

## B. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

### 1. Gesellschafterrechte

**2/392** Aus der Zugehörigkeit zur Gesellschaft ergibt sich ein Bündel von Rechten und Pflichten, deren Gesamtheit die Mitgliedschaft darstellt. Die Rechte der Gesellschafter lassen sich im Wesentlichen in zwei Gruppen einteilen:<sup>5</sup> Gegenstand der **Teilhaberechte (Mitverwaltungsrechte)** ist die Mitwirkung am Geschehen innerhalb des Verbands. Hierher gehören bspw das Stimmrecht und das Kontrollrecht (§ 118 UGB) sowie – aufgrund der Selbstorganschaft – das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung. Die zweite Gruppe von Rechten sind die **Vermögensrechte**. Sie sind auf finanzielle Teilhabe am Erfolg der Gesellschaft gerichtet. Dazu gehören das Recht auf Gewinnbeteiligung und Vermögensbeteiligung. Die Vermögensbeteiligung kommt durch die Teilhabe am Liquidationserlös oder – im Falle des Ausscheidens – durch das Abfindungsguthaben zum Ausdruck.

### 2. Beitragspflicht

**2/393** Jeder Gesellschafter hat eine Beitragspflicht zu erfüllen. Unter Beitrag wird eine **Handlung oder Unterlassung** verstanden, die dazu **geeignet** ist, den **Gesellschaftszweck zu fördern**.<sup>6</sup> Sie ist deshalb das notwendige Korrelat zum Gesellschaftszweck als dem Ziel der gemeinschaftlichen Bemühungen der Gesellschafter. Es könnte sich daher empfehlen, in etwas anschaulicherer Weise von der Zweckförderpflicht zu sprechen. Das Gesetz legt nicht abschließend fest, in welcher Weise die Beiträge geleistet werden müssen. Dies kann bspw durch die Zuführung von Kapital oder durch die Übernahme der Geschäftsführung geschehen. Bei der OG ist selbst die Übernahme der unbeschränkten und persönlichen Haftung als Leistung eines Beitrags zu verstehen.<sup>7</sup> Der Begriff der Beitragspflichten wird allerdings zum Teil auf sozietäre Primärpflichten beschränkt, denen die Treuepflichten gegenüber gestellt werden.<sup>8</sup> Daran erscheint zutreffend, dass zum Inhalt der Treuepflicht bspw die Rücksichtnahme der Mehrheit auf die Minderheit gehört, die unmittelbar nur das Verhältnis der Gesellschafter zueinander, aber nicht die Verwirklichung des Verbandzwecks berührt. Es gibt aber auch Treuepflichten, die als Zweckförderpflichten verstanden werden können; bspw das Verbot, die Erreichung des Gesell-

5 Vgl etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 557 f, der jedoch die sogenannten Schutzrechte als eigene Kategorie anführt.

6 Vgl nur *U. Torggler* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 108 Rz 66 ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 109 Rz 14; *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 109 Rz 8; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht<sup>4</sup> II 180; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 348; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 568; *ders* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 105 Rz 177; *Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB<sup>37</sup> § 109 Rz 6; *Wünsch*, GesRZ 1978, 1, 51 (1).

7 *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 109 Rz 9; *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 105 Rz 17 f; *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 105 Rz 178; *Wünsch*, GesRZ 1978, 1, 51 (1).

8 So ausdrücklich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 568, der die Beitragspflichten als die wichtigsten vertraglichen Mitgliedschaftspflichten und die Treuepflichten als die wichtigsten gesetzlichen Mitgliedschaftspflichten bezeichnet. Dem steht jedoch gegenüber, dass sich bspw die Pflicht zu Geschäftsführung und Vertretung, die gewiss nicht zu den Treuepflichten zählt, unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.

schaftszwecks auf unredliche Weise zu torpedieren.<sup>9</sup> Insoweit ist die Grenze zwischen den Beitragspflichten und den Treuepflichten fließend, sodass man jene Treuepflichten, die die Funktion der Zweckverwirklichung haben, zumindest in einem weiteren Sinn auch zu den Beitragspflichten zählen kann.

Die Beschreibung der Beitragspflicht macht deutlich, dass sie über die Pflicht zur Einlageleistung stark hinausgeht. Einlage ist eine Leistung, die das Gesellschaftsvermögen und folglich den Haftungsfonds vergrößert.<sup>10</sup> Die **Einlage** ist somit als Teilbereich der Beitragspflicht zu verstehen („Beitrag im engeren Sinn“),<sup>11</sup> der Begriff des Beitrags ist jedoch erheblich weiter und schließt jede Art der Zweckförderung ein.

