

TE OGH 2020/11/25 6Ob219/20d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.11.2020

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Schramm als Vorsitzenden, die Hofräte Hon.-Prof. Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek, Dr. Nowotny und die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R*****, vertreten durch Kinberger-Schuberth-Fischer Rechtsanwälte GmbH in Zell am See, gegen die beklagte Partei H*****, vertreten durch Walzl & Partner, Rechtsanwälte in Bischofshofen, wegen 33.830 EUR sA und Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 20. August 2020, GZ 6 R 47/20d-17, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 17. Februar 2020, GZ 4 Cg 53/19m-11, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen die mit 715,50 EUR (Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegenseitig aufgehoben.

Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die Streitteile führten in der Rechtsform einer OG zwei Lokale in B*****, wobei der Kläger das Automatencafe „L*****“ und der Beklagte das Nachtlokal „L*****“ betrieb. Der Gesellschaftsvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„IV. Abschnitt

Konventionalstrafe

10. Wettbewerbsverbot/Konkurrenzklausele

Kein Gesellschafter darf der Gesellschaft während der Dauer seiner Beteiligung daran und während eines halben Jahres nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft im Gebiet der Marktgemeinde B***** Konkurrenz machen oder sich an einem Konkurrenzunternehmen, in welcher Form immer, beteiligen. Verboten sind alle Geschäfte im Gewerbebezirk der Gesellschaft, gleichgültig ob sie im eigenen oder fremden Namen, auf eigene oder fremde Rechnung getätigt werden. Die vorstehenden Verbote können durch Gesellschafterbeschluss allgemein oder für den Einzelfall aufgehoben werden.

11. Vertragsstrafe

Für jeden Fall des Zuwiderhandelns gegen eines der Verbote des Pkt. 10. ist der verletzende Gesellschafter verpflichtet, der Gesellschaft eine Vertragsstrafe in Höhe von S 300.000,00 (in Worten: dreihunderttausend Schilling) zu bezahlen. ...

[Wertsicherung] ..."

[2] Mit Gesellschafterbeschluss vom 18. Juni 2018 haben die Streitteile die OG aufgelöst. Der Kläger führt das Unternehmen gemäß § 142 UGB als Einzelunternehmer fort.

[3] Anfang Juni 2017 wurden nach einer Razzia im Lokal „L*****“ mehrere Glücksspielautomaten beschlagnahmt. Damit ging ein erheblicher Umsatzrückgang einher.

[4] Die Beendigung der Zusammenarbeit ging vom Beklagten aus. Als der Beklagte dem Kläger im Frühjahr 2018 vorschlug, er wolle zur Gänze ausscheiden, dem Kläger beide Lokale überlassen und verzichte auf eine Abfindung, stimmte der Kläger zu. Etwa im Mai 2018 vereinbarten die Streitteile, dass der Beklagte aus der Gesellschaft ausscheidet, nichts erhält und auch nichts zu zahlen hat und der Kläger das gesamte Gesellschaftsvermögen und die Verbindlichkeiten übernimmt. Am 16. Mai 2018 fand bei einem Steuerberater die Besprechung der Bilanz 2016 statt, Teilnehmer waren beide Streitteile und der Steuerberater. Anlässlich dieser Besprechung wurde die bevorstehende Trennung thematisiert. Die Parteien informierten den Steuerberater über ihre Vereinbarung. Auch der Schuldenstand wurde besprochen sowie der Umstand, dass der Kläger die Verbindlichkeiten übernimmt.

[5] Der Beklagte schied mit Ablauf des 30. Juni 2018 als Gesellschafter aus, der Kläger führte das Unternehmen als Einzelunternehmer fort.

