

Erteilung von Weisungen. Entscheidend ist vielmehr die wirksame Kontrolle, wobei auch das Kontrollsystem darzulegen ist (vgl. VwGH 27.1.1994, 94/02/0381).

Überschießende Kontroll- und Überwachungspflichten führen im Ergebnis zu einer rechtswidrigen Erfolgschaftung der Geschäftsführer. Ein Prüfungsraster kann dieses Ergebnis aber vermeiden helfen, indem Handlungspflichten konkretisiert werden und als Anleitung Rechtssicherheit schaffen. Folgende Aspekte können dabei eine Rolle spielen:

- ▶ Werden die Vertretungs- und Geschäftsführungsregeln der Gesellschaft im internen Kontrollsystem angemessen berücksichtigt?
  - Bei gemeinsamer Vertretung: Implementierung des Vieraugenprinzips im Kontrollsystem.
  - Sicherstellung des Vieraugenprinzips durch angemessene Maßnahmen, die eine Umgehung weitgehend vermeiden: Das kann durchaus die Verpflichtung der Geschäftsführung miteinschließen, zumindest entscheidungsbefugten Mitarbeitern ihre eigenen Beschränkungen nach der Geschäftsordnung mitzuteilen.
  - Konkrete Weisung an die Mitarbeiter, unter keinen Umständen Weisungen eines einzelnen Organmitglieds zu befolgen, die diesem Vieraugenprinzip bzw. den mitgeteilten Beschränkungen aus der Geschäftsordnung widersprechen.
- ▶ Das interne Kontrollsystem hat unter allen Umständen sicherzustellen, dass Entscheidungen, die für die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens wesentlich sind bzw. den Fortbestand des Unternehmens gefährden können, nicht ohne konkrete Einbindung der Organe der Gesellschaft im vertretungsbefugten Ausmaß getroffen werden können:
  - Implementierung entsprechender Wertgrenzen durch die Geschäftsführung.
  - Konkrete Weisung, dass bei Entscheidungen, die diese Wertgrenzen überschreiten, in jedem Fall und nachweislich die Zustimmung der Geschäftsführung im vertretungsbefugten Ausmaß einzuholen ist.
  - Organisatorische Sicherstellung (zB durch die Festlegung von Wertgrenzen bei Banküberweisungen, Sicherstellung, dass Überweisungen nur von zwei Personen durchgeführt werden können).
- ▶ Adäquate Reaktion auf die konkrete Gefährdung von Unternehmensinteressen:
  - Wird das Unternehmen mit ungewöhnlichen Risiken konfrontiert, ist die zukünftige Minimierung der Bedrohung durch solche Risiken in Form adäquater Kontrollmaßnahmen sicherzustellen (zur konkreten Umsetzung solcher Kontrollmaßnahmen iZm *fake president fraud* vgl. *Raif/Swidorsky*, Betrüger am Werk – Arbeitnehmerverantwortung bei CEO-Fraud und Konsorten, ArbRAktuell 2018, 173 [175]).
  - War das zuletzt schadenauslösende Ereignis durch ähnliche Vorfälle in der Vergangenheit vorhersehbar (vgl. dazu LG München I 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570 [Bachmann]; zur gebotenen besonderen Vorsicht bei Beschwerden über Mitarbeiter OGH 26.8.2020, 9 ObA 136/19v)?
  - Wurde das Kontrollsystem spezifisch auf die Vermeidung solcher Missstände in Zukunft angepasst?

Die Konkretisierung der Verpflichtung der Geschäftsführung, durch spezifische Kriterien ein adäquates Kontrollsystem einzuführen, ist ein *work in progress*. Dieser Herausforderung sollte sich die höchstgerichtliche Rspr stellen. Die Zurückweisung von Revisionen wegen des Erfordernisses der Einzelfallbeurteilung anhand völlig abstrakter Kriterien (wie Vermögenssicherung und Unternehmenswohl) wird der Anforderung an Rechtssicherheit, die die Umsetzung solcher Handlungspflichten erfordert und deren fehlerhafte Umsetzung enorme Schadenersatzansprüche auslösen können, nicht gerecht.

Roland Gerlach

Dr. Roland Gerlach, LL.M. (LSE) ist Rechtsanwalt in Wien.

★

## Zur Möglichkeit der Sicherung durch einstweilige Verfügung bei drohenden Schäden durch Verletzung eines Syndikatsvertrages

§§ 355 und 381 EO

§ 5 GesAusG

§ 19 FBG

**1. Eine generelle Verpflichtung zur Unterlassung bildet keinen ausreichend bestimmten Exekutionstitel; es muss vielmehr die Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Handlungen festgelegt sein.**

**2. Einer drohenden Verletzung eines Syndikatsvertrages kann mit vorbeugender Unterlassungsklage begegnet werden. Dieser Unterlassungsanspruch ist durch einstweilige Verfügung sicherbar.**

**3. Beschlüsse über den Ausschluss eines Gesellschafters nach dem GesAusG werden in der Rechtspraxis gemeinhin – nicht anders als jene betreffend eine Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung – zu den „strukturändernden“ Beschlüssen gezählt.**

**4. Ein drohender Gesellschafterausschluss ist ein unwiederbringlicher Schaden iSd § 381 Z 2 EO.**

**5. Die Möglichkeit der Unterbrechung des Eintragungsverfahrens (hier: zur Eintragung des Gesellschafterausschlusses) nach § 19 FBG beseitigt die Gefährdung nicht, weil die Unterbrechung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist und eine die Unterbrechung ablehnende Entscheidung gem § 19 Abs 3 FBG unanfechtbar ist.**

OGH 25.2.2022, 6 Ob 211/21d (LGZ Wien 47 R 200/21s; BG Innere Stadt Wien 22 C 816/21x)

[1] Die gefährdete Partei (Antragstellerin) und die Gegnerin der gefährdeten Partei (Antragsgegnerin) sind die einzigen Gesellschafterinnen der am 19.2.2018 errichteten B. I. GmbH (Gesellschaft). Der Anteil der Antragsgegnerin am Stammkapital der Gesellschaft beträgt 90,01 %, jener der Antragstellerin 9,99 %.

