



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Schramm als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny und die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Pelzmann Gall Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Mag. H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Lukas Fantur, Rechtsanwalt in Wien, wegen 10.176,64 EUR sA, Herausgabe und Auskunftserteilung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien als Berufungsgericht vom 19. November 2018, GZ 1 R 156/18i-11, womit das Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen Wien vom 21. März 2018, GZ 9 C 522/17f-6, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 1.800 EUR (darin 300 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin ist seit Jänner 2013 ein in W\*\*\*\*\* tätiges Bestattungsunternehmen. Der Beklagte war vom 19. 1. 2013 bis 12. 5. 2017 gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer der Klägerin und vom 29. 10. 2015 bis zum 22. 5. 2017 gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft der Klägerin. Der Beklagte stand zur Klägerin in keinem Angestelltenverhältnis.

Außer Streit steht, dass dem Beklagten eine

Ausnahmegenehmigung vom Wettbewerbsverbot gemäß § 24 GmbHG erteilt wurde. Das Wettbewerbsverbot wurde räumlich auf W\*\*\*\*\* und sachlich auf das Bestattungswesen eingeschränkt, wobei aber auch hier der Beklagte berechtigt blieb, bei einem bestimmten Unternehmen in W\*\*\*\*\* gewerberechtllicher Geschäftsführer zu sein sowie gelegentlich Tätigkeiten (maximal ein- bis zweimal pro Monat) innerhalb W\*\*\*\*\*s sowie das Anbieten der Dienstleistungen „Urnenbefreiung, Natur- und Seebestattung“ auszuüben.

Die **Klägerin** begehrt – soweit im Revisionsverfahren von Belang – vom Beklagten die Erteilung umfassender Auskunft über seine Tätigkeiten im Bestattungsgewerbe im Zeitraum 19. 1. 2013 bis 12. 5. 2017, wobei die Auskunft auch die Tätigkeiten sämtlicher Beteiligungsgesellschaften, Treuhänder und sonstiger von der Klägerin kontrollierten oder sonst maßgeblich beeinflussten Personen zu umfassen habe. Im Einzelnen wird die Angabe des konkreten Geschäfts mit Datum, Namen und Anschrift des jeweiligen Geschäftspartners sowie dem Preis und sonstigen Konditionen begehrt.

Sie stützte diesen Anspruch auf § 24 GmbHG und brachte dazu vor, dass der Beklagte bzw die von ihm kontrollierte Bestattungsanstalt U\*\*\*\*\* während seiner Geschäftsführertätigkeit und weiterhin als Komplementär bzw Kommanditist einiger anderer Bestattungsunternehmen tätig gewesen sei. Überdies habe der Beklagte während seiner Zeit als Geschäftsführer der Klägerin in W\*\*\*\*\* unmittelbar Konkurrenz gemacht und damit möglicherweise gegen das Wettbewerbsverbot gemäß § 24 GmbHG verstoßen. Es würden hinreichende Anhaltspunkte für Wettbewerbsverstöße vorliegen. Konkrete Wettbewerbsverstöße wurden jedoch

nicht geltend gemacht.

Der **Beklagte** bestritt das Klagebegehren. Die Klägerin mache keine Wettbewerbsverletzung geltend, sondern wolle lediglich prüfen, ob möglicherweise eine solche vorliege.

Die **Vorinstanzen** wiesen das Auskunftsbegehren ab. Beim Auskunftsanspruch nach § 24 Abs 3 GmbHG handle es sich um eine Rechtsfolge eines bereits konkret eingetretenen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Ein solcher Auskunftsanspruch könne nicht dazu dienen, allfällige Wettbewerbsverletzungen zu individualisieren.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR übersteige. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine Rechtsprechung zur Reichweite des Auskunftsanspruchs gemäß § 24 GmbHG vorliege. Insbesondere fehle Rechtsprechung zu der Frage, ob der von der Lehre und Rechtsprechung gewährte Auskunftsanspruch ohne einen konkret behaupteten Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot geltend gemacht werden kann, oder ob dieser nur eine Sanktion eines bestimmten wettbewerbswidrigen Verhaltens darstelle.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

Die **Revision** ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

**1.1.** § 24 GmbHG regelt ein Konkurrenzverbot für Geschäftsführer der Gesellschaft mbH, wonach diese ohne Einwilligung der Gesellschaft weder Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung machen, noch bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweigs als persönlich haftende Gesellschafter sich beteiligen oder eine Stelle im Vorstand oder Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleiden dürfen.