[6] Der Beklagte meldete sich mit Juli 2018 arbeitslos und bezog bis Ende des Jahres 2018 Arbeitslosenunterstützung. Daneben begann er jedenfalls ab August 2018 im Nachtlokal „P*****“ seines Freundes R*****, das im Nebenhaus das Automatencafes „L*****“ situiert ist, zu arbeiten. Dieses Lokal ist ebenso wie das nicht weit entfernte „L*****“ ein Nachtlokal mit Musik. Die beiden Betriebe sind miteinander vergleichbar. Bei der Sozialversicherung meldete R***** den Beklagten als lediglich geringfügig beschäftigt mit 2,5 Wochenstunden als Hilfskraft an. Tatsächlich war der Beklagte nicht nur 2,5 Stunden pro Woche an einem Donnerstag, sondern auch an Freitagen und Samstagen im Lokal tätig. Er kümmerte sich um die Musik, half auch fallweise im Service mit. Über diverse Medien wurde die Tätigkeit des Beklagten als Discjockey bei sogenannten Kerzelabenden donnerstags angekündigt. Das Lokal hatte damals vier Tage in der Woche geöffnet, der Beklagte war jedenfalls drei Tage pro Woche fallweise auch bis nach Mitternacht im Lokal. Er stand überwiegend hinter der Bar, wo sich auch die Musikanlage befindet, leitete Bestellungen weiter, räumte auch Aschenbecher und Gläser ab und unterstützte die Servicemitarbeiter. Ob er durch seine Tätigkeit im Nachtlokal auch Publikum und/oder Mitarbeiter des früheren „L*****“ zum Wechsel veranlasst hat, kann nicht festgestellt werden. Mit Jänner 2019 begann er als Angestellter auf einer Skihütte in M***** zu arbeiten. Seit Sommer 2019 führt er in Zusammenarbeit mit M***** R***** ein Sportstüberl in B*****.

[7] Der Kläger begehrt die Zahlung einer Konventionalstrafe von 33.830 EUR sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für jedwede zukünftigen derzeit noch nicht vorhersehbaren Schäden aus der Beendigung des Geschäftsverhältnisses.

[8] Der Beklagte habe den Kläger unter Vorspiegelung gesundheitlicher Probleme dazu veranlasst, dem Ausscheiden aus der Gesellschaft unter gleichzeitiger Entlassung aus den Gesellschaftsverbindlichkeiten zuzustimmen. Nach Vertragsunterfertigung (18. Juni 2018), jedoch noch vor dem Ausscheidungsdatum (30. Juni 2018), sei dem Kläger zugetragen worden, der Beklagte übe trotz vorgespiegelter Krankheit im Kiosk im Schwimmbad B***** Tätigkeiten für Herrn R***** aus. Unmittelbar nach dem Ausscheiden habe der Beklagte in dem nächstgelegenen Konkurrenzunternehmen „P*****“ die Geschäftsführung übernommen und als Discjockey gearbeitet. Er habe das gesamte Stammpublikum mitgenommen und den Kläger massiv geschädigt. Eine Anmeldung des Beklagten als lediglich geringfügig beschäftigt sei nur zum Schein erfolgt. Tatsächlich habe der Beklagte bis Jahresende 2018 im Lokal „P*****“ dieselben Tätigkeiten ausgeübt wie zuvor im Lokal „L*****“. Die Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechts sei ausgeschlossen, weil die Streitteile Unternehmer seien. Ein Feststellungsinteresse liege vor.

[9] Der Beklagte bestreitet, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete ein, er habe nur gelegentlich als geringfügig beschäftigter Discjockey gearbeitet. Ab Jänner 2019 habe er außerhalb der Marktgemeinde B***** als Angestellter gearbeitet. Bei Bejahung eines Wettbewerbsverstößes sei die vereinbarte Konventionalstrafe zu mäßigen, die Tätigkeit als Discjockey falle nicht ins Gewicht. Unrichtig sei, dass der Beklagte falsche Angaben zu den Gesellschaftsverbindlichkeiten gemacht habe. Dem Gesellschafterbeschluss sei eine Besprechung mit dem Steuerberater vorausgegangen. Der Kläger sei über die finanzielle Situation der OG im Bilde gewesen. Der Anspruch sei

nach § 113 UGB verjährt, weil der Kläger spätestens am 11. April 2019 Kenntnis von der Tätigkeit des Beklagten als Discjockey im Jahr 2018 gehabt haben müsse.

[10] Das Erstgericht verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von 16.915 EUR sA und wies das Mehrbegehren sowie das Feststellungsbegehren ab. Das zwischen den Streitteilen vereinbarte Wettbewerbsverbot mit Konventionalstrafe entspräche jenem nach § 112 UGB, sodass auf die dazu ergangene Rechtsprechung verwiesen werden könne. Die vom Beklagten im Konkurrenzunternehmen ausgeübte Tätigkeit begründe einen Verstoß gegen Punkt 10 des Gesellschaftsvertrags, weshalb die Konventionalstrafe fällig werde. Die Berechnung der Konventionalstrafe sei nicht substantiiert bestritten worden; allerdings sei diese bei Abwägung aller Umstände um 50 % zu mäßigen. Das Feststellungsbegehren sei mangels Feststellungsinteresses abzuweisen.