[2] Der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft in seiner aktuellen Fassung vom 11.6.2018 sieht in § 6 Pkt 2. vor, dass die gänzliche oder teilweise Übertragung von Geschäftsanteilen an Personen, die der Gesellschaft nicht als Gesellschafter angehören („Dritte“), sowie die Verpfändung von Geschäftsanteilen der vorherigen einstimmigen Zustimmung der Generalversammlung (im Folgenden: GV) und jedenfalls für die Dauer ihrer Beteiligung als Gesellschafterin auch der Zustimmung der Antragstellerin bedürfen. Er lautet in seinem § 6 Pkt 4.: „*Beschlüsse über Änderungen der Satzung, Umgründungen (Verschmelzung, Spaltung, die Veräußerung wesentlicher Teile des Unternehmens, Umwandlung nach dem UmwG) sowie die Umwandlung in eine AG bedürfen der Zustimmung der ... [Antragstellerin]. Dies gilt auch für Maßnahmen zur Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals, die unmittelbar oder mittelbar zu einer Verwässerung des Anteils der ... [Antragstellerin] führen können.*“

[3] Am 22.6.2018 schlossen die Antragstellerin, die Antragsgegnerin und die Gesellschaft einen Syndikatsvertrag (Shareholders' Agreement, kurz: SHA). Darin vereinbarten sie ua in Pkt 4.6, dass Geschäftsanteile durch die Antragsgegnerin nur nach Zustimmung durch die Antragstellerin übertragen werden sowie Strukturänderungen bzw. Umstrukturierungen nur unter der Voraussetzung erfolgen dürfen, dass die Antragstellerin zustimmt. Unter Umstrukturierung wurden demonstrativ angeführt: Verschmelzung, Spaltung, Veräußerung oder Verpfändung von wesentlichen Vermögenswerten, Umwandlung in eine AG.

[4] Die Parteien beabsichtigten bereits zu diesem Zeitpunkt, dass die Antragstellerin durch Erwerb von Geschäftsanteilen der Antragsgegner-

rin in Zukunft Mehrheitsgesellschafterin der Gesellschaft mit einem Anteil von 50,01 % werden sollte.

[5] In einem am 10.4.2019 abgeschlossenen Nachtrag zum SHA hielten die Vertragsparteien in den einleitenden Erwägungsgründen diese Absicht fest und vereinbarten auf dieser Grundlage, dass die Gewinnverteilung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin – losgelöst von den Bestimmungen des SHA – im Verhältnis 50:50 zu erfolgen habe.

[6] Die Vertragsparteien vereinbarten sowohl im SHA als auch im Nachtrag, dass diese Verträge dem österreichischen Recht unter Abschluss des UN-Kaufrechts unterliegen.

[7] Für den 24.8.2021 war eine außerordentliche GV der Gesellschaft anberaumt, in der die Antragsgegnerin den Gesellschafterausschluss der Antragstellerin auf Grundlage des § 1 GesAusG anstrebt und für den diesbezüglichen Beschlussantrag stimmen wollte.

[8] Die Antragstellerin begehrt,

1. zur Sicherung ihres Anspruchs auf Unterlassung von Handlungen, die zu ihrem Ausschluss als Gesellschafterin aus der Gesellschaft führen würden, der Antragsgegnerin zu gebieten, es zu unterlassen,

a) Beschlüsse der Gesellschafter der Gesellschaft zu veranlassen oder zu fassen, mit denen die Antragstellerin als Gesellschafterin ausgeschlossen werden soll,

b) in der für 24.8.2021 anberaumten GV der Gesellschaft für den Gesellschafterausschluss der Antragstellerin aus der Gesellschaft zu stimmen,

c) sonst etwas zu unternehmen, was dazu führen würde, dass die Antragstellerin aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann.

[9] Sie brachte vor, der geplante Gesellschafterausschluss verstoße sowohl gegen den Syndikatsvertrag als auch gegen § 6 des Gesellschaftsvertrages, weil die dafür notwendige Zustimmung der Antragstellerin nicht vorliege. Diese Beschlussfassung wäre treuwidrig und rechtsmissbräuchlich. Es liege eine Gefährdung nach § 381 Z 1 EO vor, weil die Erfüllung eines Unterlassungsanspruchs objektiv gefährdet sei, wenn ein einmaliges Zuwiderhandeln diesen Anspruch vernichten würde. Zugleich würde durch Verlust der Gesellschafterstellung und der damit verbundenen Rechte ein unwiederbringlicher Schaden der Antragstellerin iSd § 381 Z 2 EO entstehen.

[10] Die Antragsgegnerin hielt dem entgegen, weder die Satzung noch das SHA mit Nachtrag sähen einen an sich möglichen Ausschluss der Anwendung des GesAusG vor; der geplante Gesellschafterausschluss sei daher zulässig. Im Übrigen fehle es an einer Gefährdung. Durch die intendierte Beschlussfassung werde der bestehende Zustand nicht verändert, vereitelt oder erheblich erschwert. Überdies trete kein (unwiederbringlicher) Schaden ein. Erst die Firmenbucheintragung bewirke die Anteilsübertragung. Gem § 5 Abs 2 GesAusG habe das Firmenbuchgericht mangels Vorlage einer Negativerklärung ohnedies gem § 19 FBG vorzugehen.

► [11] Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung ...

[12] Es führte aus, der geplante Gesellschafterausschluss sei eine Strukturmaßnahme, die vom Zustimmungsvorbehalt der Antragstellerin umfasst sei. Ausgehend davon, dass von Anfang an geplant gewesen sei, dass die Antragstellerin Mehrheitsgesellschafterin und die Antragsgegnerin Minderheitsgesellschafterin werden solle, sei der Begriff des Hauptgesellschafters in § 1 GesAusG im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Hinzuweisen sei auch auf § 6 Z 4 der Satzung, wonach Satzungsänderungen und Umgründungen der Zustimmung der Antragstellerin bedürften; dies deute ebenfalls darauf hin, dass die Antragstellerin von Anfang an auch als Hauptgesellschafterin anzusehen sei. Demgemäß sei die beabsichtigte Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss treuwidrig und rechtsmissbräuchlich. Eine Gefährdung nach § 381 Z 1 EO liege vor.

► [13] Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab ... Eine Unterlassungspflicht müsse so deutlich gekennzeichnet sein, dass auch eine Überprüfung im Rahmen der exekutiven Durchsetzung möglich ist. Die allgemein gehaltenen Provisorialbegehren zu Pkt 1.a) und 1.c) des Sicherungsantrags seien vor diesem Hintergrund jedenfalls zu unbestimmt. Hinsichtlich des Begehrens laut Pkt 1.b)

sei ein zu sichernder Anspruch nicht erkennbar: Aus den Verträgen und Satzungen, die als Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse dienen, lasse er sich nicht ableiten. Diese trafen keine Regelungen über den Ausschluss der Gesellschafter. Ein solcher sei auch keine Strukturmaßnahme iSd § 6 Z 4 der Satzung, die an die Zustimmung der Antragstellerin geknüpft sei. Dies folge auch nicht aus ergänzender Vertragsauslegung. Es liege ein grundsätzlich dichtes Regelungsnetzwerk über Rechte und Pflichten der Gesellschafter vor; Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragsparteien eine spezifische Regelung über einen allfälligen Ausschluss eines der Gesellschafter nicht bedacht hätten, bestünden nicht.

► Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Antragstellerin betreffend das Begehren zu Pkt 1.a) und 1.b) Folge und stellte insoweit die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wieder her.