**1.2.** Als Sanktionen bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot sieht § 24 Abs 3 GmbHG vor, dass die Bestellung des Geschäftsführers widerrufen werden kann. Die Gesellschaft kann überdies Schadenersatz fordern oder statt dessen verlangen, dass die für Rechnung des Geschäftsführers gemachten Geschäfte als für ihre Rechnung geschlossen angesehen werden. Bezüglich der für fremde Rechnung geschlossenen Geschäfte kann sie die Herausgabe der hierfür bezogenen Vergütung oder Abtretung des Anspruchs auf die Vergütung begehren. Nach der Judikatur gehört zu den Ansprüchen nach § 24 Abs 3 GmbHG auch der Anspruch auf Unterlassung der dem Wettbewerbsverbot widersprechenden geschäftlichen Tätigkeit (RIS-Justiz RS0088259).

**2.1.** In der Literatur besteht Einigkeit, dass der Gesellschaft ein Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch zusteht, wobei dieser Anspruch in den Kommentierungen stets im Zusammenhang mit den Sanktionen erwähnt wird (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 24 Rz 14; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 24 Rz 34; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>2</sup> Rz 2/297; *Edelmann/Salcher in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 24 Rz 26).

**2.2.** Der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung wird zum einen damit begründet, dass der Gesellschaft der Umfang und die Art der Konkurrenztaetigkeit in der Regel nicht bekannt ist (*Temmel/Peric in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 24 Rz 39). Zum anderen wird in der Literatur ins Treffen gefuehrt, die Gesellschaft habe den Anspruch, um ihre Wahl zwischen Schadenersatz und Eintritt in das Geschaeft informiert ausueben zu koennen (*Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Oesterreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 4/217; *U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 24 Rz 9;

*Edelmann/Salcher* in  
*Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*,  
 GmbHG § 24 Rz 26; *H. Torggler*, Wettbewerbsverbot im  
 Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, GesRZ 1978,  
 148 [152]; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>2</sup> Rz 2/297; *Wünsch*,  
 Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers,  
 GesRZ 1982, 269 [278]; im gleichen Sinn zu § 79 AktG:  
*Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 79 Rz 8;  
*J. Reich-Rohrwig/Winkler* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 79  
 Rz 88; zu § 113 UGB [früher § 113 HGB]: 3 Ob 556/51;  
 5 Ob 208/61 RZ 1962, 39; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*,  
 Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/412; *Milchrahm* in  
*Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 113 Rz 66; *Kraus* in  
*U. Torggler*, UGB § 113 Rz 1; *Jabornegg/Artmann* in  
*Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 113 Rz 7; *Zollner/Simonishvili*  
 in *Zib/Dellinger*, UGB § 113 Rz 30).

**3.1.** Anerkannt ist, dass das  
 Rechnungslegungsbegehren auch mittels Stufenklage gemäß  
 Art XLII EGZPO mit dem zunächst nicht bezifferten  
 Leistungsbegehren verbunden werden kann (*Schauer* in *Kalss/*  
*Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>  
 Rz 2/412; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup>  
 § 113 Rz 7; *Zollner/Simonishvili* in *Zib/Dellinger*, UGB § 113  
 Rz 32; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB § 113 Rz 1). Es kann das  
 Zahlungsbegehren der Stufenklage alternativ auf die  
 Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen oder die  
 Ausübung des Eintrittsrechts gestützt und die Auswahl der  
 Sanktion vorbehalten werden, bis die Rechnungslegung  
 erfolgt ist (*J. Reich-Rohrwig/Winkler* in *Artmann/Karollus*,  
 AktG II<sup>6</sup> § 79 Rz 89).