[11] Gegen dieses Urteil erhoben beide Streitteile Berufung. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. In Stattgebung der Berufung des Beklagten änderte es das Ersturteil im gänzlich klagsabweisenden Sinn ab. Das vertragliche Wettbewerbsverbot decke sich im Wesentlichen mit § 112 Abs 2 UGB, sodass die Verjährungsfrist des § 113 Abs 3 UGB anzuwenden sei. Daher sei der Anspruch des Klägers verjährt.

[12] Die ordentliche Revision sei zulässig, weil seit der Entscheidung 4 Ob 603/89 keine höchstgerichtliche Judikatur zu der in der Literatur strittigen Frage, ob auf eine Konventionalstrafe die kurze Verjährungsfrist nach § 113 UGB anzuwenden ist, mehr ergangen sei. Zudem stelle es eine erhebliche Rechtsfrage dar, ob die Grundsätze dieser Entscheidung auch auf ein nachvertragliches Konkurrenzverbot anzuwenden seien.

Rechtliche Beurteilung

[13] Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

[14] Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; sie ist auch teilweise berechtigt.

[15] 1. Im Revisionsverfahren ist nur noch das Zahlungsbegehren strittig. Das Berufungsgericht vertrat hiezu die Auffassung, das Klagebegehren sei gemäß § 113 Abs 3 UGB verjährt. Nach dieser Bestimmung verjähren Ansprüche wegen Verletzung des Wettbewerbsverbots (§ 112 UGB) in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschluss des Geschäfts oder von der Teilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntnis erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

[16] 2. Ein ausgeschiedener Gesellschafter ist mangels ausdrücklicher Vereinbarung nicht mehr an das Konkurrenzverbot des § 112 UGB gebunden (RS0061729; zur Zulässigkeit einer Vereinbarung auch Torggler, Das Wettbewerbsverbot im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, GesRZ 1978, 148 [152]). Die Regelung des Wettbewerbsverbots ist somit in jeder Richtung der freien Gestaltung unter den Gesellschaftern überlassen; so steht es ihnen auch frei, Vertragsstrafen zu vereinbaren (RS0061731).

[17] 3.1. Zweck der Verjährungsregelung in § 113 Abs 3 UGB ist die Befriedung der Gesellschaft, ferner die rasche Abklärung der Rechte und Pflichten des betroffenen Gesellschafters, denn dieser muss zeitnah wissen, nach welchen Grundsätzen er das Geschäft zu führen hat, weil es einen Unterschied macht, ob er nach einem Eintritt in ein auftragsähnliches Verhältnis zur Gesellschaft erfüllen, im Falle des Schadenersatzanspruchs Schadenersatz leisten muss oder in seiner Disposition mangels Verfolgung durch die Gesellschaft frei disponieren kann (Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, UGB I 4 § 113 Rz 50 mwN; Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger, UGB § 113 Rz 44; ähnlich Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/416).

[18] 3.2. Nach der Entscheidung 1 Ob 596/79 (HS 10.303) unterliegen Vertragsstrafen nicht der kurzen Verjährungsfrist von drei Monaten des § 113 Abs 3 HGB; es komme dann die allgemeine Verjährungsfrist für Konventionalstrafen von drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers zum Tragen.

[19] 3.3. Nach der Entscheidung 4 Ob 603/89 gilt für ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot, das mit der Dispositivnorm des § 112 HGB übereinstimmt, sofern die Vertragsauslegung nichts anderes ergibt, auch die Verjährungsvorschrift des § 113 Abs 3 HGB, da in diesem Fall die vertragliche Bestimmung bloß die – mangels abweichender Regelung ohnehin anwendbare (§ 109 HGB) – gesetzliche Regelung wiederhole. Diese Entscheidung

betrifft ein Wettbewerbsverbot, das nicht nur den Gesetzeswortlaut des damaligen § 112 HGB wiederholte, sondern auch einzelne Präzisierungen und Erweiterungen enthielt, indem es insbesondere auch die Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen als stiller Gesellschafter und eine „sonstige Mitarbeit welcher Art immer“ erwähnte.