### Aus der Begründung des OGH:

[16] 1. Nach den mit der Revisionsrekursbeantwortung vorgelegten Urkunden wurde in der GV vom 24.8.2021 ein Beschluss über den Ausschluss der Antragstellerin nach § 1 GesAusG unter der aufschiebenden Bedingung der Aufhebung der gegenständlichen einstweiligen Verfügung gefasst. Weshalb dadurch oder durch das mittlerweile erfolgte, aber nicht rechtskräftige abweisende erstinstanzliche Urteil in dem von der Antragstellerin gegen diesen Gesellschafterbeschluss angestrebten Beschlussanfechtungsverfahren (§ 41 GmbHG) die Beschwerde der Antragstellerin weggefallen sein sollte, ist nicht erkennbar.

[17] Auf die in der Revisionsrekursbeantwortung vertretene Ansicht, die Rspr des OGH, wonach erst die endgültige Ab- oder Zurückweisung des Sicherungsantrags den gewährten einstweiligen Rechtsschutz beseitigt (6 Ob 214/19t [zustimmend *Frauenberger*, Einstweiliger Rechtsschutz mit Biss, MR 2020, 376; zustimmend *König*, JBl 2020, 399 – Glosse zu 6 Ob 239/19v; *Kodek* in *Deixler-Hübner*, EO, § 390 Rz 78a und § 402 Rz 36c]), sei nur auf Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschlüsse des Rekursgerichts anzuwenden, muss daher nicht eingegangen werden.

[18] Im Übrigen geht – wie die Antragsgegnerin selbst erkennt – die in dritter Instanz noch strittige Reichweite der einstweiligen Verfügung über ein Stimmverbot in der GV vom 24.8.2021 hinaus.

[19] 2. Eine Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO ist nur dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so mangelhaft begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (RIS-Justiz RS0042133 [T6, T10 und T11]). Das ist hier – wie schon die Ausführungen in der Rechtsrüge des Revisionsrekurses zeigen – nicht der Fall. Auch die geltend gemachte Mangelhaftigkeit und die Aktenwidrigkeit liegen nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO).

3. Das Unterlassungsbegehren in Pkt 1.a) ist ausreichend bestimmt:

[20] 3.1. Das Rekursgericht gibt zunächst die Rechtsprechungsgrundsätze zur Bestimmtheit eines Unterlassungsbegehrens zutreffend wieder. Danach (vgl etwa 6 Ob 149/19h, Pkt 1.2.) bildet eine generelle Verpflichtung zur Unterlassung keinen ausreichend bestimmten Exekutionstitel; es muss vielmehr die Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Handlungen festgelegt sein (RIS-Justiz RS0000771). Der Begriff der Bestimmtheit eines Unterlassungsbegehrens darf allerdings nicht allzu eng ausgelegt werden, da es praktisch unmöglich

ist, alle nur denkbaren Eingriffshandlungen zu beschreiben (RIS-Justiz RS0000845). Eine gewisse allgemeine Fassung des Unterlassungsgebots ist – allerdings im Verein mit konkreten Einzelverboten – meist schon deshalb notwendig, um Umgehungen nicht allzu leicht zu machen (RIS-Justiz RS0000845 [T12]). Bei einer Unterlassungsklage muss die Unterlassungspflicht so deutlich gekennzeichnet sein, dass ihre Verletzung gem § 355 EO exekutiv getroffen werden kann; eine Anführung aller Möglichkeiten des Zuwiderhandelns ist aber nicht nur unmöglich, sondern auch überflüssig, weil es allenfalls dem Exekutionsbewilligungsrichter obliegen wird, zu beurteilen, ob bei einer Exekutionsführung die von der betreibenden Partei behauptete Zuwiderhandlung als Verstoß gegen den Exekutionstitel gewertet werden kann (RIS-Justiz RS0000878).

[21] 3.2. Das hier in Rede stehende Unterlassungsgebot laut Spruchpunkt 1.a) betrifft eine spezifische Beschlussfassung, nämlich ein solche über den Ausschluss der Antragstellerin als Gesellschafterin nach dem GesAusG. Dieses weiter gefasste Unterlassungsgebot ist überdies „flankierend“ zu dem nur auf die GV am 24.8.2021 bezogenen Einzelverbot laut Spruchpunkt 1.b) zu sehen und schon deshalb nötig, um der Antragsgegnerin nicht die Umgehung des dort ausgesprochenen Verbots, etwa durch Anberaumung und Beschlussfassung in einer weiteren GV, allzu leicht zu machen (vgl RIS-Justiz RS0000845 [T12 und T14]). Auch das begehrte Unterlassungsgebot laut Spruchpunkt 1.a) ist daher im vorliegenden Fall ausreichend bestimmt (vgl etwa 6 Ob 44/19z; 6 Ob 90/19g: Unterlassungsgebot, im Rahmen einer GV einer Kapitalmaßnahme zuzustimmen).

[22] 3.3. Das Sicherungsbegehren laut Spruchpunkt 1.c) ist nicht mehr Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens.

4. Der Unterlassungsanspruch ist schon aufgrund der drohenden Verletzung des Syndikatsvertrages ausreichend bescheinigt:

[23] 4.1. Einer drohenden Verletzung eines Syndikatsvertrages kann mit vorbeugender Unterlassungsklage begegnet werden. Dieser Unterlassungsanspruch ist durch einstweilige Verfügung sicherbar (6 Ob 44/19t; RIS-Justiz RS0117682).

[24] 4.2. Laut dem Syndikatsvertrag dürfen Umstrukturierungen bzw Strukturänderungen nur mit Zustimmung der Antragstellerin erfolgen. Beschlüsse über den Ausschluss eines Gesellschafters nach dem GesAusG werden in der Rechtspraxis gemeinhin – nicht anders als jene betreffend eine Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung – zu den „strukturändernden“ Beschlüssen gezählt (vgl 6 Ob 197/18s; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup>, § 196 Rz 12; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, Vor §§ 1 – 11 GesAusG Rz 10). Anhaltspunkte, dass dies nicht auch im gegenständlichen Syndikatsvertrag der Fall sein sollte, liegen nicht vor, zumal dort die Aufzählung einzelner Umstrukturierungsmaßnahmen auch lediglich demonstrativ erfolgte. Im Gegenteil beabsichtigten hier die Streitparteien nach dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt bereits bei Abschluss des Syndikatsvertrages, dass die Antragstellerin künftig durch Anteilserwerb Mehrheitsgesellschafterin (50,01 %) der Gesellschaft werden sollte, und vereinbarten im Nachtrag zum Syndikatsvertrag daher auch vorweg eine gleichteilige Gewinn-

verteilung. Vor diesem Hintergrund kommt den der Antragstellerin im Syndikatsvertrag eingeräumten umfangreichen Zustimmungsgewalten zu Geschäftsanteilsübertragungen und zu Strukturänderungen bzw Umstrukturierungen erkennbar auch der Zweck zu, die Rechtsposition der Antragstellerin als künftige Mehrheitsgesellschafterin abzusichern. Dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn davon auch ein Gesellschafterausschluss nach dem GesAusG, der dem diametral entgegensteht, umfasst ist. Daher kann diese Regelung redlicherweise nur so verstanden werden, dass die Antragstellerin auch nicht ohne ihre Zustimmung (gegen ihren Willen) aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden darf.