**3.2.** Zum Konkurrenzverbot des § 7 AngG, der  
 gleichfalls Ansprüche auf Schadenersatz oder Eintritt in das

Geschäft vorsieht, bejaht die Rechtsprechung zwar, dass der Arbeitgeber Rechnungslegung begehren kann, aber erst, wenn vom Eintrittsrecht Gebrauch gemacht wurde. Es ist nicht zulässig, Rechnungslegung zu verlangen, um auf diese Weise Tatsachen zu erfahren, die den Kläger erst in den Stand setzen, entweder auf Schadenersatz zu klagen oder sich für die Ausübung des Eintrittsrechts zu entscheiden (4 Ob 12/59 SZ 32/25; LG Eisenstadt 3 Cg 7/66 Arb 8298; *Burgstaller/Preyer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 7 Rz 75).

Diese Judikatur kritisiert *Reich-Rohrwig* (Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, FS Frotz [1993] 381 [392]). Zur GmbH vertritt er, es sollte eigentlich selbstverständlich sein, dass der Gesellschaft die zur sachgerechten Beurteilung und Ausübung des Wahlrechts, ob vom Eintrittsrecht oder vom Schadenersatzanspruch Gebrauch gemacht wird, notwendigen Informationen gegeben werden müssen.

**3.3.** Weiters verpflichtet der Eintritt des Dienstgebers in ein bestimmtes verbotswidrig von einem Angestellten abgeschlossenes Geschäft nach der Judikatur zwar den Dienstnehmer zur Rechnungslegung über dieses Geschäft, berechtigt aber den Dienstgeber – abgesehen von einer gesonderten Vereinbarung – nicht, Auskunft darüber zu verlangen, ob der Angestellte noch weitere verbotswidrige Geschäfte abgeschlossen hat (5 Ob 156/66 Arb 8358; *Sacherer* in *Reissner*, AngG<sup>3</sup> § 7 Rz 32). Auch diese Entscheidung wird von *Reich-Rohrwig* (aaO 393) kritisiert und vertreten, der Auskunftsanspruch sei zu bejahen, wenn weitere Verbotshandlungen wahrscheinlich seien, weil diese Auskunft eigentlich für die Erlangung der Kenntnis über einen Anspruch erforderlich sei.

4. Das dGmbHG enthält keine Bestimmung über ein Konkurrenzverbot des Geschäftsführers (*Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 24 Rz 5). Für die Dauer der Amtszeit wird ein solches aber aus der dem Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft obliegenden Treuepflicht abgeleitet (vgl. *Weisskirchen/Kuhn* in *Ziemons/Jaeger*, BeckOK GmbHG § 6 Rz 89 mwN; *Altmoppen* in *Roth/Altmoppen*, GmbHG<sup>9</sup> Rz 90 mwN).

5.1. Im vorliegenden Fall brachte die Klägerin vor, der Beklagte habe während seiner Zeit als Geschäftsführer der Klägerin in W\*\*\*\*\* unmittelbar Konkurrenz gemacht, da er bei verschiedenen Gesellschaften als Komplementär bzw Kommanditist tätig gewesen sei und damit „möglicherweise“ gegen das Wettbewerbsverbot gemäß § 24 GmbHG verstoßen habe. In der Tagsatzung vom 18. 11. 2017 brachte sie zwar vor, es lägen „hinreichende Anhaltspunkte“ vor, dass es Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot gegeben habe, da der Beklagte an mehreren konkurrierenden Bestattungsunternehmen beteiligt sei. Abschließend brachte sie jedoch vor, dass sie keinen konkreten Verstoß des Beklagten behaupte, sondern ein Auskunftsbegehren stelle, um festzustellen, ob Verstöße tatsächlich vorlägen.

5.2. Bei dieser Sachlage ist die Klagsabweisung durch die Vorinstanzen aber nicht zu beanstanden. Nach herrschender Auffassung wird der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung den Sanktionen bei einer Übertretung des Wettbewerbsverbots zugeordnet. Er soll die Gesellschaft in die Lage versetzen, sich zu entscheiden, ob sie einen Anspruch auf Schadenersatz oder ihr Eintrittsrecht geltend macht. Wenn die Klägerin aber selbst einen Wettbewerbsverstoß des Beklagten nicht einmal behauptet,



