

# TE OGH 2021/9/14 6Ob71/21s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.09.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Gitschthaler als Vorsitzenden, die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie Dr. Nowotny, die Hofrätin Dr. Faber und den Hofrat Mag. Pertmayr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei D\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Singer Flössl Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagten Parteien und Gegner der gefährdeten Partei 1. Mag. A\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, 2. A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Übertragung einer Liegenschaft, über den Revisionsrekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 10. Februar 2021, GZ 4 R 167/20p-25, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 23. Oktober 2020, GZ 53 Cg 6/20h-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Der Antrag, den Beklagten zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin auf Bewirkung der lastenfremen Übertragung und Übereignung des 1/1-stel Anteils der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\*, Bezirksgericht Leopoldstadt, Zug um Zug gegen Zahlung des von der Zweitbeklagten bezahlten Kaufpreises von 2,5 Mio EUR (im Wege einer treuhändigen Abwicklung) an die Klägerin, dies durch Vornahme aller Urkundenunterfertigungen, insbesondere der Aufsandungserklärung, die hierzu erforderlich sind, zu verbieten, den 1/1-stel Anteil der genannten Liegenschaft zu veräußern oder (auch nur mit Bestandrechten) zu belasten, und dieses Verbot der Veräußerung und/oder Belastung im Lastenblatt ob des 1/1-stel Anteils der genannten Liegenschaft grundbücherlich anzumerken und im Eigentumsblatt ersichtlich zu machen, wird abgewiesen.“

Die Klägerin ist schuldig, den Beklagten die mit 32.980,48 EUR (darin 2.496,49 EUR an Umsatzsteuer und 24.586,13 EUR an Barauslagen) bestimmten Kosten des Sicherungsverfahrens aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

[1] Die Klägerin wurde am 10. 8. 2017 errichtet. Ihr Unternehmensgegenstand ist der Verkauf, die Vermietung, die Verpachtung, die Sanierung und der Ankauf von Liegenschaften samt allen damit verbundenen Tätigkeiten, das Bauträgergewerbe sowie die Beteiligung oder der Erwerb von Gesellschaften in gleichen oder ähnlichen Branchen. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer war zunächst der Erstbeklagte, der jedoch bis zum 2. 12. 2019 50 % der Geschäftsanteile aufgrund des Treuhandvertrags vom 10. 8. 2017 für S\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* (in der Folge: Treugeber) hielt. Der

Erstbeklagte war bereits vor Errichtung der Klägerin in der Immobilienbranche tätig gewesen. Mit Gründung der Klägerin vereinbarte er mit dem Treugeber, dass alle künftigen Projekte über die Klägerin oder deren Tochtergesellschaften oder andere Gesellschaften abgewickelt werden, an welchen der Erstbeklagte und der Treugeber als Gesellschafter beteiligt sind. Bis zum klagsgegenständlichen Geschäft wurden in der Folge neue Immobilienprojekte ausschließlich durch Zusammenwirken von Erstbeklagtem und Treuhänder durchgeführt.

[2] Die Zweitbeklagte ist eine am 26. 5. 2015 errichtete Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand der Erwerb, die Verwaltung und der Verkauf von Beteiligungen an anderen Unternehmungen sowie die Übernahme der Geschäftsführung in solchen und die Beteiligung an Immobilienprojekten einschließlich dem Erwerb, der Entwicklung und Veräußerung von Immobilien ist. Ihr alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer war und ist der Erstbeklagte.

[3] Der Erstbeklagte erfuhr am 19. 10. 2019 durch einen Makler von der zum Verkauf stehenden Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* (in der Folge: Liegenschaft) unter Hinweis darauf, dass es noch einen anderen Interessenten gebe, und besichtigte das Objekt bereits am selben Tag.

[4] Am 23. 10. 2019 erhielt ein Mitarbeiter der Klägerin von einem anderen Maklerunternehmen die Information über den möglichen Ankauf der Liegenschaft. Der Treugeber wusste von dieser Geschäftschance nichts und wurde darüber auch nicht informiert. In der Folge führten Mitarbeiter der Klägerin im Hinblick auf einen allfälligen Erwerb der Liegenschaft eine Due Dilligence-Prüfung durch, in deren Rahmen auch diverse Kalkulationen erstellt und Nutzflächenberechnungen, Flächenstudien und Besprechungen mit Dritten sowie Besichtigungen vorgenommen wurden.

[5] Am 29. 10. 2019 verfasste der Erstbeklagte einen ersten Entwurf eines Kaufanbots, wobei angeführt war, dass entweder die Zweitbeklagte oder eine noch zu gründende Projektgesellschaft dem Liegenschaftseigentümer den Kauf der Liegenschaft anbot. Am 8. 11. 2019 bestätigte eine Bank die Finanzierung des Projekts für den Erstbeklagten und die Zweitbeklagte.