[25] 4.3. Damit hat die Antragstellerin ihren behaupteten Unterlassungsanspruch gegenüber der Antragsgegnerin ausreichend bescheinigt. Damit ist auf die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag selbst eine ausreichende Grundlage für den Unterlassungsanspruch bilden könnte (vgl 6 Ob 213/21y), nicht mehr einzugehen.

5. Die Voraussetzungen des § 381 Z 2 EO liegen vor:

[26] 5.1. Zutreffend hat die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass ihr aufgrund des drohenden Gesellschafterausschlusses ein unwiederbringlicher Schaden iSd § 381 Z 2 EO droht, der sie dazu berechtigt, einen auf das Verbot der Stimmrechtsausübung gestützten Sicherungsantrag zu stellen (vgl 6 Ob 90/19g, Pkt 5.: bloß drohende Ermöglichung eines Gesellschafterausschlusses nach dem GesAusG bei Durchführung eines Beschlusses über die Erhöhung des Stammkapitals; vgl auch 6 Ob 200/14a, Pkt 6.3., und 2 Ob 138/08w [zur zumindest vorübergehenden Hinderung an der Ausübung der Gesellschafterrechte]).

[27] 5.2. Zwar wird die Anteilsübertragung nach § 5 Abs 4 GesAusG erst durch Eintragung des Beschlusses über den Gesellschafterausschluss in das Firmenbuch bewirkt und hat das Firmenbuchgericht nach § 19 FBG vorzugehen, falls bei der Anmeldung des Ausschlusses bzw der neuen Beteiligungsverhältnisse keine Erklärung vorgelegt wird, dass eine Klage auf Anfechtung, Feststellung der Nichtigkeit oder Nichtigkeitserklärung des Beschlusses innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung nicht erhoben oder zurückgenommen worden oder dass auf eine solche verzichtet worden ist (§ 5 Abs 2 GesAusG). Diese Unterbrechung ist jedoch in das (pflichtgemäße) Ermessen des Gerichts gestellt (Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, § 5 GesAusG Rz 13), wobei dieses im Rahmen einer alle Umstände berücksichtigenden Interessenabwägung darüber zu entscheiden hat, ob die sachlichen Gründe im Einzelfall für das Abwarten einer Entscheidung des Prozessgerichts sprechen oder ob das in § 19 Abs 2 FBG besonders hervorgehobene Interesse an einer raschen Erledigung prävaliert (vgl dazu 6 Ob 77/07b, Pkt 5.2.); eine die Unterbrechung ablehnende Entscheidung ist unanfechtbar (§ 19 Abs 3 FBG). Dadurch wird die erörterte Gefährdung der Antragstellerin somit nicht beseitigt (vgl auch 6 Ob 44/19z; 6 Ob 90/19g [einstweilige Verfügung, der dort Beklagten die Anmeldung beim Firmenbuch zu verbieten]).

[28] 5.3. Mit den weiteren, von der Antragsgegnerin erstmals im Rekurs vorgebrachten Umständen, die eine Gefährdung ausschließen sollen, verstößt sie gegen das auch im Rechts-

mittelverfahren gegen eine einstweilige Verfügung geltende Neuerungsverbot (RIS-Justiz RS0002445). Ihre diesbezüglichen Argumente wären überdies aber auch nicht stichhaltig. Eine Liquidation der Gesellschaft ist unstrittig nicht erfolgt. Selbst wenn der Gesellschaftszweck durch den Verkauf der „Projektliegenschaft“ erreicht worden wäre, könnte der Antragstellerin ein Interesse an der Beibehaltung ihrer Gesellschaftstellung mit allen damit verbundenen Rechten auch in der „Abwicklungsphase“ nicht *per se* abgesprochen werden.

[29] 6. Der Revisionsrekurs hat daher Erfolg. ...

7.1. und 7.2. ...

### Anmerkung:

1. An einer österreichischen Immobilienanlage-GmbH sind eine österreichische GmbH zu 90,01 % und eine luxemburgische Gesellschaft zu 9,99 % beteiligt. Fast so spannend wie ein Krimi liest sich die Abfolge der Ereignisse bei dieser Gesellschaft, die zur vorliegenden Entscheidung geführt haben: Geplant war, dass die Minderheitsgesellschafterin durch Erwerb von Anteilen der Mehrheitsgesellschafterin ihre Beteiligung auf 50,01 % aufstocken sollte. Im Hinblick auf diese gemeinsame Absicht der Gesellschafterinnen wurde ein als „Shareholders' Agreement“ (kurz: SHA) bezeichneter Syndikatsvertrag<sup>1</sup> abgeschlossen. In diesem Syndikatsvertrag vereinbarten die beiden Gesellschafterinnen ua Zustimmungsvorbehalte zugunsten der 9,99 %-Gesellschafterin für Anteilsübertragungen sowie für Strukturänderungen bzw Umstrukturierungen. Für die vereinbarungsgemäß zustimmungspflichtigen Umstrukturierungen wurden im Syndikatsvertrag beispielhaft Verschmelzungen, Spaltungen, die Veräußerung oder Verpfändung wesentlicher Vermögenswerte und die Umwandlung in eine AG genannt. Hinsichtlich der Gewinnverteilung zwischen den Gesellschafterinnen wurde im SHA – als Vorgriff auf die zukünftigen Beteiligungsquoten – bereits das Verhältnis 50:50 festgelegt. Zu einer Umsetzung der geplanten Anteilsverschiebung zwischen den Gesellschafterinnen kam es jedoch nicht. Vielmehr veranlasste die 90,01 %-Gesellschafterin schließlich für den 24.8.2021 die Einberufung einer GV, in der ein Squeeze-out gem § 1 GesAusG beschlossen werden sollte. Ein solcher Squeeze-out würde im Falle seiner Firmenbucheintragung nach den anwendbaren gesetzlichen Regeln den Ausschluss der Minderheitsgesellschafterin aus der Gesellschaft und damit einhergehend die Übertragung ihrer Beteiligung auf die Mehrheitsgesellschafterin gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung bewirken.

