Gasse 28, dem Sitz des Unternehmens der von ihm gegründeten Gesellschaft mbH, angegeben werde, ist durch den Inhalt der von ihr selbst zur Bescheinigung dieser Behauptung vorgelegten Fotokopie des Bestellscheines Nr. 39 601 (Beilage V) widerlegt: dort befindet sich der korrekte Firmenwortlaut der Gesellschaft mbH und deren Adresse und keinesfalls die Firma der Offenen Handelsgesellschaft mit der Adresse der Gesellschaft mbH als Gegenstand der begehrten Einschaltung. Da die gefährdete Klägerin kein anderes Bescheinigungsmittel angeboten hat, steht dem Obersten Gerichtshof die Auslegung des Inhaltes dieser Urkunde zu. Aus der von der gefährdeten Klägerin vorgelegten Fotokopie des Bestellscheines Nr. 35 257 geht zwar hervor, daß der beklagte Gegner am 16. November 1974 bei der Österreichischen Post- und Telegraphenverwaltung die Einschaltung der von ihm gegründeten Gesellschaft mbH als Repräsentantin der Firma O für Österreich anstelle der Offenen Handelsgesellschaft in das Amtliche Telefonbuch Ausgabe 1975 beantragt hat, doch kann ihm dies nicht angelastet werden, weil unbestrittenermaßen der Vertretungsvertrag zwischen der Firma O und der Offenen Handelsgesellschaft zur Zeit des Erscheinens des Telefonbuches Ausgabe 1975 nicht mehr bestanden hat und die gefährdete Klägerin deshalb auch nicht in ihren Rechten verletzt worden sein kann.

Richtig ist freilich, daß der beklagte Gegner durch die Bestellung und den Bezug von Ware der Firma O für die von ihm vertretene Gesellschaft mbH unter Umgehung der zu dieser Zeit (November 1974) noch für das Gebiet von Österreich alleinverkaufsberechtigten Offenen Handelsgesellschaft seine gesellschaftsrechtliche Pflicht verletzt hat, in Wahrung der Interessen der Offenen Handelsgesellschaft auch diese vorbereitenden Wareneinkäufe über die Offene Handelsgesellschaft abzuwickeln. Diese Pflichtverletzung ist in Anbetracht der unmittelbar bevorstehenden Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft und infolge ihrer Einmaligkeit nicht derart schwer, daß sie schon als abstrakter Ausschließungsgrund im Sinne der §§ 140 Abs. 1 und 133 Abs. 1 und 2 HGB qualifiziert werden und der gefährdeten Klägerin der Anspruch auf Übernahme des Unternehmens gemäß § 142 HGB geben kann. Nur in besonders schweren Fällen der Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht bei Geschäftsabschlüssen durch

geschäftsführende Gesellschafter unter Mißachtung des gesetzlichen Konkurrenzverbotes kann bei Annahme des Fortbestandes der werbenden Gesellschaft zu dieser äußersten Maßnahme ergriffen werden (vgl. Hueck, Das Recht der OHG[4], 199 f.;

Ulmer in Großkomm. HGB[3] II/1, 404; Baumbach - Duden HGB[22] 517;

SZ 29/51), wenn andere Maßnahmen, wie etwa die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen, nicht ausreichen, die für die Gesellschaft eingetretene unzumutbare Situation zu beheben (vgl. Kastner, Grundriß[2], 65 f.). In dem besonders gelagerten vorliegenden Fall ist in Anbetracht der unmittelbar bevorgestandenen Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft und der darauf folgenden Liquidation bei der Beurteilung der Schwere der Vertragsverletzung des beklagten Gegners kein allzustrenger Maßstab anzulegen. Berücksichtigt man dazu auch noch, daß nach dem Vorbringen der gefährdeten Klägerin - das sich aus ihrer Verweisung auf die Ergebnisse des seinerzeitigen Bescheinigungsverfahrens ergibt - die vom beklagten Gegner vertretene Gesellschaft mbH Warenverkäufe erst ab 1975 vorgenommen hat, also nach dem grundsätzlichen Erlöschen des gesetzlichen Konkurrenzverbotes des § 112 HGB (vgl. Hueck a. a. O " 482 f.; RZ 1962, 39), das nun nur mehr im Falle der Beeinträchtigung des Liquidationszweckes wirksam sein kann (Hueck a. a. O., 283 f.; ähnlich Fischer in Großkomm. HGB[3] II/1, 124), dann kann der vorher aufgezeigten Vertragsverletzung noch weniger Gewicht beigelegt werden, denn die Anschaffung der Ware von der Firma O diente nicht der Konkurrenzierung der werbenden Offenen Handelsgesellschaft; daß ihr Vertrieb nach dem 1. Jänner 1975 den Liquidationszweck beeinträchtige, weil etwa das bei der Offenen Handelsgesellschaft vorhandene gleichartige Warenlager nun gar nicht oder nur unter unzumutbaren Verhältnissen abgestoßen werden könne, hat die gefährdete Klägerin nicht behauptet, es wäre aber auch in Anbetracht des Umstandes, daß sich daraus in diesem Stadium der Gesellschaft keinesfalls mehr ein Übernahmerecht der gefährdeten Klägerin in Ansehung des Unternehmens ableiten ließe, ohne Bedeutung.