[6] Am 14. 11. 2019 unterfertigten der Erstbeklagte und der Treugeber eine Auflösungsvereinbarung zur Trennung ihrer Geschäftsbeziehung. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Treugeber noch immer keine Kenntnis von der der Klägerin zum Kauf angebotenen Liegenschaft. Erst am 27. 11. 2019 fand er den zweiten Entwurf eines Kaufanbots vom 15. 11. 2019, in welchem die Zweitbeklagte als Käuferin sowie der Kaufpreis der Liegenschaft von 2,5 Mio EUR angeführt waren.

[7] Bereits am 26. 11. 2019 hatten der Erstbeklagte und der Verkäufer der Liegenschaft ein finales Kaufanbot unterzeichnet. Mit schriftlichem Kaufvertrag vom 10. 12. 2019 kaufte die Zweitbeklagte, vertreten durch den Erstbeklagten, die Liegenschaft um 2,5 Mio EUR. Für den Kauf der Liegenschaft wurden Makler, Rechtsanwalt und Architekt von der Zweitbeklagten bezahlt.

[8] Ab 2. 12. 2019 war der (ehemalige) Treugeber selbst (durch Annahme eines Abtretungsanbots des Erstbeklagten) im Umfang von 50 % der Geschäftsanteile Gesellschafter der Klägerin. Er erlangte erstmals mit Eintragung der Zweitbeklagten in das Grundbuch Kenntnis vom Abschluss des Kaufvertrags über die Liegenschaft durch die Zweitbeklagte. Am 27. 1. 2020 erfuhr er zufällig davon, dass der Erstbeklagte plante, die Liegenschaft um 3,9 Mio EUR in den kommenden Tagen weiterzuveräußern, und lag dazu bereits seit Dezember 2019 ein verbindliches Kaufanbot seitens der Beklagten vor.

[9] Die Klägerin begehrt von den Beklagten, gestützt auf einen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des§ 24 GmbHG, gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr des§ 82 GmbHG sowie gegen§ 1 UWG, die lastenfreie Übertragung und Übereignung der Liegenschaft Zug um Zug gegen Zahlung des von der Zweitbeklagten bezahlten Kaufpreises von 2,5 Mio EUR, in eventu Schadenersatz in Höhe von 500.000 EUR. Zur Sicherung ihres Übereignungsanspruchs beantragte sie, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung gemäß § 381 Abs 1 Z 1 iVm § 382 Abs 1 Z 6 EO die Veräußerung und Belastung der Liegenschaft zu verbieten und das Veräußerungs- und Belastungsverbot im Grundbuch anzumerken. Sie brachte vor, der Erstbeklagte habe den Mitgesellschafter und Treugeber bewusst nicht über die Geschäftschance der Klägerin informiert und die Liegenschaft hinter dessen Rücken und ohne dessen Wissen durch die in seinem Alleineigentum stehende Zweitbeklagte erworben und damit das ihn als Geschäftsführer gemäß § 24 GmbHG treffende Wettbewerbsverbot verletzt. Die Zweitbeklagte beabsichtige nun, die Liegenschaft weiterzuverkaufen. Auch wenn der Kaufvertrag über die Liegenschaft zwischen der Zweitbeklagten und

dem Verkäufer geschlossen worden sei, handle es sich um ein Geschäft des Erstbeklagten auf eigene Rechnung, sodass die Klägerin von ihrem Eintrittsrecht nach § 24 Abs 3 GmbHG Gebrauch machen könne. Zudem liege ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, weil der Erstbeklagte als Geschäftsführer der Klägerin die Geschäftschance nicht für die Klägerin, sondern für eigene Rechnung genutzt habe. Es liege auch ein unlauterer Rechtsbruch gemäß § 1 UWG vor.

[10] Das Erstgericht gab dem Sicherungsantrag – ohne Anhörung der Beklagten – am 5. 2. 2020 statt und erließ die beantragte einstweilige Verfügung.