2. Die Minderheitsgesellschafterin setzte sich gegen ihren Ausschluss aus der Gesellschaft mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung zur Wehr. Tatsächlich erließ das Erstgericht am 19.8.2021, also wenige Tage vor der GV, eine entsprechende einstweilige Verfügung, mit der der Mehrheitsgesellschafterin untersagt wurde, in der GV für den Gesellschafterausschluss zu stimmen. Die Mehrheitsgesellschafterin reagierte darauf mit einem weiteren interessanten Schachzug, indem sie in der GV am 24.8.2021 dennoch einen Squeeze-out-Beschluss herbeiführte, wobei sie aber durch einen entsprechenden Antrag das Wirksamwerden dieses Beschlusses unter die aufschiebende Bedingung der Aufhebung der einstweiligen Verfügung gestellt hatte. Nach zwischenzeitiger Abweisung des Sicherungsantrags durch das Rekursgericht am 13.10.2021

stellte der OGH mit der vorliegenden E am 25.2.2022 die ursprüngliche einstweilige Verfügung (weitgehend) wieder her.<sup>2</sup>

3. Auszugehen ist zunächst davon, dass grundsätzlich der Gesellschafter einer GmbH, der eine Beteiligung von zumindest 90 % des Stammkapitals in seiner Hand vereinigt, als Hauptgesellschafter iSv § 1 GesAusG gilt und daher auf Basis des GesAusG verlangen kann, dass die GV den Ausschluss (Squeeze-out) aller übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft beschließt. Mit Eintragung des Squeeze-out-Beschlusses ins Firmenbuch gehen die Anteile der Minderheiten automatisch auf den Hauptgesellschafter über, der im Gegenzug den ausgeschlossenen Anteilseignern eine „angemessene Barabfindung“ iSv § 2 GesAusG schuldet. Gem § 1 Abs 4 GesAusG kann der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit des Squeeze-outs ausschließen oder festlegen, dass dem Hauptgesellschafter eine höhere als die gesetzlich vorgesehene Anteilsquote gehören muss.<sup>3</sup> Eine solche statutarische Sperr- oder Verschärfungsklausel war aber im gegenständlichen Fall nicht vorhanden. Ein Squeeze-out der Minderheitsgesellschafterin war daher prinzipiell rechtlich möglich.<sup>4</sup>

4. Auszugehen ist weiters davon, dass grundsätzlich auch Stimmen, die in einer GV unter Verletzung einer syndikatsvertraglichen Stimmbindung abgegeben werden, wirksam sind und dass allein der Bruch eines Syndikatsvertrages *per se* noch keine Anfechtbarkeit des gefassten Gesellschafterbeschlusses bewirkt. Als Ausnahme von dieser Grundregel hat der OGH anerkannt, dass die Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses dann auf einen Verstoß gegen den Syndikatsvertrag gestützt werden könne, wenn<sup>5</sup>

- der Syndikatsvertrag omnilateral ist, also alle (aktuellen) Gesellschafter umfasst, und die Gesellschaft in ihrer Struktur einen ausgeprägt personalistischen Charakter aufweist<sup>6</sup> oder
- der (omnilaterale) Syndikatsvertrag nur die gesellschaftsrechtlich ohnedies<sup>7</sup> bestehenden Treuepflichten konkretisiert<sup>8</sup> oder

<sup>2</sup> Nach der Rspr des OGH beseitigt erst die endgültige Ab- oder Zurückweisung eines Sicherungsantrags den gewährten einstweiligen Rechtsschutz; vgl OGH 19.12.2019, 6 Ob 214/19t, GesRZ 2020, 271 (Artmann); dazu auch Frauenberger, Einstweiliger Rechtsschutz mit Biss – ab und bis wann eine EV zu beachten ist, MR 2020, 376; Baumgartner, Subjektiver Treuhandmissbrauch nach OGH 6 Ob 214/19t, JBl 2021, 543; zustimmend B. König, JBl 2020, 402. Die Frage, ob diese Judikatur nur auf Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschlüsse des Rekursgerichts (und somit nicht – wie gegenständlich – auf Abweisungsbeschlüsse des Rekursgerichts) anwendbar sei, lässt der erkennende Senat in Rn 17 der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich offen.

<sup>3</sup> Der gesellschaftsrechtliche Squeeze-out gem §§ 1 ff GesAusG steht allen Kapitalgesellschaften offen, kann aber gem § 1 Abs 4 GesAusG in der Satzung ausgeschlossen oder an eine höhere Beteiligungsquote des Hauptgesellschafters geknüpft werden. Demgegenüber sind die Regelungen des § 7 GesAusG zum übernahmerechtlichen Squeeze-out, der aber nur für Gesellschaften im Anwendungsbereich des ÜbG zulässig ist, gesetzlich zwingend und können von der Satzung weder abbedungen noch adaptiert werden; vgl Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup> (2021) § 7 GesAusG Rz 5.

<sup>4</sup> Bemerkenswerterweise hat das Erstgericht aber die Stellung der Mehrheitsgesellschafterin als Hauptgesellschafter iSd GesAusG verneint und dies einerseits mit der geplanten Mehrheitsbeteiligung der Minderheitsgesellschafterin und andererseits damit begründet, dass gemäß Gesellschaftsvertrag Satzungsänderungen und Umgründungen der Zustimmung der Minderheitsgesellschafterin bedürften.

<sup>5</sup> Im Überblick Aburumieh/Hoppel in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 6/52 ff.

<sup>6</sup> OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g, GesRZ 2019, 354 (Zimmermann) = EvBl-Ls 2019/149 (Rohrer) = NZ 2019/100 (Walch) = ecolex 2020/100 (Rüffler); 18.2.2021, 6 Ob 140/20m, GesRZ 2021, 175 (Natlacen) = WBl 2021/118 (Kraus) = ecolex 2021/299 (I. Welscher); dazu auch I. Welscher/Zivny, Der vergessene § 30c GmbHG und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten, RdW 2021, 542; vgl weiters Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, § 1 GesAusG Rz 46; aA Harter in Gruber/Harter, GmbHG<sup>2</sup> (2018) §§ 41, 42 Rz 153 f; Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 17 Rz 31; Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 195 Rz 16; Koch, AktG<sup>16</sup> (2022) § 243 Rz 10; differenzierend U. Torggler in U. Torggler, GmbHG (2014) § 4 Rz 27. Anders als Kraus (WBl 2021, 407 [408]) und Wenger (RWZ 2022, 66) lese ich aus der E 6 Ob 140/20m nicht heraus, dass diese Judikaturlinie überholt wäre.

<sup>7</sup> Vgl etwa § 1186 iVm § 1175 Abs 4 ABGB.