2/394

### 3. Treuepflicht

#### a) Allgemeines

Jeder Gesellschafter hat Treuepflichten zu erfüllen. Darunter werden bestimmte **Loyalitätspflichten** verstanden. Die häufige Verwendung des Begriffs steht in einem Spannungsverhältnis zur Unsicherheit über die Rechtsgrundlage und den Inhalt der Treuepflichten.<sup>12</sup> Da sie vor allem auf der engen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter beruhen, wie sie für personalistische Gesellschaften charakteristisch ist, liegen ihre Wurzeln<sup>13</sup> und wohl noch immer auch ihr Schwerpunkt im Recht der Personengesellschaften; sie sind heute aber auch, wengleich in differenzierter und tendenziell abgeschwächter Weise, bei den Kapitalgesellschaften anerkannt.<sup>14</sup> § 1186 ABGB kann, wengleich der Begriff dort nicht verwendet wird, als eine Verankerung von Treuepflichten im positiven Recht verstanden werden.<sup>15</sup> Darin erwähnt werden die Pflicht zur Mitwirkung an der gesellschaftlichen Willensbildung und den zu treffenden Maßnahmen sowie zur Förderung des Gesellschaftszwecks und zur Unterlassung einer Schädigung der Gesellschaftsinteressen. Dies ist freilich nicht als abschließende Aufzählung, sondern lediglich als Beschreibung der für die Treuepflichten wesentlichen Mitwirkungs- und Interessenwahrungspflichten anzusehen.<sup>16</sup> Auch sind die genannten Pflichten nicht in einem abso-

2/395

9 Zur Treuepflicht als mitgliedschaftliche Förderpflicht eingehend *Lutter*, AcP 180 (1980) 84 (102 ff); vgl auch die Einteilung bei *Wiedemann*, Personengesellschaften 193, 194, der die Pflicht der Gesellschafter, den Gesellschaftszweck zu fördern und die Zufügung von Schaden zu unterlassen, als eine Gruppe der Treuepflichten betrachtet.

10 *U. Torggler/H. Torggler in Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 109 Rz 10; *Krejci in Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 109 Rz 8; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 349; *K. Schmidt in MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 105 Rz 177; *Roth in Baumbach/Hopt*, HGB<sup>37</sup> § 109 Rz 6; *Wünsch*, GesRZ 1978, 1, 51 (1).

11 *U. Torggler/H. Torggler in Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 109 Rz 10; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 349; *Schäfer in Großkomm HGB*<sup>5</sup> § 105 Rz 18.

12 Vgl dazu auch *Harrer*, Personengesellschaften 112 ff.

13 Zur Entwicklung der Treuepflichten im Überblick *Schäfer in Großkomm HGB*<sup>5</sup> § 105 Rz 234; mit Schwerpunkt auf die Rechtsdogmatik *Jabornegg in FS Krejci* 667 (673 ff).

14 Zur GmbH ausführlich *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 8 ff; aus der Judikatur OGH 5 Ob 626/88 JBl 1989, 253 mit Anm *Thiery*; 4 Ob 27/99 w wbl 1999, 420; 6 Ob 100/12t EvBl 2013/96 mit Anm *Rohrer/Told* = *ecolex* 2013, 291 mit Anm *Reich-Rohrwig*; vgl zur AG *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 102 Rz 20.

15 Vgl ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 13.

16 Vgl ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 13; *Milchrahm/Rauter*, JAP 2015/2016, 229 (230).

luten Sinn zu verstehen, sondern bedürfen einer situationsbezogenen Konkretisierung anhand einer Abwägung zwischen den Gesellschaftsinteressen und den Individualinteressen des Gesellschafters.<sup>17</sup> Im Wesentlichen lässt sich sagen, dass die Treuepflicht ein Instrument zur Bewältigung eines spezifischen Interessenkonfliktes ist, der sich aus dem gesellschaftlichen Zusammenschluss ergeben kann. Im Anschluss an *Flume* kann man ihn so beschreiben, dass sich jeder Gesellschafter durch die Verbindung zu einem gemeinsamen Zweck in die Hände seiner Mitgesellschafter gibt, indem er sich von deren Entscheidung bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks abhängig macht.<sup>18</sup> Die Ausstrahlung gesellschaftsbezogener Handlungen auf die Interessensphäre des Verbandes und der Mitgesellschafter ist der wohl zutreffende Kern der Ansicht, es handle sich bei den Pflichten des Gesellschafters um treuhänderische Pflichten.<sup>19</sup>

**2/396** Zugleich wird deutlich, dass der Interessenkonflikt **in zweifacher Hinsicht** auftreten kann.<sup>20</sup> Zum einen kann das Interesse eines Gesellschafters an Handlungsfreiheit in Konflikt zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks treten; insoweit kann eine Treuepflicht zur Gesellschaft bestehen. Zum anderen kann ein Konflikt zwischen dem Eigeninteresse eines Gesellschafters und den Interessen der Mitgesellschafter auftreten; insoweit kann eine Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern gegeben sein. Stets geht es also darum, die Grenzen zwischen der Bindung an den Gesellschaftsvertrag und der verbleibenden Handlungsfreiheit des Gesellschafters auszuloten. Im Übrigen sind die Fälle, zu deren Lösung die Treuepflicht herangezogen wird, verhältnismäßig heterogen.<sup>21</sup> Sie betrifft die Ausübung organschaftlicher Tätigkeit (zB bei treuwidrigem Widerspruch gegen eine Geschäftsführungsmaßnahme, § 115 Abs 1 UGB, Rz 2/471) ebenso wie die Teilhabe an der Verbandssouveränität (zB bei der Pflicht zur Zustimmung zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags, Rz 2/447) und außergesellschaftliche Aktivitäten (zB Wettbewerbsverbot, §§ 112f UGB).<sup>22</sup> Die Beispiele zeigen im Übrigen, dass es sich bei den Treuepflichten keineswegs ausschließlich um ein Instrument zum Schutz der Minderheit handelt. Das im Personengesellschaftsrecht grundsätzlich geltende Einstimmigkeitsprinzip würde es auch einer Minderheit bzw einem einzelnen Gesellschafter gestatten, Maßnahmen zur Förderung des Verbandszwecks zu blockie-

17 Vgl auch OGH 2 Ob 209/10i; mit dem Hinweis, dass es sich dabei idR nicht um eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO handelt.

18 So *Flume*, Personengesellschaft 258.

19 *U. Torggler* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 108 Rz 15; ebenso *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 327; vgl auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 108 Rz 18, der vom „Widerlager der Gemeinschaftsbindung“ spricht.

20 Dazu näher *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 105 Rz 239ff; vgl auch *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 105 Rz 189, der von „doppelte[r] Schutzrichtung“ spricht; vgl auch *dens*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 589; *Wiedemann*, Personengesellschaften 199; *U. Torggler* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 108 Rz 18; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 327; *Harrer*, Personengesellschaften 112ff; *Milchrahm/Rauter*, JAP 2015/2016, 229 (230).

21 Vgl aus der deutschen Rsp die Übersicht bei *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 105 Rz 242; aus der österreichischen Rsp bei *Jabornegg* in *FS Krejci* 667 (670ff).

22 Vgl zum Zusammenhang zwischen den Treuepflichten und dem Wettbewerbsverbot nur *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 3; *Wiedemann*, Personengesellschaften 706; *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 3; *Langhein* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 112 Rz 1.

ren. Insofern kann die Treuepflicht auch zur Überwindung des Widerstands einzelner Gesellschafter eingesetzt werden.<sup>23</sup>

Bei der zur Konkretisierung der Treuepflichten erforderlichen Interessenabwägung kann die Unterscheidung zwischen **eigennütigen** und **uneigennütigen Rechten** eine Orientierungshilfe sein.<sup>24</sup> Die Ausübung uneigennütiger Gesellschafterrechte, wie bspw des Rechts zur Geschäftsführung, ist stets an der Förderung des Verbandszwecks auszurichten. Eigennützige Rechte, zB Informationsrechte, können im eigenen Interesse geltend werden; ihre Ausübung steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs.

2/397

Die **Rechtsgrundlagen** der Treuepflichten sind zersplittert. Während sich die ältere österreichische Rsp häufig auf die Grundsätze des redlichen Verkehrs und auf Treu und Glauben berief,<sup>25</sup> ist nunmehr auf § 112 Abs 1 UGB idF GesbR-RG (entspricht § 1186 Abs 1 ABGB) als die hauptsächliche Rechtsquelle zu verweisen. In dieser Bestimmung werden die Pflicht zur Mitwirkung, die Förderung des Gesellschaftszwecks sowie zur Unterlassung von Schädigungen des Gesellschaftsinteresses ausdrücklich erwähnt. Freilich handelt es sich dabei um keine abschließende Aufzählung, sondern lediglich um eine Beschreibung fundamentaler Elemente der Treuepflicht.<sup>26</sup> Punktuell sind auch andere Pflichten, die auf dem Treuegedanken beruhen, ausdrücklich im Gesetz verankert. Dies gilt namentlich für das Wettbewerbsverbot (§§ 112f UGB) und das Verbot der Gewinnentnahme zum offenbaren Schaden der Gesellschaft (§ 122 Abs 1 UGB). Im Übrigen handelt es sich vorwiegend um eine Frage der ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>27</sup> Sie erfordert stets eine Prüfung des individuellen Gesellschaftsvertrags und ermöglicht auf diese Weise die einhellig für richtig erachtete<sup>28</sup> Berücksichtigung der Realstruktur der Gesellschaft. So wird es bspw bei der Frage, ob der Gesellschafter verpflichtet ist, Rechte an Erfindungen der Gesellschaft zu überlassen, wesentlich davon abhängen, ob die ihr vorangehende Forschungstätigkeit zu den Aufgaben des Gesellschafters in der Gesellschaft gehörte und inwieweit sie durch die Benützung von Einrichtungen der Gesellschaft gefördert wurde.<sup>29</sup> Soweit es um die Förderung des Gesellschaftszwecks geht, stellen die Treuepflichten keineswegs eine Besonderheit des Gesellschaftsrechts dar. Vielmehr hat jeder Vertragspartner auch bei schuldrechtlichen Verträgen seine Handlungsweise an

2/398

23 Näher K. Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 593 ff; ders in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 105 Rz 188.