[20] 3.4. In der Literatur wird der Anwendungsbereich des § 113 UGB von Milchrahm (aaO Rz 51) als „umstritten“ bezeichnet; ob § 113 Abs 3 UGB auf eine Vertragsstrafe oder sonstige vertragliche Sanktionen anzuwenden ist, sei wohl Sache der Vertragsauslegung (Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, UGB I 4 § 113 Rz 7 ff und 52): Wenn sich der Gesellschaftsvertrag zum Verhältnis des vertraglich vereinbarten Verbots zu § 113 UGB nicht äußere, müsse die Anwendbarkeit des § 113 UGB auch auf das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot durch Auslegung der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelungen ermittelt werden; soweit eine subjektive Auslegung zulässig ist, wäre zu klären, ob vom Parteiwillen auch die gesetzliche Sanktion erfasst sei.

[21] 3.5. Nach S.-F. Kraus in U. Torggler, UGB³ § 113 Rz 9 ist § 113 Abs 3 UGB weder auf vertragliche, über das Gesetz hinausgehende Ansprüche anzuwenden noch auf vertragliche Wettbewerbsverbote; die Rechtsprechung wende § 113 Abs 3 UGB jedoch an, wenn vertraglich bloß die gesetzliche Regelung wiederholt wird.

[22] 3.6. Ähnlich führen Jabornegg/Artmann, UGB³ § 113 Rz 15 aus, auf zusätzlich vereinbarte Sanktionen (etwa Vertragsstrafen), die an das bestehende gesetzliche Verbot anknüpfen, oder auf Sanktionen aus der Verletzung besonderer, über das Gesetz hinausgehender vertraglicher Wettbewerbsverbote, sei Abs 3 nicht ohne Weiteres anzuwenden, vielmehr gälten an sich die allgemeinen Vorschriften; doch könne sich aus dem Vertrag anderes ergeben.

[23] 3.7. Zollner/Simonishvili in Zib/Dellinger, UGB § 113 Rz 45 sind der gleichen Ansicht und nennen als Beispiel für nicht von § 113 Abs 3 UGB erfasste Ansprüche solche aus besonders vereinbarten (nachvertraglichen) Wettbewerbsverboten, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges ergebe. Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/416 führt unter Hinweis auf die oben dargestellte Entscheidung 4 Ob 603/89 aus, für vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbote gelte die Sonderverjährung nur, wenn sie die gesetzliche Regelung wiederholten.

[24] 3.8. Nach Torggler, GesRZ 1978, 154, ist die kurze Verjährungsfrist des § 113 Abs 3 HGB (nunmehr UGB) weder auf nur vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbote anzuwenden noch auf solche Ansprüche aus der Verletzung des Wettbewerbsverbots, die über die gesetzlich vorgesehenen hinausgehen; ob sich dies auch in Bezug auf eine vereinbarte Vertragsstrafe sagen lasse, erscheine zweifelhaft, weil eine solche ja pauschalierter Schadenersatz sei.

[25] 3.9. In der deutschen Literatur führt Bergmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB⁴ § 113 Rz 41 (ebenso Lieder in Oetker, HGB⁶ § 113 Rz 25 und offenbar auch Roth in Baumbach/Hopt, HGB³⁹ § 113 Rz 10) bei vergleichbarer Rechtslage aus, die dreimonatige Frist des § 113 Abs 3 HGB passe nicht auf einen Vertragsstrafenanspruch.

[26] 3.10. Zur inhaltlich im hier interessierenden Umfang gleichlautenden Parallelbestimmung des § 24 Abs 4 GmbHG wird ebenso auf den Normzweck verwiesen, eine längere Unsicherheit über das Wahlrecht des § 24 Abs 3 GmbHG zu vermeiden und Streit über die fernere Vergangenheit abzuschneiden (J. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 24 Rz 11; ähnlich Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK-GmbHG § 24 Rz 38).