[11] In ihrem dagegen erhobenen Widerspruch wendeten die Beklagten ein, der Erstbeklagte sei ab Errichtung der Gesellschaft der Klägerin bis 1. 12. 2019 und damit auch im Zeitpunkt der Abgabe des letztlich auch angenommenen Kaufanbots vom 26. 11. 2019 als geschäftsführender Alleingesellschafter der Klägerin keinem Wettbewerbsverbot unterlegen. Er selbst habe weder sich selbst noch die Zweitbeklagte einem Wettbewerbsverbot unterwerfen wollen und Gegenteiliges auch nicht mit dem Treugeber vereinbart, der gewusst habe, dass der Erstbeklagte bereits vor Errichtung der Klägerin im Immobilienbereich tätig gewesen sei. Die Geltendmachung des Eintrittsrechts sei auf die Herausgabe der erlangten Erträge, Gewinne, Liquidationserlöse oder sonstiger Vergütungen beschränkt und begründe keinen Anspruch auf Übereignung der Liegenschaft. Die Klägerin habe auch nicht Anspruch aufgrund eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, weil die Ausnützung einer „Geschäftschance“ erst dann als unzulässiger Vermögenstransfer betrachtet werden könne, wenn sie exekutiv pfändbar sei. Darüber hinaus habe die Zweitbeklagte die maßgeblichen Ressourcen und Aufwendungen für die Entwicklung der Geschäftschance selbst getragen. Selbst bei Heranziehung von Ressourcen der Klägerin hätte der Erstbeklagte der Klägerin lediglich ein angemessenes Entgelt zu leisten. Die Zweitbeklagte falle nicht in den Anwendungsbereich des § 24 GmbHG und unterliege keinem Wettbewerbsverbot; sie sei daher nicht passiv legitimiert.

[12] Die Klägerin hielt in weiterer Folge dem Einwand der Einwilligung in die konkurrenzierende Tätigkeit entgegen, der Erstbeklagte habe mit dem Treugeber vereinbart, alle künftigen Projekte über die Klägerin oder deren Tochtergesellschaften oder andere Gesellschaften, an welchen beide Gesellschafter beteiligt seien, abzuwickeln. Dabei hätten sie ihr Verhältnis so ausgelegt, als sei der Treugeber direkt Gesellschafter.

[13] Diesem Vorbringen hielten die Beklagten entgegen, das Sicherungsbegehren könne im Widerspruchsverfahren nicht auf neue Rechtsgründe und Tatsachen gestützt werden.

[14] Das Erstgericht wies den Widerspruch samt Antrag auf Erlag einer Sicherheit ab und hielt die einstweilige Verfügung vom 5. 2. 2020 aufrecht. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, das Vorbringen der Klägerin zum Treuhandvertrag und insbesondere der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots sei zulässig gewesen, weil das Sicherungsbegehren damit nicht auf neue Rechtsgründe gestützt worden sei. Der Abschluss des Kaufvertrags über die Liegenschaft falle in den Geschäftszweig der Klägerin; der Erstbeklagte habe dieses Geschäft auf eigene Rechnung getätigt, weil er es als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Zweitbeklagten indirekt zu seinem eigenen Vorteil abgeschlossen habe. Der Treugeber habe keine Kenntnis davon gehabt und in das Geschäft nicht eingewilligt. Der Kaufvertrag sei somit als Geschäft auf eigene Rechnung des Erstbeklagten zu qualifizieren, womit die Klägerin ihr Eintrittsrecht gemäß § 24 Abs 3 GmbHG ausüben könne. Die Auflösungsvereinbarung vom 14. 11. 2019 stehe dem Eintrittsrecht nicht entgegen, weil das Geschäft vor diesem Zeitpunkt angebahnt und bereits am 29. 10. 2019 das erste Kaufanbot gelegt worden sei. Da ein Dritter Eigentum an der Liegenschaft erwerben könnte, sei eine Gefährdung des Anspruchs der Klägerin bescheinigt. Das Belastungs- und Veräußerungsverbot sei somit aufrechtzuerhalten.

[15] Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung, bewertete den Entscheidungsgegenstand mit 30.000 EUR übersteigend und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Es war der Ansicht, das Beschlusserfordernis nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG zur Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Wettbewerbsverbot gegen den Geschäftsführer bestehe für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht. Der Klägerin stehe außerdem im Widerspruchsverfahren die Bestreitung der Einwendungen der Beklagten offen, wozu sie sich auch auf im Sicherungsantrag selbst – mangels Kenntnis dieser Einwendungen – noch nicht angeführte Tatsachen stützen dürfe, solange sie sich damit im Rahmen des geltend gemachten Rechtsgrundes halte und ihr ursprüngliches Tatsachenvorbringen nur ergänze. Dies treffe auf ihre erst im Widerspruchsverfahren aufgestellte Behauptung eines sogar ausdrücklich vereinbarten Konkurrenzverbots zu.