24 Dazu etwa Schäfer in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 105 Rz 237; U. Torggler in Straube, UGB I<sup>4</sup> § 108 Rz 20f; Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Gesellschaftsrecht Rz 329; Milchrahm/Rauter, JAP 2015/2016, 229 (232); vgl zu den eigennütigen Rechten auch OGH 6 Ob 26/97k SZ 70/43 = ecolex 1997, 853 mit Anm Zehetner; in jüngerer Zeit 6 Ob 100/12t ecolex 2013, 710 mit Anm Reich-Rohrwig.

25 OGH 6 Ob 695/87 SZ 60/285 = wbl 1988, 125 mit Anm Reich-Rohrwig; 6 Ob 26/97k SZ 70/43 = ecolex 1997, 853 mit Anm Zehetner; 8 Ob 580/82 HS 14.077/2; 7 Ob 607/92 SZ 55/78 = HS 12.111; 6 Ob 190/08x; 2 Ob 2 09/10i; ebenso Kastner/Doral/Nowotny, GesR<sup>5</sup> 11; Krejci, Gesellschaftsrecht I 198; ders in Krejci, Reformkommentar § 108 Rz 19.

26 Vgl ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 13.

27 So auch Kraus in Torggler, UGB<sup>2</sup> § 112 Rz 2; Milchrahm/Rauter, JAP 2015/2016, 229 (229).

28 Dazu Schäfer in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 105 Rz 238; K. Schmidt in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 105 Rz 190; vgl auch Roth in Baumbach/Hopt, HGB<sup>37</sup> § 109 Rz 23.

29 Dazu näher Schönherr in FS Kastner I 401 (411 ff), der jedoch zwischen Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung unterscheidet und die Rechte der Gesellschaft auf ergänzende Auslegung stützt; vgl auch Reich-Rohrwig, ecolex 1991, 159 (162).

der Verwirklichung des Vertragszwecks auszurichten. Die konkreten Handlungspflichten, die der Vorbereitung und Abwicklung des Vertrags dienen (unselbstständige Nebenpflichten), werden vielfach durch ergänzende Auslegung des Vertrags gewonnen.<sup>30</sup> Aus diesen Gründen werden die Treuepflichten im neueren Schrifttum einer Fundamentalkritik unterzogen und als verfehltes Denkmuster bezeichnet.<sup>31</sup> Daran trifft zu, dass es im Gesellschaftsrecht auch möglich wäre, ohne den Begriff der Treuepflicht auszukommen. Dabei handelt es sich aber, wenn man sich der methodischen Grundlagen bewusst ist, vorwiegend um eine terminologische Frage.<sup>32</sup> Immerhin gibt zu denken, dass der Begriff der Treuepflicht nicht auf den deutschen Sprachraum beschränkt ist, sondern sinngemäß auch in anderen Rechtsordnungen verwendet wird („*fiduciary duties*“).<sup>33</sup> Überdies wird der Ausdruck im deutschen und österreichischen Gesellschaftsrecht seit Jahrzehnten verwendet und ruft bei aller Heterogenität der Fallgestaltungen die Assoziation bestimmter Kategorien von Interessenkonflikten hervor. Deshalb scheint es aus pragmatischen Gründen zweckmäßig, ihn weiterhin zu verwenden.<sup>34</sup> Dass sein Gebrauch in der Vergangenheit Schaden gestiftet, insb zu verfehlten Ergebnissen geführt hätte, ist bis jetzt nicht hervorgekommen. In dieser Darstellung werden die Treuepflichten im jeweiligen Zusammenhang erörtert. Gesondert ist jedoch das Wettbewerbsverbot als wichtiger und im Gesetz besonders geregelter Anwendungsfall zu behandeln.

## b) Wettbewerbsverbot

**2/399** Die **Verwirklichung des Gesellschaftszwecks** ist besonders massiv **gefährdet**, wenn sich ein Gesellschafter im gleichen Geschäftszweig der Gesellschaft betätigt. Deshalb verpflichtet § 112 UGB den Gesellschafter, gleichartige geschäftliche Interessen, die mit dem Verband im Wettbewerb stehen, zurückzustellen. Wer dem Verband beitrifft, verspricht die Förderung des Gesellschaftszwecks und gibt damit ein Stück seiner Handlungsfreiheit preis. Dies ist jedoch keine Besonderheit des Gesellschaftsrechts, sondern eine Folge jeglicher vertraglicher Bindung. Es kommt freilich hinzu, dass der Gesellschafter in der OG – entweder als Geschäftsführer oder aufgrund des § 118 UGB – Zugang zu gesellschaftsinternen Informationen hat, die er bei konkurrierenden Tätigkeiten zum eigenen Nutzen verwerten kann. Man kann deshalb den Zweck des § 112 UGB in der Verhinderung von schädlichem Wettbewerb durch die mögliche Verwertung von Insiderwissen erblicken.<sup>35</sup> Das Wettbewerbsverbot der §§ 112f UGB erfasst einen beträchtlichen

30 Vgl nur *Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> Rz 217.

31 So bereits der Titel des Beitrags von *Jabornegg* in FS Krejci 667; kritisch auch *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 108 Rz 20f; *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse 269ff; vgl auch *Harzer*, Personengesellschaften 114.