[27] 4.1. Im vorliegenden Fall geht das Konkurrenzverbot in seinem zeitlichen Umfang und bei den Sanktionen über die gesetzliche Regelung des § 112 UGB hinaus, sodass jedenfalls keine „bloße Wiederholung“ der gesetzlichen Regelung vorliegt. Die Annahme der Verjährung des Anspruchs auf die Konventionalstrafe durch das Berufungsgericht steht mit der Entscheidung 1 Ob 596/79 und dem überwiegenden Meinungsstand in der Literatur im Widerspruch. Demnach ist § 113 Abs 3 UGB auf Ansprüche auf Konventionalstrafen überhaupt nicht anzuwenden; für die generelle Frage, ob § 113 Abs 3 UGB überhaupt Ansprüche aus einer vertraglichen Grundlage, insbesondere für den Zeitraum nach Ende der Gesellschafterstellung betrifft, kommt es auf die Auslegung der Vereinbarung an.

[28] 4.2. Der Oberste Gerichtshof schließt sich dieser Auffassung an. Schon nach allgemeinen methodischen Grundsätzen ist § 113 UGB als Ausnahmebestimmung eng zu interpretieren. Dabei kommt vor allem dem Gesichtspunkt Bedeutung zu, dass der Normzweck für die kurze Verjährung, nämlich die rasche Klärung, ob der Gesellschafter das Geschäft führen darf, bei einer Konventionalstrafe nicht im selben Ausmaß zum Tragen kommt. Dies gilt noch mehr, wenn es sich wie im vorliegenden Fall um einen Verstoß nach Ende der Gesellschafterstellung handelt.

[29] 5.1. Die Revision macht geltend, der Gesellschaftsvertrag sei im Jahr 1994 abgeschlossen worden, als das Mäßigungsrecht auf Unternehmer (Kaufleute) noch nicht anzuwenden war. Dem kann nicht gefolgt werden:

[30] 5.2. § 348 HGB enthielt bis zum 31. 12. 2006 die Regelung, wonach eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, nicht aufgrund der Vorschriften des § 1336 Abs 2 ABGB herabgesetzt werden kann (vgl Torggler, GesRZ 1978, 154). Mit dem HaRÄG BGBl I 120/2005 wurde diese Bestimmung zum 1. 1. 2007 aufgehoben. Das Mäßigungsrecht ist somit nunmehr generell unabdingbar.

[31] 5.3. § 906 Abs 14 UGB regelt das Außerkrafttreten der Bestimmungen des HGB und das Inkrafttreten der Bestimmungen des UGB, nimmt aber auf § 348 HGB nicht direkt Bezug. Allerdings findet sich dort die Anordnung, dass, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist, auf Sachverhalte, die sich vor Ablauf des 31. Dezember 2006 ereignet haben, die bisher geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden sind. Nach § 907 Abs 3 UGB sind – sofern nichts anderes bestimmt wird – die Bestimmungen des Zweiten Buches in der Fassung des HaRÄG auch auf Gesellschaften anzuwenden, die vor dem 1. Jänner 2007 errichtet wurden. Die mit dem HaRÄG geänderten Bestimmungen des Vierten Buches (§§ 343 bis 450) sind gemäß § 907 Abs 18 UGB auf nach dem 31. Dezember 2006 abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzuwenden.

[32] 5.4. Letzteres entspricht dem Prinzip, dass Gesetze nicht zurückwirken (§ 5 ABGB); dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Parteien im Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage, aufgrund welcher sie ihr Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, geschützt werden sollen (Schauer in Krejci, Reformkommentar UGB/ABGB § 907 UGB Rz 1). So soll zB eine Mängelrüge für nach 31. 12. 2006 zutage getretene Mängel noch nach § 377 HGB in seiner alten Fassung zu beurteilen sein, wenn der Kaufvertrag vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurde (ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 66).

[33] 5.5. Davon ausgehend gelangte der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 184/14h zu dem Ergebnis, dass das Mäßigungsrecht bei Verträgen, die von zwei Unternehmern (Kaufleuten) vor Inkrafttreten des UGB abgeschlossen wurden, nicht anzuwenden ist, weil für die Geltung des § 348 HGB entsprechend § 907 Abs 18 UGB ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist. Legt man diese Entscheidung dem vorliegenden Fall zu Grunde, so ist auch hier § 348 HGB weiterhin zu beachten, weil der gegenständliche Vertrag im Jahr 1994 abgeschlossen wurde.