[16] Zwar unterliege der geschäftsführende Alleingesellschafter keinem Wettbewerbsverbot, weil in diesem Fall

vom Vorliegen einer entsprechenden Zustimmung zur konkurrenzierenden Tätigkeit ausgegangen werden könne, das Gesellschaftsinteresse mit dem des einzigen Gesellschafters übereinstimme bzw es in der Einpersonen-Gesellschaft an einem von den Interessen des Alleingeschafters zu unterscheidenden, durch Treubindungen zu schützenden eigenständigen Gesellschaftsinteresse fehle. Diese Überlegungen trafen aber nicht auf einen Geschäftsführer zu, der – wie der

Erstbeklagte – als Alleingeschafter die Hälfte der Geschäftsanteile treuhändig für einen Dritten als Treugeber halte und mit diesem bei Gründung der Gesellschaft die gemeinsame Abwicklung aller künftigen Geschäfte über die Gesellschaft oder eine Gesellschaft, an der beide beteiligt sind, vereinbart habe. Diese Vereinbarung untersage dem Erstbeklagten im Ergebnis eine konkurrenzierende Geschäftstätigkeit und komme daher in ihrer Wirkung einem vertraglichen Wettbewerbsverbot gleich. Damit fehlte es aber an einer Grundlage, von seiner konkludenten Zustimmung zu einer konkurrenzierenden Tätigkeit auszugehen, weil damit zugleich ein Verstoß gegen die Treuhandabrede verbunden gewesen sei. Für den Erstbeklagten habe daher das Wettbewerbsverbot des § 24 GmbHG gegolten, gegen welches er durch den Kauf der Liegenschaft durch die Zweitbeklagte verstoßen habe. Auch die indirekt vom Geschäftsführer zu seinem eigenen Vorteil getätigten Geschäfte, etwa wenn eine dem Geschäftsführer zurechenbare Gesellschaft – wie hier die Zweitbeklagte – das Geschäft abschließt, zählen zu den durch § 24 Abs 1 GmbHG vom Wettbewerbsverbot erfassten Geschäften. Das Eintrittsrecht der Gesellschaft nach § 24 Abs 3 GmbHG sei nicht auf die Geltendmachung von Geldansprüchen beschränkt, sondern könne auch auf die Herausgabe des durch die Geschäftstätigkeit erlangten Kaufgegenstands, wie hier die Übertragung und Übereignung der von der Zweitbeklagten erworbenen Liegenschaft, gerichtet sein.

[17] Die einstweilige Verfügung diene unmittelbar der Sicherung des Anspruchs auf Übereignung der Liegenschaft, wofür die Besorgnis der objektiven Vereitelung oder Erschwerung der Rechtsverfolgung (objektive Gefährdung) genüge. Es komme daher nicht entscheidend auf eine Gefährdung der Befriedigung des Antragstellers durch die Verbringung von Vermögensstücken an, sondern darauf, dass der zu sichernde Anspruch auf Übereignung der Liegenschaft gefährdet sei. Diese Voraussetzungen lägen im Hinblick auf das bereits abgegebene verbindliche Kaufanbot sowie die Absicht des Erstbeklagten, die Liegenschaft um diesen Preis an den Anbotsteller zu verkaufen, vor.

[18] Das Wissen des Erstbeklagten sei der Zweitbeklagten zuzurechnen. In Anwendung der Rechtsprechung, wonach ein Dritter, obwohl er nicht Normadressat des in § 82 GmbHG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sei, bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit gegenüber der Gesellschaft selbst rückgabepflichtig werde, biete das kollusive Handeln der Zweitbeklagten die Grundlage dafür, der Klägerin direkt gegenüber der Zweitbeklagten einen Anspruch auf Übereignung der in ihrem Eigentum stehenden Liegenschaft einzuräumen.

[19] Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, ob ein geschäftsführender Alleingeschafter einer GmbH auch dann dem Wettbewerbsverbot des § 24 GmbHG unterliegt, wenn er einen Teil der Geschäftsanteile treuhändig für einen Treugeber hält und mit diesem die Abwicklung aller künftigen Geschäftsprojekte über die Gesellschaft oder andere Gesellschaften, an welchen beide beteiligt sind, vereinbarte.

[20] Der Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig, weil das Rekursgericht von den Rechtsprechungsgrundsätzen des Obersten Gerichtshofs abgewichen ist. Er ist auch berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

[21] Die Beklagten machen geltend, auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hätte der Beschlussfassung nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG bedurft. Jedenfalls wäre ein solcher Beschluss bis zum Schluss des Widerspruchsverfahrens nachzubringen gewesen. Der Anspruch aus dem behaupteten Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot sei daher verjährt. Das erstmals im Widerspruchsverfahren erstattete Vorbringen, es bestehe ein Treuhandvertrag sowie eine Vereinbarung der Gesellschafter über ihre künftige gemeinsame Tätigkeit, sei eine unzulässige Neuerung und Änderung des Rechtsgrundes des Sicherungsbegehrens. Der Erstbeklagte sei als Alleingeschafters-Geschäftsführer keinem Wettbewerbsverbot unterlegen, woran auch die Vereinbarung mit dem Treugeber nichts ändere. Darüber hinaus sei der Erstbeklagte gemäß § 24 Abs 2 GmbHG schon dadurch vom Wettbewerbsverbot befreit, dass der sich im Wissen um seine bisherige Geschäftstätigkeit im selben Geschäftszweig zum Geschäftsführer bestellt habe. Die Zweitbeklagte sei nicht Adressat des Wettbewerbsverbots, weshalb ein