32 AA *Jabornegg* in FS Krejci 667 (669).

33 Rechtsvergleichend etwa *Wiedemann*, Personengesellschaften 195ff.

34 So auch *U. Torggler* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 108 Rz 16.

35 Zu diesem Gesichtspunkt ausführlich *Nowotny/Braumann*, RdW 1984, 194 (199f); zur unzulässigen Informationsverwertung als Wertungselement des § 112 UGB auch *Wiedemann*, Personengesellschaften 706; *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 112 Rz 1; *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 5; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 415.

Teil jener Fälle, die im angloamerikanischen Recht mit Hilfe der Lehre von den corporate opportunities bewältigt werden<sup>36</sup> (vgl auch sogleich Rz 2/400).

**Gegenstand des § 112 Abs 2 UGB sind zwei** – freilich gleich gelagerte – **Tatbestände:** **2/400** die Betätigung im Geschäftszweig der Gesellschaft (Rz 2/402) und die Teilnahme an einer gleichartigen Gesellschaft als unbeschränkt haftender Gesellschafter (Rz 2/407). Aus der Normierung fester Tatbestände,<sup>37</sup> die die Interessen der Gesellschaft typischerweise gefährden, lässt sich jedoch kein Umkehrschluss ziehen, dass andere Verhaltensweisen, die die Gesellschaft ebenfalls schädigen können, stets erlaubt wären. Sie können einen Verstoß gegen allgemeine Treuepflichten darstellen, was freilich im Einzelfall durch Interessenabwägung aufgrund ergänzender Vertragsauslegung festgestellt werden muss (dazu Rz 2/398). Die Betätigung eines Gesellschafters in einem Geschäftszweig, bei dem kein Wettbewerbsverhältnis zur Gesellschaft besteht, ist nach §§ 112f UGB unbedenklich. Die Sicherung der Arbeitskraft gehört nicht zum Schutzzweck dieser Bestimmungen.<sup>38</sup> Wenn der Gesellschafter seine Arbeitskraft zwischen der Tätigkeit in der Gesellschaft und anderen Aktivitäten teilt, so kann gleichwohl eine Pflichtverletzung aus anderen Gründen, bspw wegen Sorgfaltsverstößen bei der Geschäftsführung, in Betracht kommen. Auch die Unterlassung der Zuführung von Geschäftschancen zur Gesellschaft kann außerhalb des Anwendungsbereichs des § 112 UGB uU eine Treupflichtverletzung darstellen.<sup>39</sup>

**Subjektive und zeitliche Reichweite des Wettbewerbsverbots:** Das Wettbewerbsverbot **2/401** bindet jeden Gesellschafter ohne Rücksicht auf seine Befugnis zu Geschäftsführung und Vertretung.<sup>40</sup> Es besteht bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft<sup>41</sup> oder bis zur Umwandlung seiner Rechtsstellung in die eines Kommanditisten.<sup>42</sup> Im deutschen Recht wird mit guten Gründen eine konzerndimensionale Ausdehnung des Wettbewerbsverbots erörtert,<sup>43</sup> was auch zum österreichischen Recht Beachtung verdient. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kommt nur bei vertraglicher Vereinbarung in Betracht

36 Zum Verhältnis des § 112 UGB zur Corporate-opportunities-Doktrin *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 16.

37 Vgl *U. Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB<sup>3</sup> § 112 Rz 2, die von „starre[r] Schranke“ sprechen.

38 Vgl nur *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 94; *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 112 Rz 2.

39 Vgl *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 114 Rz 46; *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 16; *Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB<sup>37</sup> § 109 Rz 26, § 112 Rz 1, 5, § 114 Rz 13; *Wiedemann*, Personengesellschaften 342, 706; vgl auch *Rawert* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 114 Rz 48.

40 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 106; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 418; *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (148); *Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB<sup>37</sup> § 112 Rz 2; zT anders *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 112 Rz 7.

41 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 127; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 422; *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (150); OGH 1 Ob 44/59 EvBl 1959/234; zuletzt 4 Ob 71/15t GES 2016, 13 mit Anm *Fantur*; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 4.

42 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 127; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 4; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 422.

43 Vgl BGH II ZR 242/82 BGHZ 89, 162 (165 ff); dazu *Wiedemann*, Personengesellschaften 707 f; *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 7.