[34] 5.6. Allerdings unterlag nach der Rechtsprechung zum alten Recht die innerhalb eines Gründungsgeschäfts eines Verbrauchers versprochene Konventionalstrafe sehr wohl dem richterlichen Mäßigungsrecht (RS0107995). § 348 HGB über den Ausschluss des Mäßigungsrechts galt in diesem Fall also nicht. Gründungsgeschäfte eines Verbrauchers waren auch dann keine Handelsgeschäfte, wenn der Verbraucher mit der Aufnahme des Betriebs des Unternehmens (Minderkaufmann) Kaufmann wurde (RS0065176). Gleiches galt für den Unternehmenserwerb (RS0065176 [T4]). Auch Dauerschuldverhältnisse als Gründungsgeschäft sind als Geschäfte im Sinne des § 1 Abs 3 KSchG zu sehen, sohin sind auch Sachverhalte erfasst, die sich nach dem Vertragsabschluss (Gründungsgeschäft) ereignen, aber von dem Vertrag erfasst werden (RS0065176 [T7]).

[35] 5.7. In diesem Sinne vertritt der Beklagte die Auffassung, dass das Mäßigungsrecht hier doch zur Anwendung komme, weil der gegenständliche Gesellschaftsvertrag für ihn ein Gründungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG gewesen sei.

[36] 5.8. Dabei stellt sich jedoch zunächst die vorgelagerte Frage, ob § 348 HGB bzw das Vierte Buch des HGB überhaupt auf das im Gesellschaftsvertrag geregelte Verhältnis der Gesellschafter untereinander anzuwenden ist; erst wenn man dies bejaht, wäre in einem weiteren Schritt eine allfällige Ausnahme für Gründungsgeschäfte iSd § 1 Abs 3 KSchG zu prüfen. Ein Vorbereitungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG würde im Abschluss eines Gesellschaftsvertrags nämlich nur dann liegen, wenn die OG der Vorbereitung eines eigenen Unternehmens des Gesellschafters dient, was kaum der Fall sein wird (Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 Rz 52).

[37] 5.9. Allgemein ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags dann unternehmensbezogen, wenn er von einem Unternehmer im Rahmen seines Unternehmensbetriebs oder von einem Formunternehmer vorgenommen wird (Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB I 4 § 344 Rz 33; Artmann, UGB³ § 105 Rz 55; beide auch mwN aus der deutschen Literatur). Der Gesellschaftsvertrag ist demnach dann ein unternehmensbezogenes Rechtsgeschäft, wenn er für zumindest einen Gesellschafter zum Betrieb seines Unternehmens gehört (U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I 4 § 105 Rz 60; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/340; Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 Rz 49).

[38] 5.10. Nach noch weitergehender Ansicht ist bei sogenannten „Organisationsgeschäften“, wie etwa dem Gesellschaftsvertrag, generell weder das KSchG noch das Vierte Buch des UGB anzuwenden, da diese Bestimmungen auf ein marktorientiertes Auftreten der Wirtschaftsteilnehmer abstellen und daher das Vorliegen eines Transaktionsgeschäfts voraussetzen, wo rein schuldrechtliche Rechtsbeziehungen (idR mit Austauschcharakter) begründet werden (Skarics, [Kein] Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter? NZ 2017/32; S.-F. Kraus in U. Torggler, UGB³ § 105 Rz 20; vgl aber 6 Ob 43/13m).

[39] 5.11. Nach F. Schuhmacher (Der Gesellschafter als Unternehmer – Überlegungen zu Gesellschafterstellung und Unternehmereigenschaft, wbl 2012, 71) finden auf den unternehmerähnlichen Gesellschafter die Bestimmungen des Vierten Buchs des UGB Anwendung, soweit sie nach dem Normzweck auf der Teilnahme am professionellen Geschäftsverkehr beruhen. Dies beruht auf der Überlegung, dass der Gesellschafter selbst das Unternehmen nicht betreibt; lediglich die Gesellschaft sei Trägerin des Unternehmens. Das Organisationsrecht sei allerdings durch die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen der §§ 105 ff UGB geregelt; diese Sonderregelungen und die organisationsrechtliche Struktur determinieren das Gesellschaftsverhältnis so stark, dass für die Anwendbarkeit verbraucherschutzrechtlicher Regelungen (und der Regelungen über unternehmensbezogene Geschäfte) kaum Raum verbleibe.