Anspruch gegen sie nicht bestehe. Aus dem in § 24 Abs 3 GmbHG vorgesehenen Eintrittsrecht könne überdies kein Anspruch auf Übertragung der Liegenschaft abgeleitet werden. Eine Sicherung durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot sei daher nicht zulässig.

[22] Hiezu wurde erwogen:

[23] 1. Ein Gesellschafterbeschluss nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG ist für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht erforderlich:

[24] 1.1 Gemäß § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG unterliegen der Beschlussfassung der Gesellschafter unter anderem die Geltendmachung der Ersatzansprüche, die der Gesellschaft aus der Errichtung oder Geschäftsführung gegen die Geschäftsführer, deren Stellvertreter oder den Aufsichtsrat zustehen, und die Bestellung eines Vertreters zur Prozessführung, wenn die Gesellschaft weder durch die Geschäftsführer noch durch den Aufsichtsrat vertreten werden kann.

[25] Die in dieser Bestimmung genannten Ansprüche umfassen auch solche aus der Verletzung des Wettbewerbsverbots (Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [49. Lfg 2013] § 35 Rz 89 mwN) und auch solche gegen ehemalige Geschäftsführer (vgl RS0059438; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [49. Lfg 2013] § 35 Rz 92 mwN).

[26] 1.2 Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung setzt einen Beschluss nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG allerdings nicht voraus, weil dies mit dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes kollidieren würde (Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [49. Lfg 2013] § 35 Rz 87; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 36). Da im Widerspruchsverfahren die Überprüfung auf Grund der Sach- und Rechtslage zur Zeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung erfolgt (vgl 4 Ob 257/05f; 5 Ob 503/88; RS0005867; König, EV5 Rz 6.103), muss der Gesellschafterbeschluss bis zur Entscheidung über den Widerspruch schon deshalb nicht nachgeholt werden.

[27] 1.3 Somit ist es für das gegenständliche Sicherungsverfahren ohne Relevanz, ob ein Beschluss der Gesellschafter vorliegt.

[28] 2. Der als bescheinigt angenommene Sachverhalt findet Deckung im Vorbringen der Klägerin:

[29] 2.1 Nach jüngerer, durch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) geprägter Rechtsprechung ist in einem zweiseitig geführten Sicherungsverfahren – von Fällen der besonderen Dringlichkeit abgesehen – der gefährdeten Partei insbesondere dann die Möglichkeit zur Stellungnahme zu einer Äußerung des Gegners einzuräumen, wenn in dieser neue erhebliche Tatsachen behauptet wurden (16 Ok 12/13; 17 Ob 11/10g; Kodek in Deixler-Hübner, EO [31. Lfg 2020] § 390 Rz 21a f; König EV5 Rz 6.42/3). Sie kann in ihrer Stellungnahme darauf auch durch eigenes neues Tatsachenvorbringen reagieren (vgl Kodek in Deixler-Hübner, EO [31. Lfg 2020] § 390 Rz 21b und §§ 397, 398 Rz 23).

[30] 2.2 Gegenstand des Widerspruchsverfahrens ist die Überprüfung der objektiven Richtigkeit der erlassenen einstweiligen Verfügung. Der Widerspruch ersetzt die vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung unterbliebene Vernehmung des Gegners der gefährdeten Partei. Mit der Entscheidung über seinen Widerspruch wird der Widerspruchswerber so gestellt, wie er gestellt wäre, wenn die einstweilige Verfügung nach Einräumung des rechtlichen Gehörs erlassen worden wäre (vgl 4 Ob 257/05f; 4 Ob 294/99k). Daher gilt im Widerspruchsverfahren kein Neuerungsverbot (König EV5 Rz 6.103). Bringt der Gegner der gefährdeten Partei neue Tatsachen vor, kann die gefährdete Partei auch im Widerspruchsverfahren darauf mit neuem Tatsachenvorbringen reagieren (idS auch Mann-Kommenda, Rechtliches Gehör im Sicherungsverfahren 169 f). Allerdings erfolgt die Überprüfung aufgrund der Sachlage zur Zeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung (siehe Punkt 1.2).