(dazu Rz 2/763 ff).<sup>44</sup> Im Übrigen erlischt es grundsätzlich mit der Auflösung der Gesellschaft.<sup>45</sup> Steht die Auflösung der Gesellschaft unmittelbar bevor, so darf der Gesellschafter bereits mit der Vorbereitung seiner künftigen Geschäftstätigkeit beginnen.<sup>46</sup> Während des Liquidationsstadiums sind nur solche Handlungen unzulässig, die das Liquidationsergebnis gefährden.<sup>47</sup>

**2/402** § 112 Abs 2 erster Fall UGB verbietet es den Gesellschaftern einer OG, im **Geschäftszweig der Gesellschaft** Geschäfte zu machen. Mit dem Geschäftszweig der Gesellschaft ist der Unternehmensgegenstand gemeint.<sup>48</sup> Wenn die tatsächliche Betätigung der Gesellschaft hinter dem im Vertrag festgelegten Unternehmensgegenstand zurückbleibt, so ist grundsätzlich nur der Umfang der tatsächlichen Tätigkeit geschützt<sup>49</sup> (vgl aber sogleich Rz 2/403). *Ratio legis* ist die Vermeidung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen der marktbezogenen Tätigkeit der Gesellschaft und den außergesellschaftlichen Aktivitäten des Gesellschafters. Die Auslegung des § 112 Abs 2 erster Fall UGB muss sich an diesem Normzweck orientieren. Für die Betätigung im Geschäftszweig der Gesellschaft kommt es deshalb darauf an, dass die Gesellschaft und der Gesellschafter auf demselben Markt tätig sind. Der Markt ist nach sachlichen und räumlichen Gesichtspunkten abzugrenzen.<sup>50</sup> In sachlicher Hinsicht ist darauf abzustellen, ob die Gesellschaft und der Gesellschafter gleiche oder substituierbare Güter anbieten.<sup>51</sup> Wenn die Gesellschaft bspw Personenbeförderung mit Zügen anbietet, so wird der Gesellschafter nicht auf denselben Strecken Liniendienste mit Bussen anbieten dürfen. Zugleich besteht aber ein Konflikt mit den geschäftlichen Interessen der Gesellschaft nur, wenn der Gesellschafter auch räumlich auf demselben Markt tätig ist. Ist aufgrund der lokalen Ausrichtung der ge-

44 Vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 17; auch 4 Ob 71/15t GES 2016, 13 mit Anm *Fantur*.

45 Vgl OGH 3 Ob 555, 556/51 SZ 25/47; 5 Ob 208/61 RZ 1962, 39; 1 Ob 567/90 GesRZ 1992, 44; jüngst 4 Ob 71/15t GES 2016, 13 mit Anm *Fantur*.

46 OGH 5 Ob 558/77 SZ 50/48 = EvBl 1977/160; 1 Ob 567/90 GesRZ 1992, 44; *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 11; strenger *Langhein* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 112 Rz 19.

47 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 128; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 4; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, *Gesellschaftsrecht* Rz 424; *H. Torggler*, *GesRZ* 1978, 148 (150); OGH 1 Ob 567/90 GesRZ 1992, 44; strenger wohl *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 12; *Langhein* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 112 Rz 19; *Roth* in *Baumbach/Hopt*, *HGB*<sup>37</sup> § 112 Rz 3.

48 Vgl auch *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 57; ebenso zur Rechtslage vor dem HaRÄG, bei der noch von „Handelszweig“ die Rede war *U. Torggler/Kucsko* in *Straube*, *HGB*<sup>3</sup> § 112 Rz 9; vgl auch *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 15.

49 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 138; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 6; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, *Gesellschaftsrecht* Rz 419; *H. Torggler*, *GesRZ* 1978, 148 (149).

50 Vgl zur Abgrenzung von Märkten im Wettbewerbsrecht die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes iS des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl C 1997/372, 5; eingehend auch *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 14 ff; *Langhein* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 112 Rz 11 ff.

51 Vgl auch *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 140; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 9; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, *Gesellschaftsrecht* Rz 419; OGH 3 Ob 555, 556/51 SZ 25/47; 4 Ob 361, 362/76 GesRZ 1977, 59 (KG; Substituierbarkeit von Plastikfliesen und Keramikfliesen).

schäftlichen Aktivitäten ausgeschlossen, dass die Gesellschaft und die Gesellschafter um dieselben Kunden werben, dann besteht gegen eine geschäftliche Betätigung des Gesellschafters in demselben Geschäftszweig kein Einwand.

**Spätere Entstehung eines Wettbewerbsverhältnisses:** Sollte ein Wettbewerbsverhältnis **2/403** nicht bereits bei Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft bestanden haben, sondern erst später durch eine räumliche oder sachliche Erweiterung des tatsächlichen Geschäftsumfanges der Gesellschaft entstanden sein, so ist zu unterscheiden: Findet die Erweiterung der geschäftlichen Betätigung im vereinbarten Unternehmensgegenstand keine Deckung, so ist sie unzulässig, sodass auch kein diesbezügliches Wettbewerbsverbot für den Gesellschafter besteht.<sup>52</sup> Ist die Ausdehnung des Geschäftsfeldes der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag zulässig, so kommt es zunächst darauf an, ob die konkurrierende Betätigung des Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags bekannt war. Wenn dies der Fall war, so kann sie auch bei späterer Entstehung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht untersagt werden (§ 112 Abs 3 UGB). UU könnte in einem solchen Fall sogar die Verpflichtung der Gesellschaft erwogen werden, die Ausdehnung der geschäftlichen Betätigung zu Lasten des Gesellschafters zu unterlassen. War die unternehmerische Betätigung des Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern nicht bekannt oder hat der Gesellschafter seine unternehmerische Tätigkeit erst nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags aufgenommen, so verdienen die Interessen der Gesellschaft den Vorrang.<sup>53</sup> Der Grund liegt darin, dass der Gesellschafter mit einer nach dem Gesellschaftsvertrag zulässigen, wenngleich nicht sogleich ausgeschöpften Erweiterung der unternehmerischen Betätigung rechnen musste und sie durch seinen Beitritt zur Gesellschaft gebilligt hat.<sup>54</sup>