<sup>8</sup> Ch. Nowotny, Durchsetzung von Syndikatsverträgen? RdW 1989, 299; OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g, RWZ 2003/63 (Wenger); dazu auch Wallisch, Implizite Befristung und Durchsetzung von Syndikatsverträgen, ÖZW 2004, 55; Zackl, Einstweilige Verfügungen und (Un-)Zulässigkeit unwiederbringlicher Eilmaßnahmen, ÖJZ 2005, 12; weiters OGH 13.10.2011, 6 Ob 202/10i, GesRZ 2012, 259 (Thiery) = RWZ 2012/43 (Wenger); 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 18.2.2021, 6 Ob 140/20m; dazu auch I. Welscher/Zivny, RdW 2021, 542 ff; vgl auch Schauer, Schuldrechtliche Nebenabreden im österreichischen Gesellschaftsrecht, in Fleischer/Kalls/Vogt, Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2012 (2013) 201 (227); U. Torggler in U. Torggler, GmbHG, § 4 Rz 27; Breisch/Mitterecker in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 3/24; M. König/B. Wolf in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 4/65 ff; Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, § 1 GesAusG Rz 33 und § 6 GesAusG Rz 10; vgl schließlich auch Linder in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 41 Rz 102.

<sup>1</sup> Allgemein zum Syndikatsvertrag Kastner, Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1; Artmann in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 1175 Rz 60; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 346; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalls, AktG<sup>3</sup> (2021) § 121 Rz 39 ff; Kalls/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 4/13 ff; M. König/B. Wolf in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit (2021) Rz 4/1 ff; Rubin-Kuhn in Reich-Rohrwig/Ginther/Gratzl, Handbuch Generalversammlung der GmbH<sup>2</sup> (2021) Rz 1.209 ff; Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 17 Rz 30 ff; K. Berger in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG (2017) § 4 Rz 49 f; R. Winkler in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 39 Rz 29 ff; U. Torggler, Die Kündbarkeit von Gesellschafternebenvereinbarungen vor/nach GesbR-RG und APRAG 2016, in FS Eccher (2017) 1173; Swoboda, ecolex 2019, 519; zur kollisionsrechtlichen Behandlung Reuter, Grenzüberschreitende Gesellschaftervereinbarungen, RIW 2019, 21; zur Abgrenzung von business combination agreement, Investorenvereinbarung und Unternehmensvertrag H. Foglar-Deinhardstein, Die Investorenvereinbarung, in Kalls/U. Torggler, Aktuelle Fragen bei M&A (2019) 121 (124 f).

- – auch bei einem nicht omnilateralen Syndikatsvertrag – die Stimmrechtsausübung eine auf dem Syndikatsvertrag basierende einstweilige Verfügung verletzt, zumindest wenn diese einstweilige Verfügung allen Gesellschaftern und auch der Gesellschaft bekannt ist.<sup>9</sup>

Anfechtungsklagen gegen Gesellschafterbeschlüsse können ihrerseits mit Anträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen verbunden werden, und zwar gem § 42 Abs 4 GmbHG bei drohenden unwiederbringlichen Nachteilen für die Gesellschaft und gem § 381 EO bei drohenden unwiederbringlichen Nachteilen für Gesellschafter.<sup>10</sup> Dass – wie erwähnt – ein omnilateraler Syndikatsvertrag einen Anfechtungsgrund bilden kann, steht mE – entgegen dahin gehender Kritik in der Literatur – nicht in Widerspruch zur vom OGH postulierten objektiven Interpretation von Gesellschaftsverträgen.<sup>11</sup> Selbst wenn man die objektive Auslegung von Gesellschaftsverträgen bejahen möchte, besteht nämlich kein Hindernis, (gesellschafts- oder syndikatsvertragliche) Regelungen im Innenverhältnis der Anteilseigner zueinander nicht objektiv, sondern nach allgemeinen zivilrechtlichen Interpretationsregeln auszulegen. Es ist grundsätzlich sogar denkbar, ein und dieselbe Regelung im außenwirksamen Bereich objektiv und im internen Bereich nach schuldrechtlichen Auslegungsregeln zu interpretieren.<sup>12</sup> Gerade bei einem alleinseitigen Syndikatsvertrag würde eine Nichtberücksichtigung der ohnedies alle Gesellschafter umfassenden Vereinbarung im Anfechtungsverfahren nur zu einem merkwürdigen Schutz der Anteilseigner vor sich selbst führen.

5. Auszugehen ist schließlich davon, dass – auch wenn auf Basis des Syndikatsvertrages keine Anfechtung von syndikatsvertragswidrigen Gesellschafterbeschlüssen möglich sein sollte, weil keine der vorgenannten Ausnahmen von der Grundregel<sup>13</sup> erfüllt ist – bei einer konkret drohenden Verletzung der syndikatsvertraglichen Stimmrechtsbindung schon vorbeugend mit Unterlassungsklage vorgegangen werden kann.<sup>14</sup> Anders als die Anfechtungsklage, mit der ein bereits gefasster Beschluss *ex post* bekämpft wird, erfolgt eine solche Unterlassungsklage also *ex ante* und richtet sich nicht

gegen die Gesellschaft, sondern gegen den Syndikatspartner. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch kann ebenfalls mit einstweiliger Verfügung gesichert werden.<sup>15</sup> Entscheidend für die Zulässigkeit einer solchen einstweiligen Verfügung auf Untersagung einer bestimmten Stimmabgabe ist nach der Rspr die Abwägung, ob eine vorläufige Sicherung oder deren Unterbleiben eher einen unwiederbringlichen Schaden nach sich ziehen könnte.<sup>16</sup> Höchstgerichtlich wohl noch nicht endgültig geklärt ist, ob auf Grundlage eines Syndikatsvertrages grundsätzlich auch ein einstweiliges Gebot zu einer bestimmten positiven Stimmrechtsausübung zulässig ist.<sup>17</sup>

6. Im gegenständlichen Fall hat der erkennende Senat zu Recht einen vorbeugenden und durch einstweilige Verfügung sicherbaren Unterlassungsanspruch der Minderheitsgesellschafterin wegen drohender Verletzung des Syndikatsvertrages bejaht. Wie erwähnt, bedurften gemäß den Bestimmungen des SHA Beschlüsse über Umstrukturierungen bzw Strukturänderungen der Zustimmung der Minderheitsgesellschafterin. In der exemplarischen Aufzählung solcher zustimmungspflichtiger Umstrukturierungen wurde der Squeeze-out zwar nicht angeführt. Zweifellos gilt der Ausschluss gem dem GesAusG aber als Umgründung iW und als strukturändernde Maßnahme.<sup>18</sup> Insofern schadete es nicht, dass der Squeeze-out im Syndikatsvertrag nicht explizit genannt wurde, weil die Aufzählung eben lediglich demonstrativer Natur war. Untermauert wurde dies im gegenständlichen Fall dadurch, dass im SHA eindeutig festgehalten worden war, dass die Minderheitsgesellschafterin künftig durch Anteilsverkauf Mehrheitsgesellschafterin mit einer Beteiligung von 50,01 % an der Gesellschaft werden sollte, und bereits voraussetzend zu dieser angepeilten Beteiligungsstruktur eine Gewinnverteilung zu gleichen Teilen vereinbart worden war. Ein Squeeze-out der Minderheitsgesellschafterin würde das Vorhaben einer Aufstockung der Beteiligung der Minderheitsgesellschafterin *ad absurdum* führen, sodass – wie der OGH herausarbeitet – die Regelungen im Syndikatsvertrag nur so verstanden werden können, dass die Minderheitsgesellschafterin nicht ohne ihre Zustimmung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden darf.

7. Auch das Vorliegen der für die einstweilige Verfügung notwendigen Voraussetzung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens iSv § 381 EO wurde vom OGH gegenständlich bestätigt. Dies war schon deswegen nicht unerwartet, weil der 6. Senat in der Entscheidung vom 27.6.2019, 6 Ob 90/19g, bei geplanter Durchführung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses sogar die bloß abstrakte Ermöglichung eines Squeeze-outs (durch Erhöhung der Beteiligungsquote über die 90 %-Schwelle) als drohenden unwiederbringlichen Schaden anerkannt hatte. Dem kann nach richtiger Ansicht des Senats, die er in der vorliegenden Entscheidung darstellt, auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gesellschafterausschluss ohnedies erst mit seiner Firmenbucheintragung wirksam wird. Zwar kann der Squeeze-out-Beschluss gegebenenfalls angefochten werden, in welchem Fall es dem

<sup>9</sup> OGH 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; zustimmend Zimmermann, GesRZ 2019, 357; Nutz, Die Durchsetzung von Stimmbindungsverträgen, GES 2019, 349 (352); M. König/B. Wolf in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 4/68 ff; Aburumieh/Hoppel in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 6/55; G. Richter in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 18/113 FN 231 und Rz 18/129; Wenger, RWZ 2022, 64 FN 3; wohl auch Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 17 Rz 33; ablehnend Walch, NZ 2019, 302; (zumindest hinsichtlich der Begründung) Rüffler, ecolx 2020, 202. Der OGH ordnete hier Rechtsmissbrauch. Umstritten ist, ob der Rechtsmissbrauch in der Missachtung der einstweiligen Verfügung als hoheitlicher Akt (so Natlacen, GesRZ 2021, 180 [181]) oder aber im offenkundigen und eindeutigen Rechtsverstoß (so Zimmermann, GesRZ 2019, 357; vgl auch Walch, NZ 2019, 303) liegt. In der zweiten Variante könnten sich die Aussagen aus der E 6 Ob 90/19g auch ohne Bestehen einer einstweiligen Verfügung auf evidente (offenkundige und eindeutige) Verletzungen des Syndikatsvertrages erstrecken; vgl Zimmermann, GesRZ 2019, 357; vgl auch Walch, NZ 2019, 303; Rüffler, ecolx 2020, 203.

<sup>10</sup> OGH 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 29.8.2019, 6 Ob 149/19h, GesRZ 2020, 63 (Walch) = EvBl 2020/37 (Rohrer und Lobnik); Koppensteiner, Über einstweiligen Rechtsschutz im Beschlussrecht von GmbH und OG, WBl 2009, 369 (370 f und 373); Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG, § 42 Rz 8; G. Richter in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 18/6, 18/70, 18/71, 18/110 FN 221 und Rz 18/129; ähnlich Linder in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 42 Rz 25.

<sup>11</sup> Ein solches Spannungsverhältnis aber bejahend Walch, Verstoß gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag als Anfechtungsgrund eines Gesellschafterbeschlusses, GES 2015, 159 (163); Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup>, § 41, 42 Rz 153; Rüffler, ecolx 2020, 203; Natlacen, GesRZ 2021, 181; Kraus, WBl 2021, 408; Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 195 Rz 16.

<sup>12</sup> Zum Gesellschaftsrecht Wenger, RWZ 2012, 142; E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73 (84); zum Gesellschafts- und zum Wechselrecht U. Torggler, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen, in FS Aicher (2012) 781 (795, 801 und 807 ff); John, Zur Auslegung von Satzung, Gesellschaftsvertrag und Wechsel: Inkonsistenzen und Inkohärenzen – ein Vergleich, WBl 2017, 365; zum Stiftungsrecht OGH 9.3.2006, 6 Ob 166/05p, JBl 2006, 521 (H. Torggler) = NZ 2006, 347 (Andrae); dazu auch Marschner, Privatstiftungen: Aktuelle Entscheidungen des OGH zur Pfändbarkeit von Stifterrechten, zur wechselseitigen Treuepflicht von Mitstiftern sowie zum Verzicht auf Stifterrechte, FJ 2006, 465; vgl weiters H. Foglar-Deinhardstein/A. Gruber, Querverbindungen zwischen Stiftungs-, Zivil- und Gesellschaftsrecht, PSR 2018, 52 (55).

<sup>13</sup> Siehe Pkt 4. dieser Entscheidungsanmerkung.

<sup>14</sup> OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g; 21.11.2018, 6 Ob 194/18z; dazu auch Nutz, GES 2019, 349 ff; vgl weiters OGH 23.5.2019, 6 Ob 44/19t; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g; 29.8.2019, 6 Ob 149/19h.

<sup>15</sup> M. Tichy, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000) 186; Koppensteiner, WBl 2009, 376; Linder in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 42 Rz 32; Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 17 Rz 33; M. König/B. Wolf in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 4/94 ff und 4/132; G. Richter in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 18/72 ff, 18/76 und 18/93 ff; Koch, AktG<sup>16</sup>, § 133 Rz 31; vgl auch Ch. Nowotny, Stimmrechtsausübung und „mittelbare“ Interessenkollision, RdW 1992, 363 (364); A. Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 34 Rz 32.

<sup>16</sup> OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g; 21.11.2018, 6 Ob 194/18z; dazu auch Nutz, GES 2019, 349 ff; vgl weiters OGH 23.5.2019, 6 Ob 44/19t; 27.6.2019, 6 Ob 90/19g.

<sup>17</sup> Tendenziell befürwortend OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g; für die Zulässigkeit M. Tichy, Syndikatsverträge, 188; Wenger, RWZ 2003, 226; Koppensteiner, WBl 2009, 377; Oberhammer, Einstweiliger Rechtsschutz zur Durchsetzung syndikatsvertraglicher Stimmpflichten, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Die Verbandsverfassung (2013) 63 (69 und 72 ff); Thöni in Zib/Dellinger, UGB II (2017) § 119 Rz 331 f; Linder in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG, § 42 Rz 32; Nutz, GES 2019, 356 ff; Rüffler, ecolx 2020, 204; G. Richter in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 18/110; Koch, AktG<sup>16</sup>, § 133 Rz 31; wohl auch Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup>, § 41, 42 Rz 157; Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 17 Rz 33; zurückhaltend Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup>, § 121 Rz 78.

<sup>18</sup> Vgl OGH 29.8.2019, 6 Ob 197/18s, GesRZ 2019, 435 (Dregger) = EvBl-LS 2020/11 (Rohrer); dazu auch R. Rastegar, Anhängige Gesellschafterprozesse bei Squeeze-Out & Co, GES 2020, 369; vgl weiters Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, Vor § 1 – 11 GesAusG Rz 10; H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalss/Frotz/Schöghofer, Handbuch für den Vorstand (2017) § 31 Rz 3 und 8; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 11/12; dies, Leben mit der Unschärfe – OGH entlastet das Nachprüfungsverfahren, NZ 2022, 165 (174).

Firmenbuchgericht offensteht, das Verfahren über die Firmenbucheintragung gem § 19 FBG bis zur Entscheidung im Anfechtungsverfahren zu unterbrechen. Eine solche Unterbrechung ist aber eine Ermessensentscheidung des Gerichts und es ist daher zulässig, dass das Gericht in Ausübung seines Ermessens die Firmenbucheintragung auch trotz eines anhängigen Anfechtungsverfahrens durchführt; gegen eine die Unterbrechung ablehnende Entscheidung ist kein Rechtsmittel zulässig (§ 19 Abs 3 FBG). In einer vom gegenständlichen Sachverhalt abweichenden Konstellation mit einem nicht alle Gesellschafter erfassenden Syndikatsvertrag käme mE noch dazu, dass eine Anfechtung des gefassten Beschlusses wegen Verletzung des Syndikatsvertrages gegebenenfalls rechtlich gar nicht möglich wäre. Die einstweilige Verfügung zur Sicherung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs aus dem Syndikatsvertrag wäre diesfalls wohl auch die letzte Chance, den in Richtung Squeeze-out abfahrenden Zug noch aufzuhalten.<sup>19</sup> Wird diese letzte Chance erfolgreich genutzt, könnte auf eine solche einstweilige Verfügung – auf Basis der Überlegungen in der E 6 Ob 90/19g und bei Erfüllung der darin postulierten Voraussetzungen<sup>20</sup> – dann doch eine Anfechtungsklage gestützt werden. Insgesamt ist es jedenfalls bemerkenswert, dass die Möglichkeit eines Squeeze-outs vom OGH als drohender „unwiederbringlicher“ Nachteil anerkannt wird. Zum einen steht ja jedem ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter eine angemessene Barabfindung zu, die – gerichtlich überprüfbar – den vollen Wert der Beteiligung des Ausgeschlossenen abzubilden hat. Zum anderen greift für einen im Firmenbuch eingetragenen Squeeze-out kein Bestandschutz,<sup>21</sup> sodass – im Falle einer erfolgreichen Anfechtungsklage – ein schon registrierter Gesellschafterausschluss rückabgewickelt werden müsste.<sup>22</sup> Beide Umstände ändern aber nichts daran, dass dem vertragswidrig ausgeschlossenen Anteilseigner temporär (zumindest bis zur erfolgreichen Rückabwicklung des Squeeze-outs, die aber ohnedies nicht in jedem Szenario glücken wird) oder sogar dauerhaft die Ausübung seiner Gesellschafterrechte verunmöglicht wird, und schon darin liegt mE richtigerweise ein unwiederbringlicher Nachteil.

8. Mangels Relevanz für den Verfahrensgegenstand wird in der vorliegenden Entscheidung die Frage nicht behandelt, ob der entscheidungsgegenständliche Syndikatsvertrag – auch ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung – zur Anfechtung des Squeeze-out-Beschlusses legitimiert hätte. Ob das Ausweichmanöver der Mehrheitsgesellschafterin, den Beschluss mit einer aufschiebenden Bedingung zu versehen, dieses Thema entschärft hat, ist ebenso noch ungeklärt.<sup>23</sup> Da der Syndikatsvertrag omnilateral ist,<sup>24</sup> sollte seine Verletzung mE grundsätzlich eine ausreichende Grundlage für eine erfolgreiche Anfechtungsklage bilden können.<sup>25</sup>

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts- und Stiftungsrecht, (internationalen) Umstrukturierungen und M&A befasst.

\*

## Zum einstweiligen Rechtsschutz für den Treugeber eines GmbH-Gesellschafters

§ 24 Abs 1, § 35 Abs 1 Z 6 und § 82 GmbHG

§ 1 UWG

§§ 381, 382 und 397 EO

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

<sup>19</sup> Ähnlich Wenger, RWZ 2022, 66; Nutz, GES 2019, 354 und 356 f; Koppensteiner, WBL 2009, 376.

<sup>20</sup> Siehe Pkt 4. dieser Entscheidungsanmerkung.

<sup>21</sup> Zum Bestandschutz bei Umgründungen OGH 19.12.2019, 6 Ob 210/19d, NZ 2020/34 (Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein).

<sup>22</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, Vor §§ 1 – 11 GesAusG Rz 10 und § 6 GesAusG Rz 20; Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out (2006) Rz 476 f.

<sup>23</sup> Wenger, RWZ 2022, 64.

<sup>24</sup> Zu alleseitigen Syndikatsverträgen als Anfechtungsgrund siehe schon Pkt 4. dieser Entscheidungsanmerkung.

<sup>25</sup> Vgl schon Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>3</sup>, § 1 GesAusG Rz 33 und 46 sowie § 6 GesAusG Rz 10.

derlich, weil dies mit dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes kollidieren würde.

2. Im Widerspruchsverfahren nach § 397 EO gilt kein Neuerungsverbot.

3. Der geschäftsführende Alleingesellschafter unterliegt keinem Wettbewerbsverbot, 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.

4. Nach dem Trennungsprinzip sind Gesellschaftsbeteiligung und Treuhandverhältnis voneinander zu trennen. Daher bleibt der Umstand, dass der Alleingesellschafter-Geschäftsführer Geschäftsanteile treuhändig hält, ohne Einfluss auf sein Verhältnis zur Gesellschaft und auch der Treugeber hat dadurch keine (Teil-)Rechtsposition innerhalb der Gesellschaft inne.

5. Auch die (unentgeltliche) Überlassung von „Geschäftschancen“ kann gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen. Nicht ausreichend ist hingegen der bloße Umstand, dass die Gesellschaft im Hinblick auf die Erwerbschance bereits Aufwendungen getätigt hat, die nun frustriert sind.

OGH 14.9.2021, 6 Ob 71/21s (OLG Wien 4 R 167/20p; HG Wien 53 Cg 6/20h)

[1] Die Klägerin [Anm: eine GmbH] 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 Treuhandvertrages 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 GmbH, deren Unternehmensgegenstand der Erwerb, die Verwaltung und der Verkauf von Beteiligungen an anderen Unternehmen sowie die Übernahme der Geschäftsführung in solchen und die Beteiligung an Immobilienprojekten einschließlich des Erwerbs, 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 ... (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-Diligence-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.