[31] 2.3 Die Beklagten wendeten in ihrem Widerspruch ein, der Erstbeklagte sei Alleingesellschafter gewesen und der Treugeber habe von dessen Tätigkeit im Geschäftszweig der Klägerin gewusst, sodass er konkludent in dessen Konkurrenztaetigkeit eingewilligt habe, zu der auch der gegenständliche Liegenschaftserwerb zähle. Mit der Behauptung, der Treugeber und der Erstbeklagte hätten vereinbart, alle Projekte gemeinsam über die Klägerin oder eine andere ihrer gemeinsam gehaltenen Gesellschaften abzuwickeln, trat die Klägerin lediglich diesen Einwendungen der Beklagten entgegen. Eine Änderung des Rechtsgrundes des (auch) auf eine Verletzung des in § 24 GmbHG normierten Wettbewerbsverbots gestützten Sicherungsbegehrens erfolgte dadurch nicht.

[32] 2.4 Zutreffend haben daher die Vorinstanzen dieses Vorbringen bei der Entscheidung über den Widerspruch

berücksichtigt.

[33] 3. Der Erstbeklagte unterlag nicht dem Wettbewerbsverbot des § 24 Abs 1 GmbHG:

[34] 3.1 Nach § 24 Abs 1 GmbHG dürfen Geschäftsführer ohne Einwilligung der Gesellschaft weder Geschäfte in deren Geschäftszweigen für eigene oder fremde Rechnung machen noch sich bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweigs als persönlich haftende Gesellschafter beteiligen oder eine Stelle im Vorstand oder Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleiden.

[35] Mit dem Wettbewerbsverbot soll durch eine klare gesetzliche Anordnung ein institutioneller Interessenkonflikt zwischen den Eigeninteressen der Organmitglieder und den Organpflichten gegenüber der Gesellschaft hintangehalten werden (Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [105. Lfg 2018] § 24 GmbHG Rz 4).

[36] Die Einwilligung der Gesellschaft ist stets eine Kompetenz der Gesellschafter und erfolgt grundsätzlich mittels Gesellschafterbeschlusses (Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [105. Lfg 2018] § 24 GmbHG Rz 21 mwN), wobei dem betroffenen Geschäftsführer, wenn er zugleich Gesellschafter ist, gemäß § 39 Abs 4 GmbHG kein Stimmrecht zusteht (6 Ob 139/06v; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 24 Rz 10). Die Einwilligung kann auch konkludent erteilt werden (RS0049436). Eine Einwilligung ist gemäß § 24 Abs 2 GmbHG überdies dann anzunehmen, wenn bei Bestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer den übrigen Gesellschaftern eine solche Tätigkeit oder Teilnahme desselben bekannt war und gleichwohl deren Aufgabe nicht ausdrücklich bedungen wurde. Diese Bestimmung regelt den Sonderfall eines konkludenten Gesellschafterbeschlusses (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 24 Rz 10).

[37] 3.2 Allerdings unterliegt der geschäftsführende Alleingesellschafter keinem Wettbewerbsverbot (Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [105. Lfg 2018] § 24 GmbHG Rz 8), weil in einem solchen Fall ein von den Interessen des Alleingesellschafter-Geschäftsführers abweichendes Gesellschaftsinteresse, das durch § 24 Abs 1 GmbHG geschützt werden soll, grundsätzlich nicht besteht (J. Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern 217 f; vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 12 [keine Treuepflicht des Alleingesellschafters]). Darüber hinaus kann auch von einer entsprechenden Zustimmung zur konkurrenzierenden Tätigkeit ausgegangen werden (Temmel/Peric in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 24 Rz 7 FN 23; Edelmann/Salcher in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 24 GmbHG Rz 2).

[38] 3.3 Daran änderte hier weder der Umstand, dass der Erstbeklagte als Alleingesellschafter-Geschäftsführer Geschäftsanteile treuhändig hielt, noch die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit dem Treugeber etwas:

[39] 3.3.1 Der Erstbeklagte hielt 50 % der Geschäftsanteile an der Klägerin treuhändig für den Treugeber. Er vereinbarte mit diesem bereits bei Gründung der Klägerin, alle künftigen Projekte über die Klägerin oder deren Tochtergesellschaften oder andere Gesellschaften, an welchen beide Gesellschafter beteiligt seien, abzuwickeln. Die Einigung über den Ankauf der Liegenschaft mit dem Verkäufer erfolgte durch Unterzeichnung des finalen Kaufanbots am 26. 11. 2019. Erst ab 2. 12. 2019 war der (ehemalige) Treugeber selbst im Umfang von 50 % der Geschäftsanteile Gesellschafter der Klägerin.

[40] 3.3.2 Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum grundsätzlichen Verhältnis eines an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligten Treugebers zur Gesellschaft, dass nach dem Trennungsprinzip Gesellschaftsbeteiligung und Treuhandverhältnis voneinander zu trennen sind (6 Ob 216/18k; 2 Ob 67/14p; 6 Ob 37/08x). Der Treugeber hat nicht etwa eine aus seiner gesellschafterähnlichen Stellung abgeleitete Teilrechtsposition innerhalb der Gesellschaft; Gesellschafter ist vielmehr ausschließlich der Treuhänder. Er allein ist Träger der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten, zwischen dem Treugeber und der Gesellschaft bestehen keine Rechtsbeziehungen (RS0123563; vgl RS0010762 [T1]). Das gilt auch für eine offene Treuhand (vgl RS0010762 [T5]). Der Treuhänder übt der Gesellschaft gegenüber eigene Rechte im eigenen Namen aus und ist aktiv sowie passiv klagslegitimiert. Die Gesellschaft wiederum hat alle geschuldeten Leistungen vom Treuhänder zu fordern und geschuldete Leistungen an diesen zu erbringen. Der Treugeber ist als solcher nicht Gesellschafter (6 Ob 216/18k).

[41] Das Rechtsverhältnis zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber ist bloß obligatorischer Natur und bestimmt sich primär nach dem Treuhandvertrag. Diesem liegt im Innenverhältnis regelmäßig ein Auftragsverhältnis zugrunde, sodass das Rechtsverhältnis zwischen dem Treugeber und dem – wie hier – fremdnützigen Treuhänder mangels abweichender vertraglicher Regelungen nach den §§ 1002 ff ABGB zu beurteilen ist (6 Ob 216/18k).

[42] 3.3.3 Aufgrund des erörterten Trennungsprinzips bleibt der Umstand, dass der Alleingeschafter-Geschäftsführer Geschäftsanteile treuhändig hält, ohne Einfluss auf sein Verhältnis zur Gesellschaft, und auch der Treugeber hat dadurch keine (Teil-)Rechtsposition innerhalb der Gesellschaft inne. Daher besteht auch in einem solchen Fall ein von den Interessen des Alleingeschafter-Geschäftsführers abweichendes Gesellschaftsinteresse nicht, sodass ein Interessenkonflikt zwischen seinen Eigeninteressen und den Organpflichten gegenüber der Gesellschaft nicht droht und das Wettbewerbsverbot nicht gilt. Daran ändert selbst die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit dem Treugeber nichts. Denn auch diese Vereinbarung betrifft lediglich das schuldrechtliche Verhältnis des Treuhänders, hier des Erstbeklagten, zum Treugeber.

[43] 3.3.4 Darüber hinaus ist auch im vorliegenden Fall von einer entsprechenden Zustimmung des Alleingeschafter-Geschäftsführers zur konkurrenzierenden Tätigkeit auszugehen. Denn (spätestens) die tatsächliche Durchführung der Konkurrenzleistung kann – ungeachtet einer allenfalls dadurch erfolgenden Vertragsverletzung gegenüber dem Treugeber – nicht anders verstanden werden als als gleichzeitige konkludente Einwilligung des Alleingeschafter-Gesellschafters in diese (eigene) konkrete Konkurrenzleistung (§ 863 Abs 1 ABGB). Einen Verstoß gegen das vertraglich vereinbarte Konkurrenzverbot und daraus abgeleitete Ansprüche könnte nur der Treugeber geltend machen.

[44] 3.4 Der Erstbeklagte unterlag somit im Zeitpunkt des Ankaufs der Liegenschaft durch die Zweitbeklagte nicht dem Wettbewerbsverbot des § 24 Abs 1 GmbHG.

[45] 4. Auch ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr lag nicht vor:

[46] 4.1 Nach herrschender Auffassung statuiert § 82 Abs 1 GmbHG ebenso wie die korrespondierende Regelung des § 52 AktG nicht nur einen Schutz der Kapitaleinlagen, sondern eine umfassende Vermögensbindung (6 Ob 13/20k; 6 Ob 195/18x). Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, die den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zu Lasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt, ausgenommen solche in Erfüllung des Dividendenanspruchs (Gewinnverwendung), sonstiger gesetzlich zugelassener Ausnahmefälle und Leistungen auf der Grundlage fremdüblicher Austauschgeschäfte. Die Kapitalerhaltungsvorschriften erfassen danach jede unmittelbare oder mittelbare Leistung an einen Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und die wirtschaftlich das Vermögen der Gesellschaft verringert (RS0105518, RS0105532).