[40] 5.12. In der den Erwerb von GmbH-Anteilen betreffenden Entscheidung 6 Ob 126/18z wurde der Diskussionsstand dahingehend zusammengefasst, dass weitgehende Einigkeit darüber bestehe, dass die Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft (zumindest in manchen) Verträgen über die Gründung und innere Organisation einer Gesellschaft im Regelfall nicht als Unternehmer oder Verbraucher anzusehen seien. Dies wird damit begründet, dass das Gesellschaftsverhältnis kein Austauschverhältnis sei, sondern aus einer Fülle wechselseitiger Rechte und Pflichten bestehe, die dem Zweck des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens dienen (Kalss, Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt [2001] 11 ff, 116; Terlitza/Weber, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1 [7]; Kathrein/Schoditsch in KBB6 § 1 KSchG Rz 5 aE; Skarics, Der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher [2017] 100 ff). Als Beispiele werden etwa die Gesellschaftsgründung und die interne Willensbildung angeführt (Kathrein/Schoditsch in KBB5 § 1 KSchG Rz 5 aE). Für den konkreten Fall hielt der erkennende Senat damals fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kläger und der Beklagte jeweils ein eigenes Unternehmen betreiben, dessen Gegenstand die Beteiligung an Gesellschaften wäre. Die Unternehmereigenschaft der Streitparteien könnte daher nur aus dem von der GmbH betriebenen Unternehmen abgeleitet werden (6 Ob 126/18z).

[41] 5.13. Auch im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte bereits vor dem Abschluss des gegenständlichen Gesellschaftsvertrags Kaufmann gewesen wäre. Jedenfalls besteht kein Hinweis, dass der Beklagte ein eigenes Unternehmen betrieben hätte, dessen Gegenstand die Beteiligung an Gesellschaften wäre. Der Beklagte hat sich ausdrücklich auf das Vorliegen eines Gründungsgeschäfts berufen (AS 69 = S 27 in ON 7, AS 75 = S 3 in ON 8). Dieses Vorbringen wurde vom Kläger nicht bestritten. Vielmehr gestand der Kläger ausdrücklich zu, dass die Parteien den Gesellschaftsvertrag 1994 „als Privatpersonen abgeschlossen“ haben; es handle sich um „vorvertraglich gesellschaftliches Tätigwerden“ (AS 101 = S 17 in ON 9). Damit ist nach dem Gesagten in Übereinstimmung mit dem Erstgericht die Zulässigkeit der Mäßigung der Vertragsstrafe nach § 1336 ABGB zu bejahen.

[42] 6.1. Geht man also von der Anwendbarkeit des § 1336 ABGB aus, so bestimmt dessen Abs 2, dass der Vergütungsbetrag „von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen, zu mäßigen ist, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird“.

[43] 6.2. Die Höhe der Vertragsstrafe ist vor allem dann unbillig, wenn der eingetretene Schaden unverhältnismäßig niedriger ist als das Pauschale (RS0032156 [T2]; RS0032138). Sie kann aber nicht unter den eingetretenen Schaden herabgesetzt werden (RS0032156); es kann jedoch auch keiner Bestimmung entnommen werden, dass die Strafe auf die Höhe des wirklichen Schadens herabgesetzt werden muss (RS0032156 [T1]). Die Vertragsstrafe darf somit den Schaden übersteigen, ohne dass sie aus diesem Grund gekürzt werden darf; dieser – den Schaden übersteigende – Betrag hat funktionell die Aufgabe, das ex-ante-Gläubigerinteresse auszugleichen (RS0032156 [T3]).

[44] 6.3. Die klagende Partei ist nicht damit behauptungs- und beweisbelastet, dass der eingetretene Schaden die Konventionalstrafe erreiche; vielmehr liegt es am Beklagten, einen tatsächlich eingetretenen niedrigeren Schaden zu behaupten und nachzuweisen (RS0032156 [T5]). Den Beklagten trifft die Beweislast dafür, dass die Konventionalstrafe

unbillig hoch ist oder der erwachsene Schaden unverhältnismäßig geringer ist als der bedungene Vergütungsbetrag; es ist daher entsprechendes Tatsachenvorbringen zum Vorliegen der Mäßigungskriterien notwendig (RS0032136 [T2]).

[45] 6.4. Ist durch eine Vertragsverletzung (noch) kein realer – materieller oder immaterieller – Schaden eingetreten, so ist der Mäßigung einer Konventionalstrafe der im Zeitpunkt deren Vereinbarung bei einer ex-ante-Betrachtung als möglich denkbare Schaden zugrunde zu legen (RS0112216). Der Eintritt eines materiellen Schadens ist somit keine Voraussetzung für den Verfall einer Konventionalstrafe, wenn diese der Befestigung oder Verstärkung übernommener Vertragspflichten dient; Zweck der Pönalevereinbarung ist in diesem Fall, auf den Verpflichteten zusätzlichen Erfüllungsdruck auszuüben (RS0112216 [T3]). Wenn noch kein Schaden eingetreten ist, ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Konventionalstrafe auf den Zeitpunkt deren Vereinbarung und auf den damals als Folge einer allfälligen Vertragsverletzung möglichen Schaden zu beschränken (RS0112216 [T5]).

[46] 6.5. Neben dem Schaden sind weitere Mäßigungskriterien zB eine wechselseitige Interessenabwägung (wirtschaftliches Interesse des Gläubigers an einer fristgerechten Erfüllung versus Möglichkeit des Schuldners, fristgerecht zu leisten), die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners sowie Art und Ausmaß des Verschuldens an der Vertragsverletzung (Größ in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 1336 Rz 27 mwN).

[47] 6.6. In diesem Zusammenhang hat schon das Erstgericht die maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte zutreffend hervorgehoben (§ 510 Abs 3 ZPO): Für eine Mäßigung der Vertragsstrafe spricht einerseits der Umstand, dass die Tätigkeit des Beklagten lediglich einen geringen und untergeordneten Umfang gegenüber einer Geschäftsführung bedeutet hat. Zwar mag die Person des Discjockeys für die Wahrnehmung eines Musiklokals in der Öffentlichkeit bedeutsamer sein als der oft gar nicht anwesende Lokalbetreiber. Die festgestellten Tätigkeiten als Discjockey und die Mithilfe im Service sind jedoch weit von einer umfassenden Geschäftsführung entfernt. Für eine Mäßigung spricht zudem die aus der gemeinsamen Tätigkeit mitgenommene Belastung durch die verhängte Verwaltungsstrafe. Auf der anderen Seite bedeutet es nach Auffassung des Erstgerichts eine „gewisse Dreistigkeit“, wenn der Beklagte sich geradewegs in unmittelbarer Nachbarschaft des vormals gemeinsam betriebenen Lokals betätigt. Ein messbarer Schaden durch die mehrmonatige Mitarbeit des Beklagten im Konkurrenzlokal ist jedoch nicht erwiesen. In Abwägung dieser Gesichtspunkte erscheint die Auffassung des Erstgerichts, dass die Konventionalstrafe auf die Hälfte zu mäßigen sei, sachgerecht.

[48] 7. Nicht berechtigt ist die Rüge in der Revision, das Berufungsgericht habe das Feststellungsbegehren „nochmals“ abgewiesen, obwohl es gar nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens gewesen sei. Das Berufungsgericht hat vielmehr aus Gründen der Übersichtlichkeit in seinen Spruch ausdrücklich auch den unbekämpft gebliebenen Teil des Ersturteils aufgenommen. Auf S 5 seiner Entscheidung führt das Berufungsgericht zudem aus, dass sich die Berufung des Klägers nur gegen die Abweisung seines Zahlungs-Mehrbegehrens richtet.

[49] 8. Zusammenfassend war somit in teilweiser Stattgebung der Revision das Ersturteil wiederherzustellen.

[50] 9. Aufgrund der Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts war auch die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens neu zu fassen. Diese Entscheidung sowie die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 43 und 50 ZPO. Die Berufungen beider Streitparteien waren jeweils erfolglos, sodass die Kosten des Berufungsverfahrens gegenseitig aufzuheben waren. Die Revision war zur Hälfte erfolgreich, sodass der Kläger gemäß § 43 Abs 1 letzter Satz ZPO Anspruch auf Ersatz der halben Pauschalgebühr hat; im Übrigen waren die Kosten des Revisionsverfahrens gegenseitig aufzuheben.

Textnummer

E130273

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2020:0060OB00219.20D.1125.000

Im RIS seit

13.01.2021

Zuletzt aktualisiert am

12.07.2021

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