Auch der Vorwurf der gefährdeten Klägerin, der beklagte Gegner habe eigenmächtig Kontoauszüge bei zwei Banken bezüglich der dort geführten Konten der Offenen Handelsgesellschaft angefordert, ist nicht geeignet, den Klageanspruch zu begründen. Es ist das Recht jedes persönlich haftenden Gesellschafters, jederzeit, auch im Stadium der Liquidation der Gesellschaft und gerade dann, wenn er selbst nicht Liquidator ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere von ihren Geldgeschäften, zu unterrichten (§ 118 HGB). Die Liquidation der Gesellschaft beeinträchtigt die Kontrollrechte der Gesellschafter und deren Ausübung grundsätzlich nicht. Ob der beklagte Gegner die Kontoauszüge der Banken, mit denen die Offene Handelsgesellschaft in Geschäftsverbindung steht, persönlich in den Geschäftsräumen der Gesellschaft einsieht oder - wenn die Banken ihm dies trotz seiner nun fehlenden Vertretungsmacht gewähren - Abschriften der Kontoauszüge von den Banken einholt, ist dabei ohne Belang. Irgendwelche besonderen und berücksichtigungswürdigen Interessen der Liquidationsgesellschaft an der Unterlassung eines solchen Vorganges durch den beklagten Gegner hat die gefährdete Klägerin nicht behauptet.

Schließlich bleibt noch der durch die Feststellungen des Gerichtes zweiter Instanz als bescheinigt angenommene Vorwurf, der beklagte Gegner habe auf M, der die Interessen der Offenen Handelsgesellschaft in Ungarn wahrnimmt, mit einem die Offene Handelsgesellschaft schädigenden Ziel einzuwirken versucht: M könne in Ungarn durchblicken lassen, daß die Firma I (Offene Handelsgesellschaft) ihren Sitz und ihren Firmenwortlaut geändert habe; damit habe er M veranlassen wollen, ab 1975 Bestellungen der Ungarn nicht mehr bei der Offenen Handelsgesellschaft, sondern bereits bei der von ihm vertretenen Gesellschaft mbH vorzunehmen.

Da es sich hierbei um einen erfolglosen Versuch der Verleitung Ms handelt, der für die Offene Handelsgesellschaft keinen Nachteil brachte, und in Anbetracht der damals (Dezember 1974) unmittelbar bevorgestandenen Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft die durch diesen Vorfall bewirkte Störung des Vertrauens der gefährdeten Klägerin in die geschäftliche Korrektheit des beklagten Gegners zu dieser Zeit keine beachtliche Bedeutung mehr haben konnte, kann auch daraus die gefährdete Klägerin keinen für ihren behaupteten Übernahmeanspruch geeigneten abstrakten Ausschließungsgrund im Sinne der §§ 140 Abs. 1 und 133 Abs. 1 und 2 HGB ableiten.

Aus den dargelegten Erwägungen ist dem Revisionskurs des beklagten Gegners Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz unter Einbeziehung der rechtskräftigen Teilabweisung dahin abzuändern, daß die den ganzen Antrag abweisende Entscheidung des Erstgerichtes, die freilich nur im Ergebnis richtig war, wiederhergestellt wird.

#### **Anmerkung**

Z50048

**Schlagworte**

Gesellschafter einer OHG, Treuepflichtverletzung, Konkurrenzverbot, OHG-Gesellschafter, Treuepflichtverletzung, Treuepflichtverletzung eines geschäftsführenden Gesellschafters einer, OHG

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1977:0050OB00558.77.0329.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19770329\_OGH0002\_0050OB00558\_7700000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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