[47] Leistungen an Dritte sind einem Gesellschafter zuzurechnen, wenn die Leistung an den Dritten zugleich eine Leistung an den Gesellschafter darstellt. Darunter fallen jedenfalls Leistungen an Dritte, die vom wirtschaftlichen Ergebnis her gesehen dem Gesellschafter zugute kommen (6 Ob 14/14y; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG6 § 52 Rz 31 ff).

[48] 4.2 Auch die (unentgeltliche) Überlassung von „Geschäftschancen“ kann gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen. Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang teilweise auf eine Konkretisierung der Vermögensposition abgestellt, die erst dann vorliegen soll, wenn eine verbindliche Rechtsposition (zB eine verbindliche Option) bestehe (Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [96. Lfg 2017] § 82 Rz 68; ähnlich Hugel, Geschäftschancen und Konzernsynergien, in FS Koppensteiner [2007] 11 [24 ff]). Koppensteiner/Rüffler (in GmbHG3 § 82 Rz 17e) erachten es als maßgeblich, ob die „Geschäftschance“ dergestalt konkretisiert ist, dass die Gesellschaft (bzw ein Masseverwalter) darüber verfügen kann, und sie einen mit der Verfügung erzielbaren Wert hat. Zumindest muss sich aber die Erwerbchance soweit verdichtet haben, dass ihr ein Marktwert zukommt (Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 49), also ein Dritter für die Übertragung der „Geschäftschance“ ein Entgelt zahlen würde (Saurer in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 79; Hoenig/Stingl, Geschäftschancen – Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, GesRZ 2007, 23 [27]; vgl Artmann in Artmann/Karollus, AktG I6 § 52 Rz 17). Ist nicht einmal dieses Kriterium erfüllt, kann jedenfalls nicht von einem geschützten Vermögenswert der Gesellschaft gesprochen werden.

[49] Nicht ausreichend ist hingegen der bloße Umstand, dass die Gesellschaft im Hinblick auf die Erwerbchance bereits Aufwendungen getätigt hat, die nun frustriert sind. Die unzulässige Einlagenrückgewähr könnte in einem solchen Fall allenfalls in der Ersparnis dieser Aufwendungen durch den Gesellschafter liegen (Bauer/Zehetner in

Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [96. Lfg 2017] § 82 Rz 68; aA Hoenig/Stingl, Geschäftschancen - Gedanken zur Reichweite des Einlagenrückgewährverbotes, GesRZ 2007, 23 [28 f]; möglicherweise auch Artmann in Artmann/Karollus, AktG I 6 § 52 Rz 17).

[50] 4.3 Im vorliegenden Fall waren zumindest zwei Unternehmen mit der Vermittlung des Verkaufs der Liegenschaft befasst, für die es auch dritte Interessenten gab. Zwar haben Mitarbeiter der Klägerin im Hinblick auf einen allfälligen Erwerb der Liegenschaft eine Due Dilligence-Prüfung durchgeführt. Dies ist nach den erörterten Grundsätzen aber nicht ausreichend, um von einer Erwerbschance zu sprechen, die sich in einer Weise verdichtet hat, dass ein Dritter für ihre Überlassung ein Entgelt zahlen würde. Letzteres könnte etwa dann in Erwägung gezogen werden, wenn der Erwerb der Liegenschaft durch die Klägerin derart aufbereitet und die Verhandlungen derart fortgeschritten gewesen wären, dass der Verkäufer mit hoher Wahrscheinlichkeit nur an die Klägerin oder einen geeigneten, von dieser namhaft gemachten Erwerber dieser „Geschäftschance“ veräußert hätte. Dafür bestehen aber nach dem bescheinigten Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Schon deshalb lag somit kein geschützter Vermögenswert der Gesellschaft vor.

[51] 4.4 Aus einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kann die Klägerin daher ihre Ansprüche nicht ableiten.

[52] 5. Schon mangels bescheinigten Rechtsbruchs durch Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des § 24 Abs 1 GmbHG oder das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) bestehen auch die darauf gestützten Ansprüche der Klägerin nach § 1 UWG nicht. Darauf muss daher nicht näher eingegangen werden.

[53] 6. Der Klägerin ist eine Bescheinigung ihrer behaupteten Ansprüche somit nicht gelungen. Der Revisionsrekurs hat daher Erfolg. Die Entscheidung ist im Sinne einer Abweisung des Sicherungsantrags abzuändern.

[54] 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO. Die verzeichnete Klagebeantwortung betraf nicht das Sicherungsverfahren. Die Mitteilung vom 11. 3. 2020 war nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötig.

**Textnummer**

E132951

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2021:0060OB00071.21S.0914.000

**Im RIS seit**

02.11.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

07.12.2021

**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)