Nach herrschender, aber nicht unbestrittener Ansicht<sup>55</sup> ist **nicht entscheidend**, ob das **2/404** **Geschäft** ohne das pflichtwidrige Verhalten des Gesellschafters **mit der Gesellschaft geschlossen worden wäre**. Gegen diese Ansicht lässt sich einwenden, dass die Interessen der Gesellschaft nicht gefährdet sind, wenn sie auch von einem rechtmäßigen Alternativverhalten des Gesellschafters nicht profitiert hätte. Ein Schaden ist ihr aus der Verletzung des Konkurrenzverbots nicht entstanden. Ebenso könnte man in Frage stellen, warum ihr der Gewinn aus dem unzulässigen Geschäft des Gesellschafters zustehen soll (vgl dazu Rz 2/414), der ihr ohnehin nicht zugeflossen wäre. Selbst wenn man im Anspruch auf Herausgabe des Geschäftsgewinns Elemente eines Bereicherungsanspruchs erkennen wollte, dem die Prämisse zugrunde liegt, dass die Geschäftschancen, die sich der Gesellschafter verbotswidrigerweise zunutze gemacht hat, im Innenverhältnis der Gesellschaft

52 Ebenso *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 6; vgl auch *Langhein* in Münch-Komm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 12, der auf die Möglichkeit einer schlüssigen Erweiterung des Unternehmensgegenstands hinweist.

53 Ohne die hier vorgenommene Differenzierung auch *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (150); *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 6; OGH 4 Ob 361, 362/76 GesRZ 1977, 59 (KG); ebenso für den Fall, dass der Gesellschafter ein Unternehmen erbt, *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 151.

54 So auch *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 145.

55 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 99; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 419; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 7; aA noch *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 112 Rz 6, der sich aber für eine Beweislastumkehr ausspricht.



zugeordnet waren, könnte der Anspruch zweifelhaft erscheinen. Denn nach den allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts beim Eingriff in ein fremdes Rechtsgut gilt, dass sich der Bereicherte einen Teil der Bereicherung behalten darf, wenn diese nur aufgrund seiner besonderen Anstrengungen und Mühe erzielt wurde.<sup>56</sup> Diese Überlegungen könnten dafür sprechen, den Tatbestand des § 112 UGB auf jene Fälle zu reduzieren, in denen das verbotene Geschäft ohne die Pflichtwidrigkeit des Gesellschafters mit der Gesellschaft geschlossen worden wäre. Dennoch dürfte dem § 112 UGB noch ein weiterer *telos* zugrunde liegen, der es rechtfertigt, am Wortlaut und somit an der hM festzuhalten. Auszugehen ist davon, dass die Bereitschaft des Dritten, das Geschäft auch mit der Gesellschaft abzuschließen, häufig weder *ex ante* eindeutig feststeht noch *ex post* mit Sicherheit ermittelt werden kann. Aus diesem Grund soll zum einen der Gesellschafter dazu motiviert werden, seine Anstrengungen auf eine Zuführung der ihm zugänglichen Geschäftschancen zur Gesellschaft zu konzentrieren. Zum anderen soll die Frage, ob der Dritte das Geschäft auch mit der Gesellschaft geschlossen hätte, gar nicht erst zum Prozessthema zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter gemacht werden, weil diesbezüglich eine Manipulation der Beweislage zu Lasten der Gesellschaft durch ein Zusammenwirken des Gesellschafters und des Dritten uU leicht möglich ist. Auf dieser Grundlage, die mit dem im Schrifttum hervorgehobenen Verständnis des § 112 UGB als Gefährdungstatbestand korreliert,<sup>57</sup> erscheint es folgerichtig, der hA zuzustimmen.

**2/405** Der Begriff des Geschäftszweigs deutet darauf hin, dass § 112 UGB nur die **unternehmerische Tätigkeit** der OG zum Gegenstand hat. Geschützt ist freilich die unternehmerische Tätigkeit im weiten Sinn des § 1 Abs 2 UGB bzw § 1 Abs 2 KSchG, weshalb es auf die Gewinnerzielungsabsicht der OG nicht ankommt. Betreibt die OG kein Unternehmen, so ist § 112 UGB unanwendbar. Anwendbar ist dann jedoch § 1187 Satz 1 ABGB, wonach die Gesellschafter kein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft unternehmen dürfen (zu dieser Bestimmung näher Rz 2/97 ff).<sup>58</sup>

**2/406** Der Gesellschafter darf im Geschäftszweig der Gesellschaft keine **Geschäfte machen**. In Hinblick auf den Schutzzweck, die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks nicht zu gefährden, ist das Tatbestandsmerkmal weit auszulegen. Erfasst sind alle Geschäftsabschlüsse, die der Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft im eigenen oder fremden Namen<sup>59</sup> bzw auf eigene oder fremde Rechnung<sup>60</sup> tätigt. Verboten ist demnach auch die Betätigung als Kommissionär oder als Geschäftsführer einer GmbH sowie als Vorstand einer AG. Nach hM ist auch bloße Vermittlungstätigkeit unzulässig;<sup>61</sup> dieser Ansicht ist

56 Grundlegend *Wilburg*, Ungerechtfertigte Bereicherung 128 ff; vgl auch OGH 2 Ob 404/67 JBl 1969, 272; *F. Bydlinski*, JBl 1969, 252 (254 ff); *Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> Rz 1758.

57 Deutlich etwa *Wiedemann*, Personengesellschaften 706; ebenso *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 112 Rz 1, 3; *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 3.

58 Vgl dazu auch *Koppensteiner*, wbl 2015, 307.

59 *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (150); *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 131; *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 112 Rz 22; *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 10.

60 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 7; *Schäfer* in GroßKomm HGB<sup>5</sup> § 112 Rz 22; *Langhein* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 112 Rz 10; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB<sup>37</sup> § 112 Rz 4.

61 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 130.

zuzustimmen, weil auch hierdurch fremder Wettbewerb gefördert wird. Eine bloße Aufsichtsratsstätigkeit fällt nach hA nicht unter § 112 UGB;<sup>62</sup> freilich würde eine Weitergabe gesellschaftsinterner Informationen an die andere Gesellschaft gleichwohl eine Treupflichtverletzung darstellen. Nach zutreffender Ansicht sind private Geschäfte des Gesellschafters nicht vom Wettbewerbsverbot erfasst.<sup>63</sup>

Der Gesellschafter darf sich überdies an keiner **gleichartigen Gesellschaft** als unbeschränkt haftender Gesellschafter beteiligen (§ 112 Abs 2 zweiter Fall UGB). Entsprechend dem Zweck der Bestimmung, die Verfolgung konkurrierender Geschäftsinteressen außerhalb der Gesellschaft zu verhindern, ist unter der gleichartigen Gesellschaft entgegen dem missverständlichen Wortlaut nicht jede andere OG, sondern nur eine solche Gesellschaft zu verstehen, die im Geschäftszweig der Gesellschaft tätig ist.<sup>64</sup> Das Verbot bezieht sich auf die Beteiligung an einer im Wettbewerbsverhältnis zur Gesellschaft stehenden OG, auf die Beteiligung als Komplementär an einer solchen KG und auf die Beteiligung an einer solchen GesBR.<sup>65</sup> Die Beteiligung an einer KG als Kommanditist oder an einer GmbH oder AG ist vom Verbot nicht betroffen. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Gesellschafter in einer solchen Gesellschaft mit Geschäftsführungsbefugnis ausgestattet ist oder aufgrund seiner Beteiligung auf die Geschicke der Gesellschaft in bestimmender Weise Einfluss nehmen kann. In den genannten Fällen ist § 112 Abs 2 erster Fall UGB zumindest analog anzuwenden.<sup>66</sup> Dasselbe muss auch für den „faktischen Geschäftsführer“<sup>67</sup> gelten.

2/407

Beide Verbotstatbestände des § 112 Abs 2 UGB stehen unter dem Vorbehalt der fehlenden **Einwilligung** durch die übrigen Gesellschafter (§ 112 Abs 2 UGB). Dies versteht sich von selbst: Da das Wettbewerbsverbot dem Schutz der unternehmerischen Interessen dient, die im Rahmen der OG verfolgt werden, ist es den Mitgesellschaftern freigestellt, hierauf zu verzichten. Die Einwilligung kann sich auf beliebigen Wettbewerb durch den Gesellschafter oder auch nur auf einzelne Wettbewerbshandlungen beziehen.<sup>68</sup> Bei der Einwilligung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die form-

2/408

62 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 7.

63 *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 21; *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 134; ähnlich *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 7; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 420; offenbar aA *Langhein* in *MünchKomm HGB*<sup>4</sup> § 112 Rz 10.

64 Vgl *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 152; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 9; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 421.

65 *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 153; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 8; vgl auch *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (150).

66 Näher *Schäfer* in *GroßKomm HGB*<sup>5</sup> § 112 Rz 24f; im Ergebnis ebenso *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*<sup>2</sup> § 112 Rz 8; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 421; *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (150); *Milchrahm* in *Straube*, UGB I<sup>4</sup> § 112 Rz 154; vgl auch OGH 4 Ob 326–329/78 GesRZ 1978, 129 (KG), wonach die Beteiligung mit 25% an der anderen Gesellschaft nicht als Verletzung des Wettbewerbsverbots betrachtet wurde.

67 Zum faktischen Geschäftsführer allgemein *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 6; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I<sup>2</sup> Rz 2/397.

68 Vgl *H. Torggler*, GesRZ 1978, 148 (148).