dann können ihr weder Schadenersatz noch ein Eintrittsrecht zustehen; folglich besteht kein Raum für Auskünfte oder Rechnungslegung, um die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 24 Abs 3 GmbHG vorzubereiten. Ein Recht auf Auskunft über „Art und Umfang“ der Konkurrenzfähigkeit (vgl *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 113 Rz 7) setzt voraus, dass die Gesellschaft überhaupt eine verbotene Konkurrenzfähigkeit behauptet. Durch dieses Ergebnis wird auch eine gewisse Parallele zur oben dargestellten arbeitsrechtlichen Judikatur zu § 7 AngG hergestellt, die ein „allgemeines“ Auskunfts- und Rechnungslegungsbegehren zur bloßen Erkundung von eventuellen Konkurrenzfähigkeiten ablehnt. Dies muss insbesondere im vorliegenden Fall gelten, in dem weitreichende Ausnahmen vom Konkurrenzverbot vereinbart wurden, die Klägerin aber dennoch ohne jegliche Einschränkung umfassende Auskünfte über alle einschlägigen Tätigkeiten des Klägers begehrt.

**5.3.** Im Übrigen verlangt auch *Reich-Rohrwig* (FS Frotz 393) zur Bejahung des Auskunftsanspruchs zumindest, dass „weitere Verbotshandlungen wahrscheinlich seien“. Wenn aber die Gesellschaft dies nicht einmal behauptet, sondern selbst vorbringt, dass sie dem Geschäftsführer keinen konkreten Wettbewerbsverstoß vorwirft, sondern dieser nur „möglich“ sei, dann ist auch diese Voraussetzung jedenfalls nicht erfüllt.

**5.4.** Damit kommt auch der Frage, welches Mindestmaß an Konkretisierung im Vorbringen vorauszusetzen ist, im vorliegenden Fall keine entscheidende Bedeutung zu. Wenngleich es zweckmäßig erscheint, die Schwelle nicht allzu hoch anzusetzen, sondern gewisse Verdachtsmomente genügen zu lassen (vgl auch BGH

VII ZR 227/12), hat die Klägerin solche nicht einmal behauptet, sondern bloß vorgebracht, es lägen „möglicherweise“ Wettbewerbsverstöße vor. Aufgrund des Vorbringens, wonach die Gesellschaft „keinen konkreten Verstoß des Beklagten behauptete“, führt auch der bloße Umstand der Beteiligung des Beklagten bzw der von ihm kontrollierten Bestattungsanstalt U\*\*\*\*\* an anderen Gesellschaften nicht zu einem anderen Ergebnis, zumal § 24 Abs 1 GmbHG eine bloße Beteiligung an Konkurrenzunternehmen als beschränkt haftender Gesellschafter ohne maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nicht verbietet (6 Ob 183/11x; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 24 Rz 17 f; *Temmel/Peric in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 24 Rz 21 f mwN), der Klägerin offenbar Konkurrenzaktivitäten des Beklagten bekannt waren und das Wettbewerbsverbot vertraglich gegenüber der gesetzlich-dispositiven Rechtslage abgeschwächt wurde.

**5.5.** Eine allgemeine Auskunftspflicht des Geschäftsführers über Nebentätigkeiten wird vom GmbHG nicht normiert und – wie dargestellt – von der Judikatur zu § 7 AngG abgelehnt; sie könnte allerdings vertraglich vereinbart werden. Auch die Auskunftspflicht des Geschäftsführers nach § 24a GmbHG bezieht sich nur auf Auskünfte über die Geschäfte und Vermögenswerte der Gesellschaft.

**6.** Zusammenfassend erweisen sich die Urteile der Vorinstanzen daher als frei von Rechtsirrtum, sodass der unbegründeten Revision ein Erfolg zu versagen war.

**7.** Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO iVm § 21 RATG. Zwar besteht für die vom Beklagtenvertreter

angestrebte Honorierung auf Basis von Stundensätzen im Tarifsysteem des RATG kein Raum; in Hinblick auf Umfang und Komplexität der zu erörternden Rechtsfrage einerseits und den Umstand, dass der vom Kläger angeführte Streitwert von 1.500 EUR evident der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit nicht entspricht, waren jedoch die Kosten mit 1.500 EUR zzgl 20 % USt festzusetzen.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 21. März 2019  
Dr. S c h r a